LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Bases para una elaboración dogmática

Kai Ambos

Traducción de Ezequiel Malarino

Duncker & Humblot

Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Sudamérica

TEMIS

© 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V. - Traducción al castellano de la versión abreviada y actualizada de *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*. Duncker und Humblot, Berlín, Alemania, 2002 (primera edición) y 2004 (segunda edición).

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.
Tiergartenstrasse 35
D-10785 Berlin
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY
Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804
11100, Montevideo
Uruguay
Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974
Fax: (#598-2) 908 6781
e-mail: ius@kasuy.org
www.kas.de

Editor Responsable
Jan Woischnik

Asistentes de Redacción
Rosario Navarro
Manfred Steffen

Impreso en Mastergraf
Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*
11800 Montevideo, Uruguay
e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 334.733 - Comisión del Papel
Edición amparada al Decreto 218/96

ISBN 9974-7868-5-1

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores.

Índice general

Prólogo a la primera edición alemana 13
Prólogo a la segunda edición alemana 15
Prólogo a la edición castellana 17
Introducción del traductor 19
Lista de siglas y abreviaturas 23

§ 1. Introducción: Bases de la investigación 33
I. El derecho penal internacional y sus fuentes 34
II. La macrocriminalidad política como objeto del derecho penal internacional 44
III. La "parte general" del derecho penal internacional 48
IV. Desarrollo de la investigación y otros aspectos metódicos 64

§ 2. Resumen sistemático de los principios generales de la jurisprudencia analizada 73
I. Nociones fundamentales 73
II. Responsabilidad individual 74
1. Formas de intervención criminal punible 75
a) Nociones generales 75
b) Dominio por organización 78
2. Extensiones de la punibilidad 79
a) Responsabilidad por el mando y omisión 79
b) Conspiración 80
c) Pertenencia a una organización criminal 81
3. Presupuestos subjetivos 82
a) Principios generales 82
b) Especial conocimiento o intención (crímenes contra la humanidad) 84
III. Defences 85
1. La prohibición de retroactividad y el principio de determinación 85
2. Error 86
3. Actuar en cumplimiento de una orden, estado de necesidad y defences afines 87
4. Defences del derecho de la guerra (necesidad militar y represalias) 89
5. Otras defences 89

§ 3. La interpretación de los tratados en derecho (penal) internacional 91

§ 4. El derecho de Ginebra 97
I. Responsabilidad individual 98
1. Nota preliminar 98
2. Presupuestos objetivos 100
a) Nociones generales 100
b) Responsabilidad por el mando ("command responsibility") 100
3. Presupuestos subjetivos 103

II. Defences 104
1. Prohibición de retroactividad 104
2. Actuar en cumplimiento de una orden 105
3. Defences en el derecho de la guerra 105
a) Necesidad militar 105
b) Represalia 107
III. Resumen y conclusiones 112

§ 5. La Convención contra el Genocidio 115
I. Responsabilidad individual 116
1. El tipo de genocidio 116
a) Tipo objetivo 117
b) Tipo subjetivo 121
2. Intervención criminal 123
a) Aspectos generales 123
b) Incitación 125
3. Extensiones de la punibilidad 127
a) Tentativa 127
b) Conspiración 128
II. Defences 129
1. La inmunidad 129
2. El actuar en cumplimiento de una orden 130
III. Resumen y conclusión 131

§ 6 Resumen sistemático de los principios generales codificados y resultados 135
I. Responsabilidad individual 135
1. Intervención criminal 135
2. Extensiones de la punibilidad 136
3. Presupuestos subjetivos 137
II. Defences 138
1. Causas de exclusión de la punibilidad 138
2. Otras defences 139
III. Resultados de la jurisprudencia analizada y de las codificaciones 140

§ 7. Bases para una elaboración dogmática: Imputación y derecho penal internacional 143
I. Fundamentos 143
II. Sobre la imputación de comportamientos macrocriminales 148
1. Peters: primeras reflexiones sobre una imputación de crímenes colectivos 148
2. Jäger: imputación individual de la conducta colectiva 149

3. Jakobs: exoneración del autor, responsabilización de los hombres de atrás o del sistema ... 154
4. Lampe: derecho penal del sistema como complemento de la responsabilidad individual ... 156
5. Naucke: Creación y desarrollo de una "cuarta vía de derecho penal" ... 157
6. Marxen: puntos de partida para una teoría del delito de derecho penal internacional ... 159
7. Resumen valorativo ... 160
III. Particularidades de la imputación de derecho penal internacional ... 164

§ 8. Las formas básicas de intervención punible ... 169
I. Consideraciones preliminares ... 169
II. Autoría ... 174
1. Autoría individual ... 174
2. Coautoría ... 175
a) Fundamentos ... 175
b) Cuestiones particulares ... 179
aa) Sobre la cuestión de la subjetivización del concepto de coautoría ... 179
bb) La resolución común a cometer el hecho como base de la imputación fundamentadora o limitadora de la responsabilidad ... 185
cc) Sobre la naturaleza de la aportación al hecho ... 189
3. Autoría mediata ... 195
a) Fundamentos ... 195
b) Dominio por coacción (situación Erdemovic) ... 200
aa) Estado de necesidad por coacción ... 200
bb) Estado de necesidad por cumplimiento de una orden ... 207
cc) Dominio del conocimiento: estado de necesidad exculpante putativo y estado de necesidad putativo por cumplimiento de una orden ... 209
c) Dominio por organización ... 216
aa) Dominio por organización versus libertad del hombre de adelante ... 220
bb) Sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía ... 229
cc) Una vez más: el criterio de la desvinculación del derecho ... 234
4. Resumen y conclusiones ... 239
III. Participación ... 243
1. Consideraciones preliminares ... 243
2. Complicidad ... 246
a) La objetiva prestación de auxilio o acción de cooperación ... 247
aa) La praxis de derecho penal internacional ... 247
bb) El recurso a las teorías generales, en especial a la imputación objetiva ... 251
b) La finalidad subjetiva de la facilitación del hecho principal ... 267
c) Complicidad y contribución de algún otro modo al hecho colectivo ... 269
3. La inducción como forma básica de provocación a otro a cometer delitos ... 273
a) "Orders", "solicits" e "induces" ... 274
b) "Incites", especialmente su delimitación con la inducción ... 279
c) Delimitación con la complicidad ... 283
4. Resumen y conclusiones ... 291

§ 9. Responsabilidad del superior 295
I. Consideraciones generales 295
II. Los requisitos particulares de la responsabilidad del superior 302
1. Tipo objetivo (actus reus) 302
a) La posición de superior 302
b) Mando o autoridad y control efectivo 305
c) Crímenes base "en razón de" la ausencia de control del superior 311
d) La adopción de las medidas "necesarias y razonables a su alcance" 316
e) "Prevenir", "reprimir" o "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes" 318
2. El tipo subjetivo (mens rea) 321
a) El superior militar y no militar: "hubiere sabido" 324
b) El superior militar: "hubiere debido saber" 325
c) El superior no militar: "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente" 331
III. Resumen 333

§ 10. Tentativa 335
I. Panorama general: Importancia y regulación de la tentativa y del desistimiento 335
1. La tentativa en el derecho penal internacional existente y en el art. 25 (3)(f) oración 1, primera parte 335
2. El art. 25 (3)(f) oración 1, segunda parte y oración 2: ¿combinación consciente de una regulación negativa y positiva del desistimiento o simple "descuido de redacción"? 337
II. Profundización: La delimitación entre preparación y tentativa 344
1. Basamentos: La interpretación y clasificación dogmática del art. 25 (3)(f), oración 1, primera parte 344
2. Intentos generales de delimitación 353
a) Ámbito jurídico de lengua alemana 353
b) Ámbito jurídico angloamericano 361
3. Una fórmula de aproximación de derecho penal internacional 364
4. Aplicación a los tipos de derecho penal internacional y particularidades 370
a) Genocidio (art. 6), con inclusión de la incitación y de la participación general 371
b) Crímenes contra la humanidad (art. 7) 376
c) Crímenes de guerra (art. 8) 379
III. Resumen 381

§ 11. Presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual, con inclusión del error 383
I. Los presupuestos subjetivos 384
1. El punto de partida problemático: el art. 30 del ECPI 384
a) Consideraciones generales 384
b) Los "elementos materiales" como punto de referencia del dolo: "conducta", "consecuencia", "circunstancia" 389
aa) Sobre el objeto del dolo 389
bb) Puntos de referencia del dolo: "conducta", "consecuencia", "circunstancia" 391
c) El grado del dolo 395
aa) En cuanto a la "conducta" 395

bb) En cuanto a la "consecuencia" ... 397
cc) En cuanto a la "circunstancia" ... 399
2. Cuestiones particulares ... 400
a) ¿A qué elementos de los arts. 6-8 se debe referir el dolo del autor? ... 400
aa) Genocidio (art. 6) ... 400
bb) Crímenes contra la humanidad (art. 7) ... 401
cc) Crímenes de guerra (art. 8) ... 406
b) Sobre la exigencia de dolo respecto de los elementos normativos del tipo ... 413
c) ¿Exigencias subjetivas adicionales o divergentes en los arts. 6-8? ... 416
aa) Genocidio (art. 6) ... 416
bb) Crímenes contra la humanidad (art. 7) ... 425
cc) Crímenes de guerra (art. 8) ... 429
3. Resumen ... 432
II. El error ... 433
1. Errores de hecho o de derecho relevantes ... 435
a) Error sobre los elementos descriptivos del tipo (error de hecho) ... 435
b) Error sobre una situación fáctica de permisión (error de hecho) ... 436
c) Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de exculpación (error de hecho) ... 438
d) Error sobre los elementos normativos del tipo (error de derecho) ... 439
2. Errores de hecho o de derecho irrelevantes ... 443
a) ¿Imposibilidad de un error de hecho irrelevante? ... 443
b) Error sobre la competencia jurídico-material de la Corte (error de derecho) ... 444
c) Error de prohibición directo (error de derecho) ... 445
d) Error de prohibición indirecto (error de derecho) ... 447
e) Error sobre los presupuestos jurídicos de una causa de exculpación (error de derecho) ... 447
f) Un caso especial: Error sobre la validez de las normas contrarias al derecho internacional (error de derecho) ... 448
3. Resumen valorativo ... 449

§ 12. Causas de exclusión de la punibilidad, con especial tratamiento del estado de necesidad por coacción ... 453
I. Consideraciones preliminares ... 453
1. Sobre la terminología: Causas de exclusión de la punibilidad en lugar de "defences" o causas de justificación y de exculpación ... 453
2. Las restantes causas de exclusión de la punibilidad ... 457
a) Legítima defensa (art. 31 (1)(c)) ... 457
b) Actuar en cumplimiento de una orden (art. 33) ... 460
II. El estado de necesidad por coacción en el marco del art. 31 (1)(d) ... 466
1. Nota preliminar: La clasificación dogmática del art. 31 (1)(d): entre justificación y exculpación ... 466
a) El derecho penal internacional como expresión del common law ... 466
b) Aplicación al derecho alemán ... 473
2. Los presupuestos individuales del art. 31 (1)(d) ... 478
a) Peligro de muerte o de lesión corporal (situación de estado de necesidad) ... 478
b) La acción en estado de necesidad necesaria y razonable ... 479

c) Exigencias subjetivas: actuar para evitar el peligro sin la intención de causar un daño mayor del que se proponía evitar ... 481
d) Limitaciones del derecho de estado de necesidad ... 484
3. ¿Estado de necesidad por coacción en caso de homicidio de civiles inocentes? ... 488
a) Sobre su reconocimiento ... 488
aa) Argumentos desde la perspectiva del derecho comparado ... 488
bb) Argumentos desde la perspectiva del derecho penal internacional ... 491
b) Sobre la clasificación dogmática y los requisitos en particular ... 494
III. Resumen ... 496

§ 13. Síntesis de las tesis y perspectivas ... 499

Anexo de jurisprudencia analizada ... 505
I. Las sentencias de Núremberg ... 505
1. Tribunal Militar Internacional ... 505
2. Los 12 procesos posteriores al de Núremberg frente a tribunales militares estadounidenses ... 505
II. La sentencia de Tokio ... 506
III. Procesos documentados por la UNWCC ... 506
IV. Sentencias nacionales ... 506
1. Por crímenes del nacionalsocialismo ... 506
2. Por otros casos de macrocriminalidad ... 507
V. Sentencias de los Tribunales Ad hoc de la ONU ... 508
1. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) ... 508
2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) ... 511

Bibliografía ... 513

Otras fuentes ... 579
1. Fuentes de jurisprudencia ... 579
2. Fuentes del d.p.i. escrito ... 580
3. Proyectos de leyes o de tratados ... 580
4. Documentos de la ONU ... 581
5. Informal Papers (PrepCom, PrepCommis) ... 583

Índice analítico ... 585

Índice onomástico ... 593

Prólogo a la primera edición alemana

El presente trabajo fue aceptado como escrito de habilitación por la Universidad Ludwig Maximilian de Múnich en el semestre de verano de 2001. La versión originaria de enero de 2001 fue minuciosamente revisada; la literatura y jurisprudencia fueron consideradas hasta febrero de 2002. La investigación fundamental de Vest (*Genozid*, 2002) sólo pudo ser incorporada en las notas al pie de página.

En primer lugar, debo agradecer a la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, particularmente a mis tutores, Prof. Dr. *Klaus Volk* y Prof. Dr. *Bruno Simma*, a mi director de tesis, Prof. Dr. *Horst Schüler-Springorum,* y no en último término al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Claus Roxin*, quienes, todos de diferente modo, han contribuido a que fuera aceptado como habilitante "externo". Al Prof. Dr. *Volk* y al Prof. Dr. *Simma* les agradezco, además, por la elaboración del primer y segundo dictamen y al Prof. Dr. *Bernd Schünemann* por la elaboración del tercer dictamen. Finalmente, debo agradecer al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Albin Eser*, M.C.J., quien me ha dejado siempre la libertad necesaria para el trabajo científico, tanto en su cátedra friburguesa como en el Instituto Max Planck para el Derecho Extranjero e Internacional. Él ha sugerido —junto con el Prof. Dr. *Hans-Jörg Albrecht*— la recepción de este trabajo en la colección "Strafrecht und Kriminologie" (Derecho penal y criminología), el cual ha sido aceptado por la editorial, particularmente por el Prof. Dr. h.c. *Norbert Simon*, sin mayores condiciones. Sin embargo, hemos recibido con gusto el subsidio de la DFG para los costes de impresión, para asegurar un precio comercial razonable del producto final.

En la preparación de la publicación, especialmente el índice analítico, he recibido la enérgica ayuda del asesor jurídico *Jan Christoph Nemitz* y de los estudiantes de derecho *Till Gut, Wilfried Holz* y sobre todo *Martin Viciano Gofferje*. La Sra. *Christa Wimmer* (*edition iuscrim*) ha elaborado con experiencia y de manera fiable la edición final del proyecto de impresión; el Sr. *Lars Hartmann* se ha encargado del cuidado durante el proceso de edición.

Friburgo en Brisgovia, marzo de 2002.
Kai Ambos

Prólogo a la segunda edición alemana

La grata acogida que este libro ha encontrado en el ámbito nacional e internacional hace necesaria, luego de poco más de un año, una segunda edición. Desde entonces, el derecho penal internacional ha seguido desarrollándose —el número de Estados partes de la CPI, a pesar de la agresiva política anti CPI del gobierno actual de los Estados Unidos, se acerca a los cien— y la elaboración dogmática de la parte general avanza, si bien sólo lentamente, por lo cual una revisión del texto sería prematura. De todos modos, es digno de mención que el Tribunal para Yugoslavia (ICTY) ha tomado conocimiento entretanto de la teoría del dominio del hecho de *Roxin* (*Prosecutor v. Stakij*, sentencia del 31 de julio de 2003, IT-97-24-T, para. 440 ss.).

Han aparecido numerosas recensiones de la obra en el interior y en el exterior, en revistas nacionales e internacionales. Deseo agradecer a todos aquellos que se han tomado el trabajo de realizar una recensión y, por consiguiente, han contribuido a la difusión de la obra. Como ejemplo deseo citar aquí sólo a dos de quienes realizaron estas reseñas. *Claus Roxin* ha calificado el trabajo como "primer esbozo de una teoría general del delito en el campo del derecho penal internacional, del cual deben partir todos los trabajos posteriores" y como "obra pionera" (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1.8.2003, p. 38). El *judge Wolfgang Schomburg*, juez alemán del ICTY, sentencia: "The author's accurate and reliable comparative overview of the developing international criminal law makes the book an exhaustive tool for judges, prosecutors, defence counsel and scholars" (*European Journal of International Law* 14, 2003, p. 205 [p. 207]).

Soy consciente de la limitada difusión de una publicación en lengua alemana —justamente en el terreno del derecho penal internacional—. Por otra parte, una simple traducción del texto en inglés no es posible y ¿quién sería capaz de dominar tal traducción en un tiempo previsible y con la necesaria precisión? De todos modos, he publicado algunas de las ideas dogmáticas fundamentales aquí expuestas también en inglés (así, por ejemplo, en Cassese, Gaeta y Jones [eds.], *The Rome Statute of the ICC: A commentary*, 2002, y en Vohrah et al. [eds.], *Man's inhumanity to man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, 2003). Por lo demás, están en marcha una traducción al castellano y al chino.

Kai Ambos
Gotinga, octubre de 2003

Prólogo a la edición castellana

La presente obra constituye una versión revisada, actualizada y complementada de las partes esenciales de mi escrito de habilitación. Su estructura y sus diferencias respecto de esta versión castellana están expuestas minuciosamente en la siguiente introducción del traductor. De este modo, el lector se encuentra también con una versión aún no publicada en alemán. Esto no sólo porque la versión alemana fue actualizada (se consideraron jurisprudencia y doctrina hasta finales de septiembre de 2004) y complementada en el curso de la traducción (por ejemplo, con referencias a la doctrina latinoamericana y con la inclusión —junto al índice analítico— de un índice de personas), sino, sobre todo, porque Ezequiel Malarino no se ha limitado a traducir las partes correspondientes de la versión alemana —lo que ya es suficientemente difícil—, sino que también se ha confrontado críticamente con el trabajo. Esto ha conducido a una fructífera discusión entre autor y traductor que en no pocas ocasiones condujo a modificaciones del original alemán. Por tal razón, se puede decir, probablemente sin exageración, que aquí no sólo se presenta una versión en parte inédita, sino también una versión mejorada del original publicado.

En este lugar puede prescindirse de otros comentarios, pues, además de la ya mencionada introducción del traductor, se incluyen también los prólogos a las ediciones alemanas y algunos extractos de recensiones. Me resta ahora tan solo agradecer a aquéllos sin los cuales la publicación no hubiera sido posible. Debo mencionar en primer lugar a Ezequiel Malarino, de cuyas cualidades científicas y jurídicas las páginas siguientes son un testimonio elocuente. Esta obra es también su obra y, por ello, su nombre se encuentra ya en la portada del libro, también para reconocer adecuadamente el trabajo del traductor, que lamentablemente con gran frecuencia no es debidamente considerado. También quiero agradecer la colaboración de los estudiantes de derecho Guido Belger y Michael Jilg y de los doctorandos Dennis Miller y Rodrigo Aldoney. Finalmente expreso mi agradecimiento al Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer (Montevideo, Uruguay) y a su director, Dr. Jan Woischnik. Sin la generosa ayuda de *la Konrad*, como afectuosamente es llamada la Fundación en América Latina, la traducción y publicación de la obra no habrían sido posibles. Desde el punto de vista editorial, la publicación quedó completamente en manos del Programa Estado de Derecho y, por ello, agradezco a Manfred Steffen y María Cristina Dutto por el cuidado de los aspectos técnicos

y el trabajo de corrector, respectivamente; también agradezco a Karen Van Rompaey, en cierto modo anticipadamente, por la difusión de la obra. Ésta, así es de esperar, será difundida extensamente también gracias a la ayuda de la renombrada editorial Temis (Bogotá, Colombia).

Kai Ambos
Gotinga, septiembre de 2004

Introducción del traductor

El presente libro es la traducción de las partes esenciales del escrito de habilitación[1] del Prof. Dr. Kai Ambos *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002 (segunda edición sin modificaciones, 2004).

Se trata, en efecto, de una *traducción parcial* que comprende los § 1, 7, 8, 10, 11, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y la síntesis de las tesis de la versión alemana (aquí, respectivamente, § 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13). Se trata también, sin embargo, de la traducción de una versión *revisada*, *complementada* y *actualizada* por el autor y, por tanto, en los límites de estas modificaciones, aún inédita en alemán. Por tal motivo, esta publicación adquiere un valor adicional al de la traducción en sí de la obra original. Esto explica también la existencia en algunos casos de diferencias entre la versión original publicada y la traducción.

Por tratarse de una traducción parcial son necesarias algunas explicaciones sobre la estructura y el contenido de la versión alemana.

La investigación original se compone de una introducción, tres partes principales (análisis de jurisprudencia, codificaciones y análisis dogmático) y un capítulo final de síntesis de las tesis.

En la *introducción* (§ 1 vers. al.; aquí traducido como § 1) se sientan las bases de las que parte la investigación y representa —más allá de lo que deja suponer su título— un punto central para la comprensión del resto del trabajo.[2]

La *primera parte* (§ 2 a 7 vers. al.) está dedicada al análisis de la jurisprudencia penal internacional. Específicamente, se analizan la jurisprudencia de Nuremberg (§ 2 vers. al.), la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Tokio (§ 3 vers. al.), los procesos documentados por la *War Crimes Commission* de la ONU (§ 4 vers. al.), una selección de sentencias de tribunales nacionales respecto de los crímenes del nacionalsocialismo u otro tipo de macrocriminalidad[3] (§ 5 vers. al.) y la jurispruden-

---

[1] En la academia alemana, el escrito de habilitación es el trabajo con el cual se adquiere la capacidad académica para concursar por una cátedra. Este sistema está actualmente en vías de revisión.

[2] Por tal razón, en esta versión castellana su título fue modificado por el siguiente "Introducción: Bases de la investigación".

[3] Casos *Eichmann* de Israel; *Menten* de Holanda, *Barbie* y *Touvier* de Francia; *Imre Finta* de Canadá; *Polyukhovich* de Australia; *Kappler* y *Priebke* de Italia; *My Lai* de los Estados Unidos; sen-

cia de los tribunales para la antiguaYugoslavia y Ruanda (§ 6 vers. al.).[4] Esta primera parte concluye con un resumen sistemático de los principios generales recabados de la jurisprudencia (§ 7 vers. al.; aquí § 2).[5]

La *segunda parte* (§ 8 a 16 vers. al.) está consagrada al examen de las codificaciones de derecho penal internacional. Previamente al análisis de las convenciones en particular, se encuentra un capítulo introductorio sobre la interpretación de tratados de derecho penal internacional (§ 8 vers. al.; aquí § 3). Luego sigue el análisis de los principios de Nuremberg (§ 9 vers. al.), del derecho de Ginebra (§ 10 vers. al.; aquí traducido como § 4); de la Convención contra el Genocidio (§ 11 vers. al.; aquí traducido como § 5), de otros tratados de derecho penal internacional (§ 12 vers. al.), de los *Draft Codes* de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (§ 13 vers. al.), de los proyectos de particulares o de organizaciones privadas (§ 14 vers. al.) y un panorama de las regulaciones del Estatuto de Roma (§ 15 vers. al.). La segunda parte finaliza con un resumen sistemático de los principios generales codificados en el cual se incorporan también los resultados de la primera parte (§ 16 vers. al.; aquí § 6).

En la *tercera parte* se encuentra el trabajo dogmático fino realizado especialmente sobre la base del Estatuto de Roma. Comienza con un capítulo introductorio sobre imputación y derecho penal internacional (§ 17 vers. al.; aquí § 7). A éste le siguen los capítulos sobre la intervención en el delito (autoría y participación) (§ 18 vers. al.; aquí § 8), sobre la responsabilidad del superior (§ 19 vers. al.; aquí § 9), sobre la tentativa y el desistimiento (§ 20 vers. al.; aquí § 10), sobre los elementos subjetivos de la responsabilidad y el error (§ 21 vers. al.; aquí § 11) y sobre las causas de exclusión de la responsabilidad penal (§ 22 vers. al.; aquí § 12).

Por último, se exponen las *síntesis de las tesis* y las perspectivas del derecho penal internacional de cara al futuro (aquí traducido como § 13).

La confrontación entre la composición de la obra original alemana y las partes traducidas evidencia con facilidad que aquí se trata fundamentalmente de una traducción de los capítulos de contenido dogmático. En efecto, la parte tercera (§ 17 a 22 vers. al.; aquí § 7 a 12) ha sido traducida íntegramente, mientras que las partes primera y segunda sólo de modo parcial. Así, de la parte primera se ha traducido únicamente su resumen sistemático (§ 7 vers. al.; aquí § 2) y de la parte segunda éste (§ 16 vers. al.; aquí 6) y algunos capítulos considerados de gran importancia (§ 8, 10 y 11 vers. al.; aquí § 3, 4 y 5). Por lo demás, se ha traducido también la introducción (§ 1 vers. al.; aquí § 1) y el capítulo final de síntesis (aquí § 13).

El panorama de la estructura y contenido de la versión alemana sirve también para comprender mejor algunos de los capítulos del presente libro. Así, el carácter

tencia a las juntas militares de Argentina; *Lettelier-Moffitt* de Chile y los procesos a la conducción de gobierno de la DDR.

[4] En la versión alemana se contempla la jurisprudencia hasta el 1 de marzo de 2002. En esta versión castellana se tiene en cuenta la jurisprudencia hasta el 30 de septiembre 2004.

[5] El autor ha actualizado la jurisprudencia especialmente en este capítulo.

esquemático de los § 2 y 6 se explica si se considera que se trata, respectivamente, de los resúmenes generales de la parte primera (análisis de jurisprudencia) y segunda (análisis de codificaciones) de la versión alemana. Por tal razón —y porque en definitiva cada uno de estos capítulos sintetiza casi trescientas páginas—, se ha redactado en una forma que se asemeja a una exposición de resultados.

Toda traducción implica un cierto margen de decisión en cuanto a los criterios sustanciales y formales utilizados. Explicar tales criterios es necesario para una mejor comprensión del texto.

Las *advertencias sobre aspectos sustanciales* se refieren a la terminología utilizada para traducir ciertos conceptos problemáticos. En este lugar sólo deseo llamar la atención respecto de dos problemas —las demás aclaraciones serán efectuadas a lo largo del texto mediante notas del traductor.

En primer lugar, aquí se traducen los conceptos de *Beteiligung* y *Teilnahme*, respectivamente, por *intervención* y *participación* en el delito. No se emplea, por tanto, la terminología —también correcta y de frecuente utilización— de *participación en sentido amplio* y *participación en sentido estricto*. La razón de la elección es doble: por un lado, atender a la diferencia lingüística que denotan los conceptos alemanes; por el otro, y fundamentalmente, hacer más visible su diferencia de contenido.

La segunda advertencia terminológica se relaciona con el concepto de *Gesamttat*. Su traducción literal como *hecho entero*, *hecho global* o *hecho total* no logra abarcar completamente el significado jurídico de este término. Aquí resulta indispensable una explicación inicial, pues con *Gesamttat* se introduce un concepto inexistente en la teoría del delito tradicional. Él es, en efecto, un producto de la específica elaboración dogmática de derecho penal internacional que apenas está en sus comienzos. *Gesamtat* (o *hecho total*, como aquí se traduce) representa el llamado *elemento de contexto* del hecho punible de derecho penal internacional, en contraposición con *Einzeltat* (*hecho individual*), que alude a las diferentes acciones contempladas en los tipos.

En cuanto a las *advertencias sobre criterios formales*, han de mencionarse las siguientes.

En primer lugar, en cuanto a los textos de autores alemanes respecto de los cuales ya existe una traducción al castellano, no se ha seguido como criterio el de remitirse a la traducción existente; toda la traducción pertenece, por tanto, al traductor; de todos modos, las traducciones existentes siempre fueron consideradas.

En segundo lugar, en cuanto a los reenvíos a partes no traducidas, se ha procedido de la siguiente manera: cuando se trata de un reenvío a una parte específica se ha indicado el número de la página (o páginas) correspondiente de la versión alemana más el aditamento "vers. al." (por ejemplo: *véase p. 233 vers. al.*); cuando se remite a una parte entera o parágrafo se ha mencionado su numeración original más el aditamento "vers. al." (por ejemplo: *véase § 4 vers. al.*). Sin embargo, para facilitar la comprensión del texto, en varias ocasiones se evitó el reenvío incorporando directamente su contenido en una nota

al pie. En otras ocasiones se incorporaron fragmentos de los capítulos no traducidos mediante notas del traductor.

En tercer lugar, los pasajes o términos en una lengua diferente del alemán contenidos en la obra original (especialmente en inglés y francés) no han sido traducidos, para respetar la elección del autor de citar el término o frase del autor, norma, sentencia, etc. en su idioma original. Sin embargo, no se ha seguido este criterio respecto de las citaciones referidas a textos jurídicos que cuentan con una "versión oficial" en castellano. Así, por ejemplo, las citaciones de la versión inglesa del Estatuto de Roma han sido remplazadas por la parte respectiva de la versión oficial castellana. De todos modos, no se ha recurrido a la versión castellana cuando la argumentación se vincula estrictamente con una versión determinada y su reemplazo por la versión castellana habría podido implicar una pérdida de significado.

Por otra parte, la traducción se ha complementado con una serie de notas del traductor que contienen explicaciones específicas sobre aspectos formales o de contenido (traducción de fragmentos de capítulos no traducidos, explicación de términos o problemas específicos, traducción de parágrafos o artículos de disposiciones legales). Cuando tales notas del traductor se encuentran dentro de una nota al pie, para su clara identificación se han encerrado entre corchetes.

Finalmente, la lista de bibliografía que aquí se publica comprende todas las obras utilizadas en la versión original alemana, incluso aquéllas de las cuales el autor hizo uso en las partes aquí no traducidas. En el curso de la actualización y revisión de la obra la bibliografía ha sido complementada.

Resta ahora sólo agradecer a Rodrigo Aldoney, Leonardo Filippini, Emanuela Fronza, Alicia Gil Gil, Alejandro Kiss y José Luis Guzmán Dalbora por la ayuda prestada en diferentes aspectos durante la elaboración de la traducción.

Esta traducción ha sido integralmente *revisada y aprobada* por el autor.

Ezequiel Malarino,
París, septiembre de 2004.

Lista de siglas y abreviaturas

Abl	Amtsblatt der EG (Diario Oficial de las Comunidades Europeas)
ABAJ	American Bar Association Journal
Add	Addendum
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (revista España)
AG-VStGB	Grupo de trabajo para la elaboración del Código Penal Internacional alemán
AlbLR	Alberia Law Review (revista Estados Unidos)
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal (Asociación Internacional de Derecho Penal)
AJCL	American Journal of Criminal Law (revista Estados Unidos)
AJIL	American Journal of International Law (revista internacional)
alt.	alternativa
AP	Actualidad Penal (España)
aprob.	aprobatoriamente, aprobando, de modo aprobatorio
ArchCrim	Archiv des Criminalrechts (Alemania)
ArizJICL	Arizona Journal of International and Comparative Law (revista Estados Unidos)
art., arts.	artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
AustralYIL	Australian Yearbook of International Law (anuario Australia)
AVR	Archiv des Völkerrechts (revista Alemania)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz (Ley de Comercio Exterior)
AZ	Aktenzeichen (número de referencia)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)
BG	Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal suizo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBl	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)

BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
bibl.	bibliografía
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara de los Länder)
BT	Bundestag (Parlamento alemán)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Ley de Estupefacientes)
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BYIL	(The) British Year Book of International Law
c.	contre
CACLP	Croatian Annual of Criminal Law and Practice (Anuario Croatia)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CalLR	California Law Review (revista Estados Unidos)
CanYIL	Canadian Yearbook of International Law (Anuario Canada)
cap.	capítulo
CaseWRJIL	Case Western Reserve Journal of International Law (revista Estados Unidos)
CCA	Criminal Code Act 1995 (Australia)
CCC (3d)	Canadian Criminal Cases (Third Series), citado según el tomo y el año.
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la ONU (citada también por ILC)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	confróntese
CG	Convención/ones de Ginebra de 1949
CIJ	Corte Internacional de Justicia (citada también como ICJ)
cit.	citado
CLF	Criminal Law Forum (revista internacional)
CLR	Criminal Law Reports
ColJTL	Columbia Journal of Transnational Law (Estados Unidos)
ColLR	Columbia Law Review (Estados Unidos)
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal (España)
CPI	Corte Penal Internacional (citado también como ICC)
crít.	crítico, críticamente

CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (revista Argentina)
CV	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)
DCCB	Draft Criminal Code Bill (inglés) (The Law Commission, 1989)
DDR	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana)
Dept.	Department
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft (Sociedad de Investigación Alemana)
DickinsonJIL	Dickinson Journal of International Law (revista Estados Unidos)
Dig. Disc. Pen.	Digesto delle discipline penalistiche (revista Italia)
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional (Chile)
DJT-Gutachten	Deutscher Juristentag-Gutachten (Jornadas de los Juristas Alemanes - Dictámenes)
D/doc.	document(o)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (revista Alemania)
DPC	Derecho Penal Contemporáneo (revista Colombia)
d.p.i.	derecho penal internacional
DR	Deutsches Recht (revista Alemania)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (revista Alemania)
DukeLJ	Duke Law Journal (revista Estados Unidos)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
DuR	Demokratie und Recht (revista Alemania)
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
Eckart Jb	Eckart-Jahrbuch (revista Alemania)
ECPI	Estatuto para la implementación de una Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)
ed.	editor
eds.	editors
Estados Unidos	Estados Unidos de Norteamérica (citado también como US o U.S.)
EG	Europäische Gemeinschaft (Comunidad Europea)
EICTR	Estatuto del International Criminal Tribunal for Rwanda
EICTY	Estatuto del International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
EJIL	European Journal of International Law (revista internacional)
EPIL	Encyclopedia of Public International Law (citado según número de tomo y año; primera edición con números arábigos; segunda edición con números romanos)

et al.	*et altera* (latín: 'y otros')
etc.	etcétera
EIMT	Estatuto del International Military Tribunal (Núremberg)
EIMTFE	Estatuto del International Military Tribunal for the Far Est (Tokio)
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (revista Alemania)
Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (revista europea)
EWG	Europäische Wirtschafts Gemeinschaft (Comunidad Económica Europea - CCE)
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FAZ	Frankfurter Allgemeiner Zeitung (periódico Alemania)
FM	Field Manual (manual de campo militar estadounidense)
FG	Festgabe (libro homenaje)
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	General Assembly y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista Alemania)
GAOR	General Assembly Official Records
GAR	General Assembly Resolution
GeorgiaJl&CL	Georgia Journal of International and Comparative Law (revista Estados Unidos)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
GW	Guardian Weekly (periódico semanal)
HarvILJ	Harvard International Law Journal (revista Estados Unidos)
HRLJ	Human Rights Law Journal (revista internacional)
HRQ	Human Rights Quarterly (revista internacional)
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafsachen (revista electrónica Alemania)
HRW	Human Rights Watch
HRW/A	Human Rights Watch/Americas
HuV	Humanitäres Völkerrecht (revista Alemania)
ICC	International Criminal Court (citado también como CPI)
ICJ	International Court of Justice (citado también como CIJ)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (revista internacional)

ICLR	International Criminal Law Review (revista internacional)
ICRC	International Committee of the Red Cross
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (=TPIR)
ICTY	International Criminal Tribunal for the (prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of) Former Yugoslavia
ILA	International Law Association
ILC	International Law Comission (citado también por CDI)
ILR	International Law Reports (citado por número de tomo y página, hasta el nro. 105, y después por pará.)
IMG	Internationaler Militärgerichtshof (Nuremberg)
IMT	International Military Tribunal (Nuremberg)
IMTFE	International Military Tribunal for the Far East (Tokio)
Int.Crim.L.	International Criminal Law
InternAbl	Internationales Anwaltsblatt (revista Austria)
IntL	International Lawyer (revista internacional)
IRRC	International Review of the Red Cross (revista internacional)
IsLR	Israel Law Review (revista Israel)
IYHR	Israel Yearbook of Human Rights (anuario Israel)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista Alemania)
Jb	Jahrbuch (anuario)
JbIntR	Jahrbuch für internationales Recht (revista Alemania)
jce	joint criminal enterprise
JCLC&PS	Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science (revista Estados Unidos)
JCP	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique) (revista Francia)
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista internacional)
JpD	Jueces para la Democracia (revista España)
JournPL	Journal of Public Law (revista Estados Unidos)
JournTLP	Journal of Transnational Law and Policy (revista Estados Unidos)
JR	Juristische Rundschau (revista Alemania)
Jura	Juristische Ausbildung (revista Alemania)
JuS	Juristische Schulung (revista Alemania)
JZ	Juristen Zeitung (revista Alemania)
KGB	Komitet Gossudarstwennoj Besopasnosti (antiguo servicio secreto ruso)

KJ	Kritische Justiz (revista Alemania)
KRG	Kontrollratsgesetz (Ley del Consejo de Control)
KrimJ	Kriminologisches Journal (revista Alemania)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista Alemania)
KWKG	Kriegswaffenkontrollgesetz (Ley de Control de Armas de Guerra)
La Ley	La Ley, revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (revista España)
LG	Landgericht (Tribunal del Land [estado])
LJIL	Leiden Journal of International Law (revista internacional)
LK-[autor]	Leipziger Kommentar (citado en la Bibliografía bajo *Jescheck* y otros)
loc. cit.	*locus citatus* (latín: 'lugar citado')
LRC	Law Reform Commission (of Canada)
MDR	Mouvement Démocratique Républicain
MichJIL	Michigan Journal of International Law (revista Estados Unidos)
MLR	Modern Law Review (revista Inglaterra)
MPC	Modal Penal Code (American Law Institut, 1985)
Müko-[autor]	Münchner Kommentar, Strafgesetzbuch
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista Alemania)
N. del T.	Nota del traductor
NewYorkLSJI&CL	New York School of International & Comparative Law (revista Estados Unidos)
NDP	Nueva Doctrina Penal (revista Argentina)
NFP	Nuevo Foro Penal (revista Colombia)
NGO	Non Governmental Organisation/s (ONG)
NILR	Netherlands International Law Review (revista internacional)
NJ	Neue Justiz (revista Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista Alemania)
NK	Nomos Kommentar y Neue Kriminalpolitik (revista Alemania)
nm.	número/s marginal/es
NordicJIL	Nordic Journal of International Law (revista internacional)
nro.	número
nros.	números

NS	Nazionalsozialismus (nacional-socialismo)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista Alemania)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (revista Alemania)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (revista Alemania)
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law (Anuario Paises Bajos)
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
OGHBrZ	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone (Tribunal Supremo para la Zona Británica)
OGHst	Entscheidungen des Obersten Gerichtshof in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo para la zona Británica)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (revista Austria)
OLG	Oberlandesgerischt (Tribunal Superior del Land)
ONU	Organización de Naciones Unidas (citado también como UN)
ONG	Organización no gubernamental
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones administrativas)
p.	página/s
PACG	Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949
para.	parágrafo/s
PIDCP	Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (1966)
PittsburghLR	Pittsburgh University Law Review (revista Estados Unidos)
por ej.	por ejemplo
PrepCom	Preparatory Committee (of the United Nations on the establishment of an International Criminal Court)
PrepCommis	Preparatory Commission (for the International Criminal Court)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (revista Alemania)
RBCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais (revista Brasil)
RBDI	Revue Belge de Droit International (revista internacional)
RCM	Rule for Courts-Marcial (estadounidense)
RDCP	Revue de Droit Pénal et de Criminologie (revista Bélgica)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología, segunda época (revista España)
RDPM	Revue de Droit Pénal Militaire et de la Guerre (revista internacional)

REC	Revista de Estudos Criminais (revista Brasil)
Res.	Resolution
RFA	República Federal de Alemania
RGDP	Revista General de Derecho Procesal IUSTEL (revista España)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Spremo del Reich [imperio])
RIAA	Reports of International Arbitral Awards (citado por el tomo, año y página)
RichmondLR	University of Richmond Law Review (revista Estados Unidos)
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé (revista Francia)
RIDP	Revue International de Droit Pénal (revista internacional, AIDP)
RLJ	Rutgers Law Journal (revista Estados Unidos)
RP	Revista Penal (revista España)
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales (revista Perú)
RSHA	Reichssicherheitshauptamt (Oficina Central de Seguridad del Reich [Imperio])
RUCN	Revista Universidad Católica del Norte (revista Chile)
s., ss.	siguiente, siguientes
SchwZstr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (revista Swissa)
scil.	*scilicet* (latín: 'es decir', 'se refiere a')
SK-[redactor]	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado en la Bibliografía bajo *Rudolphi* y otros)
Sect.	Section
SED-SK	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (partido de la unidad socialista alemana – Comité Central)
sic	*sicut* (latín: 'textualmente')
Slg.	Sammlung (colección, antología)
SoldG	Soldatengesetz (Gesetz über die Rechtstellung der Soldaten) (ley sobre el estatuto jurídico de los soldados)
S/Res.	Security Council Resolution
SS	Schutzstaffeln der NSDAP (escuadrones de protección del de Partido de los Trabajadores nacionalsocialista alemán)
S/S-[autor]	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch (ver bibliografía)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StV	Strafverteidiger (revista Alemania)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TempleLQ	Temple Law Quarterly (revista Inglaterra)
t.	tomo

TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda (=ICTR)
TransLCP	Transnational Law & Contemporary Problems (revista Estados Unidos)
TUE	Tratado de la Unión Europea
TulLR	Tulane Law Review (revista Estados Unidos)
TWC	Trias of War Criminals (US-GPO General Printing Office, citado por tomo y página)
UN	United Nations (citado también como ONU)
UNTAET	UN-Transitional Administration for East Timor
UN-ECOSOC-CHR	UN-Economic and Social Council-Commission of Human Rights
US o U.S.	United States (citado también como Estados Unidos)
UNWCC	United Nations War Crimes Commission
v.	versus
vers. al.	versión alemana (referencia a la obra original)
vol.	volumen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código penal internacional alemán)
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WaffG	Waffengesetz (Ley de armas)
WiscILJ	Wisconsin International Law Journal
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
WStG	Wehrstrafgesetzbuch (Código Penal militar alemán)
YaleJIL	(The) Journal of International Law (revista Estados Unidos)
YaleLJ	(The) Yale Law Journal (revista Estados Unidos)
YbILC	Yearbook, International Law Commission (citado según año, tomo, parte y parte/para.)
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law (anuario internacional)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (revista Alemania)
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (revista Alemania)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista Alemania)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista Alemania)
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (revista Alemania)

§ 1. Introducción: Bases de la investigación *

Esta investigación se ocupa de la parte general del derecho penal internacional. Como trasfondo jurídico-fáctico se ofrece la impunidad universal —en otro lugar ya investigada[1]— de las severas violaciones a los derechos humanos. Ella conduce a una laguna de punibilidad fáctica,[2] cuyo cierre o, en todo caso, disminución se ha convertido en la función más importante del derecho penal internacional.[3] Quien toma en serio esta función humanitaria debería colaborar con el desarrollo de un sistema de imputación penal internacional o, por lo menos, darles la bienvenida a

---

* Traducción del § 1 de la vers. al., revisado, actualizado y complementado. El título fue modificado.

[1] Cfr. *Ambos*, Straflosigkeit (1997), passim (edición castellana actualizada: Impunidad [1999]); *el mismo*, KritV 1996, 355 ss.; *el mismo*, en: *Fischer/Krennerich*, Gewalt, (2000), p. 231 ss.; *el mismo*, en: Fundación Pais Libre, Corte Penal Internacional (2004), p. 205 ss.; *el mismo*, RBCC 49 (2004), p. 48 ss.

[2] Se trata de una laguna de punibilidad *fáctica* y no *normativa*, porque la impunidad en la mayoría de los casos no se ha de atribuir a la ausencia de tipos penales, sino a la falta de un interés de persecución estatal. Por ello, no se trata tampoco de un problema de diferentes niveles de la protección de bienes jurídicos, en el derecho penal interno estatal y en el derecho penal internacional, como parece opinar *Triffterer* (en: Lampe [ed.], Wiedervereinigung II [1993], p. 131 s.).

[3] Así, se puede leer en los párrafos 4 y 5 del preámbulo del ECPI, aprobado en el año 1998, que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar […] para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia" ("the most serious crimes of concern to the international community as a whole must go unpunished and […] their effective prosecution must be ensured […]"). Además, los Estados partes estarían "[d]ecididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes" ("[d]etermined tu put an end to impunity for the preparators of these crimes and thus to contribute to the prevention of such crimes"). En este sentido, sobre la relación entre protección de los derechos humanos y derecho penal internacional, también *Stahn/Eiffler*, KritV 1999, 267 ss. (269: derecho penal internacional como "brazo extendido" de la protección general de los derechos humanos). Ellos ven (idem, 263 ss.), además de la función de protección de bienes jurídicos individuales de los crímenes de guerra, entre otros crímenes internacionales, una función en el sentido de un derecho preventivo de protección de la paz (también *Stahn*, KJ 1999, 351 ss.). Sobre el sistema de valores como base del d.p.i. ver también instructivo *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 31 ss.

tales contribuciones. En lo siguiente serán tratados los problemas metódicos que se vinculan con esto y sus posibles objeciones. En primer lugar, y antes de la presentación del desarrollo de la investigación y de los aspectos metódicos a ella ligados (*sub* IV.), deben ser expuestas las bases de las que parte la investigación:

- ¿Qué se ha de entender por derecho penal internacional y cómo fue su origen? (*sub* I.)
- ¿Qué formas de manifestación de la criminalidad deben ser combatidas con el derecho penal internacional? (*sub* II.)
- ¿Qué entendemos por "parte general" del derecho penal internacional? (*sub* III.)

I. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SUS FUENTES

1. Por derecho penal internacional ("Völkerstrafrecht")[4] se entiende, tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales.[5] Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional.[6] La idea central de la responsabilidad individual[7] y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene

---

[4] Sobre el concepto, utilizado por primera vez por *Beling*, cfr. *Jesche.k/Weigend*, AT (1996), p. 119, nota 4. Decididamente en favor del concepto *Jescheck*, Verantwortlichkeit (1952), p. 8; *Makarov*, FS Kern (1968), p. 253; en contra *Oehler*, Internationales Strafrecht (1983), p. 606; cfr. también *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 44 ss.; *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 9; *Bruer-Schäfer*, Strafgerichtshof (2001), p. 26 ss. En general, sobre los méritos de Jescheck y de la terminología *Triffterer*, FS Jescheck II (1985), p. 1478 ss.; *el mismo*, ÖJZ 1996, 326 s.; *el mismo*, GS Zipf (1999), p. 500 s. Sobre la delimitación con el concepto de "internationales Strafrecht" (derecho penal internacional) también ya *Ambos*, en: Arnold/Burkhardt/Gropp/Koch (editores), Grenzüberschreitungen (1995), p. 250. Sobre la evolución del derecho penal internacional cfr. *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 19 ss. y passim, *Bruer-Schäfer*, Strafgerichtshof (2001), p. 35 ss.; *Balboni*, in: Illuminati et al. (eds.), Crimini (2000), p. 1 ss.; *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 23 ss., 393 ss. Desde la perspectiva latinoamericana con interesantes referencias, especialmente a los trabajos de Jiménez de Asúa *Carnevali*, RUCN 10 (2003), p. 32 ss.

[5] Cfr., para mayores detalles, *Triffterer*, Untersuchungen (1966), p. 34: "derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional, que conectan a una conducta determinada —crímenes internacionales— ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente". Crít. sobre el concepto y su fundamentación *Köhler*, Jb. Recht und Ethik 11 (2003), 443 ss. Respecto del concepto de crímenes internacionales, cfr. *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 68 ss.; *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 8 ss. (9).

[6] Cfr. también *van Sliedregt*, Responsibility (2003), p. 4: "meeting of two worlds". Sobre los varios componentes del d.p.i. ver *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 1 ss. que lo califica como "*sui generis* system" (p. 53).

[7] Sobre su reconocimiento ya en Núremberg ver p. 84 ss. vers. al. y Ambos, en *McDonald/Swaak-Goldman*, Int. Criminal Law, t. 1 (2000), p. 1 ss. = RP 7 (2001). P. 5 ss. Ver también *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 12, 47, 59, 64 ss. (106).

del *derecho penal*, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg),[8] en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como *derecho internacional*, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad *autónoma* de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del ECPI[9] no sólo consolidan al derecho penal internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional,[10] sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal (derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Como acertadamente se ha expresado en el memorándum del gobierno federal alemán, con ello se ha conseguido "reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el derecho penal internacional, teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones, de los Estados miembros de las Naciones Unidas".[11] Nos encontramos, por ello, no sólo frente a un ordenamiento jurídico-penal internacional nuevo y autónomo, sino también frente a uno amplio, del cual la parte general que aquí se estudia constituye solamente un pequeño fragmento, si bien desde el punto de vista dogmático probablemente el más importante.

2. Puesto que el derecho penal internacional es al mismo tiempo *parte del derecho internacional público formal*, puede originarse, básicamente, a través de la celebración de convenciones multilaterales por los Estados interesados (cfr. art. 38 (1)(a), ECIJ) o a través de la formación de derecho consuetudinario o principios generales del derecho (cfr. art 38 (1)(b) y (c), ECIJ).[12] El derecho consuetudinario y los principios generales del derecho son, por cierto, difíciles de identificar, dado que se trata aquí de derecho internacional no escrito. Sin embargo, en tanto falten las convenciones correspondientes, estas fuentes del derecho deben servir como punto de partida constructivo para la formación de normas de derecho penal internacional; tampoco con el ECPI estas fuentes han perdido completamente su importancia, pues éste deja abiertos algunos ámbitos de regulación.

---

[8] Cfr. el art. 6 del EIMT (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias del 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. Cfr., con más detalles, § 2 I. 1. (p. 81 ss.) vers. al. Sobre el desarrollo histórico *Ambos*, CLF 2003, p. 226 ss.

[9] Cfr. supra, nota 3. Sobre el estado de las ratificaciones, cfr. § 13 (síntesis), nota 34.

[10] Cfr. *Triffterer*, Politische Studien, Sonderheft 1/1995, 38. Ver también *Bassiouni*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law (2004), p. 79 ss. (81) promoviendo un "system of international criminal justice" construido con base en los sistemas nacionales y el supranacional.

[11] BR-Drs. 716/99, p. 99.

[12] Sobre el reconocimiento de la teoría de las fuentes del derecho internacional en el derecho penal internacional, ya *Triffterer*, Untersuchungen (1966), p. 35 ss.; también *el mismo*, FS Jescheck II (1985), p. 1486 (remitiéndose a Jescheck); *el mismo*, ÖJZ 1996, 327 ss.; *el mismo*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 314 ss.; recientemente también *Kreß*, ZStW 1999, 599 s.; *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 55 s.; *van Sliedregt*, Responsibility (2003), p. 6 ss.; *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 8 ss., 51.

De este modo, el art 21 (1)(b),[13] que establece el derecho aplicable, remite expresamente a los "principios y normas de derecho internacional" ("principles and rules of international law"), incluyendo como derecho aplicable de la futura CPI, entre otras cosas, a la costumbre internacional y a los principios generales de derecho en el sentido del art 38 ECIJ.[14] Sobre esto se volverá más adelante.

3. En lo que respecta en particular a las *fuentes* del derecho penal internacional, la fundamentación en el *derecho consuetudinario* de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional.[15] Sin embargo, conforme a los arts. 15 (2), PIDCP, 11 (2), DUDH y 7 (2), CEDH una conducta puede ser sancionada, si ella era punible "según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional".[16] Aquí, el concepto "principios de derecho" no se tiene que entender en el sentido del art. 38 (1)(c), ECIJ, sino en el de las reglas de *derecho consuetudinario internacional* desarrolladas sobre la base del derecho de Núremberg,[17] por lo cual la regla aplicada debe tener "sin duda" el carácter de costumbre internacional.[18] La "desformalización" que esto implica o bien la carga normativa del principio *nullum crimen* se mostrará en el curso de la investigación aún en otros lugares.[19] Desde luego, ella ha perdido importancia con la codificación de los crímenes nucleares de derecho penal internacional en los arts. 5 a 8 y con la aproba-

---

[13] Las disposiciones sin indicación de fuente pertenecen al ECPI.

[14] Cfr. *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 11 ss.; *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 56 s.; *Schabas*, Introduction (2004), p. 91 s.

[15] Cfr. también *Triffterer*, Untersuchungen (1966), p. 35 ss.; *el mismo*, en: Hankel/Stuby, Strafgerichte (1995), p. 218 s.; *el mismo*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 315 s.

[16] Cfr. ya *Ambos*, StV 1997, p. 39 ss.; recientemente *Broomhall*, en Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 22, nm. 25; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 60 ss. Por el contrario, el art. 9 de la CADH no contiene esta excepción.

[17] Cfr. *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 60, 64; también, *Caracciolo*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 227.

[18] Cfr. UN, Report of the Secretary General (1993), para. 34: "[…] rules […] beyond any doubt part of customary law […]". Cfr. también *Triffterer*, GS Zipf (1999), p. 502 s., quien con acierto señala que es admisible que el derecho consuetudinario fundamente y agrave la pena; en cambio, los principios generales de derecho no podrían fundamentar nuevas figuras penales, "porque a través de principios no se pueden establecer descripciones *concretas* de los comportamientos punibles" (ibídem, p. 505); del mismo modo *Simma/Paulus*, en: Ascencio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 64. En diferente sentido, sin embargo, *Triffterer*, Untersuchungen (1966), p. 127 s.: "[…] que *todas* las fuentes del derecho penal internacional entran en consideración como posibilidades de creación de normas penales internacionales" (resaltado por el autor). Esto incluye a los principios generales de derecho. Diferenciando *Triffterer*, ÖJZ 1996, 328: "a través de *principios generales de derecho reconocidos* se pueden describir *en un modo suficientemente determinado*, sin embargo, solamente aquellos hechos cuya punibilidad pertenece al núcleo del derecho penal […]" (resaltado por el autor).

[19] Cfr. resumidamente, infra § 2 III. 1., § 6 II. 2. y III.

ción adicional de los llamados "elementos de los crímenes" ("elements of crimes", de modo abreviado: "elementos") en virtud del art. 9.[20]

Desde la óptica del *derecho internacional* se presenta el problema de que la praxis de los Estados (repetitio facti), necesaria junto con un convencimiento jurídico general (opinio iuris) para el nacimiento del derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos.[21] Este problema puede ser atendido mediante una más fuerte acentuación de los *principios generales del derecho*. Ante todo, los principios generales del derecho existentes pueden ser traídos en consideración para la verificación o falsación de las reglas de derecho consuetudinario internacional en formación y, en consecuencia, aún no consolidadas. En caso de verificación de la regla de derecho consuetudinario internacional correspondiente se fundamentaría, por medio de una semejante solución de combinación, una nueva regla de derecho internacional.[22] Con esto se desarrollaría un principio general del derecho —de modo absolutamente tradicional— a partir del derecho nacional con base en investigaciones de derecho comparado, en cierto modo como "general principles of law derived […] from national laws of legal systems of the world […]" (art. 38 (1)(c), ECIJ).[23] Además, según la opinión preponderante en la actualidad, los principios generales del derecho se pueden fundamentar,[24] también, en una valoración de conjunto del "soft law"[25] internacional, como una especie de "opinio

---

[20] Los elementos de los crímenes fueron aprobados provisoriamente en la quinta sesión de la Preparatory Commission (Prep-Commis) en Nueva York (12.6-30.6.2000) (PCNICC/2000/INF/3/Add. 2) y definitivamente por la Asamblea de Estados Partes en su primera reunión en septiembre de 2003 (ICC-ASP/1/3, cfr. ‹www.un.org/law/icc›). Ellos no poseen un efecto vinculante directo, sino que solamente deben "ayudar" a la Corte en la interpretación, debiendo ésta examinar su compatibilidad con el ECPI (cfr. *Gadirov*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 9, nm. 30; *Dörmann/Kreß*, HuV 1999, 203; *Lindenmann*, HuV 1999, 213; *von Hebel/Robinson*, en: Lee [ed.], ICC [1999], p. 87 s.; *Robinson/von Hebel*, YIHL, 1999, 206; *Caracciolo*, en: Lattanzi/Schabas [eds.], Essays [1999], p. 226; *Schabas*, Genocide [2000], p. 173; *Triffterer*, FS Roxin [2001], p. 1416, 1425; *Lagodny*, ZStW 2001, 807; *Boot*, Crimen [2002], p. 35 s.). Cfr. para un panorama, *Ambos*, NJW 2001, 405 ss.; detalladamente *Rückert/Witschel/Dörmann*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 59 ss. y 95 ss.; *Lee* (ed.), ICC (2001), p. 3 ss.; crít. *Hunt*, JICJ 2004, p. 59 ss., 65 ss.

[21] Respecto de la "missionary writing" y de las "words" en lugar de "deeds" en este contexto *Simma*, en: Academy of European Law (ed.), Collected Courses IV (1995), p. 216 ss. Sobre el derecho consuetudinario europeo *Bleckmann*, NVwZ 1993, 827.

[22] Cfr. *Simma/Paulus*, AJIL 1999, 313 (en cuanto a la punición de crímenes de guerra en un conflicto no internacional); también *Kreß*, ZStW 1999, 613 ss. (en cuanto al reconocimiento en derecho penal internacional del estado de necesidad por coacción).

[23] Cfr. en general *Kreß*, ZStW 1999, 608 ss., con otras referencias; también *Lahti*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 345 s. Sobre los principios generales del derecho en el derecho de la Comunidad Europea, cfr., en este sentido. art. 6 (2), TUE, así como *Bleckmann*, NVwZ 1993, 825 ss.

[24] Sobre todo esto *Ambos*, AVR 1999, 332 ss., con otras referencias.

[25] Dentro de este concepto entran, por ejemplo, las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, los demostrables esfuerzos de codificación, las declaraciones de las conferencias diplomáticas, etc. Sobre el concepto: *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 540 ss., 654 ss.; sobre el "soft law" de los derechos humanos *Simma*, en: Academy of European Law (ed.), Collected Courses IV (1995), p. 233 ss.; *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 66.

iuris without concordant state practice".[26] En esa dirección argumenta en definitiva también el Tribunal para la antigua Yugoslavia (ICTY) cuando funda una prohibición fundamental de represalias en caso de ataques a civiles en el campo de batalla, esencialmente, en las "demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in opinio necessitatis".[27] Tal comprensión moderna de los principios generales del derecho conduce a una asimilación del derecho consuetudinario internacional con los principios generales del derecho, en el sentido de trascendentes "principios y normas del derecho internacional" ("principles and rules of international law") según el art. 21 (1)(b).[28] El derecho consuetudinario internacional es, con esto, parte de las "normas" ("rules");[29] los principios generales del derecho contienen una doble función:[30] Por un lado, como reglas supranacionales originarias ellos colaborarían a la formación de la costumbre internacional o —según una comprensión moderna— a la de reglas de derecho internacional. Por otro lado, como principios generales del derecho en sentido tradicional ellos representarían una fuente autónoma. En este sentido, aunque de acuerdo con el art. 21 (1) (c) deben ser aplicados sólo subsidiariamente,[31] ellos asumen sin embargo una considerable importancia[32] en atención del estado aún rudimentario del derecho penal internacional escrito y no escrito,[33] especialmente en su parte general. Esto se pondrá de resalto continuamente a lo largo de la investigación.

---

[26] *Simma*, en: Academy of European Law (ed.), Collected Courses IV (1995), p. 225. En similar sentido *Bassiouni*, MichJIL 1990, 768 s.: "when a custom is not evidenced by […] practice, or when States express *opinio juris* without any supportive practice". Uno de los defensores más destacados de un derecho consuetudinario internacional fundado fuertemente en la "opinio iuris" es probablemente *Theodor Meron* (AJIL 1995, 554 ss. y AJIL 1996, 238 ss.). Sobre principios generales en el derecho consuetudinario cfr. también *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law (2004), p. 319 ss.

[27] *Prosecutor v. Kupreškic et al.,* Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T), para. 527 ss. (533, resaltado en el original); sobre esto, con más detalles p. 305 ss. vers. al. De esta manera, la Sala quiere fundamentar una regla de *derecho consuetudinario internacional* y renuncia, de forma dudosa, al elemento constitutivo de la praxis de los Estados (crít. sobre esa tendencia ya *Ambos*, AVR 1999, 328 ss.).

[28] Cfr. también *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 61: "Ce n'est pas par hasard que la coutume et les principes généraux de droit semblent se rapprocher; […] ".

[29] Cfr. *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 14.

[30] Cfr. también *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 62 ss.; similar *Caracciolo*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 228 Asimismo, en el derecho comunitario europeo los principios generales de derecho de la Comunidad, de un lado, y los principios generales de derecho de los Estados miembros, del otro, cfr. *Krück*, en: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (editores), EU-/EG-Vertrag (1997), art. 164, nm. 22 ss.

[31] Cfr. *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 2 ss., 15 ss.

[32] Similar *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 17; *Schabas*, Introduction (2004), p. 92; *Lagodny,* ZStW 2001, 817; *Vest,* Genozid (2002), p. 29; *Fronza*, en Papa (director), Orizonti (2003), p. 14 ss.; *Fronza/Guillou*, en Delmas Marty/Muir Watt/Ruiz Fabri, Variations (2002), p. 286 ss.; *los mismos* en Chiavario (editor), La justice pénale internationale (2003), p. 38 ss.

[33] Cfr., por ejemplo, *Cassese*, citado según McDonald/Swaak-Goldmann, en: ellos mismos (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. XIII: El derecho penal internacional sería "still quite rudimentary" y carecería de "the specificity of most municipal criminal law".

4. De este modo, se evidencia a la vez el importante rol que le cabe al *derecho penal comparado*: éste colabora con la fundamentación de principios generales del derecho en sentido tradicional, permitiendo deducir de las *regulaciones* concretas de los derechos nacionales un *principio* común.[34] Desde luego, no se puede partir aquí solamente del propio sistema nacional del hecho punible, convirtiendo, por ejemplo —en el sentido del método tradicional, normativo-descriptivo, del derecho comparado—, el punto de vista dogmático propio en el punto de partida y centro de las consideraciones de derecho comparado.[35] El peligro de este método es evidente: si se parte de un punto de vista semejante, basado en el derecho propio, los conocimientos logrados con motivo de la comparación jurídica no se diferenciarían radicalmente de éste y se prejuzgaría su valoración jurídico-política. Por ello, se ha de preferir un moderno método *funcional*, el cual se oriente —en el sentido de una *orientación empírica*— a los problemas materiales hallables en un orden jurídico determinado y que se interrogue, en la solución de estos problemas, por el rol y la *función* de los institutos jurídicos existentes, para posibilitar, de esta manera, una comparación —sin prejuicios conceptuales ni dogmáticos— con los institutos jurídicos funcionalmente correspondientes en ordenamientos jurídicos extranjeros.[36] Si bien nunca se podrá evitar completamente la parcialidad del derecho penal nacional,[37] al menos este método ofrece la chance de descubrir, "libre de los conceptos de sistema del ordenamiento jurídico propio",[38] una solución materialmente adecuada para un problema jurídico determinado. Para no actuar de modo simplemente funcional y desvinculado de las decisiones de valor de derechos fundamentales de los sistemas jurí-

---

[34] Sobre la importancia para el derecho penal internacional de la comparación (legislativa) de derecho penal, también *Eser*, FS Kaiser (1998), p. 1506, 1508 s., 1514; *Delmas-Marty*, JICJ 2003, p. 13 ss. (18 ss.) enfatizando la "hybridization".

[35] Cfr. en este sentido aún *Jescheck*, Entwicklung (1955), p. 36 ss. (37 s., 40 ss.): Partiendo de un *punto de vista* político criminal o dogmático (propio) (primer nivel) él pretende *interpretar* el derecho extranjero (exégesis, segundo nivel), luego *sistematizarlo* (tercer nivel) y finalmente *valorarlo* jurídico-políticamente (cuarto nivel).

[36] Sobre el principio fundamental de la funcionalidad en el derecho comparado *Kötz*, RabelsZ 1990, 209 s.; *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996), p. 33 ss.; *Eser*, FS Kaiser (1998), p. 1521; también *Weigend*, ZStW 1993, 787 s., *Vogel*, JZ 1995, 337 s. (sin embargo, crít. sobre este autor, infra nota 37 y 129). Cfr. también *Perron*, ZStW 1997, 285 ss., 296 ss., con otras referencias, quien en el marco de su proyecto de investigación "Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich" ("Comparación de estructuras de parte general del derecho penal") desarrollado en el Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo persigue, sobre la base del análisis de casos, un enfoque fuertemente orientado en consideraciones jurídico-fácticas y, con ello, espera unir un método empírico con uno normativo (Cfr. ‹www.iuscrim.mpg.de/de/forsch/straf/projekte/perron.html.de›; también *Eser*, FS Kaiser [1998], p. 1519 s.).

[37] Cfr. *Weigend*, RIDP 1981, 500: "[…] even after discarding all benign comparativist rhetoric aside, one will find that jurists everywhere are likely to regard their own system of justice not necessarily perfect, but as better than the rest". Similar, también, *Bogdan*, NordicJIL 1977, 49; *Eser*, en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 44.

[38] *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996), p. 33.

dicos más importantes,[39] se propone utilizar el conocido principio de la *comparación jurídica valorativa* proveniente del derecho comunitario europeo.[40] Si allí con este principio se trata —desde el punto de vista de los derechos fundamentales— de una maximización de la protección de los derechos fundamentales,[41] en el plano del derecho penal internacional se podrá hablar de una maximización de la protección de los derechos humanos.

En el debate de derecho penal internacional fue acuñado el concepto de "*domestic analogy*" para aludir al mero traspaso de una regla jurídica nacional al plano del derecho internacional.[42] Es tan evidente que un concepto semejante no es suficiente para fundamentar un principio general del derecho, como que, por otra parte, también lo es que una investigación de los "major legal systems of the world",[43] esto es, en especial del common law y del "civil law", ofrece una suficiente base de derecho comparado.[44] Por lo demás, la falta de consideración de sistemas jurídicos no occidentales, en especial del derecho islámico[45] —prescindiendo de la carencia de conocimientos idiomáticos del autor—, puede explicarse, si no justificarse, con que en este trabajo, especialmente en su tercera parte, la comparación jurídica sirve en primer orden a desarrollar dogmáticamente las directrices del ECPI. Por tanto, los

---

[39] En este peligro se encuentra la "reserva de función" de *Vogel* (JZ 1995, 336 ss., 336), cuando él se orienta completamente —en el sentido de su funcionalidad "jurídico-externa"— a las exigencias o al funcionar del mercado común (crít. también *Weigend*, FS Roxin [2001], p. 1381 s.). Aquí existe una patente cercanía con el "puro" funcionalismo de impronta jakobsiana (infra, nota 129). De todos modos se le debe conceder a *Vogel* que *in abstracto* difícilmente se puedan proponer medidas de contenido más preciso que las que él ha desarrollado (338 ss.).

[40] El concepto se remonta a *Zweigert*, RabelsZ 1964, 611: "principio general del derecho es […], lo que se presenta como la mejor solución, luego de un análisis crítico de las soluciones que resultan de una mirada al derecho comparado". El concepto fue recogido por el fiscal general *Roemer* por primera vez en la causa *Stauder* (*TEDH*, Slg. 1969, 427, 428; también *Wehrhan, TEDH*, Slg. 1973, 1254, 1258, 1273).

[41] Cfr. *Bleckmann*, DÖV 1993, 840 s.; *el mismo*, NVwZ 1993, 826; *Krück*, en: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (editores), EU-/EG-Vertrag (1997), art. 164, nm. 25, 28; *Pernice*, en: Grabitz/Hilf (editores), Recht EU (1999), art. 164, nm. 58, 60. El mismo TEDH ha concebido a partir del caso *Nold* (Slg. 1974, 491) a los derechos fundamentales como parte de los principios generales del derecho, que él "tiene que defender" (cfr. *Hauer*, Slg. 1979, 3727, 3744 s.)

[42] *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29.10.1997 (IT-95-14-AR 108*bis)*, para. 40. Cfr. también *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 63 s.

[43] Pr*osecutor v. Tadic, Judgement 15.7.*1999 (IT-94-1-A), para. 225 (en relación con la comisión en coautoría con base un "common purpose" o "common design"; sobre esto, con más detalles, p. 276 ss. vers. al.).

[44] Cfr. Pros*ecutor v. Kupreškic et al., supra*, nota 25, para. 669: "[…] the Trial Chamber will rely on general principles of international criminal law and, if no such principle is found, on the principles common to the various legal systems of the world, *in particular those shared by most civil law and common law criminal systems"* (resaltado por el autor). Cfr. también *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21 nm. 18.

[45] Sobre los ámbitos o familias jurídicas tradicionales en el sentido del derecho comparado cfr. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung (1996), p. 62 ss.; crít. y para una clasificación jerárquica de los ámbitos jurídicos *Heiss*, ZVglRWiss 100 (2001), 396 ss.; crít. también *Husa*, R.I.D.C. 2004, 11 ss.

principios generales del derecho en sentido tradicional obtenidos a este respecto cobran importancia, por un lado, para la interpretación del tratado y, por el otro, para colmar lagunas de regulación existentes.[46] En este sentido, una limitación al "derecho occidental" es sostenible, pues la versión del ECPI se funda en lo esencial, si no exclusivamente, en la influencia de los Estados del círculo cultural occidental.[47]

Ante todo, se alude con ello al *common law* angloamericano. Como se mostrará en el curso de esta investigación, él ha determinado decisivamente, incluso casi de manera exclusiva, la evolución de la jurisprudencia y de las codificaciones de derecho penal internacional.[48] La creciente importancia del inglés como *lingua franca* también en el diálogo jurídico intercultural ha reforzado aun esa tendencia. Por ello, para la inteligencia del derecho penal internacional y, especialmente, del ECPI es irrenunciable la comprensión de las figuras y la terminología jurídico-penal del common law. Sin embargo, es necesario efectuar aquí una salvedad metodológica. En el presente trabajo el common law será investigado a través del estudio de la literatura angloamericana y, en cuanto existente, de la alemana. Pero el common law es esencialmente derecho judicial, así que sólo un análisis del *case law* permite considerar de manera adecuada este ordenamiento jurídico en todas sus facetas. Con base en un análisis jurisprudencial de este tipo se podría desarrollar seguramente un sistema de reglas ciertas, el cual relativizaría de modo considerable el reproche siempre escuchado, precisamente en el ambiente alemán, de la falta de sistemática o incluso de la total "enemistad con la teoría"[49] del common law.[50] En todo caso, el análisis de la jurisprudencia penal internacional aquí efectuado, que en su mayor parte es un análisis del common law, muestra que es absolutamente posible extraer reglas de la jurisprudencia y que éstas pueden ser sistematizadas.[51] Sea como fuere, un completo análisis de la jurisprudencia del common law no pudo ser efectuado en esta investigación. Esto se deberá tener presente en las siguientes consideraciones críticas.

Del ámbito del "civil law" continental europeo deben ser analizadas, junto con la doctrina alemana, también la correspondiente francesa y española. Al respecto, se debe tener en cuenta la importancia de los ordenamientos jurídicos mencionados para el derecho penal internacional y precisamente también la creciente emancipación de la doctrina española de la alemana.[52] Por medio de la comparación directa de problemas específicos de parte general se pondrán de manifiesto, de este modo, también las ventajas de una u otra solución.

Además, se sobrentiende que la comparación jurídica para la obtención de un principio general del derecho en el sentido del art. 38 (1)(c) del ECIJ no puede agotarse en la reunión descriptiva de diversas normas de derecho nacional. Más bien, estas normas constituyen solamente la base para la elaboración del principio que se

---

[46] Sobre ambos puntos de vista desde una perspectiva procesal de derecho penal internacional de la mano del problema de los testigos anónimos en el proceso Tadic, *Affolder*, MichJIL 1998, 486 ss., 492 ss.; sobre el rol del derecho penal comparado en la interpretación del derecho propio, también *Eser*, FS Kaiser (1998), p. 1509 s.

[47] Con ello no se quiere decir que también los Estados no occidentales no hubieran sostenido con empeño sus puntos de vista durante las negociaciones.

[48] Diversamente *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 17 ss., quien considera de igual importancia la influencia del derecho continental europeo, aunque sin brindar otra fundamentación.

[49] *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 195 en la nota 3.

[50] Cfr. también *Kötz*, RabelsZ 1990, 205 s., señalando la sistemática y el basamento en reglas ónticas del case law. Diferenciando *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 4.

[51] Cfr. § 6 (p. 259 ss.) vers. al.

[52] Cfr. sobre esto, también, infra por la nota 103 s.

encuentra detrás de ellas ("common principle behind"), de la cuestión valorativa esencial y válida para todos los ordenamientos jurídicos y de su solución generalmente aceptable.[53] Lo decisivo es, por tanto, el nivel de los principios, no el de la regulación.[54] En nuestro contexto, la importancia de esto no se debe subestimar, pues en la elaboración por medio del derecho comparado de principios generales del derecho penal o de una parte general —en el sentido continental europeo— existen, en el nivel de los principios, más similitudes entre el "civil law" y el "common law" de lo que por lo común se acepta.[55] Esto será puesto de manifiesto especialmente en la parte tercera de esta investigación. En este punto es suficiente con afirmar que se trata de una *comparación jurídica valorativa orientada a principios*, que sirve al desarrollo de principios generales de derecho penal sobre la base del ECPI.

Si se observan las cautelas recién expresadas, no será necesaria tampoco ninguna otra relativización de los conocimientos obtenidos del derecho comparado a través de un examen de idoneidad estructural de derecho internacional. Este "principio modificado de la comparación en derecho penal internacional" propuesto por *Nill-Theobald*,[56] aunque se asiente en la correcta reflexión de las diferentes materias de regulación del derecho penal nacional y del derecho penal internacional, conduce, sin embargo, a una precipitada relativización de la categoría de los principios generales del derecho y no brinda, además, ningún correctivo suficientemente preciso. Antes bien, éste encierra el peligro, como *Kreß* correctamente critica, "de acabar en un plano más allá de las vinculaciones normativas impuestas por las fuentes de derecho internacional.[57]

5. Por último, junto con las convenciones internacionales y la costumbre internacional se puede recurrir auxiliarmente, al menos como fuente de reconocimiento de derecho, también a las *decisiones judiciales* y a las doctrinas de los "publicistas de mayor competencia" en derecho internacional (art. 38 (1)(d), ECIJ).[58] Para la *jurisprudencia* aquí analizada esto significa que ella, ya en una interpretación tradicional del art. 38 (1) del ECIJ, puede servir de tres modos a la fundamentación de reglas de derecho penal internacional: Por un lado, puede dar información sobre la

---

[53] Convincente *Perron*, ZStW 1997, 299, quien ve la función de la armonización internacional del derecho penal en el "formular las cuestiones valorativas esenciales del derecho penal en un nivel abstracto y de un modo válido para todos los sistemas, y en el buscar soluciones que puedan ser aceptadas por la mayor cantidad posible de naciones e implementadas en el actuar práctico".

[54] *Bogdan*, NordicJIL 1977, 48 s.; también *Kreß*, ZStW 1999, 612; *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 16; *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 63.

[55] Por ello, demasiado escépticos *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 58, 63, al considerar (demasiado) difícil el desarrollo de principios generales a causa de las diferencias entre el "civil law" y el common law.

[56] *Nill-Theobald*, ZStW 1997, 968 ss.; *la misma*, Defences (1998), p. 389 ss.

[57] *Kreß*, ZStW 1999, 609 s., nota 58.

[58] Cfr. *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 617 ss.; *Jennings/Watts*, Oppenheim's International Law I (1992), p. 26; *Brownlie*, Principles (2003), p. 19 ss. En nuestro contexto también *van Sliedregt*, Responsibility (2003), p. 7 s.

praxis de los Estados en el sentido del art. 38 (1)(b) del ECIJ,[59] así como sobre los principios de derecho nacionales en el marco del art. 38 (1)(c) del ECIJ; por otro lado, a ella se puede recurrir por medio del art. 38 (1)(d) del ECIJ, al menos como medio auxiliar.[60] Desde un punto de vista material, lo que interesa en nuestro contexto para la importancia creadora de derecho de la judicatura es únicamente si los tribunales competentes han *aplicado* —directamente o indirectamente por medio del derecho nacional— *derecho penal internacional*. Si éste es el caso, se los podrá designar incluso de modo general —en un sentido material y que recuerda a la doctrina del "dédoublement fonctionnel"[61]— como tribunales internacionales,[62] independientemente de que ellos —en un sentido formal debido a su institución y composición— puedan haber sido internacionales,[63] nacionales[64] o tribunales de ocupación.[65] Este punto de vista material no debe descuidar, por cierto, la diferenciación, del todo convincente, entre jurisprudencia originaria de derecho penal internacional a través de tribunales *supranacionales* y jurisprudencia penal internacional indirecta o mediata a través de tribunales *nacionales*. Mientras que en aquel caso se deberá partir, según un nuevo punto de vista basado principalmente en la jurisprudencia del ICTY en *Erdemovic*,[66] de un peso normativo propio de la jurisprudencia en la fundamentación de derecho consuetudinario internacional, la judicatura nacional puede influir al desarrollo del derecho penal internacional sólo de un modo indirecto a través de la derivación, por medio del derecho comparado, de principios generales del derecho o como fuente subsidiaria de derecho conforme al art. 38 (1)(d) del ECIJ.[67] El ECPI tiene esto en cuenta al acentuar, en su art. 21 (2), la importancia de las "decisiones anteriores" ("previous decisions") de la CPI. Con ello no se establece, sin embargo, un efecto vinculante en el sentido de la doctrina de la *stare decisis* del common law,

---

[59] Por el reconocimiento directo de las sentencias nacionales como parte de la praxis de los Estados: *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 584; *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 16, nm. 6; *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 313.

[60] Cfr. también *Kreß*, ZStW 1999, 603; *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 65 s. *Brownlie*, Principles (2003), p. 23 ve "valuable pronouncements on delicate issues" por los tribunales internacionales Ad-hoc.

[61] Según esta teoría fundada por *Scelle*, los órganos estatales también deben aplicar el derecho nacional a la luz del derecho internacional (cfr. *Verdross/Simma*, Völkerrecht [1984], § 46).

[62] Cfr. *Wright*, en: UNWCC XV, p. VIII.

[63] Cfr. El IMT (p. 81 ss. vers. al.), el Tribunal de Tokio (p. 131 ss. vers. al.) y los Tribunales Ad-hoc existentes (p. 259 ss. vers. al.).

[64] Cfr. p. 140 ss. y 163 vers. al.

[65] Cfr. especialmente los tribunales que sucedieron al de Núremberg (p. 83 s., 141 s. vers. al.). Sobre la jurisdicción penal estatal e internacional, en general *Jescheck*, Verantwortlichkeit (1952), p. 149 ss.; recientemente *Bruer-Schäfer*, Strafgerichtshof (2001), p. 129 ss. Sobre la naturaleza jurídica de los tribunales de Núremberg, cfr. p. 78 ss. vers. al., con otras referencias en la nota 12.

[66] *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgment 7.10.1997 (IT-96-22-A), especialmente los votos particulares de los jueces *McDonald/Vohrah*, *Cassese* y *Stephen*. Sobre esta sentencia, más profundamente, p. 263 ss. vers. al.

[67] Cfr. sobre todo esto *Kreß*, ZStW 1999, 603, con otras referencias.

sino que la consideración de sentencias anteriores se deja al buen criterio de la apreciación judicial.[68]

6. Los *esfuerzos internacionales de codificación*, por el contrario, brindan información sobre la "opinio iuris" de la comunidad de los Estados, la cual, a su vez —según el punto de vista que aquí se sostiene—, puede ser erigida como fundamento de principios generales del derecho. A las *opiniones doctrinarias*, a considerar en el marco de un análisis secundario, puede recurrirse, complementariamente, para la confirmación o refutación de una opinio iuris y para el desarrollo ulterior del derecho. Finalmente, en derecho penal internacional —al contrario que en las fuentes del derecho tradicionales en el sentido del art. 38 del ECIJ— también ha de considerarse el *derecho nacional*. Mientras los arts. 24 (1), EICTY y 23 (1), EICTR prevén esto sólo en el marco de la determinación de la pena, el art. 21 (1) (c) declara aplicable —cuando proceda ("as appropriate")— el derecho nacional del estado que ejercería la jurisdicción siempre y cuando sea compatible con el Estatuto y con el derecho internacional vigente.[69]

II. LA MACROCRIMINALIDAD POLÍTICA COMO OBJETO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. La "*Macrocriminalidad*" comprende, fundamentalmente, "comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva",[70] "macroacontecimientos con relevancia para la guerra y el derecho internacional";[71] ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas "normales" de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado.[72] La macrocriminalidad es más limitada que la "criminalidad de los poderosos" ("Kriminalität der Mächtigen"),[73] ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los

---

[68] *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 21 s.

[69] Cfr. también *McAuliffe de Guzman*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 21, nm. 19; *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 66 s., 68.

[70] *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 122 s.; *el mismo*, MschrKrim 1980, 358 s.; *el mismo*, StV 1988, 172; *el mismo*, Makrokriminalität (1989), p. 11 ss.; *el mismo*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 327; Sobre *Jäger* también infra § 7 II. 2.

[71] *Schüler-Springorum*, Kriminalpolitik (1991), p. 236.

[72] Cfr. sobre su delimitación con el concepto de "criminalidad organizada", de modo instructivo *Arnold*, en: Militello/Arnold/ Paoli (editores), Kriminalität (2000), p. 93 ss.

[73] Cfr. *Scheerer*, en: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (editores), Wörterbuch (1993), p. 246 ss. Similar al concepto de "criminalidad del dominio" ("*Herrschaftskriminalität*") utilizado por *Merkel* (en: Unseld [editor], Politik [1993]).

hechos cometidos por los "poderosos" para la defensa de su posición de poder, y ni estos "poderosos" ni el "poder" (económico) que defienden son necesariamente idénticos al Estado o al poder Estatal.[74] La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivo a este respecto, es clarificado a través del aditamento de "*político*". De este modo, se rechaza también —coincidentemente con *Jäger*[75]— la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. *Macrocriminalidad política* significa, por tanto, en sentido *restringido,* "criminalidad fortalecida por el Estado",[76] "crimen colectivo políticamente condicionado"[77] o —con menor precisión— crímenes de Estado,[78] terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental.[79] Aquí se trata siempre de criminalidad "estatal interna",[80] orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. Esto constituye también un interés central de esta investigación.

2. En un sentido *amplio*, el concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también a los crímenes internacionales de actores *no estatales*. En cuanto a esto, es de importancia secundaria si estas actividades pueden ser atribuidas al concepto tradicional de macrocriminalidad. En su favor hablaría el hecho de que también en estos casos el Estado territorialmente competente sería responsable, al menos por omisión, de no garantizar a sus ciudadanos la protección de derecho constitucional e internacional que les corresponde. En su contra se pronunciaría la circunstancia de que tal comprensión amplia de macrocriminalidad convertiría a casi todo Estado en "criminal", pues nunca sería posible un completo control de la criminalidad no estatal y, por ello, tampoco una absoluta protección del ciudadano expuesto a esa criminalidad. Regiría el principio: ¡"*Nemo potest ad impossibile obligari*"*!* A ello se podría replicar nuevamente que no se trata de la libertad del ciudadano frente a cualquier hecho penal, sino, justamente, frente a hechos macrocriminales. En relación con éstos, la obligación de protección estatal debería ser ilimitada, pues, de lo contrario, se argumentaría en favor de una situación prejurídica del derecho del

---

[74] Sobre el problemático contenido del concepto de "poder" en este contexto *Scheerer*, en: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (editores), Wörterbuch (1993), p. 246 ss.

[75] *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 122 s.; asimismo, *Kaiser*, Kriminologie (1996), p. 431; de otra opinión, *Rotsch*, wistra 1999, 370, quien aboga por una inclusión de los delitos económicos y contra el medio ambiente; ver también *Prittwitz*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 14 ss.

[76] *Naucke,* Privilegierung (1996), especialmente p. 19; aprob. *Hassemer*, FS BGH IV (2000), p. 443.

[77] *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 123.

[78] Especialmente utilizado por *Friedrich* (cfr. las referencias en *Rüter*, en: Friedrich/Wollenberg [editores], Vergangenheit [1987], p. 67 ss.). Más correctamente probablemente "crímenes del Estado", ya que el concepto crímenes de Estado evoca a los crímenes *contra* el Estado (§ 80 ss. StGB).

[79] Sobre esto, por ejemplo, *Triffterer*, en: Lampe (editor), Wiedervereinigung II (1993), p. 131 s.; *el mismo*, en: Kaiser/Jehle (editores), Opferforschung I (1994), p. 155 ss. Sobre el concepto de criminalidad de sistema *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 383 s.

[80] *Triffterer*, en: Lampe (editor), Wiedervereinigung II (1993), p. 133. Sobre las formas de manifestación de la criminalidad ya *Eisenberg*, MschrKrim 1980, 217, 221 ss.

más fuerte. Sea como fuere, la existencia fáctica de grupos no estatales que cometen crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo en favor de una comprensión más extensa del concepto de macrocriminalidad. De otro modo, quedarían sin protección las víctimas no estatales, pues el derecho penal nacional la niega en esos casos. Un ejemplo: Si la organización guerrillera colombiana FARC, la más antigua y grande de Latinoamérica,[81] en la "zona de distensión" asignada a ella por el Estado (el entonces gobierno del presidente Samper) —o en otras zonas bajo su control fáctico— cometiera crímenes contra la humanidad[82] y crímenes de guerra,[83] entonces no tendría sentido que las víctimas de esos crímenes se remitieran a las instituciones estatales. Puesto que éstas no están presentes físicamente,[84] no tienen ningún tipo de influencia sobre los autores. Aquí sólo puede ayudar, si es que puede, la directa atribución de responsabilidad jurídico-penal a los mismos grupos responsables, esto es, a su jefe y a sus miembros.[85]

Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta también en la concepción de los crímenes internacionales tal como ha sido ahora consagrada en los arts. 6 a 8. En cuanto a los *crímenes contra la humanidad*, inclusive el genocidio,[86]

---

[81] Sobre el movimiento guerrillero colombiano. Cfr. *Kurtenbach*, en: Altmann/Fischer/Zimmermann, Kolumbien (1997), p. 235 ss.

[82] Aunque los conceptos de "humanity" o "humanité" tendrían que ser traducidos más correctamente con "Menschheit" (humanidad) (cfr. ya *Güde*, DRZ 1947, 113; también *Jäger*, KritV 1993, 259), se utilizará aquí "Menschlichkeit" (humanidad), porque este concepto se ha afianzado en el uso lingüístico general y significa materialmente también lo mismo (*Vest*, ZStW 2001, 460).

[83] Cfr. sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, en general, *Heinz*, en: Altmann/Fischer/Zimmermann (editores), Kolumbien (1997), p. 199 ss.; *Ambos*, Straflosigkeit (1997), p. 25 ss.; por último, sobre el paramilitarismo cada vez más amenazante *Fischer/Cubides C.*, en: Fischer/Krennerich, Gewalt (2000), p. 113 ss.; *HRW/A*, Ties (2000). Sobre la situación en la (antigua) "zona de distensión", por ejemplo, *GW*, 29.6.-5.7.2000, 20; *Le Monde*, 26.7.2000, 2. El (actual) gobierno del presidente Uribe desplazó la guerilla de esa zona.

[84] En Colombia solamente un pequeño número de miembros de la *Defensoría del Pueblo* estatal se encontró en la "zona de distensión" (conversación del autor con representantes de la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 31.5.2000).

[85] Sobre la aplicabilidad del art. 3 común de la CG y de su PACG II a los movimientos de rebelión. Cfr. *Bothe*, IYHR 1995, 249 s. Sobre la posibilidad de lesión de derechos humanos por parte de privados, fundamental *Wiesbrock*, Schutz (1999), p. 19 ss. y passim. Sobre "non state actors" generalmente *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 68 ss.

[86] Sobre el concepto de crímenes contra la humanidad basado en el art. 6 del EIMT (supra, nota 6). Cfr. las referencias en p. 81 s. nota 18 y p. 84 nota 31 vers. al., así como sobre su reciente desarrollo: *Becker*, Tatbestand (1996), passim (crít. *Ambos*, GA 1997, 603 s.); *Van Schaack*, ColJTL 1999, 787 ss.; *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 60 ss., 179 ss., 243 ss.; *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 106 ss.; *la misma*, ZStW 2000, 382 ss.; *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 263 ss., 274 ss. y passim; *Swaak-Goldmann*, en: McDonald/Swaak-Goldmann (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 141 ss.; *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 355 ss. (359 s.); *Lattanzi*, en Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 473 ss.; *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 85 ss.; *Vest,* SchwZStr 2001, 242 ss.; *Boot,* Crimen (2002), p. 455 ss.; profundizando en cuanto al (primer) desarrollo de los elementos típicos concretos *Kreß*, en: Fischer/Lüder (editores), Verbrechen (1999), p. 41 ss. (48 ss.); *Vest*, ZStW 2001, 461 ss. Ver recientemente también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 198 ss., 232 ss.; *Cassese*, International Criminal Law (2003), p. 64 ss., 96 ss.; *Carnevali*, RUCN 10 (2003), p. 42 s.; *Ambos*, Crímenes

ya no es necesaria una relación con un conflicto armado para que puedan ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión —también no estatal[87]— determinado, generalizado y sistemático.[88] Respecto de los *crímenes de guerra*, éstos pueden ser cometidos por las partes en conflicto, y por ello penados,[89] no sólo —como "grave breaches"— en un conflicto internacional, sino en todo

---

(2004), p. 19 ss., 51 ss., 111 ss.; con respecto al derecho español *Landa*, RP 14 (2004), 70 ss. Crít. *Köhler*, Jb. Recht und Ethik 11 (2003), 441, 444, 455, 462.

[87] Sobre la exigencia de una determinada "policy" o de un plan semejante, que no debe necesariamente provenir más del Estado, cfr. ahora *Prosecutor v. Kupreskic et al.,* supra nota 25, para. 551 ss.; sobre esto, pp. 303 ss. vers. al.; también *Boot*, en: Klip/Sluiter (eds.), Cases (1999), p. 454 s.; *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 244 s., 247; *Meron* en: von Hebel/Lammers/Schukking (eds.), Reflections (1999), p. 50; *Robinson*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 156 ss. (162 s.); *Mc Auliffe de Guzman*, HRQ 2000, 368 ss.; *Werle*, JZ 2000, 756, nota 13; *Gil Gil*, ZStW 2000, 390 ss.; *Vest*, ZStW 2001, 468 s.; más restringido *Lagodny,* ZStW 2001, 802; *Gil Gil* (loc. cit., 392) exige, convincentemente, que las organizaciones no estatales deban ejercitar, de facto, un poder político y, por lo tanto, no cualquier grupo u organización criminal podría ser convertirse en autor de crímenes contra la humanidad; ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 52 ss., 132 ss. Cfr. también la introducción de los correspondientes elementos de los crímenes (supra nota 18).

[88] Cfr. ya *Prosecutor v. Tadic,* Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72), para. 141: "It is by now a settled rule […] that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed […] customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all" (sobre esta decisión también § 6 I vers. al.; confirmando esta posición, por ejemplo, *Prosecutor v. Blaškic*, Judgment 3.3. 2000 [IT-95-14-T], para. 67). Cfr. especialmente Meron, AJIL 1995, 554 ss.; el mismo, AJIL 1996, 242; el mismo, en: von Hebel/Lammers/Schukking (eds.), Reflections (1999), p. 49; Jescheck, RIDP 1981, 348 ss.; Jescheck/W*eigend*, AT (1996), p. 125; *Triffterer*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 199 ss.; *el mismo*, en: Lampe (editor), Wiedervereinigung II (1993), p. 153 s.; *Sunga*, Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J. 1998, 386; *Askin*, CLF 1999, 40; *Robinson*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 144 ss. (148 s.); *Stahn*, KJ 1999, 347 s., 352; *Stahn/Eiffler*, KritV 1999, 258 s.; *Swaak-Goldmann*, en: *McDonald/Swaak-Goldmann* (eds.)*,* Int.Crim.L. I (2000), p. 159 s.; *Kreß*, Nutzen (2000), p. 6; detalladamente sobre la evolución *Van Schaack*, ColJTL 1999, 792 ss., 821, 829, 837, 847, 850; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 80 ss.; *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 355 ss. (359 s.); *Ambos*, Crímenes (2004), p. 113 ss. En favor de una "proscribing function" de los crímenes contra la humanidad, también *Bassiouni*, FS Jescheck II (1985), p. 1453-1475. Cfr. también la Section 5 de la "Regulation No. 2000/15" de la administración de transición de la ONU en Timor Oriental (UNTAET/REG/2000/15 del 6.6.2000; ‹www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf›).

[89] Cfr. *Robinson/von Hebel*, YIHL 1999, 193 ss.; *Momtaz*, YIHL 1999, 177 ss.; *Meron*, en: von Hebel/ Lammers/Schukking (eds.), Reflections (1999), p. 51 ss.; *Venturini*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 171 ss.; *Stahn*, KJ 1999, 348 ss.; *Stahn/Eiffler*, KritV 1999, 259 ss.; *Kreß*, Nutzen (2000), p. 6; *el mismo*, IYHR 2000, 103 ss.; *Amati*, in: Illuminati et al. (eds.), Crimini (2000), p. 99 ss.; *Boot,* Crimen (2002), p. 537 ss.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 293 ss.; *Cassese*, International Criminal Law (2003), p. 47 ss.; *Carnevali*, RUCN 10 (2003), p. 43; ss.; *Ambos*, Crímenes (2004), p. 80 ss. Sobre la evolución. Cfr. *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 78 ss. Sobre los elementos (supra nota 18) *Dörmann*, Elements (2003). Sobre el caso Tadic en este sentido p. 262 vers. al., con otras referencias. Cfr. ahora también la Section 6 de la llamada UNTAET-Regulation, supra nota 86. El ECPI ha quedado rezagado, sin embargo, en algunas disposiciones con relación al derecho consuetudinario vigente (cfr. *Fischer*, FS Ipsen [2000], p. 86 ss.; también *Momtaz*, YIHL 1999, 186 ss.; *Kreß*, IYHR 2000, 131, 134 ss.; en general *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. [2001], p. 129 ss.) y permanecen diferencias materiales entre algunos crímenes del conflicto internacional y no internacional (*Kreß,* IYHR 2000, 132 ss.).

conflicto armado (no internacional) que sobrepase el umbral del art. 1 (2) del PACG II.[90] Con esto queda en claro que la comisión de crímenes internacionales no puede ser considerada por mucho más tiempo como un "privilegio" de los actores estatales, sino que puede conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico-penal de actores no estatales. El concepto de macrocriminalidad política se debe extender, por tanto, según una comprensión moderna del derecho penal internacional a los actores no estatales.[91]

III. LA "PARTE GENERAL" DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. El reconocimiento de la dimensión individual de los comportamientos macrocriminales pone claramente de manifiesto la necesidad de reglas *generales* de imputación.[92] La exigencia de una "parte general ("General Part") se corresponde con el desarrollo —usual en el derecho angloamericano— de "reglas generales de derecho penal" ("General Principles of Criminal Law"),[93] que ahora se encuentran en la tercera parte del ECPI. Con el término reglas generales se alude, por tanto, a reglas de la parte general y viceversa.

2. Sustancialmente, se trata del diseño de un sistema del delito de derecho penal internacional, el cual no sólo tiene que pretender validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes, sino que también tiene que ser eficiente y comprensible:

---

[90] Aquí se aplica el art. 8 (2) (f) en el caso de un "protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups", bajando al respecto el umbral de aplicación del art. 1 (2) del PACG II (cfr. *Robinson/von Hebel*, YIHL 1999, 204 s.; *Meron*, en: von Hebel/Lammers/Schukking (eds.), Reflections (1999), p. 54; *Kreß*, IYHR 2000, 117 ss.). Sobre la diferenciación entre conflicto internacional, no internacional e interno. Cfr. *Kreß*, IYHR 2000, 114 ss.; *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider (editores), Humanitäres Völkerrecht (2001), p. 326 ss. Sobre los crímenes internacionales y no internacionales en el art. 8 ECPI ver *Ambos*, Crímenes (2004), p. 99 ss. Crít. sobre el art. 8 ECPI *Köhler*, Jb. Recht und Ethik 11 (2003), 462 s.

[91] Desde luego, en el caso concreto puede ser difícil constatar si determinados hechos han de atribuirse exclusivamente a actores no estatales o si un Estado determinado está involucrado. Se presenta, entonces, el problema de la imputación de los hechos de privados (por ej. terroristas) a un Estado como sujeto de derecho internacional (por ej. Afganistán respecto del ataque del 11 de septiembre de 2001); sobre esto desde la óptica de los derechos humanos *Wiesbrock*, Schutz (1999), p. 200 ss.; desde la perspectiva del derecho penal internacional *Prosecutor v. Tadic*, supra, nota 36, para. 83 ss.; sobre esto *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider (editores), Humanitäres Völkerrecht (2001), p. 334 s.

[92] Cfr. ya *Eser*, en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 43 ss.; *el mismo*, FS Kaiser (1998), p. 1514 s.; *Lagodny,* ZStW 2001, 815 s.; *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 265; *Mantovani*, JICJ 2003, p. 26 s.

[93] Cfr. *Weik*, ZStW 1994, 868, con referencias en la nota 78; *Vogel*, GA 1998, 138; *Kreß*, ZStW 1999, 599.

> The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice.[94]

Los presupuestos fundamentales de una parte general, que deba esperar y merecer aceptación en derecho penal internacional, son, por tanto, apertura frente a los diferentes ordenamientos jurídicos y comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas.

3. Ésta puede ser una de las explicaciones de por qué la dogmática y *ciencia jurídico penal de lengua alemana* hasta ahora no ha tenido *ninguna influencia* práctica en la configuración de una parte general de derecho penal internacional —¡y en absoluto del derecho penal internacional!—.[95] Como critica acertadamente *Lenckner*, si ella está "caracterizada por una extraordinaria y en parte inabarcable diferenciación y refinación del instrumentario dogmático,[96] entonces es evidente que el estado de la discusión resultará para el observador extranjero poco comprensible, sobre todo si proviene del ámbito jurídico que ha forjado tenazmente el derecho penal internacional, esto es, del common law.[97] Si además el discurso dogmático tiene lu-

---

[94] *Jareborg*, RIDP 1981, 520.

[95] Sobre la más bien escasa influencia alemana a nivel universal, también *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 228; similar respecto de Europa *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 7. *Fletcher*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 237, describe con acierto la influencia alemana a este respecto con dos círculos, a saber, el círculo católico-románico que comprendería a España, Portugal, Italia y Latinoamérica y el círculo de países con idiomas difíciles, a saber Japón, Corea, Grecia, Finlandia, Turquía y Polonia. Otros países podrían ser divididos según otros dos criterios, esto es, el de la comprensión y el del interés en la dogmática alemana (idem, p. 241 s.). Comprensión pero poco interés tendrían Bélgica, Holanda y los países escandinavos, así como el ambiente jurídico angloamericano. Carecerían de comprensión los antiguos países comunistas de Europa del este, por ejemplo, Hungría y Rusia. Cfr. en general sobre la escasa importancia del derecho alemán en el ambito angloamericano las deliberaciones en las jornadas de la asociación de juristas germano-norteamericana de junio de 2000 (*FAZ*, 26.6.00).

[96] Cfr. S/S-*Lenckner*, StGB (2001), previamente a los § 13 ss., nm. 22 (al final); cfr. también la crítica en el prólogo de *Schönke/Schröder* (1997): "[…] tiempo de una distancia cada vez mayor entre teoría y práctica […]". Aprob. *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 433 s.; también *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 229; crít. también *Hirsch*, FS Köln (1988), p. 419 ("el tornillo dogmático cada vez más se pasa de rosca"); *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 2 ("sobre-refinación"), pero positivo respecto de los posibles controles a la jurisprudencia que a través de ello se pueden lograr (p. 8 s.); detalladamente *Burkhardt*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 129 ss. En favor de una renuncia "a las regulaciones altamente diferenciadas según el modelo alemán" en el contexto europeo, también *Vogel*, JZ 1995, 338; este autor señala además, con acierto, en GA 1998, 149 que en la dogmática de la teoría del delito "no pocas veces cuestiones de construcción" encubren "cuestiones de valor". Desde el punto de vista del derecho civil comparado *Kötz*, RabelsZ 1990, 211 ss. (211) duda acerca de "si el despliegue dogmático impulsado en este país es de hecho aún apropiado en todos los casos para 'estimular el actuar práctico' o si, por el contrarío, éste obstruye, antes que abre, la visión de lo importante, de lo esencial y, a menudo, también de lo sencillo"; crít. en este sentido también *Eser*, FS Kaiser (1998), p. 1516 s.

[97] No del todo por casualidad en el ámbito jurídico angloamericano se utiliza el concepto de "legal dogmatics" más bien despectivamente y en su lugar se habla de "legal doctrine" (cfr. *Kötz*, RabelsZ 1990, 205). Más recientemente sobre los méritos del common law para el desarrollo jurídico del derecho penal internacional. Cfr. *Walther*, GA 2004, 398 ss.

gar exclusivamente en alemán, se crea otro obstáculo para la recepción del pensamiento jurídico-penal alemán en el plano internacional: Así, "irán dejándose de escuchar también en el futuro sus sinfonías ejecutadas del maravilloso instrumento de la dogmática".[98]

Al respecto, no ayuda en mucho la referencia a la gran influencia —innegable— de la ciencia jurídico-penal alemana en los ordenamientos acuñados bajo el pensamiento jurídico *continental europeo*, especialmente en todo el ámbito jurídico de lengua castellana y portuguesa,[99] así como en Italia. Esta influencia es de lo más escasa en el ordenamiento y ciencia jurídico-penal francesa. Este ordenamiento jurídico, sin embargo, no sólo se puede considerar retrospectivamente como la tradición jurídica más importante en el espacio continental europeo, sino que también representa el único que ha tenido éxito —junto con el, por lo demás dominante, círculo jurídico angloamericano— en configurar eficazmente el desarrollo del derecho penal internacional. Esto se evidencia ya en la "parte general" del ECPI.[100] En cuanto a esto se volverá en varios puntos de la tercera parte de esta investigación (en la versión castellana § 8 y ss.). El motivo de la incesante influencia francesa reside, por un lado, en la habilidad de negociación de la diplomacia francesa, pero, por el otro, precisamente también en el "factor idiomático", elemento éste de suma importancia en el terreno de las negociaciones internacionales. Aunque el idioma francés haya perdido frente al inglés su originaria posición de supremacía como idioma mundial y se vea crecientemente amenzado por el castellano, en el plano internacional desempeña, sin embargo —como idioma de la ONU, uno de los idiomas oficiales de los Tribunales Ad-hoc y también de la futura CPI—, aún un rol importante —conscientemente propagado y protegido por los representantes franceses— que aventaja en mucho al del alemán. Además, la influencia alemana en los ámbitos jurídicos de lengua castellana, portuguesa e italiana padece a causa de los déficit de conocimiento de otras lenguas —que actúan de modo cada vez más negativo— de los representantes de la ciencia jurídico-penal alemana. De este modo, el diálogo científico se convierte en una calle de mano única, en la cual, de un lado —el de los idiomas castellano, portugués e italiano— se recibe y cita diligentemente a los autores del otro —el de la lengua alemana—, mientras que éstos ignoran consciente y continuamente a los autores de aquellos ámbitos. Esta situación había sido criticada, aunque a escondidas, ya desde hace tiempo.[101] Sin embargo, sólo en las jornadas de Berlín sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal de frente al cambio de siglo,[102] jornadas éstas pioneras desde muchos puntos de vista, esta crítica pudo ser pronunciada —algunos dirán: ¡finalmente!— en público. En este sentido, *Roxin* expresó que el penalista alemán "con frecuencia" sería "responsable de desatender el pensamiento jurídico-penal no alemán", conviertiendo al "transfer de la ciencia" en una "calle de mano única".[103] Entre los oradores invitados, el penalista estadounidense *George Flet-*

---

[98] *Gropp*, citado según *Cornils*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 431. Sobre la "importancia sobresaliente" del idioma inglés también en el derecho penal, cfr. con acierto *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 228. Crít. sobre la capacidad de rendimiento del idioma inglés y sobre las "barreras idiomáticas" en el derecho europeo *Kühl*, en: Köbler/Heinze/Hromadka (editores), FS Söllner (2000), p. 619 s. Crít. sobre las actividades de la ciencia jurídico-penal alemana en las asociaciones internacionales de derecho penal *Triffterer*, citado según *Cornils*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 428.

[99] Cfr., recientemente, *Cerezo Mir*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 255 ss.

[100] Sobre el dolo, cfr. *Elliot*, CLF 2000, 45.

[101] Una notable excepción puede verse en *Donini*, Dig. Disc. Pen., vol. XIV (1999), p. 241, nota 83.

[102] Cfr. los informes de las jornadas de *Nuzinger/Sauer*, JZ 2000, 407 ss.; *Schulz*, ZStW 2000, 653 ss.

[103] *Roxin*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 381.

cher, a quien especialmente, como es sabido, le corresponde el mérito de haber propagado la dogmática jurídico-penal alemana en el ámbito del derecho angloamericano, se expresó sin rodeos de modo crítico sobre la "autoconsciente naturaleza provinciana" de la dogmática alemana: ella prestaría muy poco interés a las culturas jurídicas de sus huéspedes extranjeros; las ideas, las figuras dogmáticas, los autores, la jurisprudencia y las escuelas filosóficas de los ámbitos jurídicos extranjeros serían ampliamente ignorados, de modo que el "intercambio de ideas científicas […] sólo corre en una dirección".[104] El hecho de que no se hayan escuchado expresiones similares, en todo caso en público, de otras bocas extranjeras, se debe más bien a la muy elegante reserva a que obliga el estatus de invitado, que a un disenso con las tesis de *Roxin* y *Fletcher*. De todos modos, en la publicación de la versión española de la conferencia del importante penalista español *Francisco Muñoz Conde* se encuentra la frase, del todo crítica, de que "la mayoría de los penalistas españoles y su producción científica es desconocida cuando no ignorada en Alemania".[105] Este reproche acerca de la ignorancia de la ciencia jurídico-penal alemana frente a su hermana española fue omitido en la versión alemana. En ésta tan solo se puede encontrar la referencia encubierta de que la influencia de la dogmática alemana no significaría que la española no tenga "ningún perfil autónomo", circunstancia que además en muchos casos conduciría a soluciones diferentes.[106]

4. De lo expuesto resulta para el presente trabajo también la finalidad de colaborar con una mayor *consideración de la dogmática jurídico-penal alemana en el ámbito del derecho penal internacional*. En efecto, se habrá de mostrar que existe en la doctrina alemana una provisión de soluciones atractivas y diferenciadas también para los problemas jurídicos planteados por el derecho penal internacional y, precisamente, para los de su parte general.[107] Es necesario, sin embargo, que estas soluciones sean conocidas más allá del ámbito de lengua alemana y especialmente en el ámbito jurídico angloamericano. Naturalmente, ello hace necesaria una publicación, al menos parcial, de los resultados aquí obtenidos también en inglés.[108]

5. Desde la perspectiva de la teoría jurídico-penal y del derecho comparado sólo es apropiada para esta finalidad una *teoría del delito* "*funcional-de derecho comparado*" en el sentido arriba mencionado.[109] Ella comparte con la teoría del delito "funcional" (racional final) de alineación *moderada*, orientada a los fines de la pena, la orientación fundamental político-criminal,[110] esto es, la idea fundamental de

---

[104] *Fletcher*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 239 s.

[105] *Muñoz Conde*, Revista Penal 5 (2000), 49, nota 29.

[106] *Muñoz Conde,* KritV Sonderheft 2000, 128 s., nota 30 = en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 208 s., nota 31. En cambio, asombrosamente nada crítico *Cerezo Mir*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 255 ss.

[107] Sobre la "consistencia sistemática singular" de la dogmática alemana, por último, *Schünemann*, GA 2001, 216; *el mismo*, FS Roxin (2001), p. 2, 4.

[108] Cfr. en este sentido *Ambos*, en: McDonald/Swaak-Goldmann, en: los mismos (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 1 ss.; *el mismo*, en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), Rome Statute (2002), p. 823 ss. y 1003 ss.; *el mismo*, en Vohrah et al. (eds.), Man's Inhumanity (2003), p. 11 ss.; *el mismo*, CLF 14 (2003), 225 ss.

[109] Cfr. supra, nota 34.

[110] Cfr. *Roxin*, Kriminalpolitik (1973), p. 10 s., 15 ss. (16 ss., 24 ss., 33 ss.), 40 ss.; *el mismo*, FS Henkel (1974), p. 181 ss.; *el mismo*, *AT I* (1997), § 7, nm. 24 ss., 51 ss., 80 ss.; § 19, nm. 1 ss.; asimismo *Schünemann*, en: Schünemann (editor), Grundfragen (1984), p. 8 ss. ("sistema abierto"), 46 ss. (51, 55 ss.), 169 s., 187, 195; *el mismo*, FS R. Schmitt (1992), p. 125 ss. (127 ss.), 132 ss.; *el mismo*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 165 ss. (167 ss.), 170 ss.; *el mismo*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (edi-

que un sistema de derecho penal está caracterizado menos por sucesos ónticos (estructuras lógico-objetivas)[111] que, más bien, por el respectivo contexto político cri-

---

tores), Coimbra Symposium (1995), p. 157 s., 162 ss.; *el mismo,* FS Roxin (2001), p. 23 ss. (32); *Wolter*, en: idem, p. 31 ss.; *Mir Puig*, en: idem, p. 36 ss.; *Moccia*, en: idem, p. 48, 51 ss.; *Sousa e Brito,* en: idem, p. 72 s., 75 s.; *Figueiredo Dias*, en: idem, p. 357, 365 s.; *Muñoz Conde*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 203 s.; *Modolell*, Bases (2001), p. 176 ss. y passim; pese a la crítica, en sustancia también por una fundamentación combinada (funcional-condicional) de la pena *Lampe*, FS Roxin (2001), p. 47 ss. (67). La necesidad preventiva de la punición debe ser considerada *junto con* la culpabilidad en una categoría de la *responsabilidad* (cfr. *Roxin*, Kriminalpolitik [1973], p. 34, 49; *el mismo*, FS Henkel [1974], p. 181 ss., *el mismo*, *AT I* [1997], § 7, nm. 27, 65 s.); de este modo se conducen, sin embargo, dos principios opuestos —culpabilidad y prevención— bajo un mismo concepto (crít. en este sentido *Costa Andrade*, en: Schünemann/Figueiredo Dias [editores], Coimbra Symposium [1995], p. 144 s.; *Figueiredo Dias*, en: idem, p. 363 s.; crít. también *Streng*, ZStW 1989, 305 ss.; *Lampe*, loc. cit., p. 49 s.). Crít. en general (también sobre el concepto), por ejemplo, *Hirsch*, FS Köln (1988), p. 415 ss. (419); *el mismo*, en: Hirsch/Weigend (editores), Strafrecht (1989), p. 72 ss.; *el mismo*, FS Spendel (1992), p. 44, 49, en donde les adjudica a los defensores del funcionalismo, inclusive a *Jakobs,* una "dirección neonormativista"; crít. también *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 29 ss. Contra cualquier funcionalización del concepto de culpabilidad y en favor de un regreso a las estructuras lógico-objetivas en el sentido finalista *Küpper*, Grenzen (1990), p. 152 ss. (157 ss., 162 ss.). Escéptico sobre la capacidad de rendimiento de los fines de la pena en la conformación concreta del sistema de derecho penal, *Stratenwerth*, Lehre (1995), p. 7, 14 ss.; en contra de este autor *Lampe*, loc. cit., p. 53 s.

[111] Así aún hoy los discípulos de *Welzel* —orientados al finalismo—: cfr. especialmente *Hirsch*, FS Köln (1988), p. 400 ss.; 415 s.; *el mismo*, en: Hirsch/Weigend (editores), Strafrecht (1989), p. 73, 74 s.; *el mismo*, FS Spendel (1992), p. 46 ss. (49, 58); *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 141 s., donde reconoce de todos modos los méritos de la teoría de la imputación objetiva (ver también infra § 7 I., en la nota 10); *Arm. Kaufmann*, GS Tjong (1985), p. 100, 109, 110; *Küpper*, Grenzen (1990), p. 24 ss., para quien también el punto de vista ontológico estaría "empotrado" en valoraciones (32) y habría que partir de la "realidad configurada", la cual por consiguiente representaría los basamentos de la fijación de "determinadas proposiciones ónticas" (*Sachhaltigkeiten*) (33). Seguidamente (44 ss.) *Küpper* intenta justificar que todas las cuestiones de la construcción del delito ya resultan de la teoría del delito finalista y, por ello, los enfoques (neo)normativos o funcionales serían superfluos. Aquí, asumiría particular importancia especialmente el concepto finalista de acción (200 ss.). Tampoco *Merkel*, ZStW 2002, 439 quiere renunciar sin más a las estructuras lógico-objetivas. Sobre la opinión de *Küpper* se volverá aún en otras partes de esta investigación. Crít. respecto de un punto de vista ontológico *Roxin*, FS Honig (1970), p. 148 ss.; *el mismo*, Kriminalpolitik (1973), p. 5 s., 13 s.; *el mismo*, GS Arm. Kaufmann (1989), p. 240 y passim; *el mismo*, AT I (1997), § 7, nm. 84, en la nota 76; § 8, nm. 25; *Eser*, AT I (1980), p. 49; *Schünemann*, en: Schünemann (editor), Grundfragen (1984), p. 51; *el mismo*, FS R. Schmitt (1992), p. 123 ss.; *el mismo*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 159 ss., 168; *el mismo*, FS Roxin (2001), p. 21 ss.; *Wolter*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 31; *Mir Puig*, en: idem, p. 35, 37; *Perron*, ZStW 1997, 300; *Hassemer*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik I (1998), p. 351; *Neumann*, en: idem, p. 392 ss.; *Frisch*, FS Roxin (2001), p. 217, 229; *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1378. Cfr. sin embargo también *Schünemann*, FS R. Schmitt (1992), p. 131; *el mismo*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 157 s., 161, 167, donde propone un compromiso entre lógica objetiva y normativización, al abogar por una "normativización integradora" que complete determinadas estructuras lógico objetivas a través de valoraciones obtenidas de la realidad social (similar *Schünemann*, en: Lahti/Nuotio [eds.], Criminal Law [1992], p. 168 s.; *el mismo*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter [editores], Dogmatik [1995], p. 50, 74 s.; *el mismo*, FS Roxin [2001], p. 23 ss. [30]; una posición intermedia sostiene también *Figueiredo Dias*, en: Schünemann/Figueiredo Dias [editores], Coimbra Symposium [1995], p. 358; *Kühl*, en: Köbler/Heinze/Hromadka [editores], FS Söllner [2000], p. 617; *Moreno Hernández*, FS Roxin [2001], p. 69, 77 ss.). Por lo demás, en cuanto a la diferenciación entre injusto y culpabilidad *Schünemann*

minal y político social, el cual influye también en la solución de las cuestiones materiales.[112] Con un lema, tal sistema de derecho penal se puede describir como *orientado a los problemas, a las situaciones y a las consecuencias* y, en este sentido, como *abierto* y *flexible* en cuanto a los nuevos desarrollos político-criminales. Esto se corresponde con la interpretación teleológica también usual en el derecho penal internacional que se orienta a los *valores* y a los *fines políticos* de la comunidad internacional.[113] Por el contrario, desde el punto de vista del derecho penal internacional se debe rechazar el funcionalismo[114] (jurídico-penal) *puro* o *radical* que, con base en fundamentos teórico-sistémicos, aboga[115] por medio de una normativización extre-

---

parte de estructuras y formas idiomáticas dadas y se une expresamente a la tesis de *Hirsch* de que habría solamente una dogmática jurídico-penal falsa o correcta (FS Spendel [1992], p. 58). Sobre las "relaciones sociales" como fundamento ontológico del injusto *Lampe*, FS Hirsch (1999), p. 86 ss., 104.

[112] Del mismo modo *Eser*, AT I (1980), p. 49; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 196.

[113] Cfr. *McDonald/Vohrah*, en *Prosecutor v. Erdemovic*, supra, nota 64, para. 75: "[…] the law […] must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role"; para. 78: "It would be naive to believe that international law operates […] wholly divorced from considerations of social and economic policy". Cfr. también *Simma/Paulus*, en: Ascensio/Decaux/Pellet, Droit international pénal (2000), p. 68: "Ainsi, l'interpretation téléologique des prescriptions du droit international pénal est en effet orientée vers les buts politico-sociaux de la communauté internationale". Crít. frente a ello *Cassese* en *Prosecutor v. Erdemovic*, supra, nota 64, para. 11: "extraneous to the task of our Tribunal" (también para. 49). Sobre estos valores recientemente *Bassiouni*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law (2004), p. 90 ss.; *David*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law (2004), p. 157 ss.

[114] Sobre la diferenciación entre funcionalismo "moderado" y "radical", fundamental *Silva Sánchez*, Aproximación (1992), p. 68 ss. (68, 70); diferenciando también *el mismo*, Perspectivas (1998), p. 30 ss. (37, 39 s.); siguiéndolo *Modolell*, Bases (2001), p. 21.

[115] *Jakobs*, Schuld (1976), p. 1, 8 s., 10 ("ejercitación de la confianza en el derecho"), 14 ("sólo el fin le da contenido al concepto de culpabilidad"), 24 ("prevención general en el sentido de garantía de aquellas expectativas cuya estabilidad frente a la decepción el ordenamiento requiere para su conservación"), 31 ss. (31 s.: "el fin determinante […] de la culpabilidad [es] la estabilización de la confianza normativa perturbada por la conducta delictiva […]", por lo cual la atribución de culpabilidad individual afirma "la competencia del autor de evitar el hecho y confirma la corrección de la confianza en la norma"; 32: "la culpabilidad como derivado de la prevención general limita la pena requerida por la prevención especial"); *el mismo*, AT (1993), p. VII s., 1/1 ss. (11, 15), 17/18 ss., 22: concepto de culpabilidad "como concepto que produce un rendimiento de regulación según una determinada máxima de regulación (según las necesidades del fin de la pena) para una sociedad de una determinada constitución"; *el mismo*, ZStW 1995, 859 ss.; *el mismo*, en: Neumann/Schulz (editores), Verantwortung (2000), p. 59 ss.; por último, *el mismo*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 49 s. (= Estudios de Derecho Judicial 20, 135 ss.), donde diferencia entre una "función manifiesta" ("la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, por tanto, de la existencia de la norma") y una "función latente" de la pena ("dirección de motivación", prevención general positiva); igualmente *el mismo*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 209; cfr. también infra § 7 II. 3. Una posición en este sentido puramente funcionalista sostiene también *Achenbach*, en: Schünemann (editor), Grundfragen (1984), p. 141, 149 ("expectativas de conducta que son percibidas como legítimas por la sociedad"), 150 ("atribución social de capacidad") también *Streng*, ZStW 1980, 663 ss. (664 s.); *el mismo*, ZStW 1989, 283 ss. (286 ss., 296): derivación y legitimación de la pena adecuada a la culpabilidad de la necesidad individual y social de confirmación de la norma; similar *Kindhäuser*, Gefährdung (1989), p. 30: "imposición del reconocimiento de la norma como la pauta vinculante del actuar". Cfr. también *Lesch*, Verbrechensbegriff (1999), p. 184 ss. (resumidamente p. 276 ss.), quien acentúa la relación funcional entre injusto, norma y fin de la pena y la *función de protec-*

ma (libre de datos empíricos[116]) por una concepción de la culpabilidad completamente preventiva general, es decir, orientada a las respectivas necesidades punitivas de la sociedad. Ello, pues una concepción semejante, en todo caso en su expresión *jakobsiana*, no se puede compatibilizar con la comprensión de la sociedad y de los valores, en que se asienta el derecho penal internacional, de una comunidad de valores universal o de una sociedad del ciudadano mundial, en donde al derecho penal mundial le corresponde la función de proteger los derechos humanos fundamentales.

Naturalmente, aquí no se trata de una crítica al funcionalismo como método de las ciencias sociales; en especial, no de una crítica a la teoría sistémica de *Luhmann*, pues ello haría indispensable un tratamiento suplementario de sociología jurídica que excedería el marco de estas consideraciones. El funcionalismo científico-social se plantea además un interrogante absolutamente legítimo, a saber, el de la capacidad del derecho para la solución de problemas, es decir, el de la *función* del derecho, especialmente de los derechos fundamentales, en cuanto al sistema de la sociedad.[117] En este sentido, tampoco se trata aquí de una crítica a la orientación *de principio* del sistema de *Jakobs* —basado en Luhmann aunque con modificaciones—,[118] scil. de una crítica a la tesis de la función del derecho penal de estabilización de la norma,[119] pues no sólo existen excelentes motivos en favor de este

---

ción de expectativas —no direccionante de la conducta— de las normas jurídicas (al respecto crít. de *Kindhäuser* y de la antigua opinión de *Jakobs* en la p. 191, nota 106): Así, las normas jurídico-penales estarían "estructuradas" como "expectativas estabilizadas contrafácticamente" (188, 203) y el injusto jurídico-penal sería un ataque a la *vigencia* de la norma —no solamente al contenido de la norma—, esto es, "un ataque al mismo deber", una contradicción a la obligatoriedad de la regla simbolizada a través del deber, una demostración de falta de consenso sobre la vigencia de la norma en la situación del hecho" (193, 203 f.). "Injusto penal es la misma culpabilidad jurídico-penal", en cuanto ésta estaría definida en el sentido del principio de culpabilidad por el hecho como compensadora de la perturbación social (205). Se trataría, por lo tanto, exclusivamente de "la negación del *hecho*" y no de la "devaluación del *autor*"; culpabilidad sería "culpabilidad por el *hecho*" y no "culpabilidad por el *autor*" (206). El concepto de delito no se debería entender sólo como "suceso causal del mundo exterior", sino como "*comunicación*, scil. como *expresión de sentido* de una persona formalmente razonable" (211, resaltado en el original, la nota fue omitida). Por consiguiente, un concepto funcional de delito presupondría la capacidad de imputación del autor, su manifestación de voluntad y su tematización jurídico-penal en la forma de la teoría del riesgo no permitido (212, 213 ss., 227 ss.). Diferenciando ahora, sin embargo, *Lampe*, FS Roxin (2001), p. 59 s., para quien Jakobs sólo "aparentemente" fundamenta la pena de modo exclusivamente funcional, sino que más bien de hecho también se pregunta de modo "condicional" por el "merecimiento de pena".

[116] *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 13 s.

[117] Cfr. *Luhmann*, Recht (1993/97), p. 124 ss., donde ve *una* función del derecho en la estabilización de expectativas normativas (131, 138, 152) y fundamenta el concepto funcional de la norma como una "expectativa de conducta estabilizada contrafácticamente" (134). Para un análisis de los derechos fundamentales con los medios de la teoría sistémica estructural-funcional, cfr. ya *Luhmann*, Grundrechte (1965/86). Sobre la comprensión de funcionalismo en derecho internacional, cfr. *Capps*, EJIL 2000, 653 ss.: Conserva el orden social.

[118] *Jakobs*, ZStW 1995, 850 ss.; sobre esto *Lüderssen*, ZStW 1995, 884 ss.

[119] Cfr. ya supra, nota 113 así como, por último, *Jakobs*, en: Neumann/Schulz (editores), Verantwortung (2000), p. 57 ss. con consideraciones absolutamente convincentes sobre la vigencia y estabilización de la norma por medio del derecho penal y sobre la imputación como asignación de competencias especifico-personales (también infra, nota 121 y § 7 I., especialmente nota 4).

principio, sino que está vinculado con la prevención general[120] y de este modo es cercano a una teoría del fin de la pena de derecho penal internacional —si es que acaso existiese ya una teoría semejante—.[121] Más bien, en el contexto del derecho penal internacional se trata únicamente de una crítica a determinadas consecuencias del pensamiento de *Jakobs*, con las cuales se transpone en el derecho penal una imagen del hombre que no se puede compatibilizar al menos con el enfoque que aquí se sostiene de un derecho penal internacional de los derechos humanos. Esto comienza ya con que en el sistema de *Jakobs* no existe el concepto de dignidad humana, ni tampoco se reconoce al hombre en su individualidad, como persona *independiente* del grupo y (también) del sistema.[122] Si bien en *Jakobs*[123] se pueden encontrar abundantes puntos de apoyo en favor de la afirmación de que el derecho penal funcional no es genuinamente enemigo del sujeto,[124] éstos son, sin embargo, inmediatamente contradichos si se degrada al hombre a un "subsistema";[125] "es persona [sólo] quien debe cumplir una función para un grupo"[126] o "ser persona significa tener un rol a desempeñar".[127] De este modo, se hace depender la protección del hombre de las —no mayormente determinadas— necesidades sociales, y una sociedad que se definiera "como refugio de la élite biológica" consideraría, por ejemplo, el homicidio de un hombre lisiado, a falta de una referencia social, sólo como una mera inmoralidad, pero no como una conducta a regular por el derecho penal.[128] De este modo no existe ningún límite absoluto "entre, de un lado, una conducta meramente inmoral y, del otro lado, la violación de bienes jurídicos[129] y el contenido de injusto y pena es intercambiable según las necesidades sociales.[130] Por tanto, el hombre no es protegido en razón de un *propio* derecho por su condición humana, sino sólo, y a lo más, como miembro útil del grupo o de la sociedad, resultando, en definitiva, instrumentalizado y desindividualizado: "así el individuo es degradado a la condición de mero engranaje dentro de un contexto de función mayor, limitado a reconocer o bien a asumir como propio un ordenamiento que le ha sido dado, sin atención a la calidad concreta de las normas garantizadas y

---

[120] Fundamental sobre la prevención general (positiva) *Schünemann/von Hirsch/Jareborg* (editores), Generalprävention (1998), passim. Para *Jakobs* la prevención general representa una función "latente" de la pena (cfr. supra, nota 113).

[121] Para una primera aproximación, cfr. *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 12 s.; versión revisada en castellano: RDPC nro. 12 (2003), p. 191 ss. e Iter Criminis Nr. 6 (2003), 11 ss.

[122] Cfr., por ejemplo, *Jakobs*, AT (1993), 1/20 "confusión del autor entre los objetos del derecho real"; *Jakobs*, Norm (1997), donde ya en el prólogo expresa que la falta de algunos conceptos, entre ellos el de "dignidad humana", debe entenderse "absolutamente como un programa".

[123] Cfr., por ejemplo, recientemente *Jakobs*, en: Neumann/Schulz (editores), Verantwortung (2000), p. 68 s., en donde se expresa que la esencia de la imputación "personal" consistiría en que una persona no tenga en cuenta a otra, negando lo que es común a ambas, scil. la vigencia de la norma. Pero también aquí se trata naturalmente en definitiva de que una persona no tendría que abandonar el rol social que se le ha asignado: "'permanecería en el rol de un miembro de la sociedad' - la trivial norma fundamental de toda sociedad". Cfr. también *Jakobs*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 209 s., donde reconoce en sustancia el principio de culpabilidad y distancia el derecho penal de culpabilidad de un derecho penal cognitivo-policial de lucha contra el crimen.

[124] *Jakobs*, ZStW 1995, 849 ss. (850, 853).

[125] *Jakobs*, Schuld (1976), p. 24, 28 s.

[126] *Jakobs*, Norm (1997), p. 125.

[127] *Jakobs*, ZStW 1995, 859.

[128] Cfr. *Jakobs*, AT (1993), 2/21. Aquí *Jakobs* pasa por alto el argumento de la justicia compensatoria (cfr. *Höffe*, Demokratie [1999], p. 81 s.).

[129] *Jakobs*, AT (1993), 2/21.

[130] Cfr. ya *Schünemann*, en: Schünemann (editor), Grundfragen (1984), p. 184 f.; *el mismo*, FS R. Schmitt (1992), p. 131; también *Eser*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 444.

sin consideración alguna de su propio punto de vista".[131] El funcionalismo extremo va demasiado lejos, porque los criterios de legitimidad material no desempeñan ningún papel en la fundamentación de la legalidad.[132] En esta lógica se está también cuando *Jakobs* —ahora[133]— exige un *derecho penal del enemigo* para aquel que "de modo duradero se ha apartado del derecho y no garantiza en este sentido la seguridad cognitiva mínima de la conducta personal, demostrando este déficit a través de su conducta",[134] y además cuando pretende incluir como función de la ciencia jurídico-penal la de "iden-

---

[131] *Kahlo*, Problem (1990), p. 204 ss., 212 ss., lo aquí citado en p. 206. Cfr. también *Schünemann*, en: Schünemann (editor), Grundfragen (1984), p. 170 ss., quien acertadamente señala que "si bien las consideraciones general-preventivas son capaces de fundamentar la *utilidad racional-final* de la pena, no pueden fundamentar, sin embargo, la *defendibilidad racional-valorativa*" (171). Asimismo señala que la pena en un Estado de derecho orientado a la salvaguarda de la dignidad humana necesita de un "principio independiente de legitimación" (174) y que éste operaría, al mismo tiempo, como "principio de limitación" (175 s.); cfr. también *Schünemann*, en: idem., p. 59 s., 153 ss., 179 ss. (metódico, 186: conclusión normativista errónea); *el mismo*, GA 1986, 294 s.; *el mismo*, FS R. Schmitt (1992), p. 131, 135; *el mismo*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 168, 170 s.; *el mismo*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), Dogmatik (1995), p. 53 s.; *el mismo*, GA 2001, 211: reconocimiento del ciudadano como "persona"; *el mismo*, FS Roxin (2001), p. 13 ss.; *Hirsch*, FS Köln (1988), p. 418; *el mismo*, en: Hirsch/Weigend (editores), Strafrecht (1989), p. 75 s.; *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 32 ss. (34); *Küpper*, Grenzen (1990), p. 157 ss. (158, 160); *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 117 s., 121; *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 60; *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 134 ss., con referencias; *Mir Puig*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 38, 40; *Lüderssen*, ZStW 1995, 882 ss. (883 ss.; pero también 891, en donde ve considerados en el concepto de culpabilidad de Jakobs los intereses del individuo); *el mismo*, en: Lüderssen (editor) Kriminalpolitik I (1998), p. 38 ("positivismo normativo de lúgubre incomprensión"); *Neumann*, en: idem, p. 400; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 216, con otras referencias en nota 97; *Roxin*, AT I (1997), § 7, nm. 84 en nota 76, § 19 en nota 34 s.; *Köhler*, AT (1997), p. 371 s.; *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 51 ss.; *Lampe*, FS Hirsch (1999), p. 85. Crít. ante todo *Baratta*, CPC 1984, 533 ss. (537, 549 ss); en la doctrina de lengua castellana también *Zaffaroni,* Derecho Penal (2000), p. 330 ss. (334 ss.); *Caro Coria*, Derecho (1999), p. 17 ss.; *Modolell*, Bases (2001), p. 21, 274 ss., respectivamente con otras referencias; *Bustos*, FS Torío López (1999), p. 63; *Daza Gómez*, Criminalia 1999 (Nr. 3), 145 s.; diferenciando *Silva Sánchez*, Expansión (1999), p. 91 ss. (92); diferenciando también *Lampe*, supra, nota 113. Crít. desde el punto de vista sociológico *Soeffner*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 26 ss. (sobre este autor infra en la nota 164); *Zaffaroni*, loc. cit., p. 330 ss. CFR. también infra § 7 III. 7., especialmente la crítica de *Jäger.* También *Vogel*, JZ 1995, 336 ss. (337 s.) parece entender su método funcional en relación con el derecho penal europeo no sólo en el sentido del derecho comparado (supra nota 34), sino también en el sentido de un puro funcionalismo normativo de impronta *jakobsiana* (337: "funcionalizar sin excepción la parte general"). Ya se ha advertido acerca del peligro de una extensión ilimitada del derecho penal que esta posición trae consigo (supra, nota 37). Una defensa del concepto de culpabilidad en *Jakobs* ofrece en el resultado probablemente *Albuquerque*, ZStW 1998, 649 ss. (656), cuando él en la aceptación de que todo hombre sería un "igual" y que las normas sociales serían legítimas ve el retorno a la libertad del hombre como fundamento del sistema de derecho penal.

[132] Cfr. en este sentido la crítica fundamental a Luhmann en *Baurmann*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik I (1998), p. 434 ss. (435); también *Kahlo*, Problem (1990), p. 204 ss.

[133] "Ahora", porque su posición anterior (ZStW 97 (1985) 753 y ss.) fue mucho más crítica utilizando el concepto de "derecho penal del enemigo" para criticar las tendencias expansivas del derecho penal; crít. también *Jakobs*, FS Spinellis (2001), p. 463.

[134] *Jakobs*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 51 ss. (52). Se trataría "de la construcción de condiciones de entorno soportables, por medio de la neutralización […] de todos aquéllos que no ofrecen la garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que puedan ser tratados de modo práctico y actual como personas. […] Enemigos son actualmente no-personas" (53). Sobre el enemigo como grupo externo ya *Jakobs*, Norm (1997), p. 109 s.; cfr. también *el mismo*, Estudios de Derecho Judicial 20, 137 ss.

tificar las reglas del derecho penal del enemigo […]"[135] Prescindiendo de que tal concepción difícilmente se pueda mover hoy en el terreno de nuestro orden constitucional, centrado en la dignidad humana, es más preocupante que pueda conceder a futuros regímenes injustos una legitimación teórica;[136] piénsese sólo en la propagación masiva de las tesis *jakobsianas* en el ambiente lationoamericano.[137]

Recientemente, *Cancio Meliá,* en un análisis por cierto crítico, del derecho penal del enemigo, concibiendo éste como combinación del derecho penal simbólico y del punitivismo[138] y como derecho penal del autor[139] que no forma parte conceptualmente del derecho penal,[140] defendió la posición de *Jakobs* con las siguientes palabras: "Con toda certeza, cualquier concepción teórica puede ser pervertida o usada con fines ilegítimos; no se pretende aquí negar esa realidad. Pero es un hecho que la Corte Constitucional colombiana ha declarado recientemente inconstitucionales —aplicando expresamente el concepto de derecho penal del enemigo desarollado por Jakobs— varios preceptos penales promulgados por el [P]residente. En conclusión: no existen concepciones teóricas (estrictamente jurídico-penales) que hagan invulnerable a un ordenamiento penal frente a evoluciones ilegítimas".[141] A mi modo de ver, sin embargo, no se trata aquí de negar la posibilidad del abuso de concepciones teóricas, ni mucho menos de postular la capacidad de tales concepciones de hacer inmune un ordenamiento penal a evoluciones ilegítimas. Tampoco se trata de negar que la concepción integral de *Jakobs* —que no pretendemos criticar en este lugar, como dijimos arriba— "ha producido en varias ocasiones construcciones dogmáticas con un alto potencial de recorte de punibili-

---

[135] *Jakobs*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 53.

[136] Cfr. también *Eser*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 445, quien con razón señala que tales ideas "ya una vez" han "conducido a un Estado injusto"; crít. también *Schulz*, ZStW 2000, 659 ss.; *Lüderssen*, en: Roxin/Widmaier (editores), Festgabe BGH IV (2000), p. 908 s.; *Burkhardt*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), loc. cit., p. 136 nota 88; *Schünemann*, GA 2001, 210 ss.; *Prittwitz,* ZStW 2001, 794 ss.; *Modolell*, Bases (2001), p. 280: "populismo penal". Para *Silva Sánchez*, Expansión (2001), pp. 163 y ss. el derecho penal del enemigo es, por un lado, "inevitable" (164) como derecho de las "medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos" (165); por otro lado, tiene que ser aplicado restrictivamente a "hechos de emergencia" (166), siendo por tanto ilegítima su tendencia a expandirse (167). Ya con anticipación *Jakobs había reprochado a sus críticos de confundir el modelo social de la sociedad funcional con un modelo social colectivista o incluso orientado al totalitarismo* (ZStW 1995, 853) y más tarde *en passant*, expresó que los Estados totalitarios que "regulan con violencia los pensamientos de sus ciudadanos" no establecen un ordenamiento para personas, pues éstas serían "instrumentos de los individuos dominantes" (Norm [1997], S. 77). En resumidas cuentas, ésta es una objeción débil si se piensa que también, y precisamente, los Estados totalitarios pretenden perseguir un interés general colectivo y que también los individuos que se encuentran en la cúspide presuntamente se someten a éste. Así, el régimen nacionalsocialista, al cual *Jakobs* sin duda designaría como un Estado totalitario en el sentido arriba mencionado y del cual él naturalmente se distanciaría, ha subordinado incondicionalmente el individuo al colectivo: "El individuo puede valer en derecho sólo tanto cuanto vale en la sociedad" (cfr. —por todos— *Frank*, DR 1934, 426). Crít. sobre la doctrina constitucional de *Carl Schmitt* destinada a asegurar teóricamente este punto de vista y a cuyo pensamiento dualista-colectivista se acerca cada vez más *Jakobs* con su reciente dicotomía ciudadano-enemigo: *Bielefeldt*, Philosophie (1998), p. 103 ss.

[137] La contribución publicada en Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000) (supra, nota 113) existe ya en una versión más extensa en castellano, cfr. Estudios de Derecho Judicial 20, 121 ss. (135 ss.); ver también en: *Jakobs/Cancio*, Derecho penal del enemigo (2003), p. 19 y ss.

[138] Cancio, en: *Jakobs/Cancio*, Derecho penal del enemigo (2003), p. 78, 88.

[139] Idem, p. 94, 100 y ss.

[140] Idem, p. 91, 93, 94 y ss.

[141] Idem, p. 93 (notas al pie omitidas).

dad"[142] y, por tanto, puede bien servir para defender la Constitución (colombiana) frente al expansionismo penal del poder ejecutivo (si bien sabemos que la influencia de esta concepción en la Corte Constitucional Colombiana se debe más a la laudable actividad del —antiguo— magistrado Eduardo Montealegre, eminente integrante de la escuela *jakobsiana* en Colombia, que a su contenido garantista: no es la única ni la más convincente concepción del derecho penal moderno para salvar las garantías constitucionales ante un régimen autoritario). De todo esto no se trata. Se trata más bien de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad intrínseca de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del estado del derecho penal[143] fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bien, postula y exige la exclusión y marginalización de los enemigos del sistema (dominante),[144] con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario. Esta vuelta de la concepción de *Jakobs* del derecho penal del enemigo no fue percibida ni siquiera por todos sus discípulos (incluso la decisión de la Corte Constitucional colombiana —sentencia C-939/02 de 31/10/2002—, citada por *Cancio*, se basa en la concepción anterior de Jakobs —de 1985— ignorando la nueva línea de pensamiento de su maestro)[145] y no puede ser defendida invocando simplemente los méritos de la concepción global del citado pensador. En fin, lo que merece ser criticado en la nueva posición de Jakobs es su ambigüedad hasta en la utilización de ciertos términos, una ambigüedad que sí puede dar lugar a abusos.[146] Si bien en una publicación más reciente[147] *Jakobs* distingue más claramente entre derecho penal del ciudadano y del enemigo, reservando el último a los terroristas del tipo 11 de septiembre, los cuales deben ser combatidos en el estadio previo de la lesión del bien jurídico, es decir, mucho antes de una violación de una norma, si es que el Estado no quiere "perecer"[148] y criticando la confusión entre ambos,[149] mantiene su ambigüedad y no explica cómo quiere separar los ciudadanos (criminales normales) de los enemigos.[150]

Sea como fuere, es claro que la (nueva) concepción de *Jakobs* es también, y precisamente, completamente inaceptable desde el punto de vista del derecho penal

---

[142] Idem, p. 92.

[143] Conferencia de los penalistas alemanes de 1985 en Fráncfort, ver supra nota 131.

[144] Conferencia "El Futuro de las Ciencias Penales" en 1999 en Berlín, ver supra nota 113 (Eser/Hassemer/Burkhardt).

[145] Ver la nota 38 de la sentencia donde se cita el trabajo de Jakobs de 1985.

[146] En este sentido también, desde el punto de vista latinoamericano (colombiano), *Aponte*, Krieg (2004), p. 126 y ss. (131, 134 y s.).

[147] *Jakobs*, HRRS 2004, 88 y ss. = en castellano anteriormente publicado en *Jakobs/Cancio*, Derecho penal del enemigo (2003), p. 19 ss.

[148] Idem, 92: "quien no quiere despojar al derecho penal del ciudadano […] de sus cualidades propias de un Estado de derecho, debería nombrar de otra manera, si es que no quiere perecer, a lo que *debe* hacer contra el terrorismo, precisamente derecho penal del enemigo, guerra controlada […]. El derecho penal conoce por tanto dos polos […] de un lado el trato con el ciudadano […]. y del otro el trato con el enemigo, que es interceptado en el estadio previo [de la lesión del bien jurídico] y combatido por causa de su peligrosidad" (resaltado en el original).

[149] Idem, 93 s. (93): "Por otro lado, no todo criminal es un adversario por principio del ordenamiento jurídico. Por tal razón, la introducción de una cantidad entretanto enorme de madejas y partículas de derecho penal del enemigo en el derecho penal común es un mal desde el punto de vista de un Estado de Derecho".

[150] Ésta es justamente la función del debido proceso o de cualquier proceso que amerite de ser calificado de judicial. Ver ya anteriormente *Schüler Springorum*, Kriminalpolitik (1991), 240: "Como en todas partes ha de garantizarse que el empleo de métodos duros también en la realidad sólo alcance al 'enemigo' malvado"; aprob. *Silva Sánchez*, Expansión (2001), p. 166 con nota 333.

internacional, porque no tiene en cuenta —absolutamente consecuente en el pensamiento de *Jakobs*— el consenso mínimo de los derechos humanos sobre el que se basa el ordenamiento de derecho penal internacional. De este modo, tampoco asombra que *Jakobs* quiera hacer depender el establecimiento de un ordenamiento jurídico-penal internacional o también sólo el establecimiento de tribunales penales internacionales de la existencia de un ordenamiento de los Estados nacionales de nivel supranacional provisto del monopolio de la fuerza, porque, de otro modo, se confundirían "validez real" y "postulada", "pena en el Estado" y "pena en el estado de naturaleza", "*derecho* penal" y "*mera violencia* penal", "derecho establecido y, quizás, poder legitimable", "pena de derecho" y "pena de poder": "Por más que existan buenos motivos para forzar a otro en un estado de juridicidad, antes de que esto ocurra falta, precisamente, este estado de juridicidad. *Derecho* penal frente a un monopolio de la violencia en actividad es meramente un nombre, ningún concepto".[151] Sin embargo, si se hace depender la existencia del derecho penal internacional y de sus instituciones de un ordenamiento en actividad con monopolio de la violencia en el sentido de los Estados nacionales, se parte de un concepto jurídico (demasiado) estatal, que confunde la existencia de un orden jurídico (preestatal) en sí (con base en determinadas normas inquebrantables) con su vigencia o realizabilidad.[152] De este modo, la existencia del derecho es condicionada a la presencia de un orden coercitivo estatal (el Leviatán) en un sentido completamente *hobbesiano*[153] y las normas no son reconocidas en razón de su legitimidad material.[154] Si se quisiera internacionalizar un concepto jurídico semejante, no sólo se deslegitimarían aquellos Estados nacionales cuyos ordenamientos jurídicos se deban afirmar sin un monopolio de la violencia en actividad, sino que se transportarían reflexiones de los Estados nacionales de modo

---

[151] *Jakobs*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 54 ss. (55) = Estudios de Derecho Judicial 20, 142 ss.; resaltado en el original, nota omitida. Anteriormente ya *Jakobs*, GA 1994, 13: "sin poder estatal no hay ningún derecho estatal", así como *el mismo*, Norm (1997), p. 110 s.: 'Si falta un orden real' "los hechos penales no destruyen la realidad de las normas", sino que ellos son "simples emprendimientos de violencia de un individuo poderoso contra una víctima débil". Quien habla en este contexto de pena "desconoce la libertad de los individuos no vinculados por un orden real" tanto desde el punto de vista del autor, como del de la víctima. Últimamente *Jakobs*, HRRS 2004, 94 s.: no se trata "de la *conservación* de un 'estado colectivo-legal', [sino] más bien en primer lugar de su *construcción*" (resaltado en el original; de modo similar ya en *Jakobs*, FS Spinellis [2001], p. 465 s.); en este trabajo, *Jakobs* reconoce por lo menos el valor normativo de la punición de violadores de los derechos humanos, pero no quiere llamar a esto "pena a las personas culpables, sino a los enemigos peligrosos".

[152] Cfr. *Jakobs*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 54, donde equipara "vigencia" y "ordenamiento". En similar sentido, *el mismo*, en: Neumann/Schulz (editores), Verantwortung (2000), p. 58 s. sobre la tesis de la norma fundamental de Kelsen.

[153] Crít. en relación con el derecho penal internacional, recientemente *Stahn/Eiffler*, KritV 1999, 254; crít. respecto de *Hobbes*, *Bielefeldt*, Philosophie (1998), p. 153 ss. (156). Diversamente *Kant*, para quien un estado pre *estatal* no debe ser al mismo tiempo pre *jurídico*, sobre esto *Bielefeldt*, loc. cit., p. 73 ss. (74), 158 ss. (161 s.).

[154] Sobre el reconocimiento de la norma en razón de su legitimidad, cfr. *Baurmann*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik I (1998), p. 409 ss.

inadmisible al plano internacional.[155] Está en la misma naturaleza de las cosas que el derecho *internacional* no es comparable con un ordenamiento estatal *nacional* y, por este motivo, tampoco puede disponer de un monopolio de la violencia *comparable*. En lugar de discutir con los argumentos existentes de filosofía jurídica y de política jurídica internacional sobre la fundamentación del —de hecho existente— derecho penal internacional, el punto de vista de *Jakobs* niega su existencia recurriendo a un concepto de derecho penal eurocéntrico y fundado en el Estado nacional. Ese punto de vista queda retrasado también respecto del estado de la discusión de derecho penal internacional, porque *Jakobs* no analiza, por un lado, ni el rol y competencia del Consejo de Seguridad de la ONU en el sistema de seguridad colectiva de la ONU, especialmente en cuanto al establecimiento de tribunales penales internacionales[156] y a la ejecución de sus resoluciones y fallos,[157] esto es, el monopolio de la violencia *supranacional* que al menos en sus comienzos ya existe,[158] ni, por el otro, las posibilidades de una persecución penal descentralizada a través de terceros Estados.[159] Finalmente: quien reprocha a los esfuerzos internacionales por la protección penal de los derechos humanos el querer imponer "su punto de vista a sangre y espada" y querer penar a los "infieles obstinados"[160] o llegar "a un futuro mejor con métodos punitivos",[161] cae en una contradicción cuando, al mismo tiempo, exige en el nivel

---

[155] El mismo *Luhmann* reconoce que "la sociedad mundial tiene un ordenamiento jurídico también sin una legislación y jurisdicción central" y ve en la creciente atención por las violaciones a los derechos humanos uno de los "indicadores más importantes de un sistema jurídico de la sociedad mundial" (Recht [1993/97], p. 574). *Habermas*, Die Zeit del 29.4.1999, señala con acierto en este sentido que la juridización de las relaciones internacionales y el trato institucionalizado de las violaciones a los derechos humanos "también" se habría de conseguir "sin el monopolio de la violencia por parte de un Estado mundial y sin un gobierno mundial".

[156] Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, supra, nota 86, para. 32 ss., donde en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU es confirmada la competencia del Consejo de Seguridad de la ONU para el establecimiento del ICTY.

[157] Cfr. *Prosecutor v. Blaskic*, supra, nota. 40. *De ello resulta que un Tribunal Ad-hoc no posee por sí mismo poder de coerción para la ejecución de sus resoluciones, sino que éste le corresponde al Consejo de Seguridad de la ONU* (cfr. con más detalles *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR 1998, 169, con otras referencias).

[158] *Höffe*, Demokratie (1999), p. 279, habla en vista de los comienzos de una estatalidad supranacional en y a través de las instituciones internacionales de un "ultra mínimo Estado global", pero critica al mismo tiempo —con toda razón— a las Naciones Unidas (325 ss., 331). *Habermas*, Die Zeit del 29.4.1999, habla de una "subinstitucionalización de los derechos del ciudadano mundial".

[159] Cfr., al respecto, ya las consideraciones de los tribunales franceses en el proceso *Barbie*, que se han referido a la existencia efectiva de un ordenamiento penal internacional (§ 5 I. 4 b) ee) vers. al.). Sobre la situación jurídica respecto del proceso Pinochet, cfr. *Ambos*, JZ 1999, 16 ss.

[160] *Jakobs*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 56.

[161] Contribución de *Jakobs*, citado según *Ambos,* en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 106: "internacional se trataría del establecimiento de un poder que quisiera llegar a un futuro mejor con métodos punitivos".

nacional "neutralizar" con todos los medios posibles a los enemigos de la sociedad civil: derecho penal del enemigo es "guerra cuya […] totalidad (también) depende de cuánto se tema al enemigo" (¡sic!).[162] Es decir, *Jakobs* se contradice al permitir, e incluso propagar, en el Estado interno algo que presumiblemente —desde su punto de vista— sucede (y él mismo critica) en el derecho penal internacional: un *derecho penal del enemigo*.

De todos modos, un poder punitivo trasnacional se puede fundar sin duda alguna —¡también con la concepción social del mundo de Luhmann![163]— con referencia a los derechos humanos interculturalmente reconocidos.[164] Una fundamentación semejante presupone, desde luego, una concepción del derecho penal que parta del individuo y de su dignidad humana inviolable, absolutamente en el sentido de la relación de reconocimiento libre, igual y mutua de *Kant*,[165] basada en esa dignidad humana. Sólo el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad garantiza "un correctivo para la revisión de las construcciones abstractas colectivas".[166] Sólo el "carácter asocial parcial del individuo" garantiza la observancia de la humanidad y de la dignidad humana garantizada constitucionalmente: "humanidad como desviación y libertad frente a la representación colectiva de manía y coacción, como protección del individuo y las minorías, como chance de autorresponsabilidad a través de la posibilidad de autodeterminación […]".[167] La dignidad humana debe ser, por tanto, punto de partida y al mismo tiempo punto inconmovible de todo sistema de derecho penal; sólo así se puede poner "un obstáculo bastante abultado y que se espera infranqueable en el camino […] [del] total 'desencantamiento' (Weber) del mundo por medio de un funcionalismo formal racional-final".[168] Y entonces, no pue-

---

[162] *Jakobs*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 53.

[163] Cfr. *Luhmann*, Recht (1993/97), p. 574 ss., y ya supra nota 153.

[164] Cfr. también *Rössner*, en: Höffe, Strafrecht (1999), p. 137: "en la justificación y determinación del contenido del derecho criminal en los derechos humanos está dado, sin dudas, un poder punitivo trascultural". En similar sentido, *Hassemer*, en: Höffe, Strafrecht (1999), p. 174 s., 179 s. (consenso sobre la "proscripción de violaciones fundamentales al derecho", derecho penal como "respuesta para la protección de los derechos humanos"). En los resultados, igualmente, *Roxin*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 389 s., cuando afirma la necesidad de punición sin limitaciones de "hechos como el genocidio y crímenes contra la humanidad" y acentúa el efecto preventivo de un derecho penal internacional en actividad. Cfr. también *Stahn/Eiffler*, KritV 1999, 267 ss. (268, 277), quienes divisan al respecto un "consenso de valores de la comunidad internacional". Sobre la afectación de la comunidad internacional en caso de violaciones a los derechos humanos y del poder punitivo autónomo de derecho penal internacional que de allí resulta, cfr. también *Triffterer*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 307 s., 311 ss., 373, quien ve al derecho penal internacional como un "instrumento para la evitación y lucha contra el abuso de poder"; también *el mismo*, GS Zipf (1999), p. 511 s.

[165] Sobre la utilización de la filosofía kantiana para una "filosofía de los derechos humanos" con vigencia universal, cfr. ahora *Bielefeldt*, Philosophie (1998), p. 45 ss. (62 ss.), 158 ss., 202 s. Sobre la utilización dogmática de la relación de reconocimiento, cfr. infra § 8 II. 3. c) aa) por las notas 376 ss.

[166] *Soeffner*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 26.

[167] Idem.

[168] Idem, p. 27.

de estar más en duda que el Estado y la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el derecho penal.[169]

La fundamentación filosófico-jurídica de este punto de vista la proporciona hoy el filósofo del derecho de Tubinga Otfried Höffe.[170] El punto de partida del principio del ciudadano mundial propagado por este autor está constituido por los derechos humanos reconocidos universal e interculturalmente y por los principios de justicia, entre los cuales se contaría especialmente el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia, esto es, la protección del cuerpo, la vida y la libertad.[171] La función principal de la república mundial complementaria[172] consistiría, pues, en proteger esos derechos humanos de sus ciudadanos mundiales de ser necesario con un derecho penal mundial.[173] La protección mínima de los derechos humanos ("moral mínima")[174] sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del derecho penal mundial: "la justificación de un derecho penal de un Estado mundial se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos".[175] La pretensión individual de una protección (también) jurídico-penal sería el revés de las prohibiciones fundadas en los derechos humanos.[176] En tanto los delitos penales se "puedan fundamentar con argumentos humano-generales, más precisamente, con argumentos de derechos humanos […] existe, sin duda alguna, un poder penal transcultural, un derecho penal intercultural".[177] De este modo, el derecho penal mundial formaría parte "del escudo de protección de los derechos humanos y de la visible solidaridad de la ciudadanía mundial con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos".[178] Para que un derecho penal legitimado en los derechos humanos, "humano general" e "intercultural" fuera válido, tendría que dirigirse a hombres de todas las culturas, no pudiendo existir en modo alguno, desde el punto de vista del derecho penal, el extranjero: "son difíciles de encontrar culturas jurídicas que sean tan diferentes por principio como para no conocer en absoluto delitos fundados en la protección de los derechos humanos; más bien, el alcance del poder punitivo se extiende. […] Aquello por lo cual nosotros nos empeñamos con ahínco, lo encontramos también en otras culturas; y especialmente aquello por lo que nosotros nos indignamos produce también indignación en los hombres de otro lugar".[179]

---

[169] Cfr. *Wolter*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 4 ss., 13; también *Figueiredo Dias*, en: idem, p. 358, quien por ello acentúa con razón la importancia del principio de culpabilidad (362) y designa al sistema de *Roxin* como el "*más humano*" de todos los sistemas de derecho penal hasta hoy conocidos. (365; resaltado en el original).

[170] Cfr. *Höffe*, Strafrecht (1999), p. 8, 51 ss., 67 ss., 107 ss.; *el mismo*, Demokratie (1999), p. 62 ss. (64 s.), 88 s., 140 s., 269 ss., 351 ss., 367 ss. (368 s.); *el mismo*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 309 s., 322 ss., 336 s. Crít. *Szabo*, en: Höffe, Strafrecht (1999), p. 149 ss. (152 s.).

[171] *Höffe*, Strafrecht (1999), p. 53, 55; *el mismo*, Demokratie (1999), p. 88, 140, 301. Sobre el "derecho del ciudadano mundial" de *Kant* fundamentado ya hace doscientos años, cfr. *Bielefeldt*, Philosophie (1998), p. 38 s.

[172] *Höffe*, Demokratie (1999), p. 296 ss.

[173] *Höffe*, Demokratie (1999), p. 351, 354.

[174] *Höffe*, Strafrecht (1999), p. 35.

[175] *Höffe*, Strafrecht (1999), p. 368 s.; *el mismo*, Strafrecht (1999), p. 78. Sobre la teoría del poder punitivo de *Höffe*, cfr. idem, p. 67 ss.

[176] *Höffe*, Strafrecht (1999), p. 78 s.

[177] *Höffe,* Strafrecht (1999), p. 107; *el mismo*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 309 s., 325.

[178] *Höffe,* Strafrecht (1999), p. 8; Demokratie (1999), p. 369.

[179] *Höffe*, Strafrecht (1999), p. 107 s.; también p. 27 s., 93, 99; *el mismo*, Demokratie (1999), p. 370. Crít. sobre el relativismo de la cultura como argumento en contra de la validez universal de los derechos humanos y en favor de ésta como "núcleo de un ´overlapping consensus´ intercultural" también *Bielefeldt*, Philosophie (1998), p. 10 ss. (12 s.), 17, 115 ss. (145 ss.). Por el contrario, escéptico *Hassemer*, en: Höffe,

Un principio del ciudadano mundial fundado en los derechos humanos persigue también *Jürgen Habermas*,[180] cuando expresa que "el deseado establecimiento de un estado ciudadano mundial" significa, desde su punto de vista, que las "infracciones contra los derechos humanos […] sean perseguidas como acciones criminales dentro de un ordenamiento jurídico estatal". En este sentido, los derechos humanos se habrían de entender no sólo como orientación moral del actuar político, sino también como derechos subjetivos "que deben ser implementados en sentido jurídico". Sólo cuando los derechos humanos hayan encontrado su "lugar" en un ordenamiento jurídico global, como los derechos fundamentales en nuestras Constituciones, "podremos partir, también en el plano global, de que los destinatarios de estos derechos pueden considerarse, al mismo tiempo, como sus autores". Si bien este enfoque es convincente para fundamentar una intervención pacífica del derecho penal universal, resulta dudoso que con éste se pueda fundamentar una llamada intervención humanitaria, es decir, militar, como "como un salto del derecho internacional clásico de los Estados hacia el derecho cosmopolita de una sociedad del ciudadano mundial".[181] Esto no sólo es dudoso por razones de procedimiento —tan cierto es que el "tratamiento jurídicamente domesticado de las violaciones a los derechos humanos proteger[á] frente a una 'desdiferenciación' moral del derecho"—,[182] sino también a causa del conflicto material de ponderación[183] que provoca.

Mientras que la ventaja de una teoría del delito político criminal, funcional-de derecho comparado frente a un puro funcionalismo de impronta jakobsiana consiste en su orientación hacia los derechos humanos, ella es superior al punto de vista ontológico, debido a su apertura frente a las situaciones problemáticas concretas. Si bien a primera vista el pensamiento ontológico del derecho penal tiene la ventaja de que las estructuras lógico-objetivas por él presupuestas, en principio, son universalmente válidas y, en este sentido, no se plantea en absoluto la cuestión de "nacional" o de "sociedad",[184] no existe, sin embargo, en el plano internacional ni un consenso sobre

---

Strafrecht (1999), p. 172 s., para quien "recién estamos en el comienzo de una evolución, en la cual el ´gran enemigo´ se nos transforma y nosotros a él […]". Para *Scheerer*, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 347 la universalidad del derecho penal es sólo un "mito".

[180] *Habermas*, Die Zeit del 29.4.1999.

[181] Idem. Cfr. también *Höffe*, Demokratisierung (1999), p. 393 ss.; crít. respecto de Habermas también *Blanke*, KJ 1999, 410 ss.

[182] *Habermas*, Die Zeit del 29.4.1999

[183] Cfr. ya *Ambos*, NStZ 1999, 406; crít. de Habermas a este respecto *Simon*, FAZ del 18.6. 1999, 53. Crít. también *Köhler*, Jb. Recht und Ethik 11 (2003), 451 ss.

[184] Cfr. *Hirsch*, FS Spendel (1992), p. 43 ss. (55), quien, al respecto, relativiza el punto de vista ontológico ("sería extremadamente limitado […], si desde una perspectiva nacional independiente se tuviera en cuenta solamente el aspecto óntico"), queriendo considerar también otros "puntos de vista con validez general". Seguramente, también sería demasiado limitado partir del punto de vista "del derecho penal vigente en la República Federal de Alemania" (*Schünemann*, en: Schünemann [editor], Grundfragen [1984], p. 56); sin embargo, *Schünemann* no se refiere en este contexto a una internacionalización, así que también el reproche de una "re-nacionalización" (*Hirsch*, FS Köln [1988], p. 417) parece injustificado (sobre esto también *Schünemann*, FS R. Schmitt [1992], p. 137; *el mismo*, en: Lahti/Nuotio [eds.], Criminal Law [1992], p. 173). Además ahora *Schünemann* reconoce justamente la existencia fundamental de estructuras lógico-objetivas y se adhiere a la tesis de *Hirsch* de una dogmática jurídico-penal falsa o correcta (supra nota 109). Si además se toman las expresiones conciliatorias de *Hirsch* sobre la imputación objetiva expuestas en el libro homenaje a Lenckner (loc. cit.), se puede hablar siguiendo a *Schünemann* de una "construcción de un puente" entre estos dos campos (GA 1999, 207, también 208). Sobre el concepto de la "ontological priority" en derecho internacional, cfr. *Capps*, EJIL 2000, 650 ss.

tales estructuras (¿cuáles?), ni jamás la discusión sobre su adopción ha impregnado el debate de derecho penal internacional. Ya una mirada por sobre las fronteras alemanas enseña, por ejemplo, que los "elementos de estructura" presuntamente "predeterminados" y los "datos lógico-objetivos", sobre los cuales se debe basar, según el punto de vista finalista, la diferenciación entre autoría y participación,[185] de ningún modo han conducido a una implementación universal del modelo diferenciador.[186] En plano del derecho penal internacional es aún más claro que la validez y obligatoriedad general de principios jurídico-penales con operatividad supranacional, como ahora han sido formulados en la tercera parte del ECPI, resulta de un proceso de negociación orientado a la solución de problemas y de consenso, a cuyo término no se imponen datos presuntamente lógico objetivos —en el sentido de una ciencia jurídico-penal "correcta" o "falsa" según criterios científicos[187]—, sino fórmulas de compromiso de política criminal y de política de derecho internacional.[188] Por tanto, aquí se trata de compromisos de política de derecho internacional en forma de ley, los cuales reaccionan a determinados desarrollos del derecho penal internacional y —en el mejor de los casos— están asegurados por el derecho comparado. Si es que estos compromisos pudieran estar acaparados por una cierta dirección del pensamiento jurídico-penal, ésta no sería de todas maneras una dirección cerrada orientada a principios (óntica), sino, en todo caso, una abierta (de política criminal).

IV. DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN Y OTROS ASPECTOS METÓDICOS

1. En vista del carácter aún rudimentario del derecho penal internacional existente, especialmente de su parte general,[189] esta investigación se dedica a desarrollar las primeras *bases para una elaboración dogmática* de la parte general del derecho penal internacional. Una pretensión de mayor alcance, como la de presentar una parte general del derecho penal internacional analizada al mínimo detalle, sería una empresa no realizable en un período de tiempo previsible, sólo ya en razón del amplio enfoque histórico

---

[185] Cfr. *Küpper*, Grenzen (1990), p. 136 ss. (148), quien acentúa especialmente el aspecto del "dominio final del hecho" del autor, pero sin embargo también considera aceptadas sólo "*ciertas* leyes del objeto" de regulación (leyes ónticas; *Sachgesetzlichkeiten*) en la teoría de la intervención criminal (137, resaltado por el autor). Decidido por un punto de vista normativo S/S-*Cramer* (1997), previamente al § 25, nm. 3 s.; S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), previamente al § 25, nm. 3 s.

[186] Cfr., con más detalles, infra § 8 I.

[187] Cfr. *Hirsch*, FS Spendel (1992), p. 58.

[188] Similar respecto de la validez general supranacional de las opiniones de la dogmática jurídico-penal *Roxin*, AT I (1997), § 7, nm. 84 en la nota 76. *Schabas*, Genocide (2000), p. 285 habla de un "hasty 'cut and paste' approach to the preparation of international instruments". Sobre el carácter de compromiso en el plano europeo *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 7.

[189] Cfr. ya supra nota 33.

y de derecho comparado de derecho penal internacional de esta investigación, pero también a causa de la complejidad del objeto de la investigación.[190]

2. Mientras que en las *dos primeras partes* de esta investigación (traducidas sólo parcialmente al castellano)[N. del T.] se exponen con un método esencialmente *empírico-inductivo* los *fundamentos*, es decir, se establecen las bases de la investigación en el verdadero sentido de la palabra, en la *tercera parte* (traducida por entero) se trata del trabajo *dogmático* fino, en el sentido de la elaboración más precisa de determinados ámbitos de regulación de la parte general, sobre la base de los conocimientos obtenidos de las dos primeras partes y del ECPI. En suma, la investigación se sirve de un enfoque empírico-inductivo *y* dogmático funcional-de derecho comparado, con el cual se debe desarrollar "*paso a paso*" una teoría del delito de derecho penal internacional.[191]

a) En la *primera parte* se investigará la *jurisprudencia penal internacional* desde Núremberg a La Haya, con el fin de analizar y sistematizar los principios generales allí desarrollados (§ 2 a 6 vers. al.).[N. del T.]

El análisis de sentencias comienza con la *jurisprudencia de Núremberg* (§ 2 vers. al.). Aquí se analizará además de la sentencia del Tribunal Militar Internacional (IMT), aquellas de los 12 procesos que le sucedieron con base en la KRG nro. 10.[192] Luego siguen la sentencia del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (IMTFE, § 3 vers. al.), las de los procesos documentados por la UN-War Crimes Commission (UNWCC, § 4 vers. al.), una selección de *sentencias de tribunales nacionales* respecto de crímenes cometidos por el nacionalsocialismo y otro tipo de macrocriminalidad (§ 5 vers. al.) y, por último, la jurisprudencia de los *Tribunales Ad-Hoc de la ONU*, esto es, los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda (ICTY y ICTR, § 6 vers. al.).[193] En las sentencias analizadas en los § 5 y 6 vers. al., la indicación de los años expresados entre paréntesis se refiere al año o al período de tiempo en que la sentencia ha sido pronunciada. La jurisprudencia de los tribunales Ad-Hoc

---

[190] Cfr. también *Eser*, FS Kaiser (1998), p. 1525, quien advierte sobre la dificultad de armonización de las reglas generales de imputación.

[N. del T.] Como ya se explicó en la introducción del traductor, la traducción de la *primera parte* (§ § 2 a 7 vers. al.) se limita al resumen (§ 7 vers. al. = § 2 de esta versión) y la de la *segunda parte* (§ § 8-16 vers. al.) a los capítulos referidos a la interpretación de tratados de derecho penal internacional (§ 8 vers. al. = 3 de esta versión), al derecho de Ginebra (§ 10 vers. al. = § 4 de esta versión), a la convención contra el genocidio (§ 11 vers. al. = § 5 de esta versión) y al resumen sistemático (§ 16 vers. al § 6 de esta versión)

[191] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 7 nm. 48 s., 82 ss. (84).

[N. del T.] Aquí, no traducidos, ver introducción del traductor.

[192] Cfr. al respecto y para lo siguiente la lista de las sentencias analizadas en el anexo.

[193] Sobre los "nuevos" Tribunales (mixtos) de Kosovo, Timor Oriental, Sierra Leona, Camboya e Irak ver *Ambos/Othmann*, New approaches (2003); *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 545 ss. Sobre el "Iraqi Special Tribunal" en particular ver las contribuciones (críticas) de *Zolo*, *Alvarez*, *Scharf*, *Shany* y *Kress* en JICJ 2 (2004), p. 313 ss. Sobre Sierra Leona desde la perspectiva de la defensa ver *Jones/Carlton-Hancilies/Kah-Jallow/Scratch /Yillah,* JICJ 2004, p. 211 ss.

ha sido considerada hasta el 1 de marzo de 2002 (en la versión alemana).[194] Al correspondiente análisis de las sentencias será anticipada, en tanto sea necesario, una exposición separada de los correspondientes fundamentos jurídicos. Los conocimientos obtenidos serán expuestos resumidamente al final de cada sección y nuevamente sistematizados en una sección separada (§ 7 vers. al. = § 2 de esta versión).

Hasta el momento, no ha sido realizado un análisis de jurisprudencia semejante, referido a la parte general. El análisis jurisprudencial más minucioso que se ha emprendido es el de *Jescheck*;[195] sin embargo, este autor se debió limitar —ya por razones temporales— a la jurisprudencia de Núremberg y no ha centrado el punto principal de su análisis en la parte general.

En cuanto concierne a la *selección de las sentencias*, ha sido decisivo, en vistas del objetivo concreto de la investigación —el desarrollo de reglas *generales* de un derecho penal *material* internacional—, el contenido y la especial importancia histórica o nacional de la sentencia respectiva. Mientras que las sentencias analizadas en los § 2-4 vers. al. o bien en el § 6 vers. al. pueden ser calificadas como fundamentales para el desarrollo o el estado del derecho penal internacional y, por ello, no pueden faltar en una investigación de este tipo, en el caso de las sentencias de los tribunales nacionales (§ 5 vers. al.) se debió llevar a cabo una selección. En este sentido —y prescindiendo del amplio análisis de las sentencias del Tribunal Supremo para la Zona Británica (OGHBrZ) (p. 163 ss. vers. al.)—, se ha seleccionado siempre, en cuanto evidente, la sentencia del proceso más importantes de cada país. El requisito de contenido para la selección ha sido la existencia de un mínimo de reflexiones y consideraciones de parte general, sin analizar las decisiones de contenido meramente procesal.[196]

---

[194] La última sentencia es *Musema* del ICTR del 16.11.2001. En esta versión castellana se hace también referencia a las más importantes sentencias posteriores emitidas hasta 30 de setiembre de 2004. Cfr. sobre la jurisprudencia (hasta octubre de 2003) también *Human Rights Watch*, Digest (2004).

[195] *Jescheck*, Verantwortlichkeit (1952).

[196] Cfr., por ejemplo, el muy conocido caso *Demjanjuk*: A solicitud del gobierno israelí fue extraditado en 1986 de los Estados Unidos a Israel John Demjanjuk ("Iván el terrible"), presunto comandante del campo de concentración de Treblinka (F.2d 51, 1985, 776). En 1988 Demjanjuk fue condenado a muerte por un tribunal israelí, pero en 1993 en un proceso de revisión —después de que surgieran fuertes dudas sobre su identidad como "Iván el terrible" — fue absuelto por el mismo tribunal y enviado nuevamente a los Estados Unidos (resumidamente *Domb*, IYHR 1994, 323 ss.; *Wenig*, en: McCormack/Simpson (ed.), Law (1997), p. 115 ss.; desde el punto de vista de la defensa: *Sheftel*, Defending (1996)). Allí, se anuló la orden de extradición originaria (F.3d 10, 1993, 338) y se inició en su lugar una investigación en contra de la unidad de investigación especial competente del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos por "fraud on the court". Demjanjuk fue investigado posteriormente por su supuesta actuación como guardia de las SS (cfr. *Fung*, NewYorkLSJI&CL 1993, 471 ss.; *de Zayas*, The Globe 1994, nro. 5, 3 ss.; *el mismo*, CLF 1995, 547 ss.; *Kremnitzer*, IYHR 1994, 269 ss.; *Ryan*, Neighbors [1984], p. 94 ss.). Sobre el también controvertido caso *Artukovic*, cfr. *Kuzmanovic*, WiscILJ 1987, 155 ss.; *Ryan*, Neighbors (1984), p. 142 ss. Sobre el caso *Fedorenko,* cfr. *Shenker*, ColJTL 1981, 365 ss.

En las sentencias respectivas serán investigados, utilizando un *análisis de contenido de tipo descriptivo*,[197] los conceptos y las cuestiones materiales que son de importancia para la obtención de *reglas de parte general* del derecho penal internacional. La *sample* resulta de las cuestiones planteadas en la discusión actual sobre una parte general del derecho penal internacional. Entre tales "planteamientos de parte general" entran especialmente en consideración:

- las cuestiones relacionadas con la *responsabilidad penal personal o individual* ("individual criminal responsability"), especialmente la *imputación* de elementos objetivos y subjetivos[198] (voz: "responsabilidad individual");
- las cuestiones relacionadas con la exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en sentido amplio, especialmente las causas de justificación y exculpación o —en la más amplia terminología angloamericana— todos los motivos que suprimen el reproche del hecho en la forma de *impedimentos de punibilidad* (materiales) (voz: "defenc/ses").[199]

De ello resulta una *construcción del delito* básicamente *bipartita*, que distingue solamente entre responsabilidad individual y las posibles causas de su exclusión (defences) y que, por tanto, se diferencia fundamentalmente de la construcción del delito bipartita o tripartita, orientada sobre la base de la diferenciación entre injusto y culpabilidad, reinante en Alemania.[200] Con el concepto de *responsabilidad individual* se comprenden los problemas relacionados con la atribución de una determinada conducta humana a un tipo penal de derecho penal internacional. Se trata, por tanto, en primer término de reglas y posibilidades de *imputación* de una determinada conducta a un determinado resultado, y no de "responsabilidad" en el sentido de una categoría delictiva independiente en lugar de la culpabilidad.[201] Sin embargo, la responsabilidad individual tiene también un lado subjetivo y, por cierto, en un doble sentido: por un lado, en la forma de un reconocimiento fundamental del principio de

---

[197] Sobre este concepto, proveniente de la ciencia social empírica, cfr. *Atteslander*, Methoden (1995), p. 235 ss.; (2000), p. 210 ss. Se trata más bien de un análisis *descriptivo* de contenido (que de uno cualitativo), pues se investiga un texto dado según determinadas categorías o conceptos, pero sin evaluar los datos autónomamente recabados —como en el caso de un análisis *cualitativo* de contenido— (loc. cit. [1995], p. 238 ss., 246). El análisis de contenido de tipo descriptivo puede convertirse en uno de *inferencias*, cuando por sobre el mero contenido del texto analizado se concluye sobre determinados datos sociales externos, que se encuentran relacionados con éste.

[198] Aquí, se trata de evitar los conceptos de "imputación subjetiva" y "objetiva", pues en la discusión alemana ellos están reservados a doctrinas determinadas. En caso de que ellos emerjan, de todos modos, en una u otra parte del texto, deberán ser entendidos fundamentalmente como imputación de elementos objetivos o subjetivos, esto es, como presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad individual. Cfr. con más detalles sobre "imputación y derecho penal internacional", infra § 7.

[199] Utilizo aquí y en lo sucesivo el modo de escritura inglesa "defence".

[200] Cfr., las amplias referencias en *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 229 s., en nota 12 s.

[201] Cfr. ya supra, nota 108.

culpabilidad; por el otro, como expresión de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual.[202] En derecho penal internacional no se diferencia claramente, sin embargo, entre el dolo del hecho —como parte del tipo— y la conciencia de la antijuridicidad —como parte de la culpabilidad.[203]

Con el término *defences* se comprenden fundamentalmente todos los motivos —alegados por la defensa o examinados *ex officio*— cuya presencia conduce a la exclusión de la responsabilidad penal y, con ello, de la punición. Se puede hablar de *causas de exclusión de la punición o de la responsabilidad* o —de un modo aún más amplio siguiendo a *Eser*[204]— de "*impedimentos de punibilidad materiales y procesales*".[205] Sin embargo, aquí serán investigadas solamente las *defences en sentido restringido*, esto es, las causas *materiales* de exclusión o supresión de la punibilidad.[206] Tampoco se efectuará, en este lugar, una diferenciación entre causas de justificación y de exculpación, pues ella no se encuentra en la jurisprudencia penal internacional.[207] En la jurisprudencia de Núremberg emergen en particular numerosas defences,[208] las cuales han perdido importancia con la posterior evolución especialmente en el ámbito de los tratados internacionales.[209]

Además, en las sentencias se encuentran también expresiones sobre los *tipos de la parte especial* del derecho penal internacional y sobre las *doctrinas generales del derecho internacional*. Éstos serán expuestos en relación con las reglas generales, en tanto y en cuanto tengan relevancia para su determinación. Justamente las consideraciones sobre la parte especial muestran que existe una *relación* inseparable *entre ésta y la parte general* del derecho penal internacional.[210] Las reglas generales se han desarrollado, cuando lo han hecho, con referencia a la realización de determinados tipos penales. Esto significa también que el desarrollo de una parte general o —menos ambiciosa y más realistamente— de un sistema (incompleto) de reglas ge-

---

[202] Cfr., de un lado, el § 2 II. 1. b) vers. al. y, del otro, el § 2 II. 1. d) vers. al.

[203] Cfr., con mayores detalles, infra § 7 III. y § 11 I. 1. a).

[204] *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 755; sobre el concepto también ya *Etzel*, Notstand (1993), p. 61 ss.; *Nill-Theobald*, ZStW 1997, 955; *Stauder*, Defenses (1999), p. 41 f., 57 ss.

[205] Por el contrario, la traducción como "objeciones defensivas", aunque fiel al texto, tiene poco valor informativo: Sobre las objeciones defensivas en sentido amplio y restringido y sobre su relación con la carga de la prueba en el derecho penal inglés, cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 58 ss.

[206] Asimismo *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 7, 57. Dentro de este concepto entran también *otros* presupuestos *negativos* de la punibilidad, es decir, aquellos cuya presencia elimina la punibilidad (por ejemplo, el desistimiento de la tentativa); pero no necesariamente los *positivos*, esto es, aquellos cuya presencia es un presupuesto de la punibilidad (por ejemplo, las condiciones objetivas de punibilidad). Sobre la cuarta categoría del delito y sobre la delimitación respecto del concepto alemán de causas de exclusión de la punibilidad, con más detalles, infra § 12 I. 1.

[207] Cfr., sin embargo, infra § 12 I. 1.

[208] Cfr. § 2 II. 2 vers. al.

[209] Resumidamente infra § 6 II.

[210] Sobre esta relación en el derecho penal alemán Cfr. *Fincke*, Verhältnis (1975), p. 31 s. y passim; en general *Tiedemann*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 280 ss.

nerales de imputación no es posible sin referencia a la parte especial. Antes bien, las reglas generales concretas se habrán de desarrollar siempre de la mano de un tipo penal determinado o de un caso concreto. Por ello, especialmente en la tercera parte de esta investigación se hará referencia con frecuencia también a los crímenes internacionales regulados en el ECPI. De este modo, se obtendrán a la vez —en cierto modo como efecto colateral— algunos conocimientos sobre la "parte especial" del derecho penal internacional, cuyo completo análisis necesitará, sin embargo, de un estudio autónomo.[211]

Estas consideraciones sobre los objetivos de la investigación ponen ya de manifiesto que el análisis de jurisprudencia que aquí se realiza, trasnacional y que se remonta al pasado, plantea considerables *problemas metódico-terminológicos*. No sólo la praxis judicial analizada se basa en tradiciones jurídicas diferentes, esto es, en el common law y —en mucho menor medida— en el derecho continental europeo, sino también el desarrollo dogmático dentro de *una* tradición jurídico-penal puede conducir con el correr del tiempo a modificaciones terminológicas y de contenido. Así, por ejemplo, las sentencias que aquí se analizan del OGHBrZ (p. 163 ss. vers. al.) ocurren en el tiempo de la llamada "teoría del dolo", mientras que en el momento de la jurisprudencia del BGH respecto de la criminalidad gubernamental de la DDR (p. 242 ss. vers. al.) regía ya desde hace tiempo la "teoría de la culpabilidad".[212] La diversidad terminológica debe ser tenida en cuenta por medio de dos niveles de exposición: en primer lugar, la exposición de las sentencias tendrá lugar de modo auténtico, es decir, en la terminología elegida por el tribunal y usual en aquel entonces o usual en los ordenamientos jurídicos extranjeros ("exposición *contemporánea*"). Esta terminología será transportada luego a la moderna terminología dogmática alemana, en tanto y en cuanto sea necesario por razones de comprensión ("exposición *moderna retrospectiva*" o "*actualizada*"). Esta exposición en dos niveles hace necesarias, ya en el marco del análisis jurisprudencial, algunas consideraciones preliminares sobre el derecho angloamericano y sobre la doctrina alemana tradicional. A estas consideraciones se remitirá, en cuanto sea necesario, a lo largo del texto.

b) Los principios generales resultantes de la primera parte (resumidamente § 2) serán confrontados en la *segunda parte* con los *esfuerzos de codificación* existentes desde Núremberg (§ 8 a 16 vers. al.).[N. del T.] Con otras palabras, se trata de un examen de los principios generales investigados en el marco del análisis jurisprudencial de la mano de los esfuerzos de codificación, esto es, de la verificación de la existencia normativa del case law investigado. Al igual que en la primera parte, se analizarán las

---

[211] Cfr. sobre los crímenes contra la humanidad, ya supra, nota 84; sobre los crímenes de guerra supra, nota 87.

[212] Cfr., con más detalles, p. 173 ss. vers. al.

[N. del T.] Aquí traducidos sólo parcialmente, ver introducción del traductor.

fuentes relevantes de derecho penal internacional referidas a la parte general. Al respecto, se considerará la literatura sobre la interpretación de las fuentes.

En lo que respecta propiamente a las fuentes, el punto central reside —luego de una nota preliminar metódica sobre la interpretación de los tratados de derecho (penal) internacional (§ 8 vers. al. = § 3 de esta versión)— en la investigación de la discusión dentro de la ONU, en donde habrá de referirse especialmente a las deliberaciones de la Comisión de derecho internacional de la ONU ("International Law Comission" - ILC) sobre un "Draft Code against the Peace and Security of Mankind" (§ 13 vers. al.). Por otra parte, estos trabajos se apoyan, por un lado, en los principios de Núremberg (§ 9 vers. al.) —como intento de condensar la jurisprudencia y los fundamentos jurídicos de Núremberg—, pero también, por el otro, han sido influidos por convenciones especiales de derecho penal internacional. En este sentido, en primer lugar se ha de analizar el derecho internacional humanitario (aquí, "derecho de Ginebra") que, con la regulación del derecho de los conflictos armados, especialmente y cada vez en mayor medida también del conflicto interno, constituye una parte importante del derecho penal internacional (§ 10 vers. al. = § 4 de esta versión). Posteriormente, se ha de analizar la Convención contra el Genocidio (§ 11 vers. al. = § 5 de esta versión) y otros tratados de derecho penal internacional (§ 12 vers. al.). También los proyectos de organizaciones privadas y de personas individuales han tenido una influencia insubestimable (§ 14 vers. al.). Este desarrollo ha experimentado una conclusión (provisoria) y su apogeo con el ECPI, razón por la cual será discutido en último término (§ 15 vers. al.). Al final de cada parágrafo se expondrán las conclusiones de manera resumida y se confrontarán con la jurisprudencia. En último término, ellas serán sistematizadas (§ 16 vers. al. = § 6 de esta versión), con el fin de obtener una sólida base —compuesta de jurisprudencia y esfuerzos de codificación— para la siguiente elaboración dogmática de los principios generales.

c) Al final deberá estar en pie un sistema de principios y reglas generales fundado en la jurisprudencia penal internacional y en las codificaciones, a partir del cual se pueda efectuar, en la *última y tercera parte* del trabajo, una *elaboración dogmática* que aporte las bases para una parte general del derecho penal internacional (§ 17 a 22 vers. al. = § 7 a 12 de esta versión). Aquí, el punto principal radicará en las reglas sobre la responsabilidad individual.[213] Esta tercera parte representa una investigación absolutamente independiente destinada a la profundización y el perfeccionamiento de los conocimientos obtenidos y, a la vez, de la tercera parte del ECPI.[214]

Luego de unas *consideraciones preliminares* sobre los fundamentos generales de la *imputación* jurídico-penal y de las reflexiones existentes sobre las particularidades de la imputación en derecho penal internacional (§ 7), el trabajo se ocupará de las *reglas de intervención criminal* de derecho penal internacional (§ 8). Dedido a la importancia central de esta materia para el derecho penal internacional vigente, este parágrafo representa —como ámbito núclear de la responsabilidad individual— el punto esencial de esta tercera parte. La exposición sigue la diferenciación plasmada

---

[213] Cfr. infra § 6 III. al final.

[214] Al respecto, el autor ha sacado provecho de su participación en el "grupo de trabajo para un Código Penal Internacional" (alemán) establecido por el BMJ, cfr. *BMJ* (editor), Arbeitsentwurf (2001); para el proyecto del gobierno que prescinde de la legítima defensa (§ 3 vers. al.), cfr. BR-Drs. 29/02 del 18.1.2002 = ‹www.bmj.bund.de›. Todos los *travaux preparatoires* se encuentran en *Lüder/Vormbaum*, Materialien (2002). Cfr. también *Wirth/Harder*, ZRP 2000, 146 s.; *Wirth*, JICJ 2003, p. 151 ss.; sobre la necesidad de adecuación del derecho alemán en relación con los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, con acierto, *Werle*, JZ 2000, 756 ss.; *el mismo*, JZ 2001, 885; *Kreß*, Nutzen (2000), p. 10 ss.; sobre las ventajas de una codificación de este tipo. Idem, p. 18 ss.; resumiendo sobre el derecho penal internacional en Alemania *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 215 ss.

en el ECPI entre autoría y participación. Le sigue a este parágrafo, que por su importancia central para el derecho penal internacional vigente es el de mayor extensión de esta tercera parte, el análisis de la *responsabilidad del superior* (§ 9). Aquí se trata, como es sabido, de un modelo de imputación originario del derecho penal internacional, que sólo parcialmente puede ser atribuido a los derechos nacionales. Luego siguen consideraciones sobre la *tentativa*, cuyo punto central reside en la delimitación con la preparación impune (§ 10). Las reflexiones sobre la responsabilidad individual se finalizan con el tratamiento de sus *presupuestos subjetivos*, inclusive el *error* (§ 11). Por último, se analizan con detalle las *causas* materiales de *exclusión de la punibilidad* relevantes, especialmente el estado de necesidad por coacción (§ 12).

Ya de la limitación a la búsqueda de *bases* para una elaboración dogmática tendría que ser claro que con esta tercera parte de ningún modo se pretende presentar un sistema *definitivo* de reglas generales de imputación de derecho penal internacional. El autor se ha enfrentado aquí con la difícil decisión de considerar *todas* las cuestiones de parte general que le parecían de importancia, renunciando para ello sin embargo en una u otra a necesarias profundizaciones, o bien limitar *a limine* la investigación a ciertos problemas *escogidos*. Se ha elegido el primer camino, ya que, de frente a una elaboración dogmática de la "materia prima del derecho penal internacional" que se encuentra recién totalmente en sus comienzos y que debe constituir la base para sucesivas investigaciones, parece más importante tratar todas las cuestiones trascendentes de parte general, si bien de modo incompleto y controversial, que presentar una doctrina *definitiva* provista de una "dogmática jurídico-penal muy refinada" de sólo un *sector*.[215] Por más que esto pueda ser digno de críticas desde el punto de vista de los especialistas y de los dogmáticos de buena formación, por ejemplo, en vista de las escasas consideraciones sobre la teoría de la imputación (§ 7) —se trata allí de la necesaria preparación de los capítulos que le siguen— y sobre los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual (§ 11), es la consecuencia del enfoque amplio de la investigación, en lugar de uno selectivo, y, por ello, se trata más bien de un problema metódico que de uno de contenido.

d) La investigación se cierra con una *síntesis de las tesis* (§ 13) y con un panorama de posibles propuestas futuras de investigación. Se puede prescindir de un resumen final, porque esto acabaría con ser una repetición de los resúmenes sistemáticos efectuados en las dos primeras partes y de los resúmenes de los parágrafos respectivos de la tercera parte.

---

[215] Sobre la "materia prima" y "refinación", cfr. *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1386. Por el contrario, demasiado descriptivas las expresiones de *Bruer-Schäfer*, Strafgerichtshof (2001), p. 177 ss.

§ 2. Resumen sistemático de los principios generales de la jurisprudencia analizada *

I. NOCIONES FUNDAMENTALES

El análisis de la jurisprudencia muestra que el derecho penal internacional "in action" sigue una estructura bipartita del crimen. De ello resulta una división básica de los principios generales en aquellos que describen —en un primer nivel— los presupuestos de la *responsabilidad individual* y aquellos que, como posibles *defences* —en un segundo nivel—, excluyen esa responsabilidad individual.

La cuestión de base, que en realidad ha de plantearse previamente, acerca de si el derecho penal internacional vigente conoce y reconoce realmente una *responsabilidad penal individual*, ya fue resuelta de modo afirmativo en Núremberg. En los procesos que le siguieron, esta responsabilidad penal fue presupuesta sin más y los tribunales se concentraron en el desarrollo de las reglas concretas de imputación que para ello se debían crear. Con los recientes desarrollos la problemática puede considerarse definitivamente terminada. Por tal razón, resulta superfluo el análisis de la discusión de posguerra (especialmente alemana) desarrollada a este respecto.[1]

---

* Traducción del § 7 de la vers. al., revisado, actualizado y complementado. El presente capítulo se trata del resumen sistemático de la primera parte de la versión alemana; los restantes capítulos de esta parte (§ 2 a 6 vers. al.) no han sido traducidos al castellano (ver Introducción del traductor).

[1] Cfr. en la literatura, por ejemplo, *Glueck*, Núremberg (1946), p. 60 ss.; *Woetzel*, en: Stone/Woetzel (eds.), Court (1970), p. 87 ss.; *Lawrence*, Hastings LJ 1989, 401 ss.; *Bassiouni*, Crimes (1992), p. 192; *el mismo*, Crimes (1999), p. 370 ss. Una de las fundamentaciones más convincentes la proporciona *Friedmann* ya en su clásico "The changing structure of International Law" (1964), p. 234, partiendo de la creciente protección de los derechos humanos y de la jurisprudencia de Núremberg y Tokio: "[…] there should be a general correlation between rights and duties. To the extent that the individual is held entitled to assert certain claims to human dignity and the protection of vital human interests on an international level, he can also be fairly held to assume a corresponding degree of responsibility for actions that directly interfere with such values". Cfr. sobre esto *Leben*, EJIL 1997, 405 s.

Por el contrario, sigue siendo de actualidad una segunda noción que proviene de la jurisprudencia de Núremberg: la concepción del derecho penal internacional como un sistema de imputación orientado al *principio de culpabilidad*.[2] Según esta concepción, culpabilidad personal (personal guilt) significa en derecho penal internacional que el autor desde el punto de vista objetivo y subjetivo debe ser *individualmente responsable* por los hechos que se le reprochan y que a esta responsabilidad no debe contraponerse *ninguna objeción* (defences). Con esto se cierra el círculo de las nociones fundamentales: el derecho penal de culpabilidad de derecho internacional sigue, pero también necesita una estructura bipartita del crimen.

II. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

De la exposición de las nociones fundamentales resulta que la responsabilidad individual de derecho penal internacional tiene un aspecto objetivo y otro subjetivo. Si bien en la jurisprudencia penal internacional estos aspectos no siempre están claramente separados, se encuentran siempre, sin embargo, consideraciones sobre los presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad individual, aunque en parte dispersas y desordenadas. De todos modos, mientras que los presupuestos *subjetivos* pueden reclamar para sí cierta validez general independientemente de la naturaleza de la responsabilidad objetiva, en el plano objetivo se debe diferenciar al menos entre intervención al hecho (objetiva) y extensiones (objetivas) de la responsabilidad. En la jurisprudencia, el punto central —no sólo desde el punto de vista cuantitativo— reside al respecto en la pregunta sobre la naturaleza y el alcance de la intervención criminal. Dentro de la *intervención criminal,* por otra parte, ocupa una posición de especial trascendencia la *teoría del dominio por organización.* En la actualidad han perdido importancia las clásicas *extensiones de la responsabilidad* de Núremberg, scil. la conspiración y la pertenencia a una organización criminal, mientras que han ganado importancia la responsabilidad por el mando y una responsabilidad por omisión fundada en ella. Además, se advierte en el último tiempo una invocación más frecuente en el ICTY de la doctrina de la empresa criminal conjunta *(joint criminal enterprise),* originariamente desarrollada en el caso *Tadic.*

---

[2] Ver también *Jescheck*, JICJ 2004, p. 44 s.

1. Formas de intervención criminal punible

a) *Nociones generales*

En la jurisprudencia penal internacional la intervención criminal fue entendida *tradicionalmente* como *toda* clase de ayuda fáctica o jurídica o favorecimiento a la comisión del hecho, considerándose, al respecto, a las aportaciones individuales al hecho como independientes entre sí y de un mismo valor. No ha tenido lugar una diferenciación entre autoría y participación sino que, más bien, se ha seguido al menos fácticamente el *modelo unitario de autor,*[3] si bien de algunas sentencias se desprende una diferenciación entre una intervención "inmediata", "directa" o "esencial" y una sólo "indirecta", "favorecedora". Estas diferenciaciones, sin embargo, no se pueden comparar con la diferenciación (alemana) entre autoría y participación y sólo encontraron consideración en el momento de la determinación de la pena. Para la condena seguía siendo decisiva y suficiente en todos los casos la prueba de la intervención *fáctica —desde una conducta meramente aprobatoria hasta una que participa activamente—. Así, la jurisprudencia de Núremberg reconoció una intervención en crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, por ejemplo, en las siguientes conductas:* "conección directa" (direct connection) con los hechos, dirección y dación de la orden de cometer tales hechos, conducta aprobatoria, intervención activa, directa e importante mediante un actuar positivo. La jurisprudencia británica considera ya suficiente el mero estar "involucrado en el hecho" (concerned in the commission). Con esto no se exige de ningún modo la *presencia física* en el lugar del hecho; ésta es, más bien, prescindible y lo único que debe ser decisivo es que la aportación haya favorecido de algún modo la ejecución del hecho y su resultado. Sólo en la reciente jurisprudencia del ICTY —desde la sentencia de apelación en el caso *Tadic*— se puede reconocer un esfuerzo creciente en pos de una diferenciación más marcada entre autoría y participación ya en el nivel del tipo.[4]

En el caso de *intervención de varias personas* (en coautoría) tiene lugar una imputación mutua de las aportaciones de cada uno, si éstas están funcionalmente vinculadas en razón de una meta común y/o plan común del hecho o de otro modo (doctrina del "common design"). Esta imputación mutua entra en consideración también en el caso de una vinculación de los autores individuales en el marco de un contexto de organización. Al respecto, se debe diferenciar estrictamente entre esta clase de *responsabilidad* por organización y el *dominio por organización,* del cual nos ocuparemos inmediatamente (infra b)). Éste representa una expresión de la *autoría mediata,* la cual, como documenta la UNWCC, en principio ya había sido desarrollada por la jurisprudencia británica. La

---

[3] Ver también *van Sliedregt*, Responsibility (2003), p. 31, 39.

[4] Cfr. p. 349 ss. vers. al.

coautoría como forma separada de intervención criminal puede considerarse definitivamente reconocida con la sentencia de apelación en el caso *Tadic.* Aquí, la Sala de Apelación entiende por coautoría todas las formas de actuar conjunto con base en un plan común del hecho: desde la coautoría en sentido estricto hasta la intervención en una asociación organizada o una empresa criminal conjunta *("joint criminal enterprise"),*[5] por lo menos en su primera y segunda categoría —*"joint criminal enterprise* (jce) I y II"—, según las cuales todos los intervenientes actúan con base en un plan común (la diferencia entre estas formas de jce reside en que, mientras la jce II se refiere a un sistema organizado de tratamiento inhumano y en este sentido es "sistémico", la jce I representa la forma "básica" que más se asemeja a la coautoría "normal"[6]); la tercera categoría —*"joint criminal enterprise III"*— por el contrario constituye más bien una extensión de la punibilidad en el sentido de la responsabilidad por pertenencia a una organización criminal (ver infra 2 c)).[7] En sustancia, con ello se conmina con pena la intervención en *una empresa común* o una asociación criminal final ("krimineller Zweckverbund"),[8] por medio de la cual se cometen delitos, no siendo necesario sin embargo que todos los intervinientes tengan la intención de cometerlos. La jurisprudencia considera que la jce está reconocida por el derecho consuetudinario internacional y constituye una forma de "commission" en el sentido del art. 7 (1) del Estatuto del ICTY y del art. 6 (1) del Estatuto del ICTR.[9] Una "joint criminal enterprise" puede contener, además, otras subempresas, las cuales, por su parte, pueden constituir por sí mismas también "joint criminal enterprises" autónomas y paralelas.[10]

---

[5] Sobre la *joint criminal enterprise* ver inicialmente *Prosecutor v. Tadic*, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), para. 172-237 (p. 276 ss. vers. al.); después: ICTY, *Prosecutor v. Krstic*, Judgement 2.8.2001 (IT-98-33-T), para. 601 ss.; *Prosecutor v. Krstic*, Judgement 19.4.2004 (IT-98-33-A), para. 237 (anulando la condena en este punto por razones fácticas); *Prosecutor v. Kvocka et al*., Judgement 2.11.2001 (IT-98-30/1-T), para. 244-312; *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgement 17.9.2003 (IT-97-25-A), para. 64 ss.; *Prosecutor v. Vasiljevic*, Judgement 25.2.2004 (IT-98-32-A), para. 94 ss.; *Prosecutor v. Brdanin*, Judgement 1.9.2004 (IT-99-36-T), para. 258 ss., 340 ss.; ICTR, *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, Judgement 21.5.1999 (ICTR-95-1-T), para. 203 (sin mencionar el concepto directamente); ver también p. 350 s., 363, 548 ss. vers. al. En *Stakic*, por primera vez una sala del ICTY reconoció que la jce y la coautoría "approaches […] and even overlaps in part". (*Prosecutor v. Stakic*, Judgement 31.7.2003, IT-97-24-T, para. 439).

[6] Cfr. *Prosecutor v. Vasiljevic*, supra nota 4, para. 97 s.: jce I como forma "basic" y jce II como forma "systemic". Crít. sobre esta relación *Powles*, JICJ 2004, 609 s. para quien en muchos de los casos atribuidos a la jce II la responsabilidad se basa, en realidad, en la jce III.

[7] En este sentido la Sala de Apelación en *Vasiljevic*, supra nota 4, para. 99 habla de una forma "extended" de jce.

[8] El concepto es de *Vogel*, ZStW 114 (2002), 421.

[9] Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 4, para. 188, 226; *Prosecutor v. Vasiljevic*, supra nota 4, para. 95. Sobre la jce como forma de *"commission"* ver también *Prosecutor v. Milutinovic et al*., Decision on Dragoljub Ojdanic's motion challenging jurisdiction-joint criminal enterprise, 21.5.2003 (IT-99-37-AR 72), para. 20. Sobre ello *Mundis/Gaynor*, JICJ 2004, 652 ss.; crít. *Powles*, JICJ 2004, 610 s., 615 ss. para quien la responsabilidad por jce III difícilmente puede considerarse como *"commission"* en el sentido de los arts. 7 (1) EICTY y 6 (1) EICTR y duda, además, del estatus consuetudinario del jce III.

[10] *Prosecutor v. Kvocka et al.*, supra nota 3, para. 307: "Within a joint criminal enterprise there may be other subsidiary criminal enterprises".

Como complicidad (ading and abetting) entra en consideración todo favorecimiento de alguna manera (co)causante del hecho principal a través de una ayuda física o psíquica, por ejemplo, también mediante la mera presencia en el lugar del hecho y el sostén moral-espiritual que ello transmite. Los requisitos de la complicidad han sido concretizados especialmente por la jurisprudencia del ICTY. En el caso *Furundzija* se ha diferenciado entre la clase de la acción de colaboración y sus repercusiones. Resumidamente, sería suficiente con un apoyo psíquico o "moral", con la única condición de que el hecho principal fuera influido esencialmente. En esta sentencia se ha delimitado también la complicidad de la coautoría en el sentido de que ésta presupondría una cooperación en una parte esencial de la ejecución del hecho, mientras que aquélla se podría agotar también en un apoyo psíquico.

La interpretación extensiva de la intervención criminal dominante en derecho penal internacional puede limitarse por medio de consideraciones de causalidad, si se exige una causalidad específica de la conducta del autor respecto del resultado producido. Este requisito establecido por el ICTY no encuentra sin embargo un punto de apoyo en la jurisprudencia de Núremberg, ni tampoco en la nacional. Para éstas es ya suficiente cualquier aportación al hecho que haya sido co-causante del resultado. En Núremberg se partió incluso de una mera relación causa-efecto basada en las ciencias de la naturaleza en el sentido de la teoría de la equivalencia. Estos enfoques tienen en común que no reconocen y ni siquiera discuten limitaciones normativas de imputación.

Sin embargo, desde el punto de vista de un consecuente derecho penal de culpabilidad parece necesaria una limitación de la responsabilidad. Al respecto, como único punto de partida entra en consideración el requisito —ya mencionado— de una causalidad *específica* de la conducta respecto del resultado. Por lo demás —en vista de la amplitud del concepto de intervención criminal sostenido por la jurisprudencia penal internacional—, parece difícil poder fundamentar una limitación de la responsabilidad basada en meras consideraciones de causalidad. Sin embargo, posibles limitaciones de la responsabilidad se pueden derivar posiblemente de los principios de la imputación objetiva, esto es, normativamente.[11]

La interpretación extensiva de la intervención punible conduce a *extensiones de la responsabilidad* desde el punto de vista *temporal y espacial*. Si, por ejemplo, no se considera necesaria la presencia física en el lugar del hecho, entonces también una conducta alejada del lugar puede fundamentar la imputación. Lo mismo vale desde el punto de vista temporal, dado que también acciones realizadas antes o después del hecho pueden fundamentar una imputación. Esta inclusión en la relación de imputación de conductas distantes desde el punto de vista temporal o espacial ha sido sólo recientemente confirmada por el ICTY en el caso *Tadic*.

---

[11] Cfr. especialmente infra § 8 III. 2 a) bb).

Una dudosa extensión de la responsabilidad, que recuerda a la doctrina tradicional del "versari",[12] se ha de ver también en el hecho de que el ICTY en *Tadic* ha establecido una responsabilidad por *todas* las consecuencias *naturales* del hecho, en caso de que estén presentes los presupuestos objetivos y subjetivos del crimen contra la humanidad. No es claro especialmente qué entiende el Tribunal por consecuencias *naturales* del hecho. Posiblemente este concepto podría representar un punto de partida para una limitación de imputación.

Finalmente, la *incitación* fue examinada únicamente por el ICTR en relación con el genocidio.[13] Según éste, una punibilidad entra en consideración si la incitación es pública y directa, esto es, si un número indeterminado de personas es exhortado directamente a la comisión del hecho. La Sala de Apelación sostiene, sin embargo, que en caso de una incitación general se puede renunciar a la exigencia de la comisión pública y directa.

b) *Dominio por organización*

La teoría del dominio por organización asume una importancia central en el derecho penal internacional a causa del desplazamiento vertical, de abajo (del autor directo) hacia arriba (al autor mediato "de escritorio"), de la responsabilidad. En la jurisprudencia analizada esta doctrina ya ha recibido aceptación al menos en el proceso a los juristas, cuando allí se fundamenta la responsabilidad partiendo de una *responsabilidad ministerial o funcional de la organización*.

El concepto de *dominio por organización* en el sentido aquí utilizado, scil. como dominio del autor mediato sobre el ejecutor directo del hecho por medio de un aparato de poder organizado, ha adquirido importancia práctica por primera vez en la sentencia *Eichmann*. En tal ocasión se estableció que en los macrocrímenes cometidos en contextos de acción colectivos la responsabilidad no disminuye, sino que aumenta, al ir aumentando la distancia del hecho. Esta teoría ha sido desarrollada con mayor profundidad en el proceso contra los ex comandantes militares argentinos y especialmente en los procesos contra los funcionarios de élite de la ex DDR. De este modo, en la actualidad se puede partir de que una estructura de poder militar, pero también una política, puede conferir, bajo determinadas condiciones, a los "hombres

---

[12] "Versanti in re illicita (*o*: in illicito) imputantur omnia quae sequuntur ex delicto" = A quien se mueve en el campo de lo prohibido le son imputadas *todas* las consecuencias negativas que esto trae consigo, *independientemente de su culpa* (resaltado por el autor). Cfr. *Liebs*, Rechtsregeln [1982], p. 217; también *Roxin*, AT I [1997], § 10 nm. 121; *Jescheck/Weigend*, AT [1996], p. 261). Sobre la preterintencionalidad desde un punto de vista comparativo con referencia a los delitos cualificados por el resultado *Ambos*, GA 2002, 455 ss.

[13] Ver recientemente *Prosecutor v. Nahimana et al*., Judgement and Sentence 3.12.2003 (ICTR-99-52-T, "Media Judgement"), para. 978 ss.; al respecto ver *Mundis/Gaynor*, JICJ 2004, p. 646 ss. (648).

de atrás" que la dominan el dominio del hecho del ejecutor directo; en este sentido, por tanto, el *dominio del sistema* comprende el *dominio individual*.

Desde luego, las "determinadas" condiciones deben aún ser individualmente concretadas; especialmente se plantea el interrogante acerca de qué tan alto debe estar situado el autor en la jerarquía de mando; es decir, si, por ejemplo, el mero "dominio del mando" de un comandante de un regimiento de frontera puede fundamentar una autoría mediata respecto de los miembros del regimiento.[14]

2. Extensiones de la punibilidad

a) *Responsabilidad por el mando y omisión*

La responsabilidad en virtud de la doctrina de la responsabilidad por el mando o del comandante (*command responsibility*) presupone que el autor ostente una determinada posición de poder militar o político. Por tal razón, esta construcción ha tenido importancia ante todo —hasta las decisiones del ICTY (fundamentalmente en *Delalic et al.* y *Blaskic*) y del ITCR (especialmente en *Akayesu*)[15]— solamente en Núremberg, Tokio y en los procesos de posguerra documentados por la UNWCC. Esta jurisprudencia evidencia, sin embargo, que la responsabilidad por el mando está estrechamente relacionada con una punibilidad por *omisión*. La posición de mando del autor lo coloca en una *posición de garante*, la cual tiene por consecuencia el surgimiento de determinados deberes de control, de protección o de vigilancia (*deberes del garante*), cuyo incumplimiento lo hace punible por omisión.[16]

Concretando, de la *jurisprudencia de Núremberg* se sigue que el deber de control del superior disminuye en la medida en que va decreciendo la responsabilidad; por ejemplo, no debe valer para los "*staff officers*". Por otra parte, en Tokio se ha extendido la responsabilidad por el mando a los políticos, es decir, al gobierno como colectivo y a sus miembros, y a éstos les han sido impuestos deberes de vigilancia y de control intensificados. Las decisiones documentadas por la UNWCC confirman en principio esta jurisprudencia; sin embargo, resta aún por resolver la cuestión de a partir de qué posición en la jerarquía de mando se puede partir de una responsabilidad por el mando y qué requisitos se le pueden imponer al superior responsable. De este modo se plantea el mismo interrogante que en el dominio por organización y se evidencia una cierta similitud estructural entre ambos modelos de imputación.

La cuestión de la delimitación entre responsabilidad penal e impunidad en una jerarquía de mando ocupó también a la jurisprudencia de Núremberg. En este sentido, respecto de la guerra de agresión la punibilidad fue limitada al "ideólogo" y al

---

[14] Cfr. con más detalles infra § 8 II. 3. c).

[15] Ver recientemente *Prosecutor v. Brdanin*, Judgement 1.9.2004 (IT-99-36-T), para. 275 ss.

[16] Con más detalles sobre la construcción dogmática, infra § 9 I.

"líder" y los meros ejecutores sin poder de decisión fueron absueltos. Los tribunales que sucedieron al IMT lo han seguido y han considerado la posibilidad de influencia política, la pertenencia al llamado *policy level*, como un presupuesto de la punibilidad de la guerra de agresión; respecto de los que actúan por debajo del *policy level* una punibilidad fundada en la responsabilidad por el mando fracasaría de antemano.

Los *Tribunales Ad-hoc* no sólo han desarrollado en detalle la jurisprudencia hasta ahora existente, sino que incluso han extendido la responsabilidad (por ejemplo, recientemente, a conflictos no internacionales[17]). En confirmación de la sentencia del IMTFE se reconoce que también los superiores *de hecho*, sean militares o civiles, pueden ser responsabilizados penalmente, si ellos tenían la posibilidad *efectiva* de evitar los hechos de sus subordinados. Según el punto de vista del ICTY y del ICTR no es necesario que los superiores pertenezcan al grupo de los conductores militares o civiles de más alto rango, sino que también puede ser punible el jefe de una pequeña unidad militar o una persona con autoridad civil en una zona determinada. En definitiva, lo que interesa es el control efectivo sobre los subordinados, el cual está acompañado de la posibilidad de tomar contramedidas preventivas o al menos represivas. La responsabilidad del superior se retira, sin embargo, frente a la responsabilidad individual general (art. 7 (1) EICTY, 6 (1) EICTY), operando en este caso la posición del superior como factor agravante.[18]

b) *Conspiración*

El tipo de conspiración representa un amplísimo adelantamiento de la responsabilidad, dado que ya es punible la mera planificación del hecho, con independencia de la producción del resultado. Éste fue limitado, sin embargo, por el IMT y por el IMTFE a los *crímenes contra la paz* y sus elementos típicos han sido interpretados restrictivamente por el IMT, exigiéndose un plan del hecho concreto y una distancia temporal no demasiado amplia respecto de la ejecución del hecho. Por otra parte, sin embargo, el IMTFE ha considerado suficiente en principio la mera pertenencia al *policy level*, porque ésta estaría ligada por lo general a la posibilidad de participación en el proceso político de decisión.

La limitación de la conspiración a los crímenes contra la paz no pudo ser seguida por los tribunales de posguerra holandeses y franceses, ya en razón de sus respectivas fuentes jurídicas. Antes bien, se consideró posible también una condena sobre

---

[17] Prosecutor *v. Hadzihasanovic*, Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, 16.7.2003 (IT-01-47-AR72), para. 12. Ver también *Mundis/Gaynor*, JICJ 2004, p. 656 s.; aprob. *Greenwood*, JICJ 2004, p. 600 s. que, sin embargo, crítica la fundamentación de la decisión.

[18] Cfr. recientemente *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement 29.7.2004 (IT-95-14-A), para. 91; *Prosecutor v. Brdanin*, Judgement 1.9.2004 (IT-99-36-T), para. 285.

la base de una conspiración a la comisión de *crímenes de guerra*. Además, los tribunales británicos han delimitado la conspiración de la doctrina del *common design*: en aquélla sería ya suficiente el acuerdo para cometer un delito, mientras que en el common design al menos debe haber sido comenzada la acción de ejecución —planeada en conjunto.[19]

En la sentencia Eichmann, por el contrario, el tipo de conspiración ha sido interpretado más bien restrictivamente, exigiéndose expresamente que el declararse dispuesto a la ejecución del hecho debe referirse a conductas *concretas*.

En conclusión, de ello se sigue que según la jurisprudencia en principio puede tener lugar una conspiración a crímenes internacionales, si existe una planificación *concreta* de hechos *que se pueden concretizar*.

c) *Pertenencia a una organización criminal*

Más allá de Núremberg este tipo tuvo sólo poca importancia. E incluso allí el IMT ha constatado expresamente —en consecuente persecución de un derecho penal de culpabilidad— que la mera pertenencia a una organización calificada de criminal no alcanza para fundar la punibilidad. Más bien, serían necesarias además una conducta personal culpable del miembro y una identificación con los hechos de la organización en cuestión. Los procesos subsiguientes al de Núremberg se han orientado en estos lineamientos, de modo que, en cuanto se tiene conocimiento, ningún acusado ha sido condenado a causa de su mera pertenencia a una organización criminal.

Los tribunales británicos han delimitado la pertenencia a una organización criminal de la doctrina del *common design:* aquélla se asemejaría a ésta en tanto que en ambos casos se trataría de una punición a causa de la cooperación respecto de un fin criminal.

En suma, de ello resulta que la pertenencia a una organización criminal nunca ha sido reconocida como tipo autónomo, sino que, ya en Núremberg —con base en la base legal correspondiente— ha sido interpretada, en tanto que mal necesario, del modo más restrictivo posible. Este resultado es confirmado con un análisis de los esfuerzos de codificación, pues este tipo no ha desempeñado allí prácticamente ningún papel.[20]

---

[19] De modo similar la delimitación entre conspiración y jce en *Prosecutor v. Milutinovic et al.*, supra nota 8, para. 23; sobre ello *Mundis/Gaynor*, JICJ 2004, p. 653 s.

[20] Cfr. resumidamente infra § 6 I. 2 y § 8 III. 2. c). Sobre el crimen de organización, cfr. especialmente *Haensel*, Organisationsverbrechen (1947); *Donnedieu de Vabres*, Verfahren (1950); *Gelberg*, DuR 1978, 185; *van Sliedregt*, Responsibility (2003), p. 20 ss., 27 s.; *Bassiouni*, Introduction (2003), p. 82 ss.

En este contexto, merece ser mencionada la figura de imputación de la "*joint criminal enterprise III" (cfr. ya supra a). La responsabilidad (por los hechos cometidos en el marco de una* "joint criminal enterprise*") presupone en este sentido dos cosas: por un lado, la intención ("intention") de participar en la empresa criminal común y de favorecer —individual o colectivamente— el fin criminal de esa empresa; por el otro, la previsibilidad de la posible comisión* ("foreseeability of the possible commission") de hechos, que *no* integran el objeto del fin criminal común, por parte de otros miembros del grupo; en otras palabras, es suficiente con que *estos actos ulteriores (fuera del plan original) sean una "consecuencia natural o previsible" de la comisión planeada del hecho*.[21] Según la jurisprudencia más reciente, al interviniente en una "joint criminal enterprise III*", la cual persigue la comisión de un genocidio, se ha de imputar el genocidio incluso si él mismo no tenía la intención de destrucción*.[22] Volveremos sobre esta extensión de la responsabilidad en el marco de la coautoría (§ 8 II. 2. b) bb)).

3. Presupuestos subjetivos

a) *Principios generales*

La jurisprudencia analizada exige el *conocimiento* de *todos* los presupuestos objetivos de la responsabilidad individual como *requisito* subjetivo *mínimo* de la

---

[21] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 4, para. 204-219 y las sentencias ya mencionadas supra en nota 4. Según esta jurisprudencia el acusado debe prever la posible comisión del delito y a pesar de ser consciente de la posible comisión participa en la empresa criminal. En *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 4, para. 265 la Sala califica el elemento de la previsibilidad de objetivo y lo distingue del elemento subjetivo; es decir que el acusado "was aware that such a crime was a possible consequence of the execution of the enterprise, and, with that awareness participated in that enterprise". Es dudoso, sin embargo, si se puede objetivizar de esta manera la previsibilidad, dado que ella está íntimamente ligada con el estado mental del acusado. Así, por ejemplo, en *Vasiljevic*, supra nota 4, para. 101 la cuestión está tratada en el marco del elemento subjetivo (*mens rea*).

[22] ICTY, *Prosecutor v. Brdanin*, Decision on interlocutory appeal, 19.3.2004 (IT-99-36-A), para. 6: "[…] the Prosecution will be required to establish that it was reasonable foreseeable to the accused that an act specified in Art. 4 (2) [ICTY Statute] would be committed and that it would be committed with genocidal intent". Crít., pero confusa, la *separate opinion* del *Judge Shahabuddeen*, quien, por un lado, opina que "specific intent always has to be shown" (para. 4), pero, por el otro, considera que "that intent is shown by the particular circumstances of the third category of joint criminal enterprise" (para. 5 al final). En ICTY, *Prosecutor v. Milosevic*, Decision on motion for judgement of acquittal, 16.6.2004 (IT-02-54-T), para. 219 es adoptada sin más la opinión de la mayoría en *Brdanin*. Crít. *Ambos*, JZ 2004, 965 ss. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia en *Brdanin* (supra nota 4) una imputación con base en la jce es rechazada, porque la Sala considera que la doctrina es aplicable solamente a una "somewhat smaller enterprise than the one that is invoked in the present case" (para. 355). En otras palabras, la Sala limita el concepto a través de una interpretación restrictiva del elemento "enterprise" excluyendo de su ámbito personas que están muy distantes de la comisión de los crímenes ("structurally remote from the commission of the crimes […]", idem).

imputación. En *Blaskic*, la Sala de Apelación, discutiendo el requisito subjetivo del art. 7 (1) del EICTY con especial referencia a la conducta de ordenar un crimen, rechazó explícitamente un estándar menor que el "direct intent" y especialmente no consideró suficiente el conocimiento de cualquier tipo de riesgo. Más bien, la Sala considera necesario "an awareness of a higher likelihood of risk and a volitional element". Por otra parte, ella estima que la conciencia de la alta probabilidad del riesgo implica que el superior acepta la comisión de un crimen.[23] Con esto, la Sala parece aludir a la teoría del consentimiento.

En el caso de un exceso del coautor basta con su *previsibilidad;* esto es particularmente relevante con respecto a la jce III.[24] Al contrario, en el caso de la jce I todos los intervenientes deben compartir el dolo: el acusado debe intervenir voluntariamente en el plan común y querer el resultado criminal;[25] en el caso de la jce II, el acusado debe, además, tener conocimiento del sistema de tratamiento inhumano y querer promoverlo.[26] Es dudosa la cuestión acerca de si y cuándo puede ser suficiente una *ignorancia negligente*. Esto fue afirmado en Núremberg respecto de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, en donde, por lo general, se ha fingido este conocimiento con la remisión a la ostensible punibilidad de los hechos en cuestión.

La imputación subjetiva en virtud de ignorancia negligente goza de especial aceptación en relación con la *responsabilidad por el mando*. La posición destacada del superior responsable da origen al surgimiento de deberes de cuidado intensificados y, coherentemente con ello, a la ficción de su conocimiento del hecho, si él tenía la *posibilidad,* aunque solamente lejana, de toma de conocimiento. En una dirección similar se encaminó el ICTY en el caso Tadic, al considerar suficiente en relación con las circunstancias del hecho un conocimiento probado o *derivado*. Un conocimiento derivado así entendido se basa en la *suposición* de que la notoriedad *objetiva* del carácter criminal de los hechos debe forzar al autor directamente a reconocer que su actuar es típico y antijurídico, dado que esto lo habría podido reconocer cualquier observador promedio razonable. Esto se corresponde con el criterio del "wilfully blind".[27] Sin embargo, en *Delalic* et al. e igualmente en Blaskic se ha negado expresamente una presunción del dolo y solamente se ha admitido su prueba indiciaria.

---

[23] *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 15, para. 34 ss. (41 s.).

[24] Ver ya supra nota 12.

[25] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 4, para. 196; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 4, para. 264: "(i) voluntarily participated in one of the aspects of the common plan, and (ii) intended the criminal result […]".

[26] Ver *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 4, para. 202, 220, 228; *Prosecutor v. Vasiljevic*, supra nota 4, para. 101.

[27] Cfr. p. 108 vers. al. Esto se ha de diferenciar de la *"*ceguera del derecho*"* aceptada por el OGHBrZ, cfr. p. 174 vers. al.

Desde luego, junto con el elemento del conocimiento se ha de exigir también una *voluntad* del autor en ese sentido. Al respecto, ya en Núremberg fue exigida una *intención* general o especial, la cual ha sido concretada en procesos posteriores en relación con el crimen contra la humanidad; esto será expuesto seguidamente. La Sala de Apelación del ICTY ha remarcado la presencia de una intención en cuanto a la realización del plan común del hecho en el marco de la intervención en coautoría. Sin embargo, en definitiva, los Tribunales Ad-hoc, especialmente en los crímenes contra la humanidad, se han pronunciado más bien en favor de una comprensión cognitiva del dolo.

b) *Especial conocimiento o intención* (*crímenes contra la humanidad*)

Especialmente los procesos nacionales analizados y los Tribunales Ad-hoc se han ocupado de los requisitos subjetivos de los crímenes contra la humanidad. Ello pone en evidencia cuán importante ha resultado este tipo en los últimos tiempos desde el punto de vista de la práctica.

Dado que ya el tipo objetivo del crimen contra la humanidad exige una finalidad político-ideológica especial del hecho, el autor debe aceptar al menos asintiendo (*dolus eventualis*) que su actuar favorece esa finalidad. Con ello se acentúa especialmente el elemento *volitivo*, pues la voluntad del autor debe estar dirigida precisamente a favorecer la finalidad político-ideológica de la conducción criminal del Estado. Luego de las sentencias de apelación en los casos *Tadic* y *Akayesu* es claro, sin embargo, que no se exige una "intención de discriminación" especial, ni que tampoco importan los móviles personales del autor. A partir del caso *Jelisic* puede también considerarse como un punto claro que la intención de discriminación debe separarse de la exigencia de la especial intención de destrucción en el genocidio. Esta última es necesaria también para el coautor; por lo demás la cuestión es incierta.[28]

Por último, el elemento de voluntad ha sido cada vez en mayor medida relegado a segundo plano por el *elemento de conocimiento* (*Kupreskic et al., Blaskic*). Éste no se diferencia mucho en principio de la exigencia de conocimiento en el marco del dolo. Ya de la especial construcción del tipo del crimen contra la humanidad resulta que el autor debe haber reconocido al menos la orientación político-ideológica especial de su hecho, es decir, debe ser consciente en principio de las circunstancias *fácticas* que hacen de su acción un crimen contra la humanidad. En el caso *Blaskic*, sin embargo, se consideró también suficiente en este sentido una conducta riesgosa consciente en cuanto a la intervención en un crimen contra la humanidad. Una excepción al conocimiento positivo la constituye el criterio del "wilfully blind", el cual, sin

[28] Con más detalles sobre esto infra § 11 I. 2. c) aa).

embargo, sólo puede aplicarse si el autor podía suponer con alta probabilidad la existencia de un hecho típicamente relevante, pero no si de hecho no tuvo ningún conocimiento de esto.[29] De este modo, al autor que cierra los ojos de modo consciente e intencional frente a hechos de muy probable realización se le imputa como fundamento de su culpabilidad la no ejecución de determinadas medidas de esclarecimiento. Con ello, el reproche de culpabilidad se puede fundar en su mala fe, pero no en la idea de la imprudencia grave, pues no se supone, justamente, sólo un mero tener por posible, sino un conocimiento positivo. Esta suposición se corresponde sin embargo con la —problemática— ficción del conocimiento positivo en los casos en los cuales con la aplicación de un criterio objetivado (observador promedio razonable) el autor habría debido reconocer las circunstancias con relevancia para el tipo.

En definitiva, de esto resulta que si bien siguen siendo necesarios como regla general el conocimiento y la voluntad de realización del tipo, el elemento cognitivo ha sin embargo ganado importancia y puede ser probado por medio de numerosos indicios.

III. DEFENCES

1. La prohibición de retroactividad y el principio de determinación

Una violación de la prohibición de retroactividad es negada unánimemente, porque ésta *no* habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal *escrito* al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad de derecho penal internacional se orienta al carácter del derecho internacional como un ordenamiento jurídico dinámico. Por ello, es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios *no escritos del derecho consuetudinario.* Por lo general, esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión —guerra de agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra— ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional. De esto se sigue también que el autor que ha cometido tales hechos no podía invocar su confianza protegida, esto es, que él confiaba en que los hechos no eran punibles. Antes bien, él hubiera debido saber que su conducta era punible. Una violación de la prohibición de retroactividad no existe, por tanto, si ésta es entendida como un mera *norma de protección de la confianza*.

A quien duda de esta argumentación, porque no considera suficiente o porque considera que no está dada la punibilidad de los hechos en cuestión con base en la costumbre internacional, se le puede contraponer la reducción material de la prohibi-

---

[29] Cfr. p. 107 ss. vers. al.

ción de retroactividad a un mero *principio de justicia*. De este modo, es posible su levantamiento cuando la justicia no exija la protección del autor, sino justamente su castigo. Esta relativización y al mismo tiempo carga normativa de la prohibición de retroactividad en un *valor de orientación* adaptable caso por caso fue sostenida ya en Núremberg, pero especialmente también en los procesos nacionales analizados.[30]

También la relativización del *principio de determinación* se ha de atribuir a la comprensión del derecho internacional como ordenamiento jurídico dinámico. No puede exigirse (entonces) una determinación formal en el sentido de un ordenamiento jurídico escrito. Antes bien, es ya suficiente con un *estándar razonable* o inteligible; con otras palabras, en derecho penal internacional se ha de tolerar un determinado grado de inseguridad.[31]

2. Error

El reconocimiento del error como defence fue aplicado de manera muy restrictiva. Una sistematización se dificulta, dado que no se ha diferenciado en forma clara y convincente entre el error de hecho (*mistake of fact*) y el error de derecho (*mistake of law*).

En relación con el *mistake of* law se puede constatar, de todos modos, que éste en principio —con remisión a la regla del *error iuris*— no ha sido reconocido. Sin embargo, según la jurisprudencia de Núremberg otra cosa debe regir al respecto, cuando se trata de un error sobre una defence. Lo decisivo sería que el autor haya creído realmente en la existencia de una defence y que ésta (especialmente una orden) no haya sido manifiestamente antijurídica.

El criterio de la *antijuridicidad manifiesta* fue utilizado también en procesos posteriores para desechar la invocación de un error —sea éste de naturaleza fáctica o

---

[30] En contra de una violación de la prohibición de retroactividad la doctrina dominante: fundamental *Green*, BYIL 1962, 457 ss., 471; ver también *Musmanno*, TempleLQ 1961, 6; *Baade*, DukeLJ 1961, 411 ss.; *Heazlett*, PittsburghLR 1962, 125 ss.; *Leavy*, ABAJ 1962, 823; *Green*, TulLR 1963, 659 ss., 662 s. En parte esto es fundamentado con que se trataría sólo de una retroactividad procesal ("procedural"), pero no de derecho material ("substantive"): *Baade*, DukeLJ 1961, 412 s.; *Heazlett*, PittsburghLR 1962, 127. Cfr. también *Baumann*, JZ 1963, 118 s., quien rechaza una violación de la prohibición de retroactividad desde el punto de vista de la protección de la confianza y de la justicia material —anticipando a la jurisprudencia sobre los francotiradores del muro— (cfr. al respecto *Ambos*, Antijuridicidad [1999] y —analizando la sentencia del Tribunal Europeo de DDHH— *Ambos*, NDP 2003 A, 3 ss. = Isonomía 20 [Abril 2004], 41 ss.). Sobre la "prevalence of substantive justice" también *Mantovani*, JICJ 2003, p. 28 s., 30 s.; sobre derecho consuetudinario, principios generales e incluso la jurisprudencia como fuentes del d.p.i. Cfr. recientemente *Etcheberry*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 337 ss. (342).

[31] Pero ver también recientemente *Prosecutor v. Vasiljevic*, Judgement 29.11.2002 (IT-98-32-T), para. 193: "A criminal conviction should indeed never be based upon a norm which an accused could not reasonably have been aware of at the time of the acts, and this norm must make it sufficiently clear what act or omission could engage his criminal responsibility".

jurídica—. Al respecto, la *ratio* rezaba que un error sobre la antijuridicidad fracasaría allí donde ésta fuera manifiesta. Esto convence, pues un error sobre lo que es manifiesto, aunque no siempre puede ser excluido, no puede tener sin embargo relevancia jurídica, si no es que se quiere cuestionar la credibilidad de una amenaza penal. La invocación de un error debe ser limitada por medio de un criterio *objetivado* orientado a la evitabilidad. Esto ha ocurrido expresamente también en los procesos documentados por la UNWCC, en los cuales por medio del test del "reasonable man" se ha examinado si el autor hubiera podido reconocer la antijuridicidad de su acto. Un resultado similar se puede alcanzar si se es muy exigente con los requisitos del conocimiento de la antijuridicidad.

3. Actuar en cumplimiento de una orden, estado de necesidad y defences afines

En la gran mayoría de los casos el actuar en cumplimiento de una orden no es reconocido como *causa de exención de la punibilidad*. Eso se sigue ya claramente de las bases legales. En algunos procesos nacionales este punto de vista es relativizado en el sentido de que se debe tratar de una orden *manifiestamente antijurídica*. Esta situación jurídica vale también para las órdenes impuestas por medio de *ley*. Su validez se ajusta al derecho penal internacional material, del cual se sigue, entre otras cosas, que existe un valor más elevado que la mera fidelidad a la ley.

El actuar en cumplimiento de una orden puede fundamentar, sin embargo, una *atenuación de pena*. La decisión al respecto reside en la apreciación judicial y depende del caso concreto. Con independencia del caso concreto se pueden determinar solamente algunos criterios o lineamientos generales, que se deben orientar a la circunstancia de si la *culpabilidad personal* del subordinado ha sido disminuida de modo considerable por la situación creada por la orden. Así, el *criterio de la moral choice* desarrollado por el IMT en el curso de los esfuerzos de concretización de la jurisprudencia venidera sólo puede ser entendido en el sentido de que el subordinado no poseía fácticamente —en razón de una disciplina militar especialmente estricta o de una situación militar de excepción— ningún margen de decisión (moral choice) y no podía reconocer —desde el punto de vista de un observador razonable promedio (objetivo)— la antijuridicidad de la orden. Se ha de partir de la existencia de un margen de decisión en el subordinado cuando éste, por ejemplo, ha actuado voluntariamente o excediendo el deber. La antijuridicidad *manifiesta* es un indicio del conocimiento o, por lo menos, de la posibilidad de toma de conocimiento de la antijuridicidad de la orden. Si el subordinado carece de todos modos del conocimiento, entra en consideración un error; sin embargo, sus presupuestos de aplicación son tan estrictos —como se ha descripto—, que sólo rara vez podrá servirse de esta vía.

La interpretación restringida del actuar en cumplimiento de una orden conduce a que una exclusión de punibilidad sólo pueda ser fundamentada con ayuda de un *estado de necesidad por coacción.* Éste requiere desde el punto de vista *objetivo* que el subordinado se encuentre en una situación de coacción extrema, tal de no dejarle ninguna otra posibilidad que cumplir la orden. Tal situación de coacción fracasa desde un principio si el subordinado ha cometido el hecho activa y voluntariamente. Ella puede existir, sin embargo, si el subordinado de no cumplir la orden se habría expuesto a una situación de peligro amenazante para su vida. Es discutido si un peligro grave es ya suficiente y la respuesta depende de una ponderación de bienes: Si el bien jurídico amenazado prevalece esencialmente sobre el lesionado, entonces se deberá considerar suficiente también un peligro grave; de lo contrario, especialmente cuando la misma acción en estado de necesidad es peligrosa para la vida, se le puede exigir al subordinado el tolerar el peligro. Esto se sigue también de que, en principio, es inadmisible —al menos en los crímenes contra la humanidad— una ponderación vida contra vida. En su opinión disidente en la sentencia de apelación en el proceso *Erdemovic, Cassese* ha resumido de modo convincente los presupuestos objetivos del estado de necesidad por coacción:[32] amenaza inminente de un grave daño a la vida o al cuerpo de quien actúa en estado de necesidad; falta de posibilidad de evitar ese peligro amenazante; falta de desproporcionalidad de la acción en estado de necesidad respecto de la posible lesión del bien jurídico; falta de provocación voluntaria por parte del autor de la situación generadora del estado de necesidad.

Desde el punto de vista *subjetivo* el subordinado debe haber actuado para evitar el peligro (voluntad de actuar en estado de necesidad) y debe haber confiado de buena fe en la existencia de los presupuestos objetivos mencionados.

Respecto del *estado de necesidad* —también supralegal— deben ser observadas las reglas generales, especialmente la necesidad de la acción en estado de necesidad (medio menos lesivo) y la proporcionalidad en sentido restringido (ponderación de bienes). Incluso si en los conflictos internos o también internacionales se supone una situación de estado de necesidad, las violaciones a los derechos humanos no representarán ya regularmente el medio menos lesivo para su superación.

La invocación de la *legítima defensa* ha sido rechazada, porque ha faltado una agresión actual. Éste fue el caso, tanto en procesos por crímenes de guerra clásicos (guerra de agresión), como también en los procesos nacionales, en los cuales se ha juzgado al moderno terrorismo de Estado (violaciones a los derechos humanos). Sin embargo, el ICTY ha reconocido en el caso *Kordic & Cerkez* a la legítima defensa en principio como un principio general de derecho y la ha interpretado a la luz del ECPI.

---

[32] Cfr. p. 269 s. vers. al. Cfr. también infra § 12 II.

4. Defences del derecho de la guerra (*necesidad militar y represalias*)

La *necesidad militar* análoga a un estado de necesidad entra en consideración en situaciones militares de excepción.[33] Sin embargo, la antigua opinión según la cual las necesidades de la guerra tenían preferencia a las consideraciones jurídicas, fue dejada de lado ya en Núremberg. Antes bien, ya en la guerra rigen determinadas reglas jurídicas, el *ius in bello*, que no pueden quedar sin efecto por medio de la invocación de una "necesidad militar". Las medidas justificadas con ello deben ser, especialmente, necesarias y proporcionales; por tanto, al menos la comisión de crímenes internacionales se encuentra prohibida.

En los procesos iniciados inmediatamente después de la guerra asumió una importancia considerable la cuestión de la admisibilidad de *represalias* en contra de la población civil no interviniente en el conflicto.[34] Entretanto, la cuestión se ha resuelto en gran parte *de lege lata*, pues el derecho de Ginebra, especialmente el PACG I, contiene amplias prohibiciones de represalias en protección de la población civil y de otros grupos de personas y objetos.[35] No obstante, es interesante puntualizar que este desarrollo ya había sido anticipado antes de la entrada en vigor de las CG, en tanto que la admisibilidad de las represalias había sido limitada con la ayuda del principio de proporcionalidad. En cuanto al derecho penal internacional vigente, resta aún por preguntarse en qué medida las prohibiciones de represalias codificadas son reconocidas también por la costumbre internacional y, por consiguiente, valen también para los Estados que no son parte del derecho de Ginebra, especialmente del PACG I. El ICTY ha sostenido esto en *Kupreskic et al.* respecto de la prohibición de represalias contra personas civiles en el campo de batalla del art. 51 (6) del PACG I.

5. Otras defences

Las otras "defences" discutidas en la jurisprudencia analizada han perdido en su mayor parte su importancia práctica o jurídica.

El principio *tu quoque* no tuvo desde Núremberg ninguna importancia y no puede demandar validez alguna en el derecho penal internacional actual —tampoco

---

[33] Cfr. *Jescheck*, Verantwortlichkeit (1952), p. 221, 331 ss.; von *Knieriem*, Nürnberg (1953), p. 321 ss. Sobre los presupuestos de la justificación jurídico-penal de la acción de guerra, en general, cfr. *Schwenck*, FS Lange (1976), p. 97 ss. (115, 118).

[34] Cfr. *Brand*, BYIL 1949, 425 ss.; *Jescheck*, Verantwortlichkeit (1952), p. 221 ss., 335; von *Knieriem*, Nürnberg (1953), p. 329 ss.; *Trapp*, Bedeutung (1957), p. 85 ss. (105 ss.); también *Baumann*, en: Henkys, Gewaltverbrechen (1964), p. 299.

[35] Cfr. § 2 II. 2. e) vers. al. e infra § 4 II. 3. b).

desde el punto de vista normativo—.[36] Esto ha sido fundamentado por última vez y una vez más convincentemente en *Kupreskic et al.*[37]

En el resultado, esto vale también para la *doctrina del act of state.*[38] De todos modos, esta doctrina ha sido alegada, aunque sin éxito, en procesos más recientes. En el caso *Eichmann*, ella ha sido rechazada de un modo especialmente original por los tribunales israelíes: Un Estado criminal no podría invocar un "act of state", dado que no tendría ningún derecho a ser tratado como "par in parem".

La alegación de *impedimentos procesales* nunca tuvo éxito. Si bien tales defences (en sentido amplio) siguen teniendo importancia actual, como muestra la práctica —posiblemente contraria al derecho internacional— de detenciones o secuestros en países extranjeros, ellas no representan sin embargo *típicas* defences en los procesos aquí analizados. Eso vale también para las *causas personales de exclusión de la punibilidad* desarrolladas por el Tribunal Supremo para la Zona Británica (OGHBrZ)[39] para los casos de eutanasia.

Finalmente, el análisis jurisprudencial muestra también que, en vista de la gravedad de los hechos en cuestión, la discusión sobre las defences no debe ser sobrevalorada. De facto las defences no asumen una *función decisoria en la sentencia*. El destino del acusado es decidido desde el punto de vista jurídico en el plano de la responsabilidad individual. Este diagnóstico empírico se expresa también en la sentencia argentina contra los ex comandantes, cuando allí se declara que los hechos cometidos durante la dictadura militar (en tanto que violaciones a los derechos humanos) de ninguna manera estarían abiertos a una justificación o exculpación jurídica (ni mucho menos a una ética).

---

[36] Con acierto *Franz*, Verantwortlichkeit (1995), p. 136; *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 502 ss (504 s.); *Bruer-Schäfer*, Strafgerichtshof (2001), p. 189 s.; *Schabas*, Introduction (2004), p. 111; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 152; *Jescheck*, JICJ 2004, 52. Cfr. sobre la codificación la segunda parte de esta investigación, resumidamente en el § 6 II, en donde el principio ni siquiera es mencionado. Cfr. sobre el derecho de Núremberg: *Grewe*, Referat (1947), p. 8 s.; *Küster*, Korreferat (1947), p. 73 ss.; *Kraus*, Gerichtstag (1947), p. 16; *Kranzbühler*, Rückblick (1949), p. 16 s.; *Jescheck*, Verantwortlichkeit (1952), p. 411 ss.; von *Knieriem*, Nürnberg (1953), p. 69 ss., 332 ss.; también *Gelberg*, DuR 1978, 183 s.

[37] *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T), para. 511, 515 ss. (518): "This trend marks the translation into legal norms of the 'categorical imperative' formulated by Kant in the field of morals: one ought to fulfil an obligation regardless of whether others comply with it or disregard it". Ver también p. 304 s. vers. al.

[38] Cfr. p. 118 s. vers. al., así como *Glueck*, Núremberg (1946), p. 46 ss.; aprob. *Schick*, AJIL 1947, 789 ss.; también *Wright*, AJIL 1947, 70 s.; *Franz*, Verantwortlichkeit (1995), p. 138 ss.

[39] Sobre este Tribunal, que fue el sucesor del "*Reichsgericht*" (Tribunal del Imperio) y solamente operó entre el 9.2.1948 y 30.9.1950, ver p. 163 vers. al.

§ 3 La interpretación de los tratados en derecho (penal) internacional *

El análisis de las codificaciones de derecho penal internacional que son relevantes para la elaboración de una parte general hace necesarias unas consideraciones en cuanto a los métodos de interpretación de los tratados internacionales. Conforme al art. 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CV), un tratado "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Con ello, la CV se ha decidido —en conformidad con la opinión mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia de derecho penal internacional— a favor de una interpretación orientada al texto del tratado (objetiva) y en contra de un método de interpretación orientado a la voluntad de las partes contratantes (subjetiva).[1]

Sin embargo, el texto del art. 31 y los *travaux préparatoires* de la CV muestran que esa decisión no es tan terminante. Por un lado, el art. 31 (1), CV no se basa solamente en los "términos" ("terms") de un tratado. Más bien, éstos deben interpretarse en su "sentido corriente […] en el contexto" ("ordinary meaning to be given

---

* Traducción del § 8 de la vers. al.; este capítulo es el primero de la segunda parte de la vers. al. y representa una nota preliminar en cuanto al método de interpretación de las codificaciones de derecho penal internacional. El título original fue modificado.

[1] Cfr. *Bleckmann*, Grundprobleme (1982), p. 89; *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 776; *Bernhardt*, EPIL 7 (1984), 321 s.; *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht (2000), nm. 334; *Graf Vitzthum*, en: el mismo (editor), Völkerrecht (2001), p. 67°s.; *Brownlie*, Principles (2003), p. 602 ss.; *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 11 nm. 5; *Jiménez de Aréchaga*, en: Arbuet Vignal/Jiménez de Aréchaga/Puceiro Ripoll, Derecho Internacional (1996), p. 222; *Mariño Menéndez,* Derecho Internacional (1995), p. 304; con más detalles, *Köck*, Vertragsinterpretation (1976), p. 83 ss. (91). Cfr. también la sentencia de la CIJ en el caso *Qatar v. Bahrain*, donde el tribunal declaró que en presencia de un tratado firmado no interesaría la voluntad del ministro de relaciones exteriores de Bahrain (*ICJ Reports* 1994, p. 112 ss., par. 27). Diferenciando *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 387 ss. (391, 394), quien distingue entre tratados contrato ("contracts; traité contrat") y tratados ley ("law treaty, traité loi"), subordinando a aquéllos a una interpretación más bien subjetiva y a éstos a una más bien objetiva.

[…] in their context") y "teniendo en cuenta su objeto y fin" ("in the ligth of its object and purpose"). El método de interpretación meramente textual-objetivo se completa, por tanto, con aspectos sistemáticos ("context") y teleológicos ("object and purpose") —¡como métodos de interpretación de igual rango!—.[2] Además, el contexto a tener en cuenta es entendido de modo sumamente amplio: éste no se limita solamente al respectivo contexto del tratado (inclusive el preámbulo y los anexos), sino que incluye en la interpretación a todos los instrumentos redactados ("instrument") y a todos los acuerdos ("agreement") celebrados por las partes con motivo de la conclusión del tratado (art. 31 (2), CV). De la misma manera, se debe considerar finalmente todo acuerdo posterior o práctica ("practice") de los Estados partes, así como, simplemente "any relevant rules of international law"[N. del T.] (art. 31 (3), CV).[3]

Por otro lado —y ésta tendría que ser aún una objeción de mayor peso—, la CDI con su propuesta definitiva del art. 27 (el posterior art. 31 de la CV) no habría querido resolver la disputa entre un método de interpretación subjetivo u objetivo,[4] sino, más bien, proporcionar validez precisamente a la *voluntad* de las partes contratantes del modo más efectivo. Esto resulta ya del art. 31 (4) de la CV, según el cual a una expresión se debe atribuir un significado especial, si ésta ha sido la intención de las partes contratantes. Además, de una atenta lectura de los comentarios de la ILC al artículo respectivo se sigue que:

> The article as already indicated is based on the view that the text must be presumed to be the authentic expression of the *intention* of the parties […]
>
> […] the parties are to be presumed to have that *intention* which appears from the ordinary meaning of the terms used by them.[5]

Por tanto, de lo que se trata es de investigar la voluntad de las partes a través de la interpretación del texto —'producto final'— y no de la averiguación de la voluntad histórica de las partes a través de la consulta de los materiales.[6] Visto de este modo, el art. 31 (1) de la CV se ha decidido por un método objetivo en el sentido de una orientación fundamental al texto del tratado. Sin embargo, tanto en el caso del método objetivo como del subjetivo la interpretación apunta siempre al mismo fin, esto es, a la investigación de la voluntad de las partes. Por tanto, no se trata de cuestionar el fin del conocimiento de la interpretación, sino sólo el camino (el método) para conseguirlo:

---

[2] Cfr. por ejemplo *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 11 nm. 12.

[N. del T.] La versión oficial en lengua castellana habla de "toda *forma* pertinente de derecho internacional" (resaltado por el traductor).

[3] Según *Bleckmann*, Grundprobleme (1982), p. 97, con ello se expresa la idea de la unidad del ordenamiento de derecho internacional.

[4] Cfr. sobre esto las opiniones divergentes de los gobiernos en: *Wetzel/Rauschning*, Vertragsrechtskonvention (1978), p. 239 ss.; cfr. también *Bernhardt*, EPIL 7 (1984), 320 s.

[5] ILC, commentary to article 27, en: *Wetzel/Rauschning*, Vertragsrechtskonvention (1978), p. 252 s. (resaltado por el autor).

[6] Así, también textualmente la ILC, supra nota 5: "the starting point of interpretation is the elucidation of the meaning of the text, not an investigation *ab initio* into the intentions of the parties".

> No: aquí no se trata del fin subjetivo de quienes hacen la norma (aquí: las partes contratantes) en contra de la voluntad jurídica objetiva general, sino solamente de la limitación de la base de conocimiento del fin de la norma exclusivamente al texto del tratado o de su extensión más allá de éste.[7]

Es claro, lógica obliga, que un enfoque textual-objetivo degrada a los *travaux préparatoires* —como así también a las circunstancias que llevaron a la conclusión del tratado— a meros "medios de interpretación complementarios" ("supplementary means of interpretation", art. 32, CV[8]).[9] Ellos son considerados solamente para confirmar la interpretación del texto o para su clarificación, cuando la interpretación del texto no es clara ("ambiguous or obscure") o conduce a un resultado abiertamente absurdo ("absurd or unreasonable").

Sin embargo, en la interpretación de tratados de derecho *penal* internacional ellos cumplen la importante función de explicar y aclarar los conceptos jurídico-penales allí empleados. Como ya se ha puesto en evidencia al analizar la jurisprudencia, los conceptos de parte general que aquí interesan tienen con frecuencia diferentes significados en los diversos sistemas de derecho penal. Los *travaux préparatoires* pueden aclarar de qué modelo han partido los proyectistas y cómo han entendido los conceptos utilizados. Recién entonces —recurriendo a la dogmática penal nacional de los proyectistas— los conceptos empleados pueden ser entendidos y relacionados con la terminología nacional respectiva de quien o quienes interpretan el tratado. Por tal razón, no convence —en todo caso desde el punto de vista del derecho penal internacional— el hecho de que se haga depender la posibilidad de recurrir a los materiales de su publicación,[10] aunque —esto se debe admitir— a veces su falta de publicación hace imposible la evaluación. Aún convence menos en nuestro contexto que se considere a los materiales del todo prescindibles.[11] Como ha constatado con

---

[7] Cfr. *Köck*, Vertragsinterpretation (1976), p. 82 s., con otras referencias. En el resultado similar *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht (2000), nm. 334 (lo decisivo sería la "voluntad verdadera"); *Bleckmann*, Grundprobleme (1982), p. 93 ("bastante objetivo"; "se busca la voluntad de las partes exteriorizada en el *mismo tratado*"), 101 ("la hipotética voluntad de las partes").

[8] Cfr. *Köck*, Vertragsinterpretation (1976), p. 92 ss.; *Bernhardt*, EPIL 7 (1984), 322 s.; *Brownlie*, Principles (2003), p. 603 s.; *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 11 nm. 18. Cfr. al respecto las opiniones divergentes de los gobiernos en: *Wetzel/ Rauschning*, Vertragsrechtskonvention (1978), p. 247 ss.

[9] Por otra parte, la interpretación teleológica asume en un enfoque objetivo una importancia considerable, como muestra justamente el art. 31 (1), CV. Por el contrario, un enfoque *subjetivo* se sirve de los *travaux préparatoires* de modo relativamente generoso (cfr. con acierto *ILC*, commentary, introduction, supra nota 5, p. 250; cfr. también *Jiménez de Aréchaga*, en: Arbuet Vignal/Jiménez de Aréchaga/Puceiro Ripoll, Derecho Internacional [1996], p. 221). Crít. sobre la interpretación teleológica: *Brownlie*, Principles (2003), p. 605 s.

[10] Así, sin embargo probablemente, *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht (2000), nm. 359, quienes de la no publicación de los materiales del Tratado de la CEE concluyen que se debería garantizar la mera interpretación del texto.

[11] Así, *Köck,* Vertragsinterpretation (1976), p. 94 s., para quien el art. 32, CV es —en cuanto inmanente al sistema— superfluo y solamente persigue un fin político —trascendente al sistema—, a saber, el de proteger a los Estados pobres que no tendrían acceso a los medios de interpretación complementarios.

acierto la ILC de manera general para el derecho internacional, la total exclusión de medios de interpretación externos al tratado sería, justamente en derecho penal internacional, "no realista e inapropiado" ("unrealistic and inappropriate").[12]

En el caso de tratados plurilingües,[13] cuyo texto *auténtico* es redactado en dos o más idiomas, rige el art. 33, CV.[14] Según éste, las versiones auténticas son igualmente obligatorias (art. 33 (1), CV). Especialmente los términos del tratado deben tener el mismo sentido en cada una de las versiones (art. 33 (3), CV). En caso de duda se debe estar al objeto y fin del tratado (art. 33 (4), CV). En principio, se debe partir de la interpretación de todos los textos auténticos. Sin embargo, este principio tiene poco sentido cuando las tratativas del tratado se han realizado casi exclusivamente en un idioma y las otras versiones auténticas han sido traducidas oficialmente sólo con posterioridad y, en cierto modo, han sido equiparadas sólo formalmente por medio de una determinada disposición con el idioma que en realidad se utilizó durante las negociaciones del tratado (art. 33 (2), CV). Este proceder es usual especialmente en caso de tratados multilaterales de derecho penal internacional, los cuales se discuten casi exclusivamente en inglés, si bien son declarados auténticos en todos los idiomas de la ONU (además del inglés: el árabe, el chino, el francés, el ruso y el español).[15]

Para la siguiente interpretación de los tratados de derecho penal internacional que se analizan se deben señalar además otros dos puntos. Por un lado, la CV no codifica acabadamente las reglas de interpretación del derecho internacional. Complementariamente, para la interpretación de tratados de derecho penal internacional pueden ser traídos en consideración, en tanto lo permita la voluntad de las partes, en especial los principios del "effet utile" —limitado a través del texto y sentido del tratado—, de la interpretación conforme al derecho internacional de las cláusulas dudosas y de la interpretación dinámica del tratado —que se encuentra indirectamente en el art. 31 (3)(a) y (b), CV—.[16] En el terreno de los *derechos humanos*, que justamente deben ser protegidos a través de tratados de *derecho penal* internacional, el principio mencionado en último término no debe ser entendido en el sentido de que se deba partir del estándar humanitario existente en el momento en el cual se origina el tratado, sino en el de su interpretación, es decir, en el sentido de una interpretación

---

[12] *ILC*, commentary to article 28, supra nota 5, p. 255. Cfr. también el informe del relator especial (Waldock Report IV; sobre el art. 69 ss. ILC Draft 1964), en: *Wetzel/Rauschning*, Vertragsrechtskonvention (1978), p. 248: "the rule […] formulated was carefully balanced". En favor de una considerable importancia práctica de los *travaux préparatoires* también *Jiménez de Aréchaga*, en: Arbuet Vignal/Jiménez de Aréchaga/Puceiro Ripoll, Derecho Internacional (1996), p. 224 s.; por el contrario, con reservas *Mariño Menéndez,* Derecho Internacional (1995), p. 309 s.

[13] Sobre la interpretación de tratados plurilingües analizando ejemplos de diferencias entre las versiones del ECPI, cfr. *Fronza*/*Malarino*, en Delmas-Marty/Fronza/Lambert-Abdelgawad (editores), Les sources, en curso de publicación (existe versión castellana en *Ambos/Malarino/Woischnik*, Temas actuales, en curso de publicación); del punto de vista del derecho europeo *Stein*, ne bis in ibídem (2004), p. 54 ss.

[14] Cfr. por ejemplo *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 11 nm. 22 s.; *Stein*, ne bis in ibídem (2004), p. 101 ss.

[15] Cfr. por ejemplo el art. 128, ECPI.

[16] Cfr. *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 780 ss.; *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht (2000), nm. 340 ss.; *Graf Vitzthum*, en: el mismo (editor), Völkerrecht (2001), p. 68 s.; *Mariño Menéndez,* Derecho Internacional (1995), p. 309.

evolutiva-dinámica orientada a la finalidad humanitaria del tratado (teleológica).[17] Como ya se ha constatado en la primera parte de este trabajo respecto de la terminología utilizada, no se trata aquí de una concepción y una interpretación "contemporánea", sino de una "actualizada" y "moderna".[18] Desde luego, esto puede valer sólo para aquellos conceptos que en realidad son abiertos a transformaciones conceptuales ocasionadas por el tiempo.[19]

Por otro lado, las reglas de interpretación de derecho internacional, también las codificadas por la CV como generalmente reconocidas,[20] con frecuencia son poco esclarecedoras en la interpretación de un tratado. Esto reside en el problema fundamental de que la "comprensión y la interpretación" no se pueden 'reglamentar', ni mucho menos "positivizar".[21] A este respecto, la ILC señala con acierto que las reglas de la CV representan predominantemente sólo "principles of logic and good sense" y que la interpretación de textos de derecho internacional —como toda interpretación de una norma— es "un arte, no una ciencia exacta" ("an art, not an exact science").[22] El "significado corriente" (art. 31 (1), CV)[23] de los conceptos jurídico-penales o, como lo expresa *Bleckmann*, la interpretación que parte del "horizonte de comprensión de los destinatarios de la norma en el sentido del significado 'normal'",[24] no es apto de todas maneras ni siquiera como pauta de interpretación ("guidelines"[25]), sobre todo cuando se trata de diferentes sistemas de derecho penal. En ese caso —y entonces también aquí— no se puede dejar de consultar las opiniones en la literatura y (si están disponibles) los materiales.

En *conclusión*, en los tratados de derecho penal internacional se debe efectuar una interpretación fundada en el texto del tratado y en la voluntad de las partes, la cual desde luego no debe perder de vista la finalidad última del tratado, o sea, la efectiva lucha jurídico-penal contra determinados fenómenos de criminalidad.[26] Para la obtención de esa finalidad última puede resultar necesario recurrir al "effet utile" y a una interpretación dinámica del tratado.

---

[17] *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 782 (sin embargo, con reservas para el derecho internacional general); *Bernhardt*, EPIL 7 (1984), 323; *Mariño Menéndez,* Derecho Internacional (1995), p. 306; en general sobre una interpretación del tratado extensiva y efectiva orientada a los derechos humanos *Wiesbrock*, Schutz (1999), p. 10 ss. (13 ff.); fundamental sobre la singularidad de los tratados de derechos humanos en el marco del derecho general de los tratados internacionales *Craven*, EJIL 2000, 489 ss. (492 s.).

[18] Cfr. supra § 1 IV. 2. a).

[19] *Heintschel von Heinegg*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 11 nm. 21.

[20] Según la opinión de la ILC habrían sido codificados solamente "few general principles", "which appear to constitute general rules for the interpretation of treaties" (*ILC*, commentary, introduction, supra nota 5, p. 250 s.). *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 390, designa a estas reglas como "escasas".

[21] *Köck,* Vertragsinterpretation (1976), p. 99.

[22] *ILC*, commentary, introduction, supra nota 5, p. 250.

[23] Sobre "ordinary meaning-rule" y sobre su relación con el art. 31 (4), CV, con mayores detalles *Köck*, Vertragsinterpretation (1976), p. 86 ss.

[24] *Bleckmann*, Grundprobleme (1982), p. 94.

[25] Así, el relator especial (Waldock Report IV), supra nota 1, p. 242.

[26] Similar, en forma general *Köck,* Vertragsinterpretation (1976), p. 99.

§ 4. El derecho de Ginebra *

Con el término derecho de Ginebra se aludirá aquí a las cuatro Convenciones de Ginebra (CG)[1] del 12 de agosto de 1949 y a sus Protocolos Adicionales (PACG)[2] del 18 de junio de 1977.[3] Estos pactos han significado el paso en el plano del derecho positivo del tradicional derecho internacional de la guerra al moderno derecho internacional de los conflictos armados.[4] Las disposiciones penales se encuentran en las CG I-IV y en el PACG I, o sea, en las convenciones que son aplicables en caso de un conflicto (armado) internacional. Por el contrario, el PACG II que junto con el art. 3 común a las CG I-IV se aplica en un conflicto no internacional no contiene disposi-

---

* Traducción del § 10 de la vers. al., revisado, actualizado y complementado.

[1] Cfr. CG I: para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BGBl. 1954 II, 783); CG II: para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BGBl. 1954 II, 813); CG III: relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (BGBl. 1954 II, 838); CG IV: relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (BGBl. 1954 II, 917; enmendado en 1956 II, 1586). Las CG entraron en vigor el 21 de octubre de 1950 y contaban al 25.8.2004 con 192 Estados partes, o sea, casi tantos como la ONU (vgl. ‹www.icrc.org›).

[2] Cfr. el PACG I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el PACG II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (BGBl. 1990 II, 1551 y BGBl. 1990 II, 1637). Los protocolos adicionales entraron en vigor el 7 de diciembre de 1978, el PACG I vincula a 159 Estados y el PACG II a 151 (estado al 3 de dicembre de 2001; cfr. ‹www.icrc.org›).

[3] Sobre la evolución histórico-normativa de la regulación de los conflictos armados: *Bassiouni*, en: Bassiouni (ed.), Int.Crim.L. I (1986), p. 201 ss.; *Sandoz*, en: idem, p. 209 ss.; cfr. también *Jescheck*, GA 1981, 55 ss.; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 85 ss.; *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 23 ss., 56 s., 145 ss., 201 ss.

[4] Cfr. fundamental sobre el concepto de “conflicto armado internacional” especialmente en relación con el concepto tradicional de guerra y con un ordenamiento jurídico correspondiente: *Ipsen*, en: FS Menzel (1975), 420 ss.; *Ipsen*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 65 nm. 5 ss., 20 s.; *Heintschel von Heinegg*, Seekriegsrecht (1995), 162 ss.; también *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider (editores), Völkerrecht (2001), p. 326 ss. En lo siguiente se utilizará el concepto de guerra sólo por razones de simplificación.

ciones penales semejantes,[5] prescindiendo de la recomendación de conceder la amnistía prevista en el art. 6 (5), PACG II.[6]

Si, siguiendo a la opinión tradicional, se distingue entre un conflicto internacional y uno no internacional (interno), se verifica que sólo se hallan previstas disposiciones penales respecto del primer caso.[7] Sin embargo, según un nuevo punto de vista, entretanto también confirmado judicialmente por el ICTY en el proceso *Tadic*,[8] todo el derecho internacional humanitario —con inclusión del art. 3 común y del PACG II— se debe aplicar de la misma manera, castigando su violación, tanto a un conflicto internacional como a uno no internacional ("tesis de la asimilación").[9] Lo único que importa es que los hechos en cuestión se traten de graves violaciones del derecho de la guerra reconocidas por la costumbre internacional, que hagan desencadenar una responsabilidad jurídico-penal individual.[10] Esto no tiene relevancia en este lugar, ya que aquí se trata de la exposición del derecho convencional.

I. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

1. Nota preliminar

Como normas fundamentales se pueden nombrar los —en lo esencial idénticos— arts. 49 CG I, 50 CG II, 129 CG III y 146 CG IV. Según estas normas, las partes contratantes están obligadas a castigar aquellos comportamientos que representan una infracción grave ("grave breach") a las CG.[11] Los Estados partes deben perseguir penalmente a los autores, sea juzgándolos en sus tribunales o trasladándolos a otro Estado parte ("aut dedere aut iudicare").[12] El autor puede ser el ejecutor directo o quien ha dado la orden ("committing, or ordering to be committed, any of the grave breaches"). Con ello, no sólo se reconoce la responsabilidad penal individual por

---

[5] Cfr. también *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 96 s.

[6] Sobre el punto, con más detalles, *Ambos,* Straflosigkeit (1997), p. 310 s.; en castellano: *Ambos*, Impunidad (1999), p. 126 s.

[7] Cfr. también *Bothe*, IYHR 1995, 242, quien en definitiva ve, sin embargo, (251) una "base amplia" para la punición de las violaciones al derecho internacional humanitario sobre la base del derecho nacional e internacional.

[8] *Prosecutor v. Tadic,* Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72), para. 87 ss. (137).

[9] Cfr. *Kreß*, EuGRZ 1996, 645 f.; *ders*., in: Fischer/Lüder (Hrsg.), Verbrechen (1999), S. 18 ff.; *ders*., IYHR 2000, 104 ff. (insbes. mit weiterführenden Gedanken zur Kategorie der "Bürgerkriegsverbrechen", S. 36 ff. bzw. 110 ff.); krit. *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), S. 256 ff.; *Sassòli/Olson*, AJIL 2000, 577 (für die Schaffung einer neuer Rechtsordnung des bewaffneten Konflikts); ver también p. 262 vers. al. y *Ambos*, in: Hasse/Müller/Schneider (Hrsg.), Völkerrecht (2001), S. 340 ff.

[10] *Prosecutor v. Tadic,* o. Fn. 8, para. 94.

[11] En los arts. 50, 51, 130, 147 CG I, CG II, CG III y CG IV son enumeradas las infracciones graves. Sobre esto, con más detalles, *Wolfrum,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 425 ss.; *Green*, Law (1993), p. 287 ss.; *Schutte*, FS Kalshoven (1991), p. 178 ss.; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 88 ss., 159 ss. (implementación en Alemania), 266 ss. (Suiza), 307 ss. (Bélgica), 368 ss. (Gran Bretaña).

[12] Cfr. *Pictet* (ed.), Commentaire (1952), p. 406 ss.

infracciones graves, sino que también se equipara al dador de la orden con el subordinado, es decir, con quien la ha ejecutado: la orden de cometer una infracción grave representa por sí misma una infracción grave y fundamenta, por ello, la responsabilidad penal directa del superior.[13]

Se discute si estas normas fundamentan una responsabilidad penal internacional directa o si solamente obligan al legislador nacional a adoptar figuras penales en este sentido y a incoar medidas de investigación. Una interpretación puramente literal parece apoyar el punto de vista de que no fundamentarían una verdadera responsabilidad penal internacional (directa).[14] Sin embargo, el PACG I ha efectuado un cambio de significado, al calificar en el art. 85 (5) a las infracciones graves contra el Protocolo como "crímenes de guerra" ("war crimes").[15] Además, si se toman en consideración instrumentos recientes, especialmente los Estatutos del ICTY y del ICTR,[16] entonces, la aceptación de una responsabilidad directa parece al menos defendible. En estas nuevas fuentes del derecho penal internacional se ha recurrido siempre para la concretización de una responsabilidad de este tipo al derecho de Ginebra y en ese sentido han sido aplicadas por los tribunales competentes. Su eficacia tampoco puede depender solamente de su implementación nacional por las partes contratantes. Antes bien, como todo tratado de derecho internacional, éste puede ser aplicado directamente, siendo necesario solamente que las disposiciones pertinentes estén formuladas de modo suficientemente preciso. En todo caso, finalmente, las disposiciones mencionadas no se oponen al reconocimiento por la costumbre internacional de una responsabilidad penal internacional directa en caso de crímenes de guerra.[17] Ésta ya ha sido reconocida[18] con los procesos por crímenes de guerra seguidos en Leipzig de frente al *Reichsgericht* (Tribunal del Imperio alemán), no obstante las justificadas críticas vertidas contra estos procesos.[19]

Además, el art. 67, CG IV obliga a los tribunales de ocupación a aplicar sólo disposiciones legales que estén en consonancia con los principios de derecho generalmente reconocidos; especialmente, el principio de que la pena debe ser proporcional a la gravedad de la conducta punible ("principle that the penalty shall be proportioned to the offence"). De modo similar, el art. 68, CG IV determina que la duración

---

[13] Cfr. *Wolfrum,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 423; *Green*, Law (1993), p. 292.

[14] Cfr. *Simma/Paulus*, AJIL 1999, 310 s.; también *Graefrath,* Staat und Recht (1956), p. 853 s.

[15] Cfr. también *Simma/Paulus*, AJIL 1999, 311; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 97 ss. (98).

[16] Cfr. p. 259 ss. vers. al.

[17] *Jescheck*, GA 1981, 56 (= RIDP 1981, 346); *Triffterer*, Untersuchungen (1966), p. 85, 165; *Gornig*, NJ 1992, 10; *Schutte*, FS Kalshoven (1991), p. 188; *Green*, Law (1993), p. 282, 290 ss. Sobre la evolución histórica: idem, p. 276 ss. En favor de una responsabilidad de este tipo también con base en la Carta de la ONU: *Greenspan*, Law (1959), p. 29 s., 418 ss.

[18] *Selle*, ZNR 1997, 205 ss.; también *McCormack*, en: McCormack/Simpson (eds.), Law (1997), p. 48 ss.

[19] Cfr. p. 153 con n. 85, vers. al.

de un internamiento o encarcelamiento debe corresponder a la gravedad de la conducta punible cometida. De este modo se consideraría el principio de la pena adecuada a la culpabilidad y con ello el principio de culpabilidad. Esto está en línea con la jurisprudencia de Núremberg, ya que ésta ha entendido al derecho penal internacional fundamentalmente como un derecho penal de culpabilidad.[20]

2. Presupuestos objetivos

a) *Nociones generales*

En el PACG I se encuentran normas más precisas sobre la responsabilidad individual. De acuerdo con el art. 85 (1), PACG I son aplicables a las violaciones del Protocolo también las conminaciones penales de las infracciones graves ("grave breaches") de las CG. Se consideran "infracciones graves" los hechos mencionados en el PACG I cuando la conducta lesiva ha sido cometida dolosamente y ha ocasionado la muerte u otro perjuicio grave a la integridad física o a la salud ("when committed wilfully, in violation of the relevant provisions of this protocol, and causing death or serious injury to body or health", art. 85 (3) PACG I). De la versión inglesa (auténtica) resulta claramente que la figura exige —además del dolo que se analizará más adelante— la producción del resultado y una conducta lesiva causante de éste. Por tanto, desde el punto de vista objetivo se exige causalidad y producción del resultado,[21] no bastando con una tentativa.[22]

b) *Responsabilidad por el mando* ("*command responsibility*")

Además, los arts. 86 y 87, PACG I regulan la omisión y la responsabilidad del superior ("command responsibility"), codificando así la jurisprudencia penal internacional desde Yamashita.[23] De acuerdo con el art. 86 (1), PACG I la omisión es punible si existe un deber jurídico de actuar ("failure to act when under a duty to do so"). Conforme al art. 86 (2), PACG I los superiores son penalmente responsables de las infracciones de sus subordinados a las Convenciones o al PACG si ellos "sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento"

---

[20] Cfr. p. 86 s, 125 vers. al.

[21] Sobre esto. Cfr. también *Solf/Cummings,* CaseWRJIL 1977, 221 ss. Sobre las infracciones en particular, idem, 225 ss.; también *Schutte*, FS Kalshoven (1991), p. 185 ss.

[22] Cfr. también *Schutte*, FS Kalshoven (1991), p. 189.

[23] Sobre Yamashita. Cfr. *Ambos*, Temas (2001), p. 120 ss. Sobre la evolución del principio en derecho penal internacional *Malekian*, en: Bassiouni (ed.), Int.Crim.L. I (1999), p. 171 ss.; cfr. también *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 103 ss.

("had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time") que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tales hechos y "no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir la infracción ("did not take all feasible measures within their power to prevent or to repress the breach"). La responsabilidad del superior tiene, por consiguiente, tres presupuestos:[24]

- Que la infracción haya sido cometida por un hecho de sus subordinados,
- Que él haya sabido o haya podido o debido saber esto,
- Que él haya omitido emprender las medidas que estaban dentro de sus posibilidades para impedir o castigar el hecho.

Especialmente la segunda alternativa del segundo presupuesto provoca dificultades. Según la versión francesa se exigen a este respecto "des informations leur permettant de conclure", mientras que para la versión inglesa alcanza con "information which should have enabled them to conclude". La traducción alemana ("aufgrund der ihnen vorliegenden Informationen darauf schließen konnten") se aproxima a la versión francesa.[N. del T.] A primera vista, la versión francesa parece contener también a la versión inglesa.[25] Sin embargo, es dudoso si en esto se ha de ver una diferencia de significado en el sentido del art. 33 (4), CV. Esto opina *Pictet,* para quien se debe preferir la versión francesa, porque armonizaría mejor el texto de ambas versiones auténticas.[26] En *Delalic et al.* ("Celebici") el ICTY ha señalado, sin embargo, que esa diferencia idiomática no ha sido considerada por los delegados como "one of substance".[27] Por ello, de ambas versiones se puede concluir que una ignorancia consciente ("wilful blindness") no excluye en todo caso la responsabilidad. Aquí no se trata de cualquier negligencia ("toute négligence"), sino de un tipo de negligencia que por su gravedad se pueda equiparar *valorativamente* con la "intention criminelle".[28] Más allá de ello, la ignorancia negligente del superior sólo le pue-

---

[24] Cfr. *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3543 ss.

[N. del T.] La versión oficial castellana (cfr. art. 102, PACG I) habla de "… información que les permitiera concluir…".

[25] Así, *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3545. Sobre la discusión dentro de la ILC, cfr. también: Yb ILC 1988 I, p. 288 s.; también infra V. 2. a) bb), 3. a) bb).

[26] *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3545.

[27] ICTY-Trial Chamber, *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T), para. 392; cfr. § 6 II. 3. b) bb), vers. al.

[28] *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3541: "Mais cela ne signifie pas encore que *toute négligence* peut être criminelle. Pour que tel soit le cas, il faut encore qu'elle soit d'une *telle gravité* qu'elle équivaut à une *intention criminelle* […]" (resaltado por el autor).

de ser reprochada si éste con base en información de hecho disponible hubiera podido constatar los crímenes de sus subordinados.[29] De lo contrario, se hablaría en favor de una presunción de conocimiento y, con ello, de una presunción de culpabilidad,[30] lo que sería incompatible con el principio de culpabilidad. La prueba del conocimiento o del deber conocer como presupuesto de la responsabilidad por el mando se debe fundar por lo menos en indicios.[31]

La posibilidad de una responsabilidad penal internacional por omisión puede considerarse definitivamente reconocida con estas disposiciones.[32] En cuanto concierne a los presupuestos de la omisión, la *posición de garante* resulta de la posición del superior como responsable por una determinada esfera de competencia y respecto de determinados subordinados. Ya el art. 1 de la Convención de La Haya sobre la guerra terrestre del 18 de octubre de 1907 y el art. 4 (A) (2), CG III, de idéntica redacción al anterior, habían reconocido una responsabilidad y posición especial.[33] El deber de garante es definido con más precisión en el art. 87, PACG I en conexión con el art. 43, PACG I. Según esto, es exigido a los "jefes militares" ("military commanders") que impidan, repriman o denuncien las infracciones a las Convenciones y al PACG I por parte de miembros de sus tropas y otras personas bajo su control (art. 87 (1) PACG I). Con el fin de cumplir con este deber, ellos tienen que asegurarse que sus subordinados conozcan las obligaciones impuestas por las CG y el PACG I. Si un jefe militar ha tomado conocimiento de una infracción semejante, debe ordenar las medidas necesarias para impedirla y, dado el caso, iniciar al autor un proceso penal o uno disciplinario (art. 87 (3) PACG I).

Del art. 86 (2), PACG I se sigue también que además del superior es responsable el *subordinado*. Aunque esto ya resulta de las disposiciones citadas sobre las infracciones graves, puesto que por lo general el subordinado comete el hecho de propia mano, merece sin embargo ser mencionado otra vez en este contexto. En efecto, en vista de la sistemática de los arts. 85 y ss., PACG I se podría tender a partir de una exclusiva responsabilidad del superior. Sin embargo, el art. 86 (2), PACG I con la expresión "haya sido cometida por un subordinado" ("was committed by subordina-

---

[29] *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 27, par. 393; cfr. § 6 II. 3. b) bb), vers. al.

[30] Así, sin embargo, *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3545 s., 3546: "[…] la connaissance des infractions commises par les subordonnés pouvait être présumée". Cfr. también *Green*, Law (1993), p. 271.

[31] Así ahora también *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 27, par. 383, 386; cfr. § 6 II. 3. b) bb), vers. al.

[32] Cfr. *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3529; *Green*, Law (1993), p. 292.

[33] Según éstos, por prisioneros de guerra en el sentido de la CG III se deben entender, entre otros, los miembros de milicias y de otros cuerpos de voluntarios que estén "mandados por una persona que responda de sus subordinados" (cfr. también art. 39, CG III y 43, PACG I). Sobre todo esto, *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3540; *Wolfrum,* en Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 424.

te") se refiere explícitamente a una violación de las Convenciones o del PACG I por los subordinados.[34]

3. Presupuestos subjetivos

De las disposiciones referidas a las infracciones graves y del art. 85, PACG I resulta, desde el punto de vista subjetivo, la exigencia de dolo (genérico). Sin embargo, se debe ser cauteloso al respecto, pues los presupuestos subjetivos del tipo no pueden ser equiparados, sin más, con el concepto alemán de dolo. La referencia a una comisión intencional ("wilful commission") (cfr., por ejemplo, los arts. 50 CG I y 85 (3, 4), PACG I) parece querer aludir sólo al elemento volitivo del dolo y no al dolo en general, como sugiere la traducción oficial alemana.[35] Por consiguiente, en un "wilful killing" el autor debe haber dado muerte intencionalmente a la víctima no sólo en cuanto tal, sino justamente en su estatus de persona protegida. Esto presupone, sin embargo, que él haya conocido este estatus especial; es decir, que haya actuado no sólo con voluntad, sino también a sabiendas y, en este sentido, con dolo (genérico).[36] De modo similar se puede argumentar con relación a la "wilful commission" de acuerdo con el art. 85 (3), PACG I. En estos casos es al menos incierto si el autor debe haber actuado con intención respecto del objeto del hecho, o si es suficiente con que él podía contar (hubiera podido saber) que con su conducta podía ser lesionado el objeto especialmente protegido. Lo que se cuestiona es, por tanto, si basta con el solo conocimiento también allí donde el texto del tratado exige una "wilful commission".[37] Esto es poco convincente y también contradictorio en vista de la argumentación arriba expuesta. Si se exige una "wilful commission", entonces, en todo caso no se puede prescindir por completo del elemento volitivo; éste debe acompañar al elemento cognitivo.

Sin embargo, se refiere sólo en el elemento cognitivo cuando se exige como infracción grave en el sentido del PACG I un ataque a la población civil "a sabiendas de" ("in knowledge that […]") que éste causará pérdidas de vidas humanas, etc. En este sentido, es correcta la traducción alemana con el término "Kenntnis" (conoci-

---

[34] Asimismo *Wolfrum,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 423; cfr. también *Solf/Cummings,* CaseWRJIL 1977, 242 s.

[35] Cfr. también el original francés que habla de "intentionnel", con lo cual también se aludiría más bien al elemento volitivo. Lo mismo vale para el art. 11 nro. 4, PACG I que habla de un "*wilful* act or omission". En la traducción alemana esto ha sido expresado con "acción u omisión *dolosa*" ("*vorsätzliche* Handlung oder Unterlassung"). [N. del T.: La versión castellana auténtica del art. 11 nro. 4, PACG I habla de "acción u omisión deliberada".]

[36] *Schutte*, FS Kalshoven (1991), p. 185. Así también *Schmid*, Verfahren (1993), p. 184, según quien por "wilful" se debería entender dolo (genérico) o un dolo con un motivo maligno.

[37] Así *Schutte*, FS Kalshoven (1991), p. 190.

miento). En general se considera que la ignorancia consciente en el sentido de la "wilful blindness"[38] es suficiente como elemento cognitivo.[39]

Resumiendo se puede verificar que, desde el punto de vista subjetivo, debe existir *mens rea* o *mental element*; éste, sin embargo, no puede ser equiparado sin más con el concepto (alemán) de dolo. El comentario oficial al PACG I habla de una "negligence so serious that it is tantamount to malicious intent".[40] Por lo general, se exige una comisión voluntaria o intencional o bien una a sabiendas o consciente, pero no al mismo tiempo el elemento volitivo y cognitivo.[41]

II. DEFENCES

1. Prohibición de retroactividad

La prohibición de retroactividad se encuentra en principio reconocida. El art. 99, CG III dispone que un prisionero de guerra no podrá ser condenado por acciones que al tiempo de su comisión no estaban prohibidas por una ley en vigor del Estado de detención o por el derecho internacional vigente. Conforme al art. 65, CG IV las disposiciones penales emitidas por una potencia ocupante no pueden tener fuerza retroactiva. Según el art. 67, CG IV los tribunales sólo pueden aplicar disposiciones legales que existían con anterioridad a la comisión de la acción punible y que estén en consonancia con los principios de derecho generalmente reconocidos. El art. 70, CG IV se refiere a una punibilidad de acciones cometidas antes del inicio de las hostilidades sólo por delitos de derecho común. Todas estas formulaciones dejan suficiente espacio para una relativización de la prohibición de retroactividad en el sentido de la jurisprudencia penal internacional. Por un lado, como con razón ha señalado *Graefrath*, el derecho internacional exige sólo una prohibición, pero no una punición o punibilidad. No rige por tanto el principio "nulla poena sine lege".[42] Por el otro, la referencia al derecho internacional vigente y a los principios generales de derecho, así como a los delitos de derecho común, pone en claro que no es necesario que se trate de normas de prohibición escritas, sino que también el derecho consuetudinario internacional no escrito y los principios generales de derecho satisfacen el principio de prohibición de retroactividad.[43]

---

[38] Cfr. Sobre esto ya supra § 1 II. 1. d).

[39] *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentaire (1986), art. 86, nm. 3545 s.

[40] Idem, nm. 3541. Sobre el concepto de "malice" o "malicious", que en relación con el dolo significa una comisión del hecho al menos con imprudencia grave, cfr. *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 185 ss.

[41] Cfr. *Solf/Cummings,* CaseWRJIL 1977, 225: "common law concept of a crime". Cfr. sobre la *mens rea* en el derecho angloamericano § 2 II. 1. d) vers. al. y con más detalles infra § 11 I.

[42] Cfr. *Graefrath,* Staat und Recht (1956), p. 853 s.

[43] Cfr. *Triffterer*, Untersuchungen (1966), p. 84 ss. (91); también *Franz,* Verantwortlichkeit (1995), p. 46 s. En contra de la fundamentación de la pena en principios generales de derecho *Triffterer*, GS Zipf (1999), p. 502 s.

2. Actuar en cumplimiento de una orden

El derecho de Ginebra no excluye expresamente la posibilidad de una exención de punibilidad fundada en un actuar en cumplimiento de una orden. Una propuesta del ICRC en este sentido, basada en el derecho de Núremberg, no fue aceptada.[44] De todos modos, de las disposiciones citadas se puede fundamentar el rechazo de una exención de punibilidad fundada en un actuar en cumplimiento de una orden. Por un lado, como ya se ha expresado arriba, las disposiciones referidas a las *infracciones graves* (*grave breaches*) equiparan la emisión de una orden antijurídica con la acción lesiva cometida de propia mano. Así pues, la orden de cometer una infracción grave representa por sí misma una infracción grave en el sentido del derecho de Ginebra. De ello se sigue no sólo la responsabilidad penal del superior, sino también la obligación fundamental del subordinado de negarse a cumplir la orden. El subordinado es responsable, como resulta del art. 86 (2) PACG I, en la misma medida que el superior.

Por otro lado, según el PACG I el dador de la orden tiene el deber de informar a sus subordinados acerca de la situación jurídica. En consecuencia, éstos también están en condiciones de cuestionar las órdenes antijurídicas y de negar su ejecución.[45] Esta interpretación restrictiva es obligada también, y justamente, frente al trasfondo de la jurisprudencia penal internacional, dado que ésta no reconoce al actuar en cumplimiento de una orden como causa independiente de exención de punibilidad.[46]

3. Defences en el derecho de la guerra

a) *Necesidad militar*

En relación con la necesidad militar el derecho de Ginebra continúa el desarrollo ya iniciado en Núremberg según el cual también la conducción de una guerra se debe sujetar a determinadas reglas.[47] Las reglas vigentes para el "*ius ad bellum*" de la Carta de la ONU, esto es, la prohibición general del uso de la fuerza (art. 2 (4)) y el

---

[44] Cfr. *Pictet* (ed.), Commentaire (1952), p. 403; *Dinstein*, Superior orders (1965), p. 223 ss.; *Solf/Cummings,* CaseWRJIL 1977, 247 ss.

[45] Cfr. *Green*, Law (1993), p. 294.

[46] Cfr. supra § 2 III. 3; cfr. también *Wolfrum,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 423; *Green*, Law (1993), p. 296 s.; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 105.

[47] Sobre esto, cfr. también *Greenspan*, Law (1959), p. 9, con otras referencias; *Dinstein*, EPIL III (1997), 395. No se debe pasar por alto, sin embargo, que el principio de la necesidad militar fue introducido originariamente por el *Lieber Code* (1863) para delimitar el uso de la fuerza en la guerra (cfr., *Carnahan*, AJIL 1998, 213 ss, con otras referencias; sobre el Lieber Code en general *Ahlbrecht*, Geschichte [1999], p. 22 s.).

derecho de legítima defensa (art. 51) rigen también durante la guerra y complementan, por tanto, al "*ius in bello*".[48] De ello y del fin de *humanización* de la guerra perseguido por el derecho de Ginebra se sigue que sólo puede ser empleada aquella fuerza que es absolutamente necesaria y además proporcional para luchar contra el enemigo. No se trata del completo sometimiento del enemigo, sino de la lucha contra éste que es necesaria para la *defensa* del territorio soberano, de los ciudadanos y embarcaciones del Estado.[49] El principio de humanidad complementa y limita, por tanto, al principio de la necesidad militar.[50] Por consiguiente, éste no sólo es expresión de una determinada situación de excepción en el estado de guerra, sino que limita también la ejecución de la guerra por exigencias de humanidad, al prohibir de manera absoluta las acciones que no son necesarias.[51] Desde el punto de vista práctico, como ya ha sido constatado,[52] de esto se sigue que, en principio, la necesidad militar fracasa como *defence* en relación con los crímenes internacionales, incluidos los crímenes de guerra.[53] Ella entra en consideración sólo si es reconocida expresamente como *defence* en un tipo determinado.[54]

De este modo, el principio de la necesidad militar no está fuera del derecho internacional humanitario, sino que, por el contrario, permanece como un componente integral de éste. Esto resulta ya, por ejemplo, del art. 62 (1) PACG I, cuando allí se dispone que los organismos de defensa civil y su personal "tendrán derecho a desempeñar sus tareas

---

[48] Cfr. *Greenwood*, en: Dinstein (ed.), Law (1989), 273 ss., quien deriva de las reglas del derecho de legítima defensa del art. 51 de la Carta de la ONU numerosas limitaciones para el comportamiento en un conflicto armado. Especialmente se deberían respetar los principios de necesidad y de proporcionalidad. Cfr. también *Donner*, AVR 1995, 200 ss.

[49] Cfr. *Greenwood*, en: Dinstein (ed.), Law (1989), 273 ss.; *el mismo,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 26 f.; De otra opinión aún *Greenspan*, Law (1959), p. 314, quien de todos modos no va tan lejos como la doctrina alemana de la "razón de guerra" sostenida en la segunda guerra mundial, según la cual también están justificadas las conductas antijurídicas. Crít. respecto de la "razón de guerra" también *Carnahan*, AJIL 1998, 218, quien por lo demás divisa en la limitación a objetivos militares la más importante limitación de la necesidad militar que se remonta al Lieber Code (*idem*, 219).

[50] Cfr. *Kwakwa*, Law (1992), p. 36 s.; similar *Dinstein*, EPIL III (1997), 395 s.

[51] Cfr. *Greenwood,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 28 s.

[52] § 2 III. 4.

[53] Cfr. *Green*, Law (1993), p. 293; también *McCourbey*, RDPM 1991, 240: "[…] limited to particular events and circumstances […]"; *Lippman*, DickinsonJIL 1996, 59; *Jescheck*, JICJ 2004, 51. Crít. sobre el creciente retroceso de la necesidad militar *Carnahan*, AJIL 1998, 231: "Today, military necessity is widely regarded as something that must be overcome or ignored if international humanitarian law is to develop, and its original role as a limit on military actions has been forgotten. As a result, the principle has not been applied in new situations where it could serve as a significant legal restraint until more specific treaty rules or customs are established".

[54] Cfr. *Dinstein*, EPIL III (1997), 396 s., quien remite por ejemplo al art. 54, PACG I según el cual excepcionalmente puede admitirse con base en una "imperative military necessity" un ataque a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (cfr. También el art. 3 (b) Estatuto del ICTY). Cfr. también *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 231 ss., quien sin embargo va demasiado lejos cuando quiere hacer depender "la necesidad militar no sólo de la regulación de excepcón de las disposiciones legales fundamentales" (241). Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 151.

de protección civil, salvo en casos de imperiosa necesidad militar" ("shall be entitled to perform their civil defence tasks except in case of imperative military necessity").[55] Además, esto se sigue del derecho a represalias que ahora se expondrá, que contiene en sí a la misma necesidad militar o a sus presupuestos.[56]

b) *Represalia*

Una represalia es una acción de un Estado *fundamentalmente* contraria al derecho internacional en respuesta a un acción *precedente* de otro Estado contraria al derecho internacional, con el fin de lograr que éste cese con su comportamiento antijurídico.[57] Formulado de modo general, la admisibilidad de la represalia en cuanto "countermeasure" de derecho internacional, es decir, la exclusión de su antijuridicidad fundamental, depende de si representa "a measure legitimate under international law against that other state".[58] Éste es el caso, si ella sirve a la imposición o al restablecimiento de una situación adecuada al derecho internacional y si en su empleo se observan determinados requisitos.[59]

En nuestro contexto se plantea la cuestión de si y, en su caso, bajo qué condiciones se pueden justificar crímenes de guerra en el sentido del derecho de Ginebra causados por medio de represalias. Al respecto, se debe diferenciar, ante todo, la represalia *de guerra* ("belligerent reprisal") aplicable en un conflicto armado, de la represalia *de la paz,* aplicable en tiempos de paz.[60] Puesto que ésta adopta la forma de fuerza militar (especialmente en una guerra de agresión), está sujeta a la prohibición

---

[55] Cfr. para otras disposiciones del derecho internacional humanitario *Kwakwa*, Law (1992), p. 37, notas 32-39.

[56] Cfr. ya *Kalshoven*, Reprisals (1971), p. 365 s., quien no considera a la necesidad militar como una *defence* autónoma, sino como un componente de las represalias. Cfr. también *Dinstein*, War (1994), p. 219, 231, quien la entiende como un elemento de la legítima defensa en el sentido del art. 51 de la Carta de la ONU. Por el contrario, *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 287, delimita las represalias de la necesidad militar por el hecho de que ésta no presupondría una violación precedente al derecho internacional. Esta autora sigue en esto a *von Knieriem*, Nürnberg (1953), p. 329.

[57] Cfr. por ejemplo *Fischer*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 59 nm. 48; *Ipsen*, en: idem, § 70 nm. 9; *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 1029; *Greenwood*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 541; también BGHSt 23, 103, 107. Sobre las acciones análogas a las represalias o *quasi represalias* en contra de partisanos. Cfr. *Kämmerer*, AVR 1999, 291 s.

[58] Cfr. el art. 30 del ILC Draft Articles on State Responsibility (Abril 1999), en: EJIL 1999, 447 ss. (456). El art. 30 se refiere a las "countermeasures" y se encuentra en el capítulo V que regula las "circumstances precluding wrongfulness".

[59] Sobre estos requisitos, con mayores detalles, infra nota 84.

[60] Fundamental sobre la terminología *Greenwood*, NYIL 1989, 37 ss.; también *Zimmermann*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (editores), Commentary (1987), nm. 3426 ss.; *Gornig*, NJ 1992, 11; *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 285 s.; *Ipsen*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 70 nm. 9; sobre la jurisprudencia *Lippman*, Dickinson JIL 1996, 99 ss.

del uso de la fuerza del art. 2 (4) de la Carta de la ONU y, por consiguiente, no es en principio admisible.[61] Aunque se considere admisible una limitación de la prohibición del uso de la fuerza con el fin de proteger bienes jurídicos elementales,[62] las represalias *de la paz* no pueden justificar ya desde el punto de vista *terminológico* crímenes de guerra, pues éstos se cometen *per definitionem* en la guerra, es decir, en un conflicto armado.[63] En lo siguiente se tratará, por tanto, solamente de la admisibilidad de represalias *de guerra* con uso de la fuerza.

Como se ha mencionado, el derecho de Ginebra ha creado amplias *normas de prohibición* en este sentido.[64] Especialmente el PACG I ha declarado la prohibición total de represalias respecto de determinados grupos de personas u objetos,[65] realizando con ello la opinión de quienes habían reclamado aun con anterioridad a la aprobación del PACG I una prohibición de represalias por fuera de las CG.[66] Sin embargo, la doctrina mayoritaria niega el carácter consuetudinario del PACG I.[67] Ante todo, ella puede remitirse en este sentido a la extendida práctica de los Estados de emplear "countermeasures"[68] o "armed reprisals"[69] en contra de Estados que presuntamente violan el derecho internacional. Independientemente de si estas medidas

---

[61] ICJ Reports 1996 I, p. 226, para. 46 (*Nuclear weapons opinion*). Cfr. *Provost*, BYIL 1994, 424, con otras referencias; también *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 480, 1346; *Malanczuk*, Introduction (1997), p. 271, 316; *Fischer*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 59 nm. 48; *Greenwood*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 541.

[62] Así *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 1037, con otras referencias.

[63] Sobre el concepto moderno de conflicto armado. Cfr. ya supra nota. 4.

[64] Cfr. p. 123 nota 291 vers. al. con referencia al art. 46, CG I; al art. 47, CG II; al art. 13 III CG III; a los arts. 33, 34, 147 CG IV; a los arts. 20, 51 ss., 75 (2)(c) PACG I. Cfr. también *Zimmermann*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (editores), Commentary (1987), nm. 3436 ss.; *Greenwood*, NYIL 1989, 50 ss.; *el mismo*, *Greenwood*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 542 s.; *Kalshoven*, NYIL 1990, 45 ss.; *Oeter,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 166; *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider (editores), Völkerrecht (2001), p. 335 s., 340, con otras referencias. Sobre la evolución histórica, fundamental *Kalshoven*, Reprisals (1971), p. 45 ss.; recientemente *Kwakwa*, Law (1992), p. 134 ss.; *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 290 ss. Sobre la situación jurídica con anterioridad a las CG. Cfr. *Pella*, Mémorandum (1950), p. 353 s.

[65] Ejemplificando: según el art. 20, PACG I están prohibidas las represalias contra heridos, enfermos, náufragos y contra los objetos utilizados por ellos. También el art. 51 (6), PACG I, según el cual están prohibidos los ataques contra la población civil como tal o contra personas civiles individuales. De la misma manera el art. 52 (1), PACG I: prohibición de represalias contra objetos de carácter civil. Sobre las deliberaciones *Zimmermann*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (editores), Commentary (1987), nm. 3447 ss.; *Nahlik*, FS Kalshoven (1991), p. 166 ss.; también *Kalshoven*, NYIL 1990, 49 ss.

[66] Cfr. por todos *Kalshoven*, Reprisals (1971), p. 375 ss.

[67] Cfr. *Greenwood*, NYIL 1989, 62 ss. (64); *el mismo*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 540, 543 ss., 550 ss. (556); *Kwakwa*, Law (1992), p. 150, 151 ss. (154); *Dinstein*, War (1994), p. 218 s.; *Nahlik*, FS Kalshoven (1991), p. 168; *Meron*, AJIL 2000, 250; también *Kalshoven*, NYIL 1990, 53, quiere reconocer solamente un efecto vinculante (limitado) para los Estados partes.

[68] Sobre esto y sobre la delimitación de la represalia *Kwakwa*, Law (1992), p. 132 ss. Sobre la terminología también *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 287 ss., quien sin embargo concibe a la "countermeasure" como concepto superior de las contramedidas de derecho internacional (287).

[69] Sobre esto *Dinstein*, War (1994), p. 215 ss.

caen bajo el derecho de legítima defensa del art. 51 de la Carta de la ONU,[70] ellas dejan en claro que una prohibición *absoluta* de represalias no está cubierta por la práctica de los Estados.[71] También es dudoso el sentido de tal prohibición hasta tanto no se encuentren disponibles mecanismos alternativos de imposición, tal como, por ejemplo, una jurisdicción internacional en funcionamiento, ya que se le quita a la comunidad de los Estados la única posibilidad de reacción frente a violaciones del derecho internacional por parte de Estados individuales.[72]

Al respecto se remite a la instructiva disputa entre *Greenwood* y *Kalshoven*. Aquél critica la creciente proscripción de la represalia, especialmente las disposiciones pertinentes del PACG I, por el motivo recién mencionado ("removal of a sanction")[73] y afirma: "While the humanitarian desire to banish them [las represalias] is understandable, it would surely have been better to have acknowledged that international society is not yet able to dispense with them and to have kept them, ever more strictly regulated, within the law".[74] En cambio, *Kalshoven* considera prescindibles las represalias desde el punto de vista militar especialmente por su limitada eficacia y deseables las prohibiciones absolutas del PACG I por motivos humanitarios y por razones de claridad legal:[75] "[…] the prohibition of reprisals against the civilian population and civilian objects, even though not an entirely satisfactory solution to a well-nigh intractable problem, is at least to be preferred to the previous lack of legal clarity".[76]

El ICTY en *Kupreskic et al.*[77] se ha adherido sustancialmente a la posición de *Kalshoven*, al aceptar una prohibición de represalias fundada en el derecho consuetu-

---

[70] Así *Dinstein*, War (1994), p. 215 ss., quien concede, sin embargo, que para la opinión mayoritaria el art. 51 de la Carta de la ONU no abarca las "armed reprisals" (idem, p. 220 s.). Cfr. también *Greenwood*, en: Dinstein (ed.), Law (1989), p. 273 ss., quien, como se ha mencionado (nota 48), del derecho de legítima defensa deriva limitaciones a la conducción de la guerra, especialmente la utilización de represalias; éstas serían necesarias sólo si "[…] are necessary to prevent further breaches of the law and are likely to have that effect […]" (idem, 281 s.).

[71] La misma República Federal alemana se ha reservado el "reaccionar con todos los medios admisibles por el derecho internacional" frente a "violaciones graves y planificadas" al PACG I, especialmente a los arts. 51 y 52 (Declaración sobre la entrada en vigor de los PACG I y II, nro. 6, BGBl 1991 II, 968 s., 969). Sobre otras praxis estatales y reservas. Cfr. *Greenwood*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 543 ss., 550 ss.

[72] Cfr. *Kwakwa*, Law (1992), p. 154 s. Cfr., también *Oeter,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 167, con otras referencias. Escéptico también *Van den Wyngaert*, FS Kalshoven (1991), p. 205 s. (especialmente en relación con el PACG I). Sobre las alternativas especialmente *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 303 ss. Sobre las posibles funciones de la represalia (venganza, punición, prevención e imposición del derecho). Cfr. *Provost*, BYIL 1994, 415 ss., quien en coincidencia con lo aquí sostenido la considera como una sanción para la imposición del derecho internacional humanitario (417 s.).

[73] *Greenwood,* NYIL 1989, 56 ss. (61, 65).

[74] Idem, 69.

[75] *Kalshoven,* NYIL 1990, 54 ss. (58), 58 ss. (61).

[76] Idem, 61.

[77] *Prosecutor v. Kupreškic et al.,* Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T). Cfr. p. 305 ss. vers. al. Por una absoluta prohibición de represalias respecto de la población civil ya *Prosecutor v. Martic,* Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Order 8.3.1996 (IT-95-11-R 61), para. 8 ss. (15 ss.). Aprob. probablemente *Ipsen*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 70 nm. 13; crít. *Greenwood*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 546 ss. (550 ss.).

dinario (también) respecto de civiles en el campo de batalla, restando importancia a la práctica, al menos no uniforme, de los Estados por medio de la enfatización de la *opinio iuris*, especialmente de las "demands of humanity or the dictates of public conscience".[78] Esta opinión es criticable desde un punto de vista metódico, porque no diferencia claramente entre costumbre internacional y principios generales de derecho. De hecho, de una "opinio iuris without concordant state practice"[79] no se puede extraer ninguna regla de derecho consuetudinario internacional, sino, en todo caso, un principio general de derecho.[80] Además es una tesis arriesgada la de querer *remplazar* la función de las represalias como instrumento de imposición de derecho internacional por procesos penales nacionales e internacionales, al menos hasta tanto no exista una jurisdicción internacional en funcionamiento.[81]

Sea como fuere, el conflicto de ponderación entre eficiencia militar y "considerations of humanity" ("lesser of two evils")[82] que está a la base de esta disputa pierde su significado si se parte del hecho de que la protección del PACG I no es completa,[83] pudiéndose tener en cuenta suficientemente consideraciones estratégico-militares especialmente mediante un amplio entendimiento del "military objective".[84] Finalmente, se podrá estar de acuerdo en que, incluso en caso de una admisibilidad limitada de las represalias, en los supuestos regulados en el PACG I deben observarse determinadas condiciones:[85]

---

[78] *Prosecutor v. Kupreškic et al.,* supra nota 77, para. 533.

[79] Cfr. *Simma*, en: Academy of European Law (editor), Courses (1995), p. 225.

[80] Cfr. *Ambos*, AVR 1999, 328 ss. (332 ss.), con otras referencias.

[81] *Prosecutor v. Kupreškic et al.,* supra nota 77, para. 530. Crít. también *Meron*, AJIL 2000, 250.

[82] *Nahlik*, FS Kalshoven (1991), p. 173; también *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 284, 305.

[83] Cfr. *Kalshoven*, NYIL 1990, 68 ss.

[84] Cfr. *Greenwood*, NYIL 1989, 53, quien, *inter alia*, señala la admisibilidad de ataques a objetivos militares. Entre ellos entran de conformidad al art. 52 (2) PACG I: "[…] aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida" ("[…] those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage") (Las referencias en *Greenwood*, loc. cit. en el texto infra en nota 73 ¡son falsas!).

[85] Cfr. sobre lo siguiente la jurisprudencia de postguerra que fue expuesta en el p. 156 ss. vers. al. y *Prosecutor v. Kupreškic et al.,* supra, nota 77, para. 535, así como la extensa literatura: *Greenspan*, Law (1959), p.410 ss.; *Kalshoven*, Reprisals (1971), p. 340 ss.; *Verdross/Simma*, Völkerrecht (1984), § 1343; *Zimmermann*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (editores), Commentary (1987), nm. 3457; *Greenwood*, NYIL 1989, 40 ss.; *el mismo,* en: Dinstein (ed.), Law (1989), 281 s.; *el mismo*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 542; *Kwakwa*, Law (1992), p. 156 s.; *Green*, Law (1993), p. 119 f.; *Oeter,* en: Fleck (editor), Handbuch (1994), p. 165 ss; *Provost*, BYIL 1994, 414 f.; *Parks*, MLR 1995, 84; *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 328 ss. (337); *Ipsen*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 70 nm. 9 ss.; *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 1032 ss.; *Kämmerer*, AVR 1999, 296 ss. (también sobre la situación jurídica después de la segunda guerra mundial); *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 151; cfr. también el art. 50 ss. del proyecto de la ILC sobre la responsabilidad de los Estados en la versión del 11 de agosto de 2000, UN-Dok. A/CN.4/L.600. Similar *Dinstein*, War (1994), p. 219 ss., quien sin embargo respecto de las "defensive armed reprisals" se orienta en el art. 51 de la Carta de la ONU. Esas exigencias se remontan al caso *Naulilaa* (RIAA 2, 1928, 1011, 1026).

- Las represalias motivadas en una precedente violación al derecho deben ser empleadas únicamente como *ultima ratio* (subsidiariamente) para la imposición o el restablecimiento del derecho y no como mera retribución; por eso mismo, es necesaria una mediación *previa* por una instancia neutral y, en caso de que ésta sea infructuosa, una advertencia; en caso de que se consiga la finalidad la represalia debe ser suspendida.
- Las represalias deben ser *ordenadas* por la *conducción militar o estatal superior*.
- Su empleo debe ser *proporcional*.
- Ellas deben tener en cuenta consideraciones de *humanidad*.

Justamente este último presupuesto representa una limitación considerable al empleo de represalias. La referencia a *consideraciones de humanidad* es expresión de la finalidad humanitaria de protección del derecho de Ginebra enfatizada en la jurisprudencia penal internacional y de la repercusión en este ámbito del derecho de los derechos humanos fundamentales:

> The legality of reprisals […] with their necessary disregard for the innocence and integrity of the victims of the measures, will slowly come to an end as human rights norms progressively take on the universal and concrete character they were designed to possess.[86]

Sin embargo, no se debe pasar por alto que el derecho de represalias —como sanción *estatal colectiva* para la imposición del derecho internacional humanitario[87]— tiene otra dirección de protección que los derechos humanos que están orientados al *individuo*.[88] Desde luego, esto no cambia en nada por el hecho de que el derecho internacional colectivo tradicional está impregnado hoy cada vez en mayor medida con consideraciones de protección de los derechos humanos y que a esta evolución únicamente se la puede atender, precisamente en los conflictos armados, a través de la protección de un estándar mínimo de derechos humanos. En relación con los con-

---

[86] *Provost*, BYIL 1994, 427 (para quien sin embargo es aún necesaria una determinación precisa de un estándar mínimo humanitario de derechos humanos, 425); similar *Kwakwa*, Law (1992), p. 156; *Doehring*, Völkerrecht (2004), nm. 1035. Dubitativo *Kalshoven*, Reprisals (1971), p. 342 ss. (344), quien, en el resultado, no reconoce a la "humanity" como un "requirement", sino solamente como un "principle" a observar; cfr. también *Greenwood*, NYIL 1989, 47 s., quien en vista de la prohibición del PACG I pone en duda la repercusión práctica de un principio semejante. Sobre la "ratio humanitaria" ya *Greenspan*, Law (1959), p. 408 s.; cfr. sobre esto también el art. 60 (5), CV, según el cual el dar por terminado un tratado o por suspendida su aplicación, según los párrafos 1 a 3, a causa de violaciones al tratado por una de las partes (principio de reciprocidad) no se aplica a los "tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados. de tipo humanitario, especialmente a las disposiciones sobre la prohibición de represalias de todo tipo contra las personas protegidas a través de tales tratados"; al respecto también *Zimmermann*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (editores), Commentary (1987), nm. 3459. Sobre la creciente convergencia entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos también *Meron*, AJIL 1998, 468.

[87] Cfr. ya supra nota 72.

[88] Cfr. con mayores detalles *Provost*, BYIL 1994, 425, 427.

flictos no internacionales y los "crímenes de guerra civil" allí cometidos,[89] de especial relevancia en este sentido, aunque no existan prohibiciones explícitas de represalias,[90] el ICTY en *Kupreskic et al.*[91] ha aplicado también al derecho de represalias la doctrina del trato igualitario en derecho penal internacional de los conflictos internacionales y los no internacionales fundamentada en la decisión de competencia en el caso *Tadic*.[92] De este modo, en todo conflicto armado se debe garantizar un *mínimo de protección humanitaria*, lo que justamente excluye el empleo de represalias con uso de la fuerza contra civiles y contra determinados objetos civiles, especialmente porque, una vez "legalizado" el uso de la fuerza, el peligro de excesos nunca se ha de excluir.[93]

En resumidas cuentas, con base en una interpretación dinámica[94] de las convenciones del derecho de Ginebra y recurriendo a la "opinio iuris without concordant state practice" existente hoy se pueden formular un *principio general de derecho* en el sentido de que en principio están prohibidas las represalias contra civiles y contra objetos civiles. En caso de que éstas sean necesarias en razón de imperiosas consideraciones estratégico-militares, entonces su admisibilidad debe estar sujeta a condiciones rigurosas. La finalidad de protección humanitaria del derecho internacional humanitario y el efecto expansivo de los derechos humanos, es decir, las siempre mencionadas "considerations of humanity", excluyen prácticamente una justificación de crímenes internacionales, inclusive de crímenes de guerra, cometidos a través de represalias.

III. RESUMEN Y CONCLUSIONES

1. Se reconoce una ***responsabilidad penal individual*** —al menos indirecta— por medio de las disposiciones sobre las infracciones graves (*grave breaches*). De otras disposiciones se sigue el reconocimiento del principio de culpabilidad.

La imputación objetiva de una infracción grave presupone una conducta con relevancia para el hecho, scil. un comportamiento activo (incluido el impartir una

---

[89] Sobre este concepto. Cfr. *Kreß*, en: Fischer/Lüder (editores), Verbrechen (1999), p. 36 ss.

[90] Cfr. *Greenwood*, NYIL 1989, 67 s.; *el mismo*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 546; *Kalshoven*, NYIL 1990, 75 ss. (79).

[91] *Prosecutor v. Kupreškic et al., supra* nota 77, para. 534. Así probablemente también *Kalshoven*, NYIL 1990, 75 ss. (79), al derivar prohibiciones de represalias en conflictos no internacionales por analogía del PACG I; crít. *Greenwood*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 546, 556.

[92] Ver supra nota 8 y texto.

[93] Sobre el peligro del exceso, también *Ipsen*, en: Ipsen, Völkerrecht (2004), § 70 nm. 14; cfr. también de modo ejemplar *Kämmerer*, AVR 1999, 288 s.

[94] Cfr. supra § 3 con notas 16 s.

orden) o una omisión, la producción de un determinado resultado y la causalidad entre éste y la conducta. Como autores entran en consideración el subordinado como ejecutor inmediato y el superior como dador de la orden o garante por omisión.

La responsabilidad por omisión del jefe fundada en la doctrina de la *responsabilidad por el mando* (*command responsibility*) constituye un punto central del derecho de Ginebra. Ella está regulada expresamente en los arts. 86 y 87 del PACG I. Según éstos, el superior es responsable por las infracciones de sus subordinados que él sabía o hubiera podido saber y que no ha impedido pese a la posibilidad de intervención. La posición de garante del superior era ya reconocida con anterioridad a la entrada en vigor de estas disposiciones, pero es aquí donde se define por primera vez con mayor precisión el deber del garante. Desde el punto de vista subjetivo, se exige muy poco en cuanto al conocimiento, ya que basta con "información que le permitiera concluir" (hubiera podido saber). También una ignorancia inconsciente podría conducir —en tanto que no conocimiento imprudente— a la afirmación de responsabilidad, si el superior hubiera podido constatar mediante informaciones fácticamente disponibles los delitos de sus subordinados y hubiera podido intervenir para impedirlos.

En cuanto a los presupuestos *subjetivos* de la responsabilidad individual se debe diferenciar, por lo demás, entre el elemento volitivo y cognitivo del dolo. El derecho de Ginebra exige explícitamente uno u otro, pero nunca ambos al mismo tiempo. De todos modos, para una comisión intencional es necesario el conocimiento, ya que sólo así el autor puede conocer hacia dónde dirige su voluntad.

2. En cuanto concierne a las ***defences***, el derecho de Ginebra reconoce en principio la *prohibición de retroactividad;* sin embargo, ésta es relativizada, en tanto que puede ser satisfecha con la existencia de una prohibición (incluso no escrita) en el momento de comisión del hecho.

Aunque una exclusión de la punibilidad fundada en el *actuar en cumplimiento de una orden* no se encuentra expresamente prohibida, de la responsabilidad del subordinado (en la misma medida que la del superior) se sigue sin embargo que a éste no lo ayudará en principio la invocación de que actuó cumpliendo órdenes.

En relación con las *defences del derecho de la guerra* el punto central reside en la humanización de la guerra. De este modo, la invocación de una *necesidad militar* es posible tan solo de manera muy limitada, es decir, sólo si las medidas en cuestión son necesarias y proporcionales. Por lo general, éste no sería el caso en los crímenes internacionales. También se ha considerado totalmente inadmisible el uso de *represalias* en contra de determinados grupos de personas y objetos. Si es que semejante prohibición absoluta de represalias no se llegara a reconocer como parte del derecho consuetudinario internacional, entonces al menos la utilización de represalias se debe someter a estrictas condiciones; la justificación de los crímenes internacionales que aquí interesan estaría prácticamente excluida.

3. En ***conclusión***, el derecho de Ginebra confirma la jurisprudencia penal internacional y avanza en su desarrollo.

Se confirman las nociones fundamentales (reconocimiento de la responsabilidad penal individual, principio de culpablidad), los presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad individual y el rechazo, como *defences*, de la *prohibición de retroactividad* y —al menos indirectamente— del *actuar en cumplimiento de una orden*.

Se avanza en el desarrollo de los presupuestos de la *responsabilidad por el mando* y de las limitaciones de las *defences del derecho de la guerra*. Éstas van perdiendo con la evolución mostrada una importancia considerable en los modernos procesos por crímenes de guerra y, con más razón, en aquellos por crímenes contra la humanidad. Por ello, en lo sucesivo ellas no serán consideradas. En cambio, merecen especial atención los criterios desarrollados para la responsabilidad del jefe, confirmados y desarrollados ulteriormente además por la más reciente jurisprudencia del ICTY y del ICTR.

§ 5. La Convención contra el Genocidio *

Con base en los trabajos de *Rafael Lemkin*[1] en el año 1946 fue discutido el proyecto de una resolución sobre el genocidio y el 11 de diciembre de ese año ha sido aprobada la resolución 96[2] por la Asamblea General de la ONU.[3] Sobre la base de esta resolución, que reconoció al genocidio como crimen internacional concediendo sin embargo a los Estados partes la implementación a nivel interno estatal,[4] fue pre-

---

* Traducción del § 11 de la vers. al., revisada, actualizada y complementada.

[1] Cfr. ya InternAbl 1933, 117, donde *Lemkin* habla aún de "actos de barbarie y de vandalismo como delicta juris gentium". El concepto de "genocide" emerge por primera vez en su monografía de 1944 (Axis Rule); basándose en ésta *Lemkin*, AJIL 1947, 145; *el mismo*, RDPC 1946, 186. Sobre Lemkin también *Lippman*, ArizJICL 1998, 423 ss.; *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 151 ss.; *Greenawalt*, CLR 1999, 2270 ss.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 24 ss.; *Vest,* Genozid (2002), p. 35.

[2] GAR 96, 1 GAOR, 1st Session, 55th meeting, UN-Dok. A/46/Add. 1 (1947), p. 188 s.; en extractos, también en *McDonald/Swaak-Goldman* (eds.), Int.Crim.L. (2000), vol. II, part 1, p. 81 ss.

[3] Sobre la discusión dentro de la ONU, cfr. *UN*, Yearbook (1947), p. 254 ss.; *UN*, Yearbook (1949), p. 595 ss.; *UN*, Yearbook (1950), p. 953 ss. Cfr. también *Lemkin*, AJIL 1947, 148 ss.; *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 93 ss.; *Kunz*, AJIL 1949, 739 ss.; *Graven*, Crimes (1950), p. 490 ss.; *Mosheim*, AVR 1950, 188 ss.; *Jescheck*, ZStW 1954, 201 ss.; *Planzer*, Crime (1956), p. 57 ss.; *Drost*, Crime (1959), p. 1 ss.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 17 ss.; *Beltran B.*, CPC 1978, 25 ss.; *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 24 ss.; *Lippman*, ArizJICL 1998, 449 ss.; *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 156 ss.; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 107 ss.; *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 127 ss.; *Greenawalt*, CLR 1999, 2272 s.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 42 ss., 51 ss.; *Vest,* Genozid (2002), p. 75 ss. Sobre la situación en el derecho consuetudinario internacional antes de la aprobación de la Convención: *Sunga*, System (1997), p. 105 ss.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 16 ss. Sobre la discusión interna en los Estados Unidos: *Finch*, AJIL 1949, 732 ss. Crít. sobre la intervención occidental en el genocidio desde un punto de vista jurídico fáctico: *Rumney*, MLR 1997, 594 ss.

[4] Según el art. I el genocidio es solamente un "crime under" —no "of" o "against"— "international Law" [N. del T.: La versión oficial castellana habla de "delito *de* derecho internacional" (resaltado por el traductor)] (cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 96; *Kunz*, AJIL 1949, 742 ss.; *Graven*, Crimes [1950], p. 491 ss.; *Jescheck* ZStW 1954, 203 ss., con otras referencias; de otra opinión *Triffterer*, Untersuchungen [1966], 65 ss.; *el mismo*, en: Hankel/Stuby [editores], Strafgerichte [1995], p. 189). Según la opinión de otros autores, el art. I es jurídicamente superfluo, puesto que sólo es declaratorio (*Drost*, Crime [1959],

sentado por un grupo de expertos (al cual, entre otros, pertenecía también *Lemkin*) por encargo de la Asamblea General un proyecto de Convención que luego de una posterior revisión fue aprobado por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948. La Convención entró finalmente en vigor el 2 de enero de 1951.[5] En los años noventa se discutió en el seno de la ONU sobre las posibilidades de una mejor implementación de la Convención contra el Genocidio.[6]

I. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

1. El tipo de genocidio

Del art. I de la Convención se sigue que el genocidio puede ser cometido tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz. El art. II define al genocidio y, por ello, ha sido señalado con acierto como el "heart of the convention".[7] Esta disposición fue reproducida literalmente con posterioridad en otros instrumentos de derecho penal internacional[8] y en el derecho interno alemán.[9] Por tal razón, también es necesario incluir estas disposiciones en el análisis del tipo.

---

p. 76 ss. [80]; cfr. también *Robinson*, Genocide [1960], p. 55 ss.). Desde un punto de vista actual, con el reconocimiento del tipo de genocidio en numerosos instrumentos de derecho penal internacional se tendría que aceptar una responsabilidad penal internacional directa (*Ambos*, EJIL 1996, 535; cfr. también la decisión de competencia de la ICJ del 11 de julio de 1996, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, *Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*, ICJ Reports 1996 II, p. 1, 20 ss., especialmente para. 20, 24, 26, con otras referencias; sobre esto *Schabas*, Genocide (2000), p. 427 ss.). Sobre el deber de persecución penal con base en el art. VI Cfr. *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 114 ss.; sobre su implementación a nivel nacional: idem, p. 230 ss. (Alemania), 294 s. (Suiza), 350 ss. (Bélgica) y 389 s. (Gran Bretaña); también *Schabas*, Genocide (2000), p. 348 ss.; *Schabas*, JICJ 2003, p. 39 ss..

[5] Cfr. BGBl. 1954 II p. 730. Para el texto de los proyectos más importantes, cfr. *Schabas*, Genocide (2000), p. 553 ss. La convención contaba al 25.8.2004 con 42 Estados firmantes y 135 Estados partes ‹http://untreaty.un.org›. Sobre el estado de las ratificaciones y reservas, especialmente en cuanto a la posición estadounidense, cfr. *Lippman*, ArizJICL 1998, 482 ss.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 521 ss.

[6] Cfr. UN-ECOSOC-CHR-Subcommission, Administration (1997), par. 24 ss. Sobre los intentos de reforma hasta ahora fracasados, también *Lippman*, ArizJICL 1998, 463 ss. Sobre el genocidio desde el punto de vista de las ciencias de la paz, *Hummel* (editor), Völkermord (2001).

[7] *Kunz*, AJIL 1949, 742.

[8] Cfr. el art. 4 del Estatuto del ICTY, así como el art. 2 del Estatuto del ICTR; también el art. 19 del Draft Code de 1991, el art. 17 del Draft Code de 1996; el art. 6 del ECPI.

[9] Cfr. el § 220 a I del StGB.

a) *Tipo objetivo*

La denominación alemana "*Völkermord*" (genocidio) es imprecisa e induce a error,[10] ya que el tipo penal no exige la matanza de un pueblo (*Volk*) en sentido amplio.[N. del T.] El concepto de genocidio (Genozid) —que aquí se utiliza—, compuesto de *genos* (del griego: raza, linaje) y *cide* (del latin caedere: matar),[11] es preferible, pues tanto el art. II (a) -(e) de la Convención como el § 220 a I nro. 1-5 del StGB exigen objetivamente un ataque a la existencia física (nro. 1-3) o a la futura existencia (nro. 4-5) de un grupo nacional, racial, religioso o étnico.[12] Esta enumeración es taxativa desde una doble perspectiva, a saber, respecto de las conductas típicas mencionadas[13] y respecto de los grupos mencionados.[14] Conforme a ello, se requiere un homicidio directo sólo en la primera alternativa de conducta;[15] pero, de todos modos, tampoco en este caso el objeto del ataque es siempre un pueblo, sino uno de los grupos mencionados y, por tanto, una unidad de personas diferenciada del resto de la población por alguna de las características aludidas.[16] Por otra parte, no se encuentran protegidos otros conjuntos de personas emparen-

---

[10] Cfr. *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 4.

[N. del T.] El término alemán *Völkermord* —palabra compuesta de *das Volk* (el pueblo) y *der Mord* (el asesinato)— significa literalmente "asesinato de un pueblo".

[11] Cfr. fundamental *Lemkin*, InternAbl 1933, 117 ss.; *el mismo*, AJIL 1947, 145 ss.; *el mismo*, Axis Rule (1944), p. 79 ss. Cfr. también *Simon*, WiscILJ 1996, 243; *Lippman*, ArizJICL 1998, 423; *Ntanda Nsereko*, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 117; *Schabas*, Genocide (2000), p. 25; *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 67; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 202 s.

[12] *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 10 s.; con más detalles *Campbell*, § 220 a (1986), p. 135 ss. Sobre la Convención: *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 96 s.; *Graven*, Crimes (1950), p. 498 ss.; *Planzer*, Crime (1956), p. 85 ss.; *Drost*, Crime (1959), p. 86 s.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 63 ss.; *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 69.

[13] Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 97; *Graven*, Crimes (1950), p. 498; *Robinson*, Genocide (1960), p. 57; *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 4; *Beltran B.*, CPC 1978, 48 ss.; *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 28; asimismo, el comentario de la ILC sobre el art. 17 del Draft Code de 1996 (*UN*, Report of the ILC (1996), p. 90 s. = *YbILC* 1996 II 2, p. 45, para. 11). Sobre las acciones en particular (genocidio físico y biológico), cfr. *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 206 ss.; *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 121 ss.; *Ntanda Nsereko*, en: McDonald/ Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 128 ss.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 157 ss.; *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 77 ss.; *Rückert/Witschel*, en: Fischer/ Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 67 ss.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 213 ss.; *Ambos*, Crímenes (2004), p. 23 ss.

[14] Cfr. *Planzer*, Crime (1956), p. 96 ss.; *Drost*, Crime (1959), p. 80 s.; *Campbell*, § 220 a (1986), p. 99 ss.; cfr. también *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 31 ss. (32); *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 545 s.

[15] De otra opinión. *Simon*, WiscILJ 1996, 251 ss., quien sólo considera al homicidio como única acción constitutiva del tipo, mientras que las otras acciones del hecho "should be read as actually or potentially linked to the killings […]"

[16] Cfr. *Planzer*, Crime (1956), p. 96; *Drost*, Crime (1959), p. 84 s.; *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 9; con más detalles desde el punto de vista del derecho internacional, *Schabas*, Genocide (2000), p. 106 ss. En contra de tal definición objetiva, basada en la existencia física del grupo, argumenta *Simon*, WiscILJ 1996, 244 ss.: él quiere evitar eventuales problemas de determinación o delimitación en cuanto al concepto de grupo basándose en los daños ocasionados al grupo ("group harm") y en la visión del autor —anticipando la sentencia *Jelisic* del ICTY del 14.12.1999 (IT-95-10-T), para. 69 ss.—; en sentido similar, *Prosecutor*

tadas por otras características diferentes de las mencionadas, como por ejemplo, grupos políticos o culturales, aunque esto tendría especial importancia práctica precisamente en caso de grupos políticos.[17]

La posibilidad de un *hecho individual* parece seguirse del bien jurídico protegido por el tipo. En efecto, si el "grupo como tal" ("as such", "comme tel"), esto es, como unidad social, está protegido aun contra una destrucción parcial,[18] entonces una lesión

---

v. Musema, Judgement and Sentence 27.1.2000 (ICTR-96-13-T), para. 161; *Prosecutor v. Krstic*, Judgement 2.8.2001 (IT-98-33-T), para. 557; un grupo existiría entonces si "the perpetrator has identified a group for negative treatment" (*Simon*, loc. cit., 246); los grupos mencionados en el art. II se deberían entender sólo de modo ejemplificativo (para una determinación del grupo objetivo-subjetiva ahora también *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas [eds.], Essays [1999], p. 133 ss.; *Schabas*, loc. cit., p. 109 s.; *el mismo*, en: Fischer/Kreß/Lüder [eds.], Prosecution [2001], p. 454 ss.; *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. [2001], p. 70 s.; *Werle*, Völkerstrafrecht [2003], p. 207 ss.). Por más que esta interpretación resulte atractiva a causa de la indeterminación del concepto de grupo, sobrepasa probablemente los límies del texto y contradice la intención de los redactores de la Convención, quienes justamente querían fijar una lista cerrada de grupos, limitando la protección a grupos estables y permanentes (cfr. *Prosecutor v. Musema*, loc. cit., para. 162; crít. *Fronza*, loc. cit., p. 135 s.; *Ntanda Nsereko*, en: McDonald/Swaak-Goldman [eds.], Int.Crim.L. I [2000], p. 130; *Schabas*, loc. cit., p. 130 ss.; *el mismo*, en: Fischer/Kreß/Lüder [eds.], Prosecution [2001], p. 450 ss.). Es también dudoso que por medio de un desplazamiento de la apreciación de los órganos de justicia al autor se pueda lograr mayor precisión. Por otro lado, desde un punto de vista técnico puede afirmarse que el planteamiento subjetivo es consecuencia de la estructuración del delito como delito de intención (Cfr. *Ambos*, Crímenes [2004], p. 23).

[17] Por eso, también este apartamiento de la GAR 96 (I) ha sido recibido mayoritariamente con críticas, cfr. *Planzer*, Crime (1956), p. 105 ss.; *Drost*, Crime (1959), p. 29 s., 60 ss., 122 ss.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 59 s.; *Jescheck*, ZStW 1954, 212; *Campbell*, § 220a (1986), p. 99 s.; *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 3; *Sunga*, System (1997), p. 109 ss.; *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 32 s.; *Lippman*, ArizJICL 1998, 464 (sobre los intentos de reforma), 505; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 110 s.; *Heintze*, en: Hummel (editor), Völkermord (2001), p. 138 s.; *Vest,* Genozid (2002), p. 129 s.; *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 96 s. *Van Schaack*, YaleLJ 1997, 2259 ss., ha criticado recientemente la exclusión de los grupos políticos del ámbito de protección de la norma como una reducción positivista del derecho consuetudinario internacional y ha considerado indispensable su inclusión por medio del *ius cogens* (2261, 2268); éste prohibiría también el genocidio de grupos políticos y, por consiguiente, desplazaría a la Convención (2261 s.; 2272 ss., especialmente 2280 ss.). Sobre esto y sobre el Auto de la *Audiencia Nacional* española en el proceso a Pinochet (extractos en alemán en *Ahlbrecht/Ambos* [editores], Pinochet [1999], p. 86 ss. [93 ss.]; crít. *Ambos*, JZ 1999, 16), que se pronuncia en favor de una interpretación extensiva social-colectiva del tipo, cfr. crít. *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 183 ss., quien estima razonable la exclusión de los grupos políticos, pues considera los hechos en cuestión como crímenes contra la humanidad (189 ss.); igual en el resultado y especialmente en contra de la interpretación de la Audiencia Nacional, *Schabas*, Genocide (2000), p. 102, 105 s., 134 ss. (144 s., 149 s.); *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 69; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 212; *Ambos*, Crímenes (2004), p. 21. Sobre la exclusión del "genocidio cultural" también *Prosecutor v. Krstic*, supra nota 16, para. 576; *Gil Gil*, loc. cit., p. 192 s.; *Schabas*, loc. cit., p. 153; *Kittichaisaree*, loc. cit., p. 70. Sobre la persecución del genocidio con base en la costumbre internacional, en general, cfr. *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 118 ss.

[18] *Jescheck*, ZStW 1954, 213; *Drost*, Crime (1959), p. 81, 84 s.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 58; *Beltran B.*, CPC 1978, 37 s.; *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 4, 8; detalladamente sobre el estado de la discusión *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 159 ss. (177 ss.), considerando, por su parte, como bien jurídico protegido la existencia del grupo (179, 189, 194); también *la misma*, ZStW 2000, 392 ss., con referencias *en la nota* 47; también *Wirth*, en: Rill, Völkermord (2001), p. 69 s., 72; *Eser*, FS Meyer-Gossner (2001), p. 16 s.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 205; de otra opinión, *Otto*, Delikte (2002), § 11

del bien jurídico se verifica ya con una modificación violenta de esa unidad, es decir, con un ataque a un miembro del grupo. Éste no está protegido como tal, pero representa el objeto físico del ataque por su calidad de miembro del grupo.[19] A la posibilidad de admitir un hecho individual no se opone tampoco el texto del art. II, según el cual el grupo debe ser destruido al menos "en parte" ("in part"). Pues, con esto no se trata del resultado *objetivo* de la "destrucción" de un determinado número de miembros del grupo, de modo que por ejemplo objetivamente tuviera que estar afectado más de un miembro del grupo,[20] sino del objeto de referencia de la *intención de destrucción*, esto es, de a cuántos miembros el autor quería "destruir".[21] En este sentido se ha de entender también la sentencia *Jelisic* del ICTY, cuando allí se expresa que lo que debería *importar* es que el *autor*, más allá de la comisión de un hecho individual, tenga la *finalidad* ulterior de destruir —cualitativa o cuantitativamente— una parte significativa del grupo.[22] Con este trasfondo, la utilización del plural en el caso de las víctimas mencionadas en los nros. 1 y 2, así como en el 5 ("members" o bien "children") sólo se puede explicar como un descuido de redacción. Este error ha sido mantenido, sin embargo, no sólo en el derecho nacional (cfr. § 220 a, nro. I, 1, 2 y 5 StGB), sino también en el ECPI (art. 6 (a), (b) y (e)). Sólo en los elementos de los crímenes el problema parece haber sido reconocido, pues allí se habla ahora correctamente de "una o más personas" ("one or more persons").[23] En cambio, una interpretación literal de la Convención contra el Genocidio y del art. 6 del ECPI tendría como consecuencia el resultado absurdo de que la consumación del tipo debería negarse en caso de una sola víctima, pero afirmarse cuando fueren más de una. El

---

I: El § 220 a del StGB protegería las "ideas humanitarias"; en favor de un bien de protección colectivo e individual: *Vives Antón/Carbonell Mateu*, en: Vives Antón et al., Derecho Penal (1996), p. 823 ss.; *Triffterer*, FS Roxin (2001), p. 1433; en favor de un delito pluriofensivo que protegería el "development" o la "freedom of a group to exist": *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 116 ss. (119).

[19] *Drost*, Crime (1959), p. 81; *Robinson*, Genocide (1960), p. 58; *SK-Horn* (1998), § 220a, nm. 2; *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 8; *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 3; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 206; en el resultado también *Simon*, WiscILJ 1996, 251 nota 29; *Rückert/Witschel*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 66. Cfr. También *Beltran B.*, CPC 1978, 42 s.: miembro del grupo como "sujeto pasivo inmediato", mientras que el grupo debería ser sólo víctima mediata ("sujeto pasivo mediato y remoto"); en contra, *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 181, 194, 203, quien diferencia entre el miembro del grupo como "objeto de la acción" y el grupo como verdadera víctima del hecho.

[20] Cfr. *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 37, con otras referencias; también *Schabas*, Genocide (2000), p. 232 ss. (234, 240), señalando sin embargo, con acierto, que el número objetivo de las víctimas tendría un efecto indiciario de la intención de destrucción.

[21] Así los autores mencionados en la nota 19, especialmente *Simon*, WiscILJ 1996, 251 nota 29 y *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 181 s.; también *Ntanda Nsereko*, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 125 s.; poco claro *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 130 s.

[22] Cfr. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, para. 79, 82 y passim. En sentido similar, recientemente *Prosecutor v. Krstic*, supra nota 16, para. 581 ss. (590) y Judgement 19.4.2004 (IT-98-33-A), para. 12; *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Judgement on Defence Motions to Acquit 3.9.2001 (IT-95-8-T), para. 67 ss..; *Prosecutor v. Ndindabahizi*, Judgment 15.7.2004 (ICTR-2001-71-1), para. 454.

[23] Cfr. art. 6 (a), Element 1; en general sobre esto *Rückert/Witschel,* en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 65 ss. *Lee* (ed.), ICC (2001), p. 41 ss.

delito perdería con ello su carácter de tipo de intención. De lo dicho resulta —con base en una interpretación teleológica— que el ataque contra un miembro de un grupo protegido es suficiente para el perfeccionamiento del tipo,[24] siempre y cuando el autor quiera —con intención especial— destruir al menos "en parte" el grupo y esta parte cumple con los requisitos cuantitativos y/o cualitativos.[25] En este caso, también es suficiente la destrucción de una parte del grupo limitada geográficamente.[26]

En caso de un ataque a un *presunto* miembro del grupo sólo tiene lugar una tentativa, pues para la realización del tipo falta el elemento de la pertenencia al grupo en el objeto del ataque (sujeto pasivo).[27] Por lo demás, la *estructura* del delito consumado se corresponde también con la de una tentativa (inacabada), pues la consumación tiene lugar precisamente ya en presencia de un hecho individual que represente sólo un peligro abstracto para el bien jurídico protegido —la existencia del grupo.[28]

Todavía hoy es discutida la cuestión de si el hecho de que el genocidio tenga lugar por lo general con la intervención del *Estado* está o debería estar expresado en el tipo. Los padres de la Convención lo consideraron política y jurídicamente inoportuno.[29] El ICTY en el caso *Jelisic* los ha seguido.[30] *Campbell* confunde la diferencia entre los niveles fáctico y jurídico-político, cuando les reprocha al respecto el no haber estado preparados para reconocer el *hecho* de la intervención estatal en el genocidio.[31] Ni en aquel entonces se trató de esto, ni tampoco hoy. Los delegados eran del todo conscientes del *hecho* de la intervención estatal en el genocidio, pero no querían incluirlo como un requisito típico adicional justamente para evitar lagunas de punibilidad.[32] Finalmente, también habla en contra de tal requisito típico el hecho de que éste sólo crearía problemas probatorios adicionales y, por tanto, tampoco puede ser deseable en el interés de una persecución penal efectiva. También es controvertido si el "*elemento contextual*",[33] introducido por los elementos de los crímenes, es necesa-

---

[24] Cfr. *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 213; en contra, haciendo referencia al texto de la norma, pero sin profundizar más al respecto *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 102.

[25] Sobre esto más detalladamente con referencia a la masacre de Srebrenica (caso *Krstic*) *Ambos*, Crímenes (2004), p. 46 ss.; siguiendo las deliberaciones de la Sala *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 104 s.

[26] BVerfG, resolución del 12.12.2000 (BvR 1290/99 = ‹www.bundesverfassungsgericht.de› = EuGRZ 2001, 76), párrafo nro. 24, 33; *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, para. 80 ss. (82 s.); *Prosecutor v. Krstic*, supra nota 16, para. 590, 598; *Prosecutor v. Sikirica et al.*, supra nota 22, para. 68. Asimismo *Wirth*, en: Rill, Völkermord (2001), p. 67 s., 71; *Kittichaisaree*, Int. Crim.L. (2001), p. 71.

[27] *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 10; *Triffterer*, FS Roxin (2001), p. 1426; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 213; *Arnold*, CLF 2003, p. 134; de otra opinión probablemente *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 3.

[28] Cfr. para más detalles *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 179, 195, 258 s.; *la misma*, ZStW 2000, 394 s.; sobre el tipo delictivo también *Triffterer*, FS Roxin (2001), p. 1438 ss.

[29] Cfr. *Lemkin*, Axis Rule (1944), p. 79, 92; *Drost*, Crime (1959), p. 30 s.; 66 s.; aprob. *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 201 ss.; de otra opinión, *Campbell*, § 220 a (1986), p. 104 ss.; *Dauiricourt*, RDCP 1947/48, 54;

[30] *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 16, para. 100 s.

[31] *Campbell*, § 220 a (1986), p. 105; sobre la exigencia efectiva de un plan, también *Schabas*, Genocide (2000), p. 207 ss.

[32] Cfr. idem, donde el mismo *Campbell* reproduce este argumento.

[33] Elemento nro. 4 respecto del Art. 6: "Que 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" ("The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction"). Sobre esto, *Rückert/Witschel,*

rio en realidad como elemento típico adicional del genocidio; según un punto de vista acertado éste debe existir, en todo caso, sólo objetivamente.[34]

b) *Tipo subjetivo*

Un elemento constitutivo esencial del tipo es la comisión de una de las acciones mencionadas "with intent to destroy, in whole or in part, a […] group, as such".[35] De este modo, si el ataque se realiza con el fin incondicional de la destrucción —también a largo plazo y no sólo físico-biológica[36]— de una parte significativa del grupo, esto es, si se propone causar esta destrucción, es suficiente, como ya se explicara, que el ataque típico se dirija contra un miembro de uno de estos grupos en su calidad de tal. Por tanto, ni la efectiva destrucción del grupo, ni un ataque a todos los miembros del grupo es necesario para realizar el tipo; basta con la *intención de destrucción*.[37] Pero ella es también imprescindible: Si la destrucción de un grupo es sólo el resultado de otra situación, por ejemplo, de un conflicto armado, o la consecuencia secundaria de otra intención, por ejemplo, la expropiación de los bienes del grupo, falta la intención específica de destrucción y el tipo de genocidio no se realiza.[38] Las acciones mencionadas deben tender, por tanto, a la destrucción de uno de los grupos mencionados y la intención de destrucción se debe referir a esos grupos.[39] Se trata de un *delito de*

---

en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 66 s.; crít. *Triffterer*, FS Roxin (2001), p. 1434 s., 1442 s. En contra de la exigencia de un *plan* o de una "*policy*" para cometer un genocidio *Prosecutor v. Jelisic*, Judgement 5.7.2001 (IT-95-10-A), para. 48; aprob. *Prosecutor v. Sikirica et al.*, para. 62, supra nota 22.

[34] Cfr. ya *Ambos*, NJW 2001, 406; en castellano en *Ambos* (comp.), Justicia penal supranacional (2002), p. 49 ss. (51). En el mismo sentido *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 219 ss.; *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 100.

[35] Cfr. también el original francés: "[…] dans *l'intention* de détruire, en tout ou *en partie*, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, *comme tel*" (BGBl. 1954 II p. 730). Cfr., también, infra § 11 I. 2. c) aa).

[36] BVerfG, supra nota 26, párrafo nro. 20, 22, 34; de otra opinión, *Prosecutor v. Krstic*, supra nota 16, para. 580 (§ 6 II. 12. c) vers. al.).

[37] *Lemkin*, AJIL 1947, 147; *el mismo*, Axis Rule (1944), p. 79; *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 99; *Planzer*, Crime (1956), p. 93; *Drost*, Crime (1959), p. 84 ss.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 58 s., 62 s. (58: "actual destruction need not occur; intent is sufficient"); *Jescheck*, ZStW 1954, 212 s.; *Sunga*, System (1997), p. 114; *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 4, 13; *SK-Horn* (1998), § 220a, nm. 2; *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 127 s.; en el resultado probablemente también *Beltran B.*, CPC 1978, 48 s., 55 s. Ahora también el comentario de la ILC al art. 17 del Draft Code de 1996 (*UN*, Report of the ILC [1996], p. 88 s. = *YbILC* 1996 II 2, p. 45, para. 8).

[38] *Planzer*, Crime (1956), p. 92 s.; *Drost*, Crime (1959), p. 82; *Robinson*, Genocide (1960), p. 58 s.; *Simon*, WiscILJ 1996, 247 ss.; *Lippman*, ArizJICL 1998, 507 s. En favor de un "dolo directo simple", pero conceptualmente impreciso e incompatible con el texto: *Campbell*, § 220 a (1986), p. 121 ss. (123); también infra en nota 40.

[39] Así probablemente ya *Planzer*, Crime (1956), p. 95; cfr. también *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 36; explícitamente ahora el comentario de la ILC al art. 17 del Draft Code de 1996 (*UN*, Report of the ILC [1996], p. 89 = *YbILC* 1996 II 2, p. 45, para. 9).

intención ("Absichts- oder Zieldelikt")[40] que se corresponde estructuralmente con una tentativa.[41] El ICTY ha establecido requisitos muy exigentes en la fundamental sentencia *Jelisic*.[42] En cuanto a las opiniones discrepantes se volverá en otro lugar.[43]

Por lo demás —junto con la intención especial—, debe existir *dolo* (*genérico*); al respecto es suficiente, al menos según la comprensión alemana, el dolus eventualis.[44]

Los *motivos* o *móviles*, que exceden de la intención especial y se deben diferenciar de ésta, no son en principio parte del tipo subjetivo. En el derecho internacional esta cuestión —por mucho tiempo discutida— ya fue resuelta por el Sixth Committee, por medio de la supresión del proyecto en sentido contrario del Comité Ad-hoc, el cual había partido de una comisión "on grounds of the national or racial origin, religious belief, or political opinion" de los miembros del grupo.[45] Aunque ésta no ha sido la finalidad expresa de esta decisión y a los Estados partes se les ha concedido también un margen de discreción,[46] la formulación definitiva de la destrucción del "group as such" no ofrece un punto de partida suficiente para valorar los elementos especiales de los grupos como motivos inmanentes al tipo.[47] Los motivos, como "raíces del alma"[48] del hecho, no tienen importancia *en principio* en el marco de la doctrina del dolo.[49] Lo decisivo es solamente que el autor realice el resultado típico

---

[40] Cfr. detalladamente, *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 178 ss. (179), 231 ss. (258 ss.); *la misma*, ZStW 2000, 394 s., entendiendo, sin embargo, a la intención en un sentido amplio —debido al paralelo estructural entre el genocidio y la tentativa—, bastando por tanto con una "voluntad correspondiente al dolo eventual"; sobre ésta y otras opiniones, con más detalles infra § 11 I. 2. c) aa). En cambio, como la opinión mayoritaria *Ntanda Nsereko*, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 124 ss., 137; *Schabas*, Genocide (2000), p. 214, 217 ss.; *Wirth*, en: Rill, Völkermord (2001), p. 71.

[41] Cfr. supra nota 28.

[42] Cfr. supra nota 26, así como el § 6 II. 6 b) vers. al. Aprob. en lo esencial, *Prosecutor v. Sikirica et al.*, supra en nota 22, para. 57 ss.

[43] Cfr. infra § 11 I. 2. c) aa).

[44] *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 98 s.; *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 5. Cfr. para más detalles *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 221 ss. e infra § 11 I. 2. c) aa).

[45] Cfr. *Drost*, Crime (1959), p. 33, 39, 83; *Planzer*, Crime (1956), p. 94; *Ratner/Abrams*, Accountability (1997), p. 35 s.; *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 178, 231 s.; *Heintze*, en: Hummel (editor), Völkermord (2001), p. 143; *Wirth*, en: Rill, Völkermord (2001), p. 65 ss.; *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 73; también *Greenawalt*, CLR 1999, 2275 ss., señalando al respecto que la diferencia entre dolo y motivos no parece haber sido clara para los delegados.

[46] Cfr. *Drost*, Crime (1959), p. 83; *Robinson*, Genocide (1960), p. 60 s.; también *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 99 s.

[47] Del mismo modo *Drost*, Crime (1959), p. 84; *Planzer*, Crime (1956), p. 95; *Campbell*, § 220 a (1986), p. 123; dejando abierta la cuestión: *Robinson*, Genocide (1960), p. 60 s.; de otra opinión probablemente *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 100; *Beltran B.*, CPC 1978, 54 ss. Cfr., también, *Sunga*, System (1997), p. 111, diferenciando claramente las "motivations" del "criminal intent"; en el resultado, en contra de la consideración de los motivos también *Greenawalt*, CLR 1999, 2285 ss.; *Wirth*, en: Rill, Völkermord (2001), p. 66. Diferenciando ahora *Schabas*, Genocide (2000), p. 245 ss. (245, 255 s.), quien en la formulación "as such" ve un punto de apoyo para la consideración (típica) de los motivos; este autor diferencia, sin embargo, entre motivos colectivos e individuales: aquéllos, en cuanto "hatred of the group" colectivo serían necesarios; éstos, en cuanto motivos personales del autor individual, no deberían tenerse en cuenta (también *el mismo*, en: Fischer/Kreß/Lüder [eds.], Prosecution [2001], p. 457 s.).

[48] Tröndle/*Fischer* (2001), § 46, nm. 27.

[49] *Bruns*, Strafzumessung (1985), p. 211 s.; *Schäfer*, Strafzumessung (1990), nm. 246; LK-*Gribbohm* (1994), § 46, nm. 75 ss..; *Arnold*, CLF 2003, p. 136 que, sin embargo, discute si la intención especial puede ser considerada como motivo. Acerca de la importancia de los motivos en el marco de la determinación de la pena: *Bruns*, loc. cit., p. 254 s.

con dolo y no el motivo de *por qué* lo hace. Desde luego, ciertas motivaciones pueden formar parte del tipo subjetivo, más precisamente del elemento volitivo del dolo, si son incluidas en el tipo. Si el autor quiere el resultado por tales motivos, por ejemplo, un asesinato por un móvil abyecto, entonces también actúa en este sentido con intención.[50] La Sala de Apelación de los Tribunales Ad Hoc también reconoce esta distinción entre el dolo (especial) y los móviles.[51] En consecuencia, el dolo especial del genocidio no se excluye si el autor actuó por motivos no relacionados con la destrucción del grupo protegido.[52] Sobre esto se volverá.[53]

2. Intervención criminal

a) *Aspectos generales*

El art. III (e) de la Convención sanciona la "complicidad en el genocidio" ("complicity in genocide"; "complicité dans le genocide"). Según el Comité Ad-hoc, con esto se aludiría a la "accessoryship before and after any of the acts punishable under the Convention and to aiding and abetting any similar acts".[54] Según la terminología alemana, esto se correspondería —en concordancia con la traducción alemana de la Convención— con la participación en el sentido de toda acción de cooperación —aun después de la consumación del hecho principal—. Esto significa que la coautoría puede estar comprendida solamente por medio del art. III (a). Su existencia —a diferencia de la autoría mediata— se encuentra, sin más, reconocida. Así escribe por ejemplo *Planzer*:

> La complicité doit être de nature secondaire, car primaire et décisive, elle transforme le complice en *coauteur*.[55]

Sin embargo, permanece abierta la cuestión acerca de cuál de las alternativas del art. 3 comprendería a la coautoría.

El art. 2 (3)(d) del Draft Code de 1996 exige que la *complicity* sea "directa" y "sustancial";[56] esto no representa, sin embargo, una contradicción con el art. III (e) de la Convención contra el Genocidio, ya que ésta es una disposición necesitada de interpretación: como criterio de interpretación se puede recurrir, sin esfuerzo —junto con otras disposiciones y principios—, al art. 2 (3)(d) del Draft Code de 1996.

---

[50] S/S-*Cramer* (1997), § 15, nm. 71; asimismo, S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben* (2001), § 15, nm. 71; fundamental *Gehrig*, Absichtsbegriff (1986), p. 27 s.; cfr., también, *Elliott*, CLF 2000, 41 s. sobre el "dol aggravé" del derecho francés. Cfr. en este contexto también el art. 4 del Draft Code de 1991 de la ILC, que declara inatendibles a los "motives", a no ser que estén comprendidos por la "definition of the crimes" (cfr. p. 455 s. vers. al.).

[51] *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, Judgement (Reasons) 1.6.2001 (ICTR 95-1-A), para. 161; *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 33, para. 49; *Prosecutor v. Niyitegeka*, Judgement 9.7.2004 (ICTR-96-14-A), para. 52.

[52] *Prosecutor v. Niyitegeka*, supra nota 51, para. 53: "It does not prohibit a conviction for genocide in a case in which the perpetrator was also driven by other motivations that are legally irrelevant in this context".

[53] Cfr. infra § 11 I. 2. c) bb) sobre el tipo de persecución como crimen contra la humanidad.

[54] Citado según *Drost*, Crime (1959), p. 90. Cfr. también *Robinson*, Genocide (1960), p. 69; *Planzer*, Crime (1956), p. 114 s.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 285 ss.

[55] *Planzer*, Crime (1956), p. 115 (resaltado por el autor).

[56] Cfr. con más detalles p. 463 vers. al.

La participación es posible —en contra de la opinión originaria del Comité Ad-hoc— sólo en el genocidio *consumado* del autor principal, pero no en la tentativa o en la incitación al genocidio ("incitement").[57] Ella es, por eso, accessoria.[58] Esto es típico de la participación según la comprensión alemana y constituye, además, otro argumento en contra del entendimiento de la "*complicity*" en el sentido de coautoría. El pobre contenido normativo de la Convención no permite extraer otras conclusiones; especialmente, en la codificación separada de la participación y su accesoriedad (fáctica) no se tendría que ver un pronunciamiento en favor o en contra del modelo unitario de autor, pues en este sentido son necesarias ulteriores diferenciaciones.[59] Según la intención de los redactores del proyecto y de los Estados partes ésta y otras cuestiones dogmáticas deberían quedar reservadas a la decisión del legislador nacional.[60]

La decisión del *BayObLG* en el proceso contra el serbio *Djajic*[61] recuerda en este sentido que según el derecho alemán una participación presupone que el dolo de participación debe comprender todas las circunstancias del hecho principal que fundamentan su punibilidad y, por tanto, también las especiales intenciones. De todos modos, la exigencia de dolo queda satisfecha si el partícipe *conoce* los (especiales) elementos subjetivos del hecho principal;[62] éste, por tanto, no debe haber actuado por sí mismo con la intención de destrucción en el sentido del § 220 del StGB, sino que sólo debe haberla reconocido en el o los autores principales.[63] Por ello, con acierto el BayObLG se basa en si el acusado "supuso" o se había "representado"[64] que el homicidio de musulmanes bosnios en el que cooperaba era llevado a cabo con la intención de destrucción. Puesto que esto no pudo establecerse con certeza, el acusado pudo ser condenado "solamente" —in dubio pro reo— por complicidad de asesinato. Por el contrario, el ICTR ha exigido en *Akayesu*, como es sabido, una intención especial de destrucción también en el partícipe.[65] Respecto de este punto se volverá.[66]

---

[57] Cfr. *Drost*, Crime (1959), p. 90 s.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 69; *Planzer*, Crime (1956), p. 115.

[58] *Planzer*, Crime (1956), p. 114 s.

[59] Cfr. sobre el modelo unitario y diferenciador de autor, infra § 8 I.; sobre la accesoriedad, con más detalles, infra § 8 III. 1.

[60] Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 101; *Jescheck*, ZStW 1954, 213 s.; *Drost*, Crime (1959), p. 89, 92.

[61] Sentencia del 23 de mayo de 1997 (AZ 3 St 20/96) = NJW 1998, 392 ss., con comentario de *Ambos* NStZ 1998, 139, con referencias; también, *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 240 ss., con otras referencias. Respecto de la primera condena por genocidio por el OLG Düsseldorf del 26.9.1997 (AZ IV-26/96; *Jorgic*), cfr. FAZ del 27.9.1997, 8; confirmada por el BGH, en NStZ 1999, 396; cfr. también Bremer, Strafverfolgung (1999), p. 242 ss. Otras referencias sobre la jurisprudencia alemana en Ambos/Ruegenberg, NStZ-RR 2000, 208; Ambos/Wirth, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 769 ss.

[62] BGHSt. 46, 292 = NJW 2001, 2728 (Sokolovic); BGH NJW 2001, 2732 (Kuslic), 2733; sobre esto A*mbos*, NStZ 2001, 630 ss.; cfr. también *LK-Roxin* (1993), § 26, nm. 66; *Maurach-Gössel-Zipf,* AT 2 (1989), § 51, nm. 26.

[63] *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 12; *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 6; también *Beltran B.*, CPC 1978, 42.

[64] Sentencia citada supra en nota 59, p. 41, 84 = NJW 1998, 392.

[65] Prosecutor v. Akayesu, Judgement 2.9.1998 (ICTR-96-4-T), para. 485, 547.

[66] Cfr. § 11 I. 2. a) aa).

b) *Incitación*

La codificación separada de la "incitación" en el art. III (c) plantea la cuestión de su delimitación con la participación.[67] De la sistemática de la disposición resulta que la intención de los proyectistas era la de prever, junto con la participación, una punibilidad separada para la "direct and public incitment". Con esto se debe entender, como correctamente ha traducido *Jescheck*,[68] la exhortación[69] o incitación al genocidio.[70] Solamente su delimitación de la inducción ("instigation") es problemática. Al respecto, la discusión alemana acerca de la relación entre el § 111 y el § 26 del StGB[N. del T.] puede ofrecer valiosos criterios.[71]

En principio, la *incitement* representa un concepto superior para todas las formas de expresión por medio de las cuales una o varias personas son provocadas a la comisión de crímenes.[72] El concepto incluye, por tanto, también a la inducción. Ésta es sin embargo más limitada que la incitación, ya que debe referirse a un destinatario o círculo de destinatarios determinado y a un hecho principal determinado.[73] En nuestro contexto, únicamente es idóneo el criterio de delimitación del círculo de destinatarios, pues tanto la inducción, como la incitación se refieren al mismo hecho principal (genocidio), establecido ya a través del nombre de la Convención. Por consiguiente, la diferencia entre los incisos (c) y (e) del art. III sólo puede consistir en que la incitación al genocidio se debe dirigir a un círculo *indeterminado* de personas, mientras que la inducción, a uno al menos *determinable*.[74] Además, la incitación debe ser "*pública*", mientras que la inducción puede tener lugar también en un contexto priva-

---

[67] Sobre su génesis, cfr. *Schabas*, Genocide (2000), p. 266 ss.

[68] *Jescheck*, ZStW 1954, 213 s.

[69] Sobre la delimitación entre "exhortación" e "incitación", con más detalles, infra § 8 III. 3. b).

[70] Por el contrario, el concepto de "*Anreizung*" (incitación, estimulación, incentivación) utilizado por la traducción oficial alemana se debe considerar como menos feliz (sin embargo, así también *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 100).

[N. del T.] El § 111 StGB tipifica —como norma de parte especial— el delito de "exhortación a cometer delitos"; el § 26 extiende —como norma de parte general— la responsabilidad a la instigación.

[71] Cfr. especialmente *Dreher*, FS Gallas (1973), p. 307 ss.; *Fincke*, Verhältnis (1975), p. 76 ss. En este lugar no se puede tomar posición acerca de si el § 111 del StGB tiene doble naturaleza ("*janusköpfig*") (así *Dreher*), o no (así *Fincke*, loc. cit., p. 77, quien lo califica como un tipo de injusto particular), dado que se apoya también en la parte general (en contra de una doble naturaleza también *Paeffgen*, FS Hanack [1999], p. 594, 602 ss., quien, sin embargo, lo considera como una forma especial de inducción). [N. del T.: El adjetivo alemán *janusköpfig* no posee una traducción exacta en español; en forma sustantivada se aludiría, con ello, a un "monstruo de dos cabezas"; sin embargo, se prefirió evitar la connotación negativa que implicaría esta traducción castellana (que en la lengua alemana *no* la posee) traduciéndolo simplemente como de "doble naturaleza".]

[72] Cfr. *Eser*, en: Kretzmer/Kershman Hazan (eds.), Freedom (2000), p. 120.

[73] *S/S-Cramer/Heine* (2001), § 26, nm. 17 s.; *Dreher*, FS Gallas (1973), p. 310.

[74] *S/S-Eser* (2001), § 111, nm. 4; *Dreher*, FS Gallas (1973), p. 311 ss.; de otra opinión probablemente *Jakobs*, AT (1993), p. 669, dado que considera que se está en presencia de una inducción también en el caso de un círculo indeterminado de destinatarios, siempre que el hecho sea "suficientemente preciso".

do.[75] Finalmente, la incitación debe ser "*directa*", es decir, debe tender a una inmediata realización y consumación del hecho,[76] sin comprender ya cualquier acción de propaganda.[77] Los elementos típicos mencionados ponen de manifiesto la especial *peligrosidad* de la incitación al genocidio: la incitación pública a cometer un genocidio a un círculo indeterminado de personas hace incontrolables e irreversibles las consecuencias para los bienes jurídicos protegidos —aquí la integridad de los grupos comprendidos por el art. II—. *Dreher*[78] ha descripto esto —en relación con el § 111 del StGB— con la certera imagen de que quien exhorta a cometer delitos lanzaría una antorcha sin saber si encenderá o no, pero una vez lanzada no podría más impedir las consecuencias. Esta especial peligrosidad hace de la incitación al genocidio, por un lado, un delito de peligro abstracto o incluso concreto;[79] por el otro, a través de ello se pone de manifiesto su especial desvalor criminal, que la distancia de la participación normal y justifica su punición con independencia del resultado.[80] La anticipación de la punibilidad que esto apareja encuentra —como ha demostrado recientemente *Eser*[81]— un sólido fundamento de derecho comparado. En este sentido, no existe prácticamente ningún ordenamiento jurídico que contemple con los brazos cruzados la preparación del crimen, renunciando a la criminalización de las actividades preparatorias peligrosas, especialmente por medio del tipo de incitación.

Tanto el Draft Code de 1991 como también la versión de 1996 han adoptado solamente el art. II de la Convención contra el Genocidio. Por tanto, en relación con la intervención criminal y las extensiones de la responsabilidad (sobre esto se volverá en seguida) rigen las reglas generales. El art. II del Draft

---

[75] Cfr. *Eser*, en: Kretzmer/Kershman Hazan (eds.), Freedom (2000), p. 125 s.

[76] Cfr., en similar sentido, *Drost*, Crime (1959), p. 88 s.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 66 s.; crít. *Planzer*, Crime (1956), p. 110 ss. (112 s.); *Schabas*, Genocide (2000), p. 277 ss..

[77] *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 100; *Drost*, Crime (1959), p. 91; *Robinson*, Genocide (1960), p. 66; crít. *Planzer*, Crime (1956), p. 113 s.

[78] *Dreher*, FS Gallas (1973), p. 313; cfr., también, *S/S-Eser* (2001), § 111, nm. 1.

[79] Mientras que en relación con el § 111 del StGB se debería partir, siguiendo a la opinión mayoritaria, más bien de un delito de peligro abstracto (*Dreher*, FS Gallas [1973], p. 312; Lackner/*Kühl* [2001], § 111, nm. 1), en la incitación al genocidio, en razón de la determinación del hecho y posiblemente de la determinación por el incitador del objeto de la agresión, se puede divisar una concreción del peligro en el hecho de que el grupo se encuentra realmente en peligro ("concreto") (cfr. en general *Roxin*, AT I [1997], § 10, nm. 123). Sin embargo, el mismo genocidio consumado tiene los rasgos de un delito de peligro abstracto (cfr. ya supra nota 28). También *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 226, 227 enfatizó el riesgo y peligro de la comisión de delitos en masa.

[80] Cfr. *Drost*, Crime (1959), p. 89; *Robinson*, Genocide (1960), p. 67. Cfr., al respecto, el § 111, segundo párrafo del StGB, según el cual en caso de que la exhortación a delinquir no tenga éxito, se aplica una escala penal independiente, sólo atenuada por el § 49 I nro. 2 del StGB; por otra parte, conforme al § 111, primer párrafo del StGB el autor será penado "como un inductor" sólo en el caso de una exhortación exitosa (Lackner/*Kühl* [2001], § 111, nm. 7 s.).

[81] *Eser*, en: Kretzmer/Kershman Hazan (eds.), Freedom (2000), p. 126 ss.. Cfr. también *Swart*, en: Alldridge/Brants (eds.), Autonomy (2001), p. 161 ss., así como ya el argumento similar del Comité Ad-hoc en *Drost*, Crime (1959), p. 88. Sobre los límites trazados por la libertad de prensa y de opinión, cfr. *Eser*, loc. cit., p. 133 ss.; *Swart*, loc. cit., p. 173 ss. Sobre la historia de sus orígenes: *Lippman*, ArizJICL 1998, 458

Code de 1996, concerniente a la *incitación*, es más limitado que el art. III (c) de la Convención contra el Genocidio, ya que exige la consumación de los delitos en cuestión. La incitación al genocidio debe, por tanto, tener éxito ("[…]a crime which in fact occurs").[82] Esta contradicción entre la Convención y el Draft Code de 1996 debe solucionarse en el sentido de conceder la prioridad a aquélla —en su calidad de derecho convencional y consuetudinario reconocido y, por tanto, "derecho" esencialmente "más sólido"—. Este punto de vista es confirmado también por el ECPI, ya que su art. 25 (3)(e) reproduce textualmente el art. III (c) de la Convención contra el Genocidio.[83]

3. Extensiones de la punibilidad

a) *Tentativa*

La punibilidad de la tentativa ("attempt"), establecida en el art. III (d), no ha originado grandes controversias.[84] Esto, no tanto porque ella es universalmente reconocida, sino, más bien, porque la Convención no define en detalle la tentativa, sino que deja esta tarea a los Estados partes.[85] De aquí resultan más preguntas que respuestas. Por un lado, la no punición expresa de los actos preparatorios[86] da motivos para suponer que los redactores de la Convención querían llevar el comienzo de la tentativa a la cercanía de la realización efectiva del tipo. Por otro lado, esta suposición es puesta en discusión por medio de la difícil, si no internacionalmente imposible, delimitación práctica entre los meros actos preparatorios y el 'ponerse directamente a'[N. del T.] la realización del tipo. Pues, lo que en un ordenamiento jurídico puede ser considerado aún como acto preparatorio, puede que en otro sea entendido ya como un 'ponerse directamente a' y viceversa.[87] Además, el comienzo de la tentativa puede ser extendido también a los actos preparatorios, de modo que su criminalización separada resulte ya por esto superflua.[88] Los problemas de definición y delimi-

---

[82] Cfr. *Allain/Jones*, EJIL 1997, 110 s.; similar, pero impreciso *Rayfuse*, CLF 1997, 63. Para más detalles sobre el Draft Code, ver p. 463 vers. al.

[83] Sobre la "elaboración dogmática" de esta regulación, cfr. infra § 8 III. 3. b).

[84] Sobre la historia de sus orígenes, cfr. *Schabas*, Genocide (2000), p. 280 ss.

[85] Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 100; *Graven*, Crimes (1950), p. 504 ss.; *Jescheck*, ZStW 1954, 213 s.; *Planzer*, Crime (1956), p. 114; *Drost*, Crime (1959), p. 89 s. Absolutamente en contra de la punibilidad por tentativa: *Beltran B.*, CPC 1978, 57.

[86] Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 100; *Drost*, Crime (1959), p. 91; *Robinson*, Genocide (1960), p. 68; *Beltran B.*, CPC 1978, 56; crít. *Planzer*, Crime (1956), p. 116 ss.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 282, 487 ss.

[N. del T.] El verbo *ansetzen* utilizado en el § 22 StGB ha sido traducido de diferentes formas a la lengua castellana: como "dar principio"; "dar comienzo", "comenzar"; "disponerse a"; "ponerse a". Cfr. con detalle *Sancinetti*, Dogmática (2003), p. 31 y ss. Aquí se ha utilizado siempre la locución 'ponerse a'.

[87] Cfr. los ejemplos en *Graven*, Crimes (1950), p. 504 ss., respecto de la cuestión de cuándo comienza la tentativa en los casos de macrocriminalidad: por ejemplo ¿con la construcción de campos de concentración como preparación de un genocidio? o ¿con el rearme como preparación de una guerra de agresión?, cfr. con más detalles infra § 10 II., especialmente 2. y 3.

[88] Cfr. *Graven*, Crimes (1950), p. 506.

tación ponen en claro que el alcance real de la criminalización anticipada por medio de la introducción de la punibilidad de la tentativa —y también de otras extensiones de imputación— requiere de una concretización mediante casos ejemplificadores y case law. De todos modos, el análisis jurisprudencial que se ha antepuesto[N. del T.] muestra que el recurso a la punibilidad de la tentativa en la práctica nunca fue necesario, porque la punibilidad fue alcanzada por medio de normas amplias de intervención criminal (¡incitement!) y de otras extensiones de la responsabilidad (¡conspiración!).[89] Por ello, en derecho penal internacional el trabajo dogmático sobre la tentativa se encuentra aún pendiente; ni la jurisprudencia, ni la Convención ofrecen al respecto un aporte sustancial. Sobre esto se volverá en otro lugar.[90]

b) *Conspiración*

Si bien la Convención no comprende a los actos preparatorios,[91] éstos podrían caer con frecuencia bajo el tipo de conspiración ("conspiracy") a la comisión de un genocidio (art. III (b)).[92] Por conspiración se debe entender el acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito.[93] El tipo cobra relevancia para el derecho penal internacional, como es sabido, con el derecho de Núremberg,[94] aunque en sus orígenes no ha tenido gran aceptación por parte de los representantes de los ordenamientos jurídicos continental europeos y tampoco en las deliberaciones de la Convención.[95] La crítica expresada en aquel entonces, especialmente del lado alemán, a la extensión que esta figura provoca de la comprensión continental europea de la intervención criminal —sin tener en cuenta un actuar conjunto objetivo en la ejecución del hecho y un dolo determinado a través de un plan común del hecho subjetivamente vinculante—, sigue siendo, por cierto, correcta; sin embargo, con la introducción de tipos análogos en el derecho continental europeo y en el derecho alemán en el marco de la lucha contra el terrorismo —piénsese, por ejemplo, en la figura del acuerdo para

---

N. del T. Los capítulos a los que se hace referencia (§ 2 a 6 del original alemán) no forman parte de la traducción al castellano.

89 Similar *Planzer*, Crime (1956), p. 118, advirtiendo especialmente la difícil delimitación entre actos preparatorios, conspiración e intervención criminal.

90 Cfr. infra § 10, especialmente II. 3. y 4.

91 Cfr. ya supra nota 79.

92 Sobre la historia de sus orígenes, cfr. *Schabas*, Genocide (2000), p. 260 s.

93 Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 101; *Drost*, Crime (1959), p. 91; *Robinson*, Genocide (1960), p. 66; *Planzer*, Crime (1956), p. 108; *Campbell*, § 220 a (1986), p. 131; *Schabas*, Genocide (2000), p. 259 s.; *van Sliedregt*, Responsibility (2003), p. 17 ss., 32. Cfr. para mayores detalles *Bornhövd*, Conspiracy (1964), p. 54 ss.

94 Cfr. p. 101 ss. vers. al.

95 Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 101; *Graven*, Crimes (1950), p. 502 s.; *Jescheck*, ZStW 1954, 213; también *Robinson*, Genocide (1960), p. 69. Crít. también *Bornhövd*, Conspiracy (1964), p. 13 ("delito indeterminado y sin forma"), 211 s.

cometer delitos (§ 30 (2), alt. 3 del StGB)— ella ha perdido credibilidad y, por tal motivo, no puede ser más aducida como objeción en contra de su reconocimiento en el derecho penal internacional.[96] Aunque con el correr del tiempo, como muestra la jurisprudencia, el tipo ha perdido importancia práctica,[97] su recepción también en recientes instrumentos de derecho penal internacional[98] demuestra que la comunidad de los Estados *no* quiere prescindir *tan fácilmente* de ella. La objeción que se le ha efectuado fundada en su (dudosa) conformidad con los principios de un Estado de derecho debería ser atendida por medio de una *interpretación restrictiva*. En este sentido, del análisis jurisprudencial se sigue que una conspiración puede ser aceptada sólo si existe una concreta planificación de hechos que se puedan concretizar.[99]

II. DEFENCES

Las defences no están reguladas expresamente en la Convención, pero del art. IV se pueden extraer, de todos modos, algunas conclusiones.

1. La inmunidad

El art. IV reconoce el principio de la responsabilidad individual en derecho penal internacional, al establecer la punibilidad de personas naturales ("persons").[100] Los destinatarios de la norma no son solamente los particulares ("private individuals"), sino también los funcionarios públicos ("public officials") y los gobernantes del Estado ("constitutionally responsible rulers"). La codificación de la responsabilidad penal de las personas mencionadas en último término significa un rechazo de la doctrina del act of state,[101] pues ésta pretende justamente garantizar su inmunidad frente a los órganos judiciales.[102]

Sin embargo, el art. IV no comprende a todos los autores "estatales" de un genocido. En el nivel de conducción se limita al "gobernante responsable de acuerdo con la Constitución"[N. del T.] —en contra de las propuestas de la Secretaría General ("rulers") y

---

[96] Similar *Campbell*, § 220 a (1986), p. 131 con referencia al § 129 (3) StGB.

[97] Cfr. supra § 2 II. 2. c).

[98] Art. 4 (3)(b) del EICTY, art. 2 (3)(b) del EICTR y también art. 2 (3)(e) del Draft Code de 1996. Sobre otras convenciones internacionales ver p. 437 s. vers. al.

[99] Cfr. supra § 2 II. 2. c).

[100] *Planzer*, Crime (1956), p. 128 ss. (133), 137; *Drost*, Crime (1959), p. 92; *Schabas*, Genocide (2000), p. 316 ss.

[101] Cfr. supra § 2 III. 5.

[102] *Planzer*, Crime (1956), p. 133 ss.; *Drost*, Crime (1959), p. 94; *Robinson*, Genocide (1960), p. 71. Sobre la doctrina del act of state y su relación con la inmunidad, cfr. § 2 I. 1. vers. al.

[N. del T.] La versión oficial en lengua castellana (cfr. art. X, Convención contra el Genocidio) habla a secas de "gobernantes".

del Comité Ad-hoc ("heads of state"). De este modo, puede penarse por genocidio a los dictadores, no así, en cambio, a los gobernantes inmunes según el derecho constitucional interno de su Estado (monarcas, presidentes constitucionales)—.[103] En el nivel de decisión medio y bajo son punibles los public officials; sin embargo, permanece abierta especialmente la cuestión de si con este concepto están incluidos también los parlamentarios.[104] Frente al trasfondo del desarrollo jurídico reciente, especialmente del caso Pinochet,[105] la interpretación dinámica de la Convención[106] que aquí se sostiene parece hablar, sin embargo, en contra de cualquier inmunidad de los órganos estatales, especialmente también en contra de la observancia en derecho penal internacional (ver Art. 27 ECPI) de normas de inmunidad internas de los Estados.

2. El actuar en cumplimiento de una orden

Una grave deficiencia de la Convención consiste en no regular las consecuencias jurídicas del actuar en cumplimiento de una orden.[107] La propuesta de la Secretaría General —y posteriormente también de la delegación soviética— de excluir expresamente la invocación del actuar en cumplimiento de una orden como causa de eximición de pena fue rechazada por 28 votos contra 15 y 6 abstenciones.[108] Como fundamento se ha alegado esencialmente que no habría uniformidad al respecto en los derechos nacionales y que la decisión dependería fuertemente del caso concreto, debiendo, por tal razón, quedar librada a los tribunales. Por tanto, el rechazo de la propuesta de la Secretaría General no significó necesariamente una reprobación del derecho de Núremberg, sino que solamente ha mostrado la inseguridad de los delegados en esta cuestión. No se quería fijar la cuestión y, por ello, se la ha delegado a los tribunales nacionales. Y éstos tienen que responderla con los principios generales del derecho penal internacional.[109]

---

[103] *Drost*, Crime (1959), p. 92; *Robinson*, Genocide (1960), p. 70; crít. *Graven*, Crimes (1950), p. 508 ss.; *Planzer*, Crime (1956), p. 136 s.; cfr. también *Lippman*, ArizJICL 1998, 458 s.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 317 ss.

[104] Cfr. *Drost*, Crime (1959), p. 92 ss. (94), proponiendo el concepto más amplio de "agent of state"; también *Robinson*, Genocide (1960), p. 70 s.

[105] Cfr. sobre la inmunidad *Ambos*, JZ 1999, 19 ss.; *el mismo*, JZ 1999, 565 s., así como la documentación de la decisión correspondiente en *Ahlbrecht/Ambos* (editores), Pinochet (1999), p. 103 ss., 148 ss. En general, sobre los límites a la inmunidad con miras al derecho penal internacional y los derechos humanos *Ambos*, en: Münchner Kommentar StGB, tomo 1 (2003), nota preliminare a los § 3-7 nm. 135 ss.

[106] Cfr. supra § 3 en la nota 16 s.

[107] Cfr. *Stillschweig*, Friedens-Warte 1949, 98 s.; *Robinson*, Genocide (1960), p. 71 s.; crít. *Graven*, Crimes (1950), p. 511 ss.; *Planzer*, Crime (1956), p. 140 s.; *Drost*, Crime (1959), p. 95 ss.; *Schabas*, Genocide (2000), p. 325 ss.

[108] *Robinson*, Genocide (1960), p. 72; también *Lippman*, ArizJICL 1998, 459.

[109] Similar *Drost*, Crime (1959), p. 94; *Planzer*, Crime (1956), p. 141, ambos en favor de una limitación del actuar en cumplimiento de una orden.

Al respecto, se habrá de considerar el efecto de la orden sobre la presencia en el subordinado de una intención de destrucción. La mayoría de los delegados era de la opinión de que un actuar en cumplimiento de una orden excluye la intención exigida. *Drost* ha descrito el problema del siguiente modo:

> It is submitted that the ordinary operative, military, civil or police, regularly performing his task and *duties* within the course of his employment cannot be accused of having the *intention* to destroy the members of the protected group when the governmental official serving as *instrument* in the machinery of genocide, functioning only as a mere *tool* handled by his superiors in carrying out their crimes, has no *guilty mind* filled with *intent* to fulfil the purpose of the deeds with which he may be charged as offences under the Convention […]
>
> Without any special *intention* on his part as shown in an *active* participation in a conspiracy to commit genocide or in an *initiative* as to *voluntary* contribution to acts of genocide which demonstrate the public official's own intent to destroy the victimized group, an agent of state cannot be held guilty of acts punishable under the Convention".[110]

De tal manera, *Drost* ve frustrada la existencia de una intención de destrucción básicamente ya en razón del cumplimiento en debida forma de un deber en el marco de un aparato estatal. Sin embargo, pueden existir casos en los cuales el subordinado a pesar de una orden o de una situación análoga a una orden actúe con la intención requerida; por ejemplo, cuando actúa en completo acuerdo con su superior, haciendo propia su intención de destrucción o cuando él mismo de modo independiente tiene esta intención. Se trata, aquí, de los casos en los cuales el subordinado, para hablar con los términos de *Drost*, interviene "activamente" o abraza "voluntariamente" la iniciativa. Por tanto, la existencia de una orden puede, en todo caso, fundamentar la presunción de que falta la intención de destrucción en el receptor de la orden. Esa presunción puede ser refutada por medio de la prueba —si bien difícil— de una intención de destrucción independiente del subordinado.

III. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

1. En el nivel de la ***responsabilidad individual*** el genocidio exige desde el punto de vista de la tipicidad *objetiva* un ataque a la existencia física (art. II nro. 1-3) o la futura existencia (nro. 4, 5) de un grupo étnico, religioso, racial o nacional. La intervención estatal no es necesaria. También un hecho individual puede realizar el tipo objetivo, pues el bien jurídico protegido es el grupo como unidad social de todos sus miembros.

---

[110] *Drost*, Crime (1959), p. 98 (resaltado por el autor). Similar *Robinson*, Genocide (1960), p. 72 s.; también *LK-Jähnke* (1999), § 220a, nm. 13; *S/S-Eser* (2001), § 220a, nm. 5; recientemente *Schabas*, Genocide (2000), p. 328 remitiéndose a la posición de Venezuela en el Sixth Committee.

Esto último resulta también de que desde el punto de vista *subjetivo* es necesaria la intención de destrucción de los grupos mencionados; ésta se puede manifestar también en un ataque a un miembro del grupo. Por lo demás —junto con la intención especial—, debe existir dolo (genérico); al respecto es suficiente el dolus eventualis —al menos según la comprensión alemana—. Los motivos del hecho o móviles, que van más allá del dolo y que se han de diferenciar de éste, no forman parte del tipo subjetivo.

En el marco de la intervención criminal, la "complicity in genocide" (art. III (e)) es entendida, ante todo, como participación accesoria del hecho principal consumado. Una participación en la tentativa o en la incitación al genocidio no es posible. Como acción de participación es suficiente cualquier forma de colaboración ("accessorship", "aiding/abetting").

Además, con el art. III (c) se pena la *incitación* ("incitement") pública a un grupo de personas indeterminadas a cometer un genocidio. Este hecho constituye un delito de peligro (abstracto o concreto) a causa de la imposibilidad de controlar las consecuencias jurídicas así desencadenadas.

Como *extensiones de la responsabilidad* la Convención regula la tentativa ("attemp") y la conspiración ("conspiracy"). La *punibilidad de la tentativa* es dejada a los Estados partes y, por tal motivo, una elaboración dogmática de la tentativa en el derecho penal internacional se encuentra todavía pendiente. El tipo de *conspiración* requiere, a causa de su dudosa conformidad con los postulados de un Estado de derecho debido a la extensión de la responsabilidad que apareja, ser interpretado restrictivamente. Este tipo tiene lugar, de conformidad con el análisis jurisprudencial realizado, sólo si existe una concreta planificación de hechos que se puedan concretar.

2. La Convención no contiene ninguna disposición expresa sobre ***defences***. Un *draft article* sobre la irrelevancia del actuar en cumplimiento de una orden fue rechazado.[111] De todos modos, del art. IV resulta que es rechazada la doctrina del *act of state*. Por el contrario, las consecuencias jurídicas del actuar en cumplimiento de una orden no fueron reguladas siquiera implícitamente. Sin embargo, una orden o un actuar en el marco de una estructura jerárquica puede fundamentar la presunción de que falta en el subordinado la intención de destrucción exigida. Esta presunción puede ser refutada con la prueba de una intención de destrucción independiente en el subordinado.

3. En ***conclusión***, la Convención contra el Genocidio desarrolla mayormente la jurisprudencia penal internacional, especialmente en el ámbito de la responsabilidad individual.[112] En cuanto a las defences solamente se confirma el rechazo de la doctrina del *act of state*.

---

[111] Cfr. *Dinstein*, Superior orders (1965), p. 217 ss.

[112] Cfr. también *Simma/Paulus*, AJIL 1999, 308 s., quien constata con acierto que la "individual criminal responsibility for genocide […]" sería "part and parcel of international law". También *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider (editores), Völkerrecht (2001), p. 347.

Desde el punto de vista de la *tipicidad* con el art. II se crea, por primera vez, una norma de derecho penal internacional que permite una diferenciación entre presupuestos objetivos de la responsabilidad (conductas de agresión, bien jurídico protegido) y subjetivos (intención especial de destrucción).

Las posibles *formas de intervención criminal* ("complicity", "incitement") dan motivo al desarrollo de criterios de delimitación, que van más allá de lo que era conocido por la jurisprudencia hasta la entrada en vigor de la Convención. En cuanto a las *extensiones de la responsabilidad* (conspiración, tentativa), aunque no se consagre ninguna noción nueva, se confirma que la figura de conspiración requiere de una limitación.

§ 6. Resumen sistemático de los principios generales codificados y resultados *

I. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Una apreciación de conjunto de los esfuerzos de codificación desde Núremberg pone de manifiesto que sólo con los trabajos de la CDI en los Draft Codes se han discutido y —al menos en un comienzo— codificado *formas más diferenciadas* de responsabilidad. Sobre esta base, con el ECPI se ha desarrollado, entonces, un cuerpo normativo más o menos compacto.

En cuanto a la punibilidad de la *omisión*, si bien ella ha sido reconocida expresamente en los Draft Codes de 1991 y 1996, así como en los proyectos de privados, en el ECPI no se ha podido alcanzar, sin embargo, una regulación capaz de lograr consenso.

1. Intervención criminal

Los Draft Codes de 1991 *y* 1996 de la CDI distinguen por primera vez —al menos implícitamente— entre *autoría* directa, autoría mediata y la *participación* (*complicity*).[1] Con la complicity se comprende toda colaboración a la comisión de un crimen internacional, así como la incitación. Esta amplia responsabilidad, que se

---

* Traducción del § 16 vers. al. referido al *resumen* de los principios generales recabados de las *codificaciones* (infra en el texto I. y II.) analizadas en los § 9 a 15 de la segunda parte de la investigación original alemana. De éstos, fueron traducidos únicamente los § 10 y 11 vers. al. (= § 4 y 5 de esta versión), pero no los § 9, 12 a 15 vers. al. que examinan, respectivamente, los principios de Núremberg, otras convenciones de derecho penal internacional, los proyectos de códigos de la CDI, los proyectos de personas y organizaciones particulares y la descripción de las reglas generales del ECPI. El presente capítulo contiene además los resultados totales de la primera y segunda parte de la investigación alemana (infra en el texto III.).

[1] Cfr con más detalles p. 449 ss., 462 ss. vers. al.

encontraba ya en la Convención contra el Genocidio, se generaliza con los Draft Codes. De este modo, se explicita un punto en común central de las reglas de intervención criminal en todas las codificaciones, a saber, la criminalización de todas las acciones de colaboración (incluso aquellas que se sitúan muy anteriormente de la efectiva ejecución del hecho, especialmente mediante la incitación). Con ello debería ser garantizada, al menos normativamente, una punibilidad lo más amplia posible. Tendencialmente, este objetivo es perseguido también por los proyectos de privados, aunque al respecto la ILA distingue claramente entre autoría, coautoría y participación.[2]

Recién en el Draft Code de 1996 de la CDI se encuentra una explícita *limitación de responsabilidad*, conminando penalmente sólo la participación "directa" y "sustancial". Allí se reconoce también la dependencia de la participación del hecho principal (accesoriedad).

El *ECPI* sigue por primera vez la diferenciación, basada en la concepción de la intervención al hecho continental europea, entre la autoría individual, coautoría y autoría mediata y la participación (inducción y complicidad). La incitación a cometer un crimen es reconocida solamente respecto del genocidio —con base en la Convención homónima—. Sobre todo esto se volverá más adelante (infra § 8).

2. Extensiones de la punibilidad

En el centro de las extensiones de la responsabilidad se encuentra la doctrina de la *responsabilidad por el mando o del comandante* ("command responsibility"). Ella ha sido codificada por primera vez en el PACG I, de donde se basan las posteriores codificaciones de los Draft Codes de 1991 y 1996 y el ECPI.[3] Según esto, la responsabilidad del comandante no es problemática cuando éste, conociendo los delitos de sus subordinados y teniendo posibilidad de intervención, no emprende ninguna medida. Desde siempre es discutido, sin embargo, cómo se debe proceder en caso de falta de conocimiento (positivo) y cómo deben ser configurados los controles del jefe sobre sus subordinados.

Al respecto, el ECPI ha avanzado en el desarrollo de las codificaciones existentes, responsabilizando también al jefe militar *de hecho* y a *otros* jefes (no militares). Lo decisivo es el control *efectivo* del jefe sobre sus subordinados. Desde el punto de vista subjetivo se exige respecto de los jefes militares la posibilidad del conocimien-

---

[2] Cfr con más detalles p. 476 ss., 483 s., 487 s. vers. al.

[3] Sobre el PACG I ver supra § 4 I. 2. b). Sobre los Draft Codes ver p. 452 y 464 vers. al. Sobre el ECPI ver infra en el texto y detalladamente en el § 9. Sobre el desarrollo histórico de la doctrina *Ambos*, Temas (2001), p. 119 ss.; recientemente *Langston*, ICLR 2004, p. 149 ss.

to o el mero *deber conocer* ("hubiere debido saber"; "should have known") y en cuanto a los demás jefes una clase de *imprudencia consciente. Por tanto, en este último caso las exigencias subjetivas son mayores.*

La punibilidad de la *tentativa* puede considerarse ahora —con el ECPI— definitivamente consolidada.[4] En esencia, ella ya había sido reconocida en la Convención contra el Genocidio[5] y en muchos otros convenios de derecho penal internacional, pero sólo durante las deliberaciones de los Draft Codes fue discutida con profundidad. Sin embargo, la CDI no se pudo poner de acuerdo acerca de en qué crímenes la tentativa debía ser punible. En Roma se ha logrado establecer una punibilidad general de la tentativa por medio de la reducción del catálogo de crímenes a cuatro crímenes del derecho penal nuclear ("Kernstrafrecht"). La tentativa presupone según todas las propuestas de regulación —también las de privados— una resolución a cometer el hecho y un 'ponerse directamente a' la realización del tipo.

El tipo de *conspiración* ha perdido importancia cada vez en mayor medida. En la Convención contra el Genocidio, en los Draft Codes y en los proyectos de privados el tipo ya había sido interpretado de modo restringido y, debido a la falta de consenso, no fue siquiera incorporado en otros convenios de derecho penal internacional.[6] En el ECPI, finalmente, esta figura ha sido reemplazada por la participación en la forma de '*contribución de algún otro modo*' en la (tentativa de) comisión de un crimen por un grupo.[7]

3. Presupuestos subjetivos

La responsabilidad de derecho penal internacional requiere de una conducta con dolo directo (mens rea), es decir, *saber* positivo y *voluntad* incondicionada de realización del tipo. En principio, no se reconocen formas de dolo más débiles (dolus eventualis, recklessness). En ciertas ocasiones se requiere, sin embargo, una exigencia dolosa más intensa; por ejemplo, en el genocidio (la intención de destrucción)[8] o en ciertos convenios de derecho penal internacional (la persecución de un fin determinado).[9] El ECPI exige la "intención" ("intent") y el "conocimiento" ("knowledge"), definiendo con precisión esas formas de dolo.[10]

---

4 Cfr. con más detalles infra § 10.
5 Cfr. supra § 5 I. 3. a).
6 Cfr., por un lado, supra § 5 I. 3. b) y, por el otro, p. 437, 454, 466, 494 vers. al.
7 Cfr. con más detalles infra § 8 III. 2. c).
8 Cfr. supra § 5 I. 1. b).
9 Cfr. p. 438 ss. vers. al.
10 Cfr con más detalles infra § 11 I.

II. DEFENCES

Las defences se pueden diferenciar —con base en la distinción en los proyectos privados— entre causas *materiales* de exclusión de la punibilidad y defences *de otro tipo*. Esta diferenciación se ha hecho posible, no en último término, a causa de la aparición en tiempos recientes de otras causas materiales de exclusión de la punibilidad como la legítima defensa, el estado de necesidad, el estado de necesidad por coacción y el error, junto con la clásica del actuar en cumplimiento de una orden. Una mayor diferenciación en causas de justificación y causas de exculpación no se puede extraer, sin embargo, de las codificaciones analizadas.[11]

1. Causas de exclusión de la punibilidad

La causa material de exclusión de la punibilidad desde siempre más importante es el *actuar en cumplimiento de una orden*. Sin embargo, la mera existencia de una orden ha sido rechazada como defence ya por los principios de Núremberg (principio IV) y este rechazo ha sido confirmado por los Draft Codes y por los proyectos privados.[12] Sólo el ECPI ha reabierto la discusión presuntamente cerrada y otorgado validez en los crímenes de guerra a la doctrina de la "ilicitud (o antijuridicidad) manifiesta" ("manifest illegality"). En este caso, lo que importa en definitiva es saber si la orden era manifiestamente antijurídica. Si esto es así, no tiene lugar la exclusión de la punibilidad. La antijuridicidad manifiesta se presume en caso de órdenes a cometer un crimen contra la humanidad o un genocidio, fracasando, al respecto, ya desde un comienzo la invocación de un actuar en cumplimiento de una orden.[13]

En relación con otras causas materiales de exclusión de la punibilidad, éstas habían sido solamente mencionadas por la CDI y sólo definidas con más detalle en los proyectos privados. Esta situación ha sido modificada con el ECPI, en donde se codifica la *legítima defensa*, en principio también —coincidentemente con los proyectos privados— para la defensa de la propiedad.[14]

En cuanto al *estado de necesidad* y el *estado de necesidad por coacción*, el ECPI —al contrario que los proyectos privados— los regula conjuntamente.[15] Aunque el ECPI diferencia también según la fuente del peligro o de la amenaza —peligro proveniente del hombre o simplemente de la naturaleza—, ello no tiene importancia para la delimitación entre estas defences. En cambio, los proyectos privados parten de un estado de necesidad por coacción cuando se está en presencia de un peligro proveniente del hombre. En caso contrario se trataría de un caso de estado de necesi-

---

[11] Cfr. con más detalles sobre el ECPI infra § 12 I. 1.
[12] Cfr. p. 384 s., 446, 457, 468, 495 vers. al.
[13] Cfr. también infra § 12 I. 2. b).
[14] Cfr. infra § 12 I. 2. a).
[15] Cfr. con más detalles infra § 12 II.

dad general. La importancia del estado de necesidad por coacción reside, sobre todo, en comprender las situaciones de coacción en las jerarquías de mando que no conducirían a una exclusión de la punibilidad con base en el actuar en cumplimiento de una orden a causa del entendimiento restrictivo dominante respecto de esta defence.

También el tratamiento serio del *error* comenzó recién con los trabajos de privados, cuyos proyectos diferenciaron convincentemente entre un error sobre las circunstancias de hecho ("mistake of fact") y un error sobre las circunstancias de derecho ("mistake of law").[16] La exigencia en todos los casos de error de la negación del dolo ("negation of the mental element") (así también en el ECPI) impide, sin embargo, la suficiente consideración de la falsa representación *de derecho*.

Las defences del *derecho de la guerra desempeñaron un rol importante* especialmente en el Derecho de Ginebra; sin embargo, éstas fueron limitadas cada vez en mayor medida por éste y por ello en lo siguiente no serán consideradas.[17]

2. Otras defences

Al respecto, es de especial importancia la *prohibición de retroactividad*, reconocida en principio por el Derecho de Ginebra y también por la CDI. Sin embargo, allí expresamente no se limita el concepto de ley ("lex") al derecho escrito ("positivo") de los tratados internacionales, sino que se admite también para la fundamentación de la punibilidad el recurso a la costumbre internacional no escrita. De todos modos, la prohibición de retroactividad ha perdido progresivamente importancia con la creciente codificación de tipos de derecho penal internacional.

Menor importancia tienen las causas de exclusión de la culpabilidad de la *enfermedad mental* y de la *ebriedad plena. Tienen en cambio importancia práctica, pero son poco controvertidas la imprescriptibilidad* de crímenes internacionales (Art. 29 ECPI) y la irrelevancia del *cargo* oficial y de eventuales *reglas de inmunidad* respecto de la punibilidad (Art. 27 ECPI).[18] Finalmente, en los crímenes internacionales fracasa la invocación del *consentimiento* de la víctima ya a causa de su carácter supraindividual.[19]

---

[16] Cfr. p. 495 s. vers.al.

[17] Cfr. ya las referencias en el § 2 III. 4., así como en el § 4 II. 3.

[18] Ver ya supra con relación al genocidio § 5 II. 1. Cfr. recientemente *Jescheck*, JICJ 2004, 43 f.

[19] Cfr. *Werle*, 2003, p. 151 s.; *Mantovani*, JICJ 2003, p. 35; justamente por esta razón se ha prescindido también de una regulación al respecto en el VStGB (cfr. BT-Drucks. 14/8524, p. 15).

III. RESULTADOS DE LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA Y DE LAS CODIFICACIONES

Los esfuerzos de codificación quedan rezagados respecto de las reglas de parte general elaboradas por la jurisprudencia. Esto se muestra, especialmente, con el hecho de que el *análisis jurisprudencial* produce en los mismos ámbitos de regulación conocimientos *más concretos*.[20] Este resultado muestra también que una elaboración dogmática del derecho penal internacional se debería orientar siempre a casos prácticos.

Sin embargo, la exposición y el análisis de los esfuerzos de codificación cumplen una importante *función correctiva y de limitación* en cuanto a la identificación de los principios generales relevantes. Una comparación de los principios desarrollados por la jurisprudencia con los que se obtienen de las codificaciones evidencia que la parte general de derecho penal internacional[21] se asienta en una *estructura básica bipartita,* consistente en reglas sobre responsabilidad individual y defences.

Sin embargo, dentro de las reglas referidas a la responsabilidad individual se diferencia en las codificaciones —en contra del *modelo unitario de autor*[22] preferido por la jurisprudencia— entre autoría y participación e incluso también dentro de estas formas de intervención al hecho. Por otra parte, las codificaciones no contradicen la importancia que la jurisprudencia asigna a la teoría del *dominio por organización* y de la *empresa criminal conjunta* ("joint criminal enterprise" - jce) en sus dos primeras categorías (jce I y II), aunque tampoco las regulan expresamente.

En el ámbito de las *extensiones de la responsabilidad*, la *responsabilidad del comandante* se presenta como la más importante ya por tradición, mientras la tercera categoría del joint criminal enterprise ("jce III") sólo recién comienza a ganar más importancia.[23] También la punibilidad de la *tentativa* —de poca relevancia en la jurisprudencia— es reconocida en las codificaciones, mientras que prácticamente ha desaparecido el tipo de *conspiración* —aun aplicado (restrictivamente) por la jurisprudencia.[24]

En cuanto concierne a los *presupuestos subjetivos de la responsabilidad*, si bien la jurisprudencia es más concreta,[25] en lo fundamental coincide con las codificaciones.

En cuanto a las *defences*, del análisis de los trabajos de codificación resulta una diferenciación materialmente convincente entre causas materiales de exclusión de la punibilidad y defences de otro tipo. La escasa importancia de las *defences de otro tipo* ha sido constatada ya al analizar la jurisprudencia. Especialmente la comprensión poco estricta, incluso amplia, de la *prohibición de retroactividad* y del *principio de determinación* (mandato de certeza) por medio de la admisión del derecho con-

---

[20] Cfr. ya supra § 2.
[21] Cfr. ya supra § 2 I.
[22] Cfr. ya supra § 2 II. 1. a).
[23] Sobre ello ya supra § 2 II. 1. a).
[24] Cfr. ya supra § 2 II. 2. c).
[25] Cfr. ya supra § 2 II. 3.

suetudinario no escrito le quita a esas defences toda eficacia práctica.[26] En última instancia, con esto se refleja el anhelo de los derechos humanos, según el cual una conducta puede ser penada en cualquier caso, si ella era punible "según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional".[27] Con la aprobación de un derecho penal internacional escrito a través del ECPI, el cual reconoce además el *nullum crimen* y el *nulla poena* (arts. 22 — 24), estas defences han continuado a perder importancia práctica.

Entre las *causas materiales de exclusión* de la punibilidad —también al respecto coinciden sustancialmente las codificaciones y la jurisprudencia— tienen especial importancia el *actuar en cumplimiento de una orden* y el *estado de necesidad por coacción.*[28] Por el contrario, las defences del derecho de la guerra —en contra de la jurisprudencia anterior—[29] han perdido crecientemente importancia a través del Derecho de Ginebra[30] y, por tal razón, en lo siguiente tampoco serán consideradas.[31] El análisis de la jurisprudencia despierta dudas también respecto de la importancia práctica de la *legítima defensa* y del *error*.[32] De todos modos, su reconocimiento jurídico está fuera de discusión a partir de la aprobación del ECPI.

Según todo esto, pueden ser identificados como especialmente importantes los siguientes *elementos estructurales de una parte general*:

I. Responsabilidad individual

1. Intervención criminal

a) Autoría y participación
b) Autoría mediata (dominio por organización)
c) Complicidad (acciones de colaboración) - Co-autoría/ jce I y II

---

[26] Cfr. ya supra § 2 III. 1. y 5; de la doctrina reciente, cfr. concluyentemente (especialmente sobre la prohibición de retroactividad) también *Gornig*, NJ 1992, 11 s.; *Dannecker*, Strafrecht (1993), p. 179 ss., 267 ss.; *Klug*, en: Kohlmann (editor), Rechtsphilosophie (1994), p. 229 ss.; *Quaritsch*, en: Schmitt, Verbrechen (1994), p. 202 ss.; *Franz*, Verantwortlichkeit (1995), p. 38 ss. (100 ss.); *Catenacci*, en: Lattanzi (ed.), ICC (1998), p. 159 ss.; *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 66 ss.; *Malekian*, en: Bassiouni (ed.), Int.Crim.L. I (1999), p. 174 ss.; *Bremer*, Strafverfolgung (1999), p. 59 ss.; *Dinstein,* en: McDonald/ Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 384 ss.; *Schabas*, EJIL 2000, 522 s., 538 s.; *Boot,* Crimen (2002), p. 75 ss. y passim; también *Ambos*, StV 1997, 39 ss.

[27] Cfr. art. 15 (2) PIDCP; también art. 11 (2) DUDH, 7 (2) CEDH y art. 9 CADH. Cfr. al respecto ya supra § 1 I. 3.

[28] Cfr. supra § 2 III. 3.

[29] Cfr. supra § 2 III. 4.

[30] Cfr. supra § 4 II. 3.

[31] Desde luego, la cláusula de apertura del art. 31 (3) del ECPI que autoriza a la Corte a aplicar otras causas de exclusión de la responsabilidad penal reconocidas por el derecho internacional puede tener importancia especialmente en cuanto a las *defences* del derecho de la guerra (acertadamente sobre las represalias *Kreß*, HuV 1999, 9).

2. Extensiones de la punibilidad

a) Responsabilidad del jefe
b) Tentativa
c) Contribución de algún otro modo al hecho colectivo - jce III

3. Presupuestos subjetivos

II. Defences

1. Causas de exclusión de la punibilidad

a) Actuar en cumplimiento de una orden
b) Estado de necesidad y estado de necesidad por coacción
c) Legítima defensa
d) Error

2. Otras defences

La cuestión referida a cómo deberían ser configurados en particular estos elementos estructurales será desarrollada en los capítulos siguientes. Al respecto, la jurisprudencia penal internacional y las codificaciones existentes, especialmente el ECPI, constituirán el punto de partida de las siguientes reflexiones. Sin embargo, éstas deberán ser desarrolladas dogmáticamente con mayor profundidad con la ayuda de conocimientos de derecho comparado y de opiniones doctrinarias generales. Al respecto, también se efectuarán las adecuaciones que sean materialmente necesarias a la estructura del crimen de derecho penal internacional existente. En cuanto concierne al punto central de las siguientes reflexiones, la considerable *reducción de las defences* confirma la tesis, ya antes mencionada,[33] de que éstas no asumen una función decisoria en la sentencia, ya que en vista de la gravedad de los hechos en cuestión es difícil de imaginar una exclusión de la punibilidad. Así, el punto principal residirá en lo siguiente en el ámbito de la *responsabilidad individual*. Antes que nada deben ser adelantadas al respecto unas consideraciones generales sobre imputación y derecho penal internacional.

---

[32] Cfr. supra § 2 III. 2. y 3.
[33] § 2 III. 5. al final.

§ 7. Bases para una elaboración dogmática: Imputación y derecho penal internacional *

I. FUNDAMENTOS

En el *sentido originario del derecho natural* la imputación es definida con las parejas conceptuales "imputatio facti - imputatio iuris" o bien "imputatio physica - imputatio moralis". Con ello se trata, en primer término, de la imputación de hecho (fáctica) o física de un *suceso* (una "acción natural") controlado por la voluntad de una determinada *persona* (el "autor"); en segundo término, del valor jurídico o moral de ese suceso en el sentido de una imputación normativa, es decir, de la *valoración* de esa acción como antijurídica o inmoral y, por ello, necesitada de sanción.[1] Conforme a ello, la imputación es entendida en un sentido amplio como "la constatación […] de una relación entre un acontecimiento y una persona",[2] como la "vinculación efectuada con base en una norma entre un hecho ("Seinstatbestand")[N. del T.] y un sujeto".[3] La

---

* Traducción del § 17 vers. al. revisado, actualizado y complementado, que pretende desarollar los fundamentos teóricos para la siguiente elaboración dogmática. El título original fue modificado.

[1] Sobre esta diferenciación que se remonta a la doctrina del derecho natural del siglo XVIII, especialmente a *Pufendorf* y *Christian Wolff*, cfr. *Schaffstein*, Lehren vom Verbrechen (1930/1986), p. 36 s.; *Hruschka*, Strukturen (1976), p. 2 s., 35; *Küpper*, Grenzen (1990), p. 83 ss.; *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 57 ss.; fundamental *Modolell*, Bases (2001), p. 4 ss., 28 ss. (36 ss.). En similar sentido *Kelsen*, Hauptprobleme (1923/84), p. 73 ss., para quien la imputación tendría un carácter acausal, ateleológico y avoluntativo, dado que se asienta "exclusiva y únicamente en el *deber ser*, en la norma") (p. 75, resaltado en el original). Cfr. también *Maiwald*, FS Miyazawa (1995), p. 465 ss., quien remonta a *Larenz*, *Honig* y *Welzel* el concepto jurídico-penal de imputación en su significado originario de dos niveles —primero, configuración humana final, luego su valoración jurídico-penal (472 s.)—. Sobre *Pufendorf* especialmente *Hardwig*, Zurechnung (1957), p. 35 ss.; recientemente también *Schünemann*, GA 1999, 208 ss.

[2] *Hardwig*, Zurechnung (1957), p. 7. En similar sentido *Krauß*, Zurechnung (1963), p. 6; *Schünemann*, Unterlassungsdelikte (1971), p. 234; *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 57.

N. del T. La noción de *Seinstatbestand* es de difícil traducción; textualmente se correspondería más a "tipo del ser"; pero en la concepción de Kelsen el *Tatbestand* (tipo) no contenía un significado como el que la moderna doctrina jurídico-penal le asigna a este concepto; se ha preferido, por ello, la utilización de la noción "hecho", para expresar la referencia a un suceso óntico o real.

imputación *en sentido amplio* se ocupa de la cuestión central de la parte general de una ley penal: ¿Quién y bajo qué presupuestos normativos debe ser penado?[4] De modo más abstracto: ¿Cómo ha de ser "la relación entre sujeto activo y resultado"?[5] El ordenamiento jurídico valora esa relación de imputación con un precepto jurídico, de manera que en contra del sujeto de la norma (el "autor") debe producirse una determinada consecuencia jurídica.[6] Esto presupone, *al menos*, que el mundo es dominable por el hombre y que a éste se lo puede responsabilizar por determinadas consecuencias de sus acciones, por el hecho de haberlas realizado finalmente;[7] de lo contrario, se trataría de un "accidente" —no imputable a nadie—.[8] Sin embargo, en la actualidad, el empleo de un precepto jurídico para la imposición de una sanción penal no sólo presupone una acción (natural), sino también una conducta jurídico-penalmente desaprobada y reprochable, es decir, un injusto típico y culpable.[9]

De esto se ha de diferenciar la imputación "dentro del tipo", es decir, la imputación *en sentido restringido* como presupuesto de la tipicidad de una conducta y como limita-

---

[3] *Kelsen*, Hauptprobleme (1923/84), p. 72, similar en la p. 144. En ésta, su primera obra, *Kelsen* entendía también en el concepto de imputación a la vinculación construida a través del "deber" de los elementos reunidos dentro de la norma (idem, p. 71). Posteriormente, Kelsen designó la relación entre el hecho (*Seinstatbestand*) y el sujeto de la norma como "atribución" (*Zuschreibung*) y utilizó el concepto de imputación (*Zurechnung*) tan solo en sentido análogo al de la causalidad de las ciencias naturales (cfr. *Koriath*, Grundlagen [1994] p. 146 ss., 149; crít. respecto de este trabajo *Zaczyk*, GA 1997, 285 ss.; sobre *Kelsen* también *Modolell*, Bases [2001], p. 48 ss.). Al concepto originario de imputación de *Kelsen* se une *Perron*, Rechtfertigung (1988), p. 21: "vinculación de un acontecimiento del ser (*Seinsgeschehen*) con una persona". Cfr. también *Hassemer*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik I (1998), p. 350, 364 s.

[4] Cfr. *Jakobs*, AT (1993), 6/1**;** también *el mismo*, en: Neumann/Schulz, Verantwortung (2000), p. 63 ss. (65): imputación como doctrina del significado de la conducta y de la repartición de competencias por infracciones a la norma en un determinado contexto social. De esta aceptación de base pueden ser derivadas tres consecuencias en relación con el deber negativo de no lesionar a otro (66): el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

[5] *Roxin*, AT I (1997), § 10, nm. 55.

[6] *Perron*, Rechtfertigung (1988), p. 21; cfr. también *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 244. Desde un punto de vista de derecho comparado: *Flechter*, Concepts (1998), p. 81.

[7] Cfr. *Roxin*, FS Honig (1970), p. 134 con referencia a *Honig*; también *Maiwald*, FS Miyazawa (1995), p. 465 ss.; *Hassemer*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik I (1998), p. 354 s.; *Frisch*, FS Roxin (2001), p. 214 s. Sobre Honig también *Modolell*, Bases (2001), p. 84 ss.

[8] Cfr. *Jakobs*, en: Neumann/Schulz, Verantwortung (2000), p. 65.

[9] Cfr. *Hardwig*, Zurechnung (1957), p. 4: "si un tipo está realizado, inclusive la antijuridicidad y la culpabilidad, entonces […] el comportamiento concreto le es imputado como propio al autor". Por el contrario, para *Krauß*, Zurechnung (1963), p. 6 la imputación se refiere al campo del injusto penalmente relevante, con lo que presupone la distinción entre injusto y culpabilidad. De modo diverso, probablemente, *Kelsen*, Hauptprobleme (1923/84), p. 73 ss., 143 ss., cuando considera a la "culpabilidad" como la imputación del resultado exterior ético-jurídico, es decir, normativo (en lugar de psicológico) "querido", y con ello se basa únicamente en la imputación normativa en el sentido mencionado ("del deber ser") (Cfr. ya supra, en la nota 1). Cfr. también *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 247. *Jakobs*, en: Neumann/Schulz, Verantwortung (2000), p. 69 s., 72 se basa, al respecto, en la distinción entre sentido (conducta imputable) y naturaleza. Crít. sobre la expansión de la teoría de la imputación (del resultado) a costa de la conducta típica *Frisch*, Verhalten (1988), especialmente p. 18 ss.; *el mismo*, FS Roxin (2001), p. 235 ss.; cfr. para mayores detalles, infra, nota 22.

ción normativa del extremadamente amplio concepto de causalidad de la teoría de la equivalencia. La distinción usual en este sentido entre imputación objetiva (del tipo objetivo)[10] e imputación subjetiva (del tipo subjetivo)[11] no sólo presupone que se ha superado la teoría del delito clásica,[12] sino, en general, que existe una teoría del delito. Por el

[10] Cfr. *Roxin*, GS Arm. Kaufmann (1989), p. 245; *el mismo*, AT I (1997), § 7, nm. 26; § 10, nm. 55; § 11, nm. 39 ss.; *Jakobs*, AT (1993), 7/5 ss.; *Gropp*, AT (2001), § 5, nm. 40 ss.; instructivo *Burgstaller*, en Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 383 ss.; aprob. en lo sustancial también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 60 s. Crít. sobre el renacimiento neonormativo de la teoría de la imputación y especialmente sobre la teoría de la imputación objetiva: *Hirsch*, FS Köln (1988), p. 403 ss.; una posición intermedia en *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 119 ss., en donde, por un lado, menciona como "razonable" el "compensar" en el tipo objetivo los déficit dogmáticos de una causalidad pura (p. 121) y considera necesarias también "restricciones en lo objetivo" (p. 141), pero, por otro lado, expresa que "la teoría sería de todas maneras criticable" "a causa del punto de vista metódico en el que se apoya y de las fricciones resultantes de éste" (p. 141, en particular: p. 122 ss.). Crít. *Küpper*, Grenzen (1990), p. 83 ss. (115 ss.), para quien la cuestión de la imputación es respondida exclusivamente por la teoría final de la acción; también *el mismo*, ZStW 1993, 297 ss.; crít. también *Koriath*, Grundlagen (1994), p. 404 ss. *Maiwald*, FS Miyazawa (1995), p. 465 ss. (481 s.) aboga nuevamente por una clara distinción entre la imputación como tal y su valoración jurídica en el sentido de la concepción originaria de dos niveles (supra, en la nota 1) y considera inadecuada la normativización del concepto (477 s.); el ámbito de aplicación de la imputación en el sentido originario sería suficientemente amplio y, especialmente, mucho más adecuado para la determinación de la responsabilidad (478 ss., 481 s.); ver una síntesis del estado de la discusión y un rechazo de la crítica del finalismo en *Frisch*, FS Roxin (2001), p. 217 ss. (221 s.), 226 ss. *Schünemann*, GA 1999, 208 ss., ve el verdadero mérito de la imputación objetiva (por entero funcional, racional-final) en el criterio de la "utilidad preventivo-general" de la sanción del autor, que va más allá de la teoría de la causalidad adecuada (214 s., 219, 227) e intenta por lo demás —siguiendo a *Roxin*, GS Arm. Kaufmann (1989), p. 237 ss.— la "construcción de un puente" entre la imputación objetiva y el finalismo (207, 227 ss.).

[11] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 140 ss. (143); *Bockelmann/Volk*, AT (1987), § 13 y 14; *Frisch*, Verhalten (1988), p. 507 ss. Fundamental *Köhler*, FS Hirsch (1999), p. 65 ss., quien de un concepto "estricto" de imputación subjetiva deriva un "concepto del dolo como voluntad práctica de vigencia" y un "concepto de voluntad de injusto" que se basaría en una "comprensión concreta de la norma" (p. 74). De ello se seguiría la impunidad de la imprudencia inconsciente, el reconocimiento (más) restrictivo de la evitabilidad del error de prohibición y la inadmisibilidad de una punibilidad de las personas colectivas (p. 74 s.). La pena no podría fundamentarse únicamente —en oposición a *Jakobs*, AT (1993), p. 71— con la vigencia de la norma, sino tan solo en relación con la consciente "contradecisión del sujeto que reflexiona en la norma" (p. 81). La "imputación subjetiva, un principio de culpabilidad concebido de este modo y la fundamentación del derecho penal están […] sustancialmente vinculados el uno con el otro" (idem).

[12] Según el *clásico* concepto bipartito de delito, la parte objetiva del hecho se expresaba en el injusto (tipicidad y antijuridicidad), y la parte subjetiva solamente en la culpabilidad (concepto causal de la acción; concepto psicológico de la culpabilidad). El *neo-clasicismo* reconoció, por primera vez, elementos subjetivos del injusto e interpretó la culpabilidad como reprochabilidad (concepto normativo de culpabilidad), manteniendo al dolo, sin embargo, como forma de culpabilidad (teoría del dolo). Sólo con el *finalismo* se ha impuesto la concepción de que la parte subjetiva del hecho debería ser considerada ya en el nivel del tipo en forma de dolo y que la culpabilidad debería normativizarse ulteriormente (concepto final de la acción, teoría personal del injusto, teoría de la culpabilidad). Esta concepción es seguida también por el sistema del delito dominante *neoclásico-finalista* y por el más nuevo *racional final* (*funcional*) (cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 7, nm. 12 ss.; § 8, nm. 10 ss.; § 10, nm. 89; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 202 ss.; *Gropp*, AT (2001), § 3, nm. 57 ss. (65), § 4, nm. 27 ss.). Sobre la historia de la dogmática *Hardwig*, Zurechnung (1957), p. 75 ss.; para la defensa del concepto final de la acción de *Welzel* especialmente frente a los nuevos enfoques normativistas y funcionales: *Hirsch*, FS Köln (1988), especialmente p. 400 s., 420, 426. Sobre el concepto moderno de delito, especialmente del funcionalismo, ver también, supra, § 1 III. 5.

contrario, en donde no existe en absoluto una dogmática elaborada —como ocurre en el derecho penal internacional—, la separación entre objetivo y subjetivo puede ser válida solamente a grandes rasgos (en cierto modo como *condición mínima* de la imputación jurídico-penal): La imputación de derecho penal internacional tiene lugar desde el punto de vista *objetivo* como imputación de la acción, de la tipicidad y de la antijuridicidad, esto es, como imputación del injusto;[13] se trata de los principios y criterios objetivos en razón de los cuales una determinada conducta humana se convierte en un crimen de derecho penal internacional. Por el contrario, la imputación *subjetiva* se refiere al dolo y a la conducta reprochable personalmente al autor, es decir, a la culpabilidad;[14] se trata de los presupuestos subjetivos de la punibilidad de derecho internacional. Visto de este modo, nos encontramos frente a un sistema causalista clásico del delito, el cual gira en torno a dos cuestiones: ¿infringe una persona con su conducta una norma (de derecho penal internacional) y realiza con esto un injusto (de derecho penal internacional)? ¿Actúa ella con dolo o con imprudencia y se le puede reprochar personalmente esta infracción de la norma, porque podía evitarla?[15]

De la jurisprudencia penal internacional surgen otras cuestiones más complejas y la necesidad de *diferenciaciones*. Así, en los procesos de Núremberg[16] las consideraciones sobre la causalidad han hecho necesaria una toma de posición sobre la relación entre causalidad e imputación objetiva. La exposición ha seguido en este sentido a la doctrina más moderna, según la cual la causalidad de una determinada conducta respecto de un resultado representa —en cierto modo como primer nivel de decisión— un presupuesto mínimo de la imputación de esa conducta a un tipo penal determinado y, por tanto, sólo una condición necesaria, pero no suficiente. La decisión de si en definitiva tiene lugar una imputación es de carácter *normativo* y debe ser tomada en un segundo nivel, esto es, en el de la (ulterior) imputación del tipo objetivo. También los intentos tradicionales por limitar la concepción dominante de la causalidad "natural"[17] fundada en la teoría de la equivalencia,[18] especialmente mediante la teoría de la causalidad adecuada[19] —prove-

---

[13] Sobre el concepto de injusto cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 3.

[14] Así, el concepto normativo de culpabilidad —en oposición a uno puramente psicológico— (*Roxin*, AT I [1997], § 19, nm. 11 ss.).

[15] En sentido similar *Jakobs*, AT (1993), 6/4; fundamental *Hruschka*, Strukturen (1976), diferenciando entre imputación de la acción (cap. II), de las "reglas" típicas o bien del injusto (III, IV) y de la culpabilidad (V, VI); sobre una imputación de tres niveles, también *Wessels/Beulke*, AT (2003), nm. 177. Sobre la imputación en el sistema del delito funcional: *Wolter*, Zurechnung (1981), passim. Similar en el resultado y diferenciando entre imputación en el sentido de "responsabilidad" y culpabilidad, ahora, *Hirsch*, FS Lenckner (1998), p. 131.

[16] Cfr. p. 87 ss. vers. al.

[17] *Frisch*, Verhalten (1988), p. 10; similar, por ejemplo, *Bockelmann/Volk*, AT (1987), p. 67, quienes hablan de un concepto causal clásico, físico-mecánico, de la teoría de la equivalencia; cfr. también *Hruschka*, Strukturen (1976), p. 8 ss.

[18] Como es sabido, según la teoría de la equivalencia, toda circunstancia que ha contribuido a la producción del resultado tiene el mismo valor causal (equivalente) (*Kühl*, AT [2002], § 4, nm. 7; *Frisch*, Verhalten [1988], p. 10; por ejemplo, RGSt 57, 148; sobre la historia de la dogmática *Hardwig*, Zurechnung [1957], p. 67 ss.).

[19] Cfr. sobre esto recientemente *Schünemann*, GA 1999, 209 ss.

niente del derecho civil— o por medio de la idea del riesgo,[20] son la expresión de determinados principios normativos de imputación y, por ello, pertenecen sitemáticamente a este segundo nivel.[21] Al respecto se volverá eventualmente durante la elaboración dogmática de los elementos particulares de un sistema del delito de derecho penal internacional. Ulteriores esfuerzos de diferenciación, por ejemplo, mediante una distinción entre la "conducta típica" orientada al injusto de acción ("Handlungsunrecht") y la imputación objetiva perteneciente al injusto de resultado (*Erfolgsunrecht*) por medio de una anticipación de las valoraciones decisivas,[22] no pueden efectuarse en este lugar y sólo parecen sobrecargar excesivamente a un sistema de imputación de derecho penal internacional — dado que incluso en el derecho penal nacional se cuestiona su relevancia para el *resultado*.[23]

Por consiguiente, en derecho penal internacional la imputación sólo puede ser entendida en un sentido amplio y también no específico como la relación entre el sujeto de la acción y el resultado, debiéndose imputar en primer lugar la acción a la persona y luego el resultado a la acción.[24] Por tanto, de lo que se trata es de la *individualización del reproche* del hecho, de la "indiscutida especialidad del derecho penal", del cual tampoco puede prescindir el derecho *penal* internacional.[25] Así, un sistema de imputación de derecho penal internacional representa una expresión de decisiones materiales de valor en cuanto a la necesidad y merecimiento de pena de determinados comportamientos.[26] Pero las normas en que se basa no resultan necesariamente del derecho escrito, sino también de las fuentes reconocidas de derecho internacional.[27]

---

[20] Fundamental *Roxin*, FS Honig (1970), p. 135 ss.

[21] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 11, especialmente nm. 1, 20, 38, 39 ss.; *Schünemann*, GA 1999, 209 ("limitación normativa del concepto causal"); *Burgstaller*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 385 s.; también *Jakobs*, AT (1993), 7/5 ss., quien concibe, ciertamente, a la imputación objetiva como el concepto dominante de toda la parte general; del mismo modo ahora también su discípulo *Lesch*, Verbrechensbegriff (1999), p. 210 ss. (212); de otra opinión *Weber*, en: Baumann/Weber/Mitsch, AT (2003), § 14, especialmente nm. 5; sobre la crítica al "neonormativismo" cfr. ya supra, nota 10. Crít. sobre la utilidad de la causalidad como principio de imputación, ya *Kelsen*, Hauptprobleme (1923/84), p. 73 s., 517 s.

[22] *Frisch*, Verhalten (1988), especialmente en la p. 67, según quien a la "llamada teoría de la imputación" pertenece "[…] únicamente la relación causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado", mientras que la individualización y "delimitación de los riesgos desaprobados con la indicación de los comportamientos generales y, en especial, de los comportamientos que están o no comprendidos" es "un problema exclusivo de la teoría de la conducta típica". Crít. de *Frisch* desde un punto de vista finalista *Küpper*, Grenzen (1990), p. 116 s.

[23] *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 46, para quien en definitiva siempre se trata de imputación, no teniendo importancia, por ello, la diferenciación de *Frisch* (nota 22) para la solución de problemas concretos; similar *Schünemann*, GA 1999, 216. Contra ellos nuevamente *Frisch*, FS Roxin (2001), p. 233 ss.

[24] Cfr. *Schünemann*, GA 1999, 218 (sobre la teoría de la imputación objetiva).

[25] *Lüderssen*, en: Lüderssen (director), Kriminalpolitik I (1998), p. 54.

[26] Cfr. *Perron*, Rechtfertigung (1988), p. 22 en cuanto al sistema de imputación de un ordenamiento jurídico nacional.

[27] Cfr. al respecto, ya supra, § 1 I. 2. y siguientes.

II. SOBRE LA IMPUTACIÓN DE COMPORTAMIENTOS MACROCRIMINALES

La problemática de la imputación de comportamientos macrocriminales ha sido investigada especialmente por *Jäger*. Mientras que en su trabajo fundamental sobre los crímenes cometidos durante el nacionalsocialismo había examinado estos hechos aún desde una perspectiva empírica-interdisciplinaria,[28] posteriormente este autor ha reflexionado concretamente sobre la "imputación individual de la conducta colectiva".[29]

Además de *Jäger*, también otros autores se han ocupado de cuestiones particulares de la imputación de crímenes colectivos. Ya con anterioridad, *Peters* se había ocupado en relación con el proceso Eichmann de la estructura e imputación de los crímenes de masa.[30] Desde una perspectiva exclusivamente de dogmática penal, *Jakobs* ha analizado la cuestión de la repercusión de los diagnósticos psíquicos sobre el reproche de culpabilidad penal.[31] *Lampe* ha intentado desarrollar un "derecho penal del sistema" (*System-Strafrecht*).[32] *Naucke* propone una "cuarta vía de derecho penal" para luchar contra la "criminalidad reforzada por el Estado".[33] *Marxen,* por su parte, ha sido el primero y hasta ahora el único en esbozar puntos de partida concretos para una teoría del delito de derecho penal internacional.[34] En lo que sigue se expondrán resumidamente las concepciones de estos autores. Otras opiniones serán consideradas en el resumen valorativo (infra II. 7).[N. del T.]

1. Peters: primeras reflexiones sobre una imputación de crímenes colectivos

Peters consideró a los crímenes del nacionalsocialismo como "algo absolutamente novedoso"[35] no sólo debido a su carácter de crímenes de masa, sino especialmente porque ellos no se dirigieron contra el Estado y tampoco fueron perseguidos por éste (quienes se encontraban imputadas eran "justamente la clase dirigente de la conducción del Estado y las fuerzas más importantes para la formación de la sociedad").[36] Como expone este autor, al servicio de estos crímenes se encontraba un

---

[28] *Jäger*, Verbrechen (1982), passim.

[29] *Jäger*, Makrokriminalität (1989), p. 132 ss.; el artículo respectivo fue publicado originariamente en 1985.

[30] *Peters*, Eckart, Jb 1961, 232 ss.

[31] *Jakobs*, en: Göppinger/Bresser (editores), Sozialtherapie (1982), p. 127 ss.

[32] *Lampe*, ZStW 1994, 683 ss. Existe versión en castellano en Lampe, Dogmática (2003), p. 97 ss.

[33] *Naucke*, Privilegierung (1996), p. 65 ss.

[34] *Marxen*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), 220 ss.

[N. del T.] Se trata de opiniones aparecidas con posterioridad a la publicación del texto original alemán e incluidas por primera vez en esta versión castellana.

[35] *Peters*, Eckart Jb 1961, 232.

[36] Idem, 233.

aparato de poder, que garantizaba su "extensión, sistematicidad, puntualidad y perfección".[37] Los crímenes eran "dirigidos desde lugares alejados al hecho" por las "altas clases sociales y económicas en una posición de poder".[38] Su ejecución ocurría "de modo sistemático y meditado" y las eventuales oposiciones eran eliminadas. La característica especial de estos crímenes residiría según *Peters* en que "entre el momento desencadenante del hecho y el hecho mismo" se intercalaba una "reflexión", esto es, "ponderación, cálculo, previsibilidad y dominio del suceso".[39]

Por otra parte, para *Peters* el crimen ideológico se caracterizaría además por el gran número de víctimas y de posibles autores,[40] arraigándose en el "entero espacio social".[41] Por ello, en su opinión, se habría de partir de la "co-solidaridad de otros, innumerables, hombres", quienes sin embargo no serían automáticamente co-responsables jurídico-penalmente. Más bien, la "co-solidaridad" plantearía complejos problemas de delimitación entre la responsabilidad (solamente) moral y la que (ya) es penal. La comisión de crímenes de masa implicaría una "cadena de acción" —que conduce directamente al hecho y está en conexión con éste—, en la cual intervendrían muchas personas.[42] Junto con las personas que han ideado y guiado intelectualmente los crímenes, existirían "órganos ejecutivos con mayor o menor autorresponsabilidad".[43] Quien participa "dando órdenes y dirigiendo" sería, para *Peters*, autor, sin importar el rango que ocupa. Por el contrario, la "gran cantidad de subordinados o de participantes marginales" serían punibles como cómplices. Precisamente la intervención de un "sinnúmero de personas decentes y [normalmente] respetuosas del derecho", plantearía también la cuestión de la culpabilidad moral de todos los miembros de la sociedad.[44]

2. Jäger: imputación individual de la conducta colectiva

En su "Studie zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität" (*Estudio sobre la criminalidad de poder durante el nacionalsocialismo*) *Jäger* analizó, entre otras cosas, las repercusiones del *estado de necesidad por cumplimiento de una orden sobre el reproche jurídico-penal de culpabilidad*.[45] El autor llega a la conclusión de que su importancia criminológica es "esencialmente menor" de lo que con frecuencia se supone. El receptor de la orden estaría expuesto con frecuencia a una "presión psico-

---

37 Idem.
38 Idem, 234.
39 Idem, 235.
40 Idem, 238.
41 Idem, 240.
42 Idem, 240 s.
43 Idem, 241.
44 Idem, 245 s.
45 *Jäger*, Verbrechen (1982), p. 83 ss. (158-160).

lógica fuerte, pero no exculpante". En cambio, mayor importancia se debería asignar en su opinión al estado de necesidad subjetivo por cumplimiento de una orden (estado de necesidad putativo); el problema de éste sería sin embargo que no se podría demostrar empíricamente con precisión. En cuanto a la *conciencia de la antijuridicidad* de los autores totalitarios, *Jäger* llega a la conclusión[46] de que, si bien también puede ser demostrada en los hechos colectivos, "en muchos casos no se puede decir realmente cómo valoró el propio autor su conciencia de antijuridicidad". En todo caso, se llegaría a una cierta "individualización del problema", en el sentido de que la falta de conciencia de antijuridicidad no tendría por lo general sus "causas" en el contexto de la "época", sino en motivos "individuales". Por lo demás, se habría de reconocer "con bastante claridad" que los mismos criminales principales no habrían atribuido a las órdenes de exterminio "ningún significado de naturaleza jurídica, legalizante", sino que "eran absolutamente conscientes" de su antijuridicidad, aunque las hayan considerado ideológicamente justificadas.

En un artículo posterior *Jäger*[47] advierte —probablemente por primera vez— sobre los presuntos límites del derecho penal orientado al injusto personal en caso de crímenes colectivos, sin extraer de ello, sin embargo, la consecuencia de una incompetencia jurídico-penal. Más bien, el "análisis microscópico de la conducta individual" propia del derecho penal pone en evidencia justamente "la dimensión personal del injusto colectivo". Tampoco el terror colectivo sería para este autor "simplemente una catástrofe natural", sino que se compondría "de actos individuales criminales de lo más diferentes, con frecuecia co-controlados por impulsos personales al hecho".

En un trabajo del año 1980 *Jäger*[48] llamó la atención sobre dos particularidades de los "crímenes colectivos": los cambios colectivos de orientación del valor moral ligados a estos crímenes y la importancia especial de las influencias situacionales, de las condiciones externas de acción y de las fuerzas de adaptación de la dinámica de grupos. Éstas hacían difícil la "imputabilidad individual" de estos crímenes desde el punto de vista objetivo y subjetivo, pues "el particular no puede responder por la dimensión total de los daños causados colectivamente y con frecuencia su aporte individual al resultado no puede ser aislado suficientemente". Con ello, *Jäger* advierte también —en cuanto se conoce por primera vez— acerca de las posibles repercusiones de la comisión colectiva sobre el reproche individual de culpabilidad. Sin embargo, él sostiene que los problemas de imputación mencionados no deberían conducir "a pasar completamente por alto la dimensión individual de la conducta colectiva o a considerarla de todos modos como no esencial", sino que, por el contrario, ésta debería ser puesta en evidencia,[49] pues "también los crímenes colectivos no son otra

---

[46] Idem, p. 166 ss. (324 s.).

[47] *Jäger*, KJ 1968/69, 144 s.

[48] *Jäger*, MschrKrim 1980, 359 s.; sobre las categorías jurídico-penales afectadas cfr. idem, en la nota 3. Sobre los grupos terroristas cfr. *Jäger*, KrimJ 1983, 131 ss.

[49] Cfr. en este sentido también *Jäger*, MschrKrim 1980, 365.

cosa que crímenes individuales en lo colectivo". Las usuales "teorías de justificación y técnicas de neutralización" luego de la comisión de tales crímenes no sólo tienen el "significado de autoexoneración a posteriori", sino que precederían a la conducta criminal, le allanarían psicológicamente el camino y de esa forma la posibilitarían".[50] Es seguro, concluye *Jäger*, "que la dimensión individual no interviene en modo irrelevante en el origen de los crímenes colectivos".[51]

Los problemas de imputación individual de crímenes colectivos fueron analizados por *Jäger* detalladamente en su monografía del año 1985, la cual sin alteraciones fue nuevamente publicada en el volumen sobre macrocriminalidad aparecido en 1989.[52] Ante todo, *Jäger* advierte nuevamente sobre el problema de la imputación individual: mientras que el injusto (objetivo) de tales hechos habría de ser afirmado sin más, la culpabilidad individual sería problemática, pues se plantearía la cuestión de "si el participante individual podría ser hecho responsable personalmente en toda su extensión por acciones que forman parte de un suceso colectivo y cuyo autor es en definitiva el colectivo y no el individuo".[53] En definitiva, *Jäger* afirma esa cuestión y separa el análisis criminológico del problema jurídico-penal de la exculpación.[54] Las transformaciones del individuo en la masa comprobadas por la *psicología de masas* tendrían como consecuencia, desde un punto de vista de dogmática penal, a lo más la *atenuación* de la pena o de la culpabilidad, pero no la *exclusión* de la culpabilidad. Según *Jäger*, la afirmación de responsabilidad penal se habría "impuesto claramente, si bien ligada a la exigencia de un juicio individualizante".[55] Por ello, para este autor sería un "malentendido fundamental" el interrogarse por una causa de exclusión de la culpabilidad, pues "la responsabilidad faltante en el sentido de una incapacidad de imputación y de culpabilidad de ningún modo es el obvio correlato normativo de aquel fenómeno psicológico que ha sido descripto por la psicología de masas como debilitamiento o pérdida del sentimiento de responsabilidad".[56] Tampoco los procesos de *dinámica de grupos* tendrían —en contra de la opinión de *Schumacher*— un efecto exculpante.[57] De todos modos, la característica de los crímenes colectivos sería, en su opinión, que "la conducta individual no se determina en primera línea por motivos relacionados con el hecho, sino por motivos de dinámica de grupos".[58] Esto podría tener efectos especialmente en el actuar en cumplimiento de una orden.[59]

---

[50] Idem, 360 s. Con más detalles sobre las "condiciones y mecanismos de la neutralización", también *Jäger*, Makrokriminalität (1989), p. 187 ss.; recientemente también *Rotsch*, wistra 1999, 369 s.

[51] *Jäger*, MschrKrim 1980, 363. *Jäger* se pregunta en este contexto si, por ejemplo, la masacre My Lai (cfr. § 5 II. 1. vers. al.) se debería atribuir sólo a la situación especial de la guerra y a la ambigüedad de la situación jurídica o no también a la "liberación de 'tendencias criminales latentes'".

[52] *Jäger*, Makrokriminalität (1989), p. 132 ss.

[53] Idem, p. 133.

[54] Idem, p. 136.

[55] Idem, p. 136 ss. (143).

[56] Idem, p. 146. Expresamente contra *Le Bon* (144 ss.).

[57] Idem, p. 146 ss. Recientemente sobre la dinámica de grupos, también *Rotsch*, wistra 1999, 368 s.

[58] *Jäger*, Makrokriminalität (1989), p. 152.

[59] Idem, p. 164.

Así, habría sido advertido por *Hofstätter* que más bien en el marco de una guerra que en tiempos de paz se cumplirían órdenes que representan crímenes de guerra.[60] Como mecanismos de disminución de la inhibición entrarían en consideración la distancia espacial de la ejecución del hecho procurada por medio de la técnica y la distancia social.[61] Sin embargo, la consideración de los efectos de la dinámica de grupos en el juicio penal de culpabilidad habría sido rechazada por la dogmática penal por ser "problemática" e "ilimitada"[62] y solamente *Jakobs* se habría ocupado sustancialmente del tema (sobre esto, se volverá pronto). Desde una perspectiva empírica *Jäger* expresa que tendría que concluirse que los efectos de la dinámica de grupos no conducirían a trastornos de la conciencia en el sentido de los § 20 y 21 del StGB[N. del T.] y, por consecuencia, sólo podrían ser considerados *de lege ferenda*.[63] Si bien es cierto, argumenta, que se podrían divisar ciertos "defectos de socialización" específicos de los grupos como "causas del delito criminológicamente significativas", por ejemplo, la sujeción al Estado o a otro colectivo, ellas no deberían ser privilegiadas, sin embargo, por la vía de la exculpación.[64] En definitiva, la imputabilidad individual dependería de la medida en que se puedan reconocer "efectos y rastros de tendencias, motivos e impulsos individuales" en las acciones colectivas, esto es, pasarían a segundo plano los modelos de acción "ajenos de personalidad" inmanentes a la comisión colectiva del hecho.[65]

Los problemas mencionados en relación con la imputabilidad individual, aunque luego de la opinión de *Jäger*[66] del año 1988 representan un problema jurídico-penal, no constituyen, empero, un "obstáculo" criminológico para una más precisa investigación de los hechos colectivos.[67] Una investigación de este tipo tendría que descubrir especialmente las "condiciones individuales de socialización" de tales hechos y reaccionar contra el "malentendido" de concebirlos "precipitadamente" como "puros actos de ejecución instrumentales, ajenos de personalidad".[68] La criminología se debería ocupar justamente de la "microesfera en la macrocriminalidad", es decir, de la conducta individual.[69] Ello, pues también los sistemas totalitarios se compondrían de "la conducta del individuo, coordinada en mayor o menor medida", lo que impediría la caracterización del actuar colectivo como "un suceso ampliamente despersonalizado".

---

[60] Idem, p. 166.

[61] Idem, p. 166 ss., 168: la "distancia […] neutraliza el sentimiento moral".

[62] Idem, p. 173, especialmente con referencia a *Lackner* y *Jakobs*; cfr. también ya idem, p. 147.

[N. del T.] El § 20 del StGB se refiere a la incapacidad de culpabilidad por perturbaciones mentales (*Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen*); el § 21 StGB regula la facultad de atenuación de pena para los casos de capacidad de culpabilidad disminuida (*verminderte Schuldfähigkeit*).

[63] Idem, p. 178 s.

[64] Idem, p. 179 s.

[65] Idem, p. 181.

[66] *Jäger*, StV 1988, 172 ss. (175-7).

[67] Idem, 175.

[68] Idem, 176.

[69] Idem, 177.

En relación con la creación del ICTY[70] *Jäger* reiteró su opinión en el sentido de que la función principal de la imputación individual sería la de hacer "visible" la "retransformación de una ruedecilla en una persona" (*H. Arendt*) a través del aislamiento de la parte individualizable del crimen.[71] En este sentido, el derecho penal colaboraría —complementando a la ciencia política y a la historia— a "revisar y corregir nuestros hábitos de atribución", mediante la constatación de la aportación individual al hecho. La contribución del individuo no quedaría absorbida, por así decirlo, en el hecho colectivo, y, en consecuencia, no fracasaría una responsabilidad individual. Para *Jäger* sería incluso cuestionable si el autor individual 'normal' con sus déficit de socialización no estaría expuesto a "presiones e influencias con efectos más potentes" que el "detentador del poder o alto funcionario que desencadena una masacre" o, así se debe completar, que los ejecutores individuales de tales masacres.

En el año 1995 *Jäger* ha nuevamente clarificado su comprensión del concepto de macrocriminalidad como "comportamientos conforme al sistema y adaptados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva".[72] A pesar de los conocidos problemas en cuanto a la imputabilidad de tales crímenes,[73] el autor sigue aferrándose a la atribución individual de culpabilidad y se expresa en contra del "derecho penal del sistema" ("System-Strafrecht") propuesto por *Lampe*.[74] Aunque se pueda sostener, argumenta *Jäger*, que ya la pertenencia a un régimen criminal significa un injusto, tal opinión acabaría en una punibilidad fundada en la mera pertenencia a la organización, sin considerar los propios crímenes cometidos dentro de la organización. Ya por este motivo, el "regreso a las atribuciones de culpabilidad colectiva" no representaría una salida a las dificultades de la imputación individual. Las "acciones penales" de la comunidad internacional contra los regímenes ilícitos, aunque posiblemente legítimas, no tendrían "nada que ver con el derecho penal internacional, y con la pena, en el mejor de los casos, sólo compartirían el nombre". Además, ellas mismas podrían derivar sencilla y "repentinamente en un injusto macrocriminal". Tampoco la dimensión política de tales crímenes prohibiría la atribución individual de culpabilidad.[75] Su presupuesto no podría ser que se haya actuado de acuerdo a derecho en el entorno del autor, pues de lo contrario se exoneraría de responsabilidad penal justamente a los autores de macrocrímenes. De hecho, la macrocriminalidad habría sido "atribuida" en la praxis judicial, habiéndose arribado en un número no pequeño de casos "a una sanción y

---

[70] Cfr. § 6 I. vers. al.

[71] *Jäger*, KritV 1993, 262-4.

[72] *Jäger*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 327, también 331. Cfr. sobre el concepto, también ya supra § 1 II. 1., con otras referencias.

[73] *Jäger*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 329.

[74] Idem, p. 330 refieriéndose a un manuscrito de una conferencia de *Lampe* en aquel entonces aún no publicado (ahora en ZStW 1994, 683 ss.; ver también, infra, nota 81).

[75] *Jäger*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 331 s.

'criminalización'".[76] Según todo lo expuesto, para este autor el objetivo del derecho penal internacional sería, *inter alia,* "identificar y hacer visible la responsabilidad individual".[77] Sin embargo, como parte del derecho criminal, el derecho penal internacional serviría además a "la solución de conflictos" y, para ello, la pena no sería siempre el medio adecuado.[78]

En su trabajo más reciente *Jäger*[79] reitera nuevamente su opinión de que —a pesar de los problemas mencionados— también en los macrocrímenes (políticos) el individuo podría ser el destinatario de la imputación de las normas jurídico-penales.[80] Él se ocupa ahora con más profundidad del "derecho penal del sistema"[81] elaborado por *Lampe*, no viendo allí ninguna solución de los problemas esenciales de imputación.[82] *Jäger* insiste en que sólo el derecho penal clásico individual podría hacer visibles los macroacontecimientos destructivos[83] y, por tal razón, sería preferible a una mera responsabilidad colectiva.

3. Jakobs: exoneración del autor, responsabilización de los hombres de atrás o del sistema

Jakobs analiza el problema de la repercusión de determinados diagnósticos psíquicos (costumbre, defectos de socialización y vínculos de la dinámica de grupos) sobre la culpabilidad bajo la óptica de la relación entre "hecho psíquico y norma".[84] Este autor parte de un concepto funcional de culpabilidad,[85] que coloca el concepto de capacidad (para la comprensión del injusto) en un "contexto funcional". La capacidad ("Fähigkeit") tendría que ser concebida, no en el sentido psicológico de "poder" ("Können"), sino normativamente como "competencia" ("Zuständigkeit"). Se debería construir un "equilibrio" entre el "individuo afectado psíquicamente" y la "sociedad necesitada de normas garantizadas". La afectación individual del autor sería sólo "un lado de la estructura a equilibrar"; del otro lado debería ser garantizada la "vigencia de las normas". Por ello, la exoneración individual de culpabilidad debería ser en todo caso "socialmente aceptable". Sólo bajo esta condición podría resolverse el conflicto en cuestión "de un modo diferente que el de la imputación del autor".[86]

---

[76] Idem, p. 337 s.
[77] Idem, p. 348.
[78] Idem, p. 349 s.
[79] *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 122 ss.
[80] Idem, p. 125, 129.
[81] *Lampe*, ZStW 1994, 683 ss. (al respecto, para mayores detalles infra).
[82] *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 130 ss.
[83] Nuevamente idem, p. 137 s.
[84] *Jakobs*, en: Göppinger/Bresser (editores), Sozialtherapie (1982), p. 127 ss.
[85] Cfr. ya supra § 1 III. 5.
[86] *Jakobs*, en: Göppinger/Bresser (editores), Sozialtherapie (1982), p. 128 s.

En cuanto concierne a las repercusiones de los diagnósticos psíquicos mencionados sobre la culpabilidad, aquí son de interés las reflexiones de *Jakobs* sobre los defectos de socialización y los vínculos de la dinámica de grupos. En el primer supuesto, *Jakobs* se refiere a modo de ejemplo a la sentencia del BGH en el caso Stachynski, en la cual, como es sabido, el autor directo (agente S.) fue caracterizado solamente como cómplice y los hombres de atrás (de la KGB) como autores principales.[87] *Jakobs* ve en ello "una aplicación del § 21 del StGB[N. del T.] transpuesta a las categorías dogmáticas de la doctrina de la intervención" al hecho en favor del autor directo.[88] Su exoneración tendría lugar "exactamente a cambio de una responsabilización reforzada de los hombres de atrás".[89] Por tanto, no se renuncia a la resolución del conflicto a través de la imputación, sino que sólo se la desplaza a un nivel más alto. Se puede hablar de una *imputación compensatoria a cuenta de los hombres de atrás*. Para *Jakobs* se reconoce con ello el "defecto como diagnóstico psicológico, sin debilitar la garantía de la norma".[90] Sólo por ello sería admisible la atenuación fáctica de la culpabilidad de *Stachynski*. La causalidad de un diagnóstico psicológico no diría *per se* nada sobre la culpabilidad o falta de culpabilidad; una causa exoneraría sólo en caso de que el autor no sea "competente" por ella. Esto puede ocurrir solamente si existe otro camino para la elaboración de la causa, por ejemplo, como en el caso *Stachinsky*, mediante la "responsabilización de otro sistema en lugar del autor".[91] De este modo, también sería posible en principio atribuir los hechos en un sistema injusto al mismo sistema y eliminar al respecto la competencia del autor. Ciertamente, esto presupondría una distancia respecto del régimen ilícito en cuestión, que posibilite "separar en el sistema las fuerzas de ese sistema de los titulares […] del dominio".[92]

De modo similar argumenta *Jakobs* respecto de la cuestión relativa a la medida en que los vínculos de la dinámica de grupos pueden repercutir sobre el juicio de culpabilidad.[93] La cuestión decisiva sería la de a quién se podría atribuir el riesgo de un "accidente de dinámica de grupos" (*Schumacher*): a la sociedad o a los miembros del grupo. Al respecto, para la resolución del conflicto quedaría sólo la imputación de los miembros individuales del grupo. Éstos seguirían siendo "competentes" —a pesar de las afectaciones (psíquicas) individuales— por su propia situación de coacción.

---

87 BGHSt 18, 87 ss.; *Jakobs*, en: Göppinger/Bresser (editores), Sozialtherapie (1982), p. 133 ss.

N. del T. El § 21 StGB regula la facultad de atenuación de pena para los casos de capacidad de culpabilidad disminuida (*verminderte Schuldfähigkeit*).

88 Idem, p. 133.

89 Idem, p. 134 (resaltado en el original).

90 Idem, p. 134.

91 Idem, p. 135.

92 Idem, p. 135 s.

93 Idem, p. 136 s.

Jakobs se ocupa siempre del problema de a costa de quién se puede solucionar un conflicto determinado. La respuesta dependería de la resolución de la cuestión de quién es "competente" por el conflicto y, por tanto, según criterios normativos y no meramente psicológicos: "Para una supresión o atenuación de la culpabilidad el autor debe poder ser distanciado del impulso [al hecho]; él no tiene que ser competente por el impulso".[94] En una prosecución consecuente de este punto de vista, también con relación a los hechos ilícitos de la DDR Jakobs ha reducido funcionalmente la responsabilidad individual de los autores —como "vainas personales rellenas con la sangre del sistema respectivo"[95]—, resolviendo el conflicto a costa del sistema político, de la "política miserable".[96] Con esto, él sólo ha aprovechado sus argumentaciones vertidas con anterioridad.[97]

4. Lampe: derecho penal del sistema como complemento de la responsabilidad individual

Lampe intenta desarrollar una teoría del injusto de sistema y de la responsabilidad dentro de sistemas injustos, porque las categorías fundamentales de la dogmática penal que se utilizaron hasta ahora estarían hechas solamente a la medida del autor individual y serían demasiado "simples" para comprender adecuadamente el injusto de los sistemas injustos.[98] La "dogmática de las *acciones* injustas" necesitaría, por consiguiente, un complemento mediante la "dogmática de los *sistemas* injustos".[99] Con este término se habrían de entender las "relaciones de personas organizadas hacia objetivos ilícitos", a saber, sistemas criminales simples (grupos pequeños, especialmente la coautoría) y sistemas criminales constituidos (asociaciones criminales, empresas comerciales y el Estado).[100]

En nuestro contexto se trata del caso mencionado en último término. A saber, de "formas estatales o Estados criminalmente pervertidos", es decir, Estados o instituciones estatales cuyos "funcionarios cometen delitos que son la expresión de la filosofía del Estado o que son provocados o favorecidos por medio de una falta consciente de controles jurídicos".[101] Aquí no se trataría, por otra parte, del injusto del propio sistema,[102] sino de la responsabilidad penal *dentro* del sistema.[103] En este sentido Lampe se remite sola-

---

94 Idem, p. 137.
95 *Jakobs*, en: Isensee (editor), Vergangenheitsbewältigung (1992), p. 42.
96 Idem, p. 56.
97 Cfr. supra, nota 92 y en el texto. Cfr. también ya supra § 1 III. 5.
98 *Lampe*, ZStW 1994, 683, 685 s.
99 Idem, 687.
100 Idem, 688 ss., 693 ss.
101 Cfr. idem, 700 ss. (702).
102 Cfr. idem, 702 ss. (713 ss.).
103 Idem, 716 ss.

mente a la teoría de *Roxin* del dominio por organización,[104] dedicándose luego —otra vez— a la responsabilidad penal del sistema injusto como tal.[105] Así, su verdadero objetivo es la responsabilidad colectiva; pero ésta no debe desplazar, por lo visto, la responsabilidad individual de un miembro de un sistema injusto, sino sólo completarla. En todo caso, *Lampe* reconoce la "autorresponsabilidad" de los miembros de una asociación criminal.[106] En cuanto concierne a los Estados, aunque *Lampe* considera dominante el punto de vista que afirma la responsabilidad penal individual, no lo comparte, ya que en su opinión sería "injusto": "pues una pena que sólo alcanza a personas no expía el injusto del sistema que provocó los crímenes y que, para ello, se procuró de asistentes".[107] En su opinión, se correspondería, más bien, con la idea de justicia que la pena se dirigiese en primera línea contra el sistema y en ello no se perjudicaría la justicia si ante todo fuera alcanzada la población.[108] Por otra parte, la mayor cantidad posible de inocentes deberían ser exceptuados de la "responsabilidad de consecuencia".[109] Si bien existirían reparos, especialmente de índole práctica, en contra de tal responsabilidad colectiva, éstos serían para *Lampe* "de poca importancia"[110] en vista de la injusticia y los problemas de la persecución penal individual. Así, sería "casi ilusorio" comprender en términos probatorios el injusto individual "dentro de la red de la criminalidad organizada por el Estado".[111] De todos modos, existiría también una "responsabilidad de los funcionarios" del sistema desde un doble punto de vista: "por el injusto de sistema, al cual ellos tomaron parte en virtud de su posición en el aparato de poder, y por su propio injusto personal de acción".[112] En el primer caso, los miembros de un sistema injusto serían responsables por los crímenes de éste "cuando ellos, debido a su posición de dirigencia, eran competentes por la organización de los crímenes o por su preparación ideológica".[113]

5. Naucke: Creación y desarrollo de una "cuarta vía de derecho penal"

*En su ya citada monografía sobre la "*criminalidad reforzada por el Estado"*, Naucke* ha proclamado el desarrollo de una cuarta vía de derecho penal, destinada a combatir efectivamente este tipo de criminalidad.[114] La primera vía (el puro derecho

---

[104] Idem, 721 s., 743.
[105] Idem, 722 ss.
[106] Idem, 726 s.
[107] Idem, 735 ss. (738).
[108] Idem, 739.
[109] Idem, 740.
[110] Idem, 740 s.
[111] Sobre la problemática de la prueba en los procesos de Núremberg cfr. por ejemplo *Dodd*, JCLC&PS 1946/47, 357 ss.
[112] *Lampe*, ZStW 1994, 741 ss. (742 s.).
[113] Idem, 745.
[114] *Naucke*, Privilegierung (1996), p. 65 ss. (76 ss.). Cfr. también *Naucke*, FS Bemmann (1997), p. 75 ss., donde reclama nuevamente complementar el derecho penal "normal", protector del Estado, con un

penal de un Estado de derecho[115]) sería, en su opinión —a causa de su conocida sujeción al derecho positivo y del límite de la prohibición de retroactividad—, demasiado limitada para esta misión.[116] Las experiencias con la segunda y tercera vía (las medidas de seguridad y corrección y el principio de "reparación en lugar de pena")[117] sugerirían "demarcar una zona del derecho penal" separada para la lucha contra la criminalidad reforzada por el Estado.[118] Los contornos de esta cuarta vía vendrían trazados por el derecho penal internacional, aunque también podrían ser construidos en los derechos nacionales. Solamente se deberían utilizar con decisión las posibilidades jurídico-penales del positivismo, por ejemplo, concentrándose en los delitos graves, reconociendo la "incompetencia" de mecanismos (fácticos) de exención de la punibilidad tales como la prohibición de retroactividad, la prohibición de analogía y la fórmula del *princeps legibus solutus*.[119] Se trataría, con esta vía, de una "forma de pensamiento" que existía también a la época de comisión de los hechos, sólo que no podía imponerse fácticamente. Ella habría querido ser utilizada ya mientras "reina[ba]" el dictador y sería "la prueba que pone al descubierto que existe un tercer poder en el Estado". En fin, en ella estaría contenido —en consonancia con el art. 7, CEDH y el art. 15 (2), PIDCP[120]— el derecho a sancionar la criminalidad reforzada por el Estado, que no pudo ocurrir en el momento del hecho únicamente por motivos fácticos.[121]

Aunque *Naucke* considera de peso las críticas contra esta nueva vía fundadas en los postulados de un Estado de derecho, en definitiva —en vista de la realidad político-criminal— no las considera decisivas.[122] Primeramente —sostiene—, las otras vías del derecho penal deberían "ser reconducidas nuevamente a un derecho penal *unificado* de reacción a la criminalidad general y rigurosamente ligado a los postulados de un Estado de derecho".[123] La nueva cuarta vía se convertiría, así, en la segunda vía que, a largo plazo, también podría "ser reconducida en el derecho penal común": "De este modo, el debate sobre la falta de calidad, en términos de exigencias de un Estado de derecho, de una cuarta vía del derecho penal podría ser el comienzo de la nueva construcción de un derecho penal *unificado* y rigurosamente ligado a los postulados de un Estado de derecho".[124]

---

derecho penal "que proteja frente al Estado" (p. 81). Y continúa: un "derecho penal estrictamente conforme a un Estado de derecho" no excluiría el castigo de la criminalidad de Estado, sino que éste sería "su objeto principal" (p. 84). En esencia, aprob. *Hassemer*, FS BGH IV (2000), p. 443 s.

115 *Naucke*, Privilegierung (1996), p. 73 s.

116 Idem, p. 76.

117 Idem, p. 74 s.

118 Idem, p. 76.

119 Idem, p. 76 s.

120 Cfr. ya supra § 1 I. 3.

121 *Naucke*, Privilegierung (1996), p. 77 s.

122 Idem, p. 79 ss.

123 Idem, p. 80 (resaltado por el autor).

124 Idem, p. 81.

6. Marxen: puntos de partida para una teoría del delito de derecho penal internacional

En un trabajo conciso, pero muy importante, *Marxen* ha invitado a la dogmática penal alemana a desarrollar una teoría del delito de derecho penal internacional.[125] Entiende por ella "un sistema de principios axiomáticos reconocidos para la comprensión conceptual del delito de derecho internacional".[126] Partiendo de la pretensión de "validez general" de la teoría alemana del derecho penal, se tendría que verificar "si la teoría general del delito podría reclamar ilimitada vigencia fáctica también en el terreno del derecho penal internacional" o si, por el contrario, sus particularidades exigirían una "teoría del delito" especial "de derecho penal internacional".[127] En este sentido, habría que enfrentarse con un "problema de gravedad" y un "problema de estructura". El *problema de gravedad* consistiría en que sólo las conductas típicas de una determinada gravedad podrían representar un crimen de derecho penal internacional.[128] Para una determinación más precisa sería necesario un concepto material de delito, el cual, según *Marxen*, no proporcionaría la doctrina nacional.

El *problema de estructura* se relacionaría con la estructura de la imputación y de los tipos penales de derecho penal internacional.[129] Para *Marxen*, del Estatuto del ICTY resultaría que sólo están comprendidos aquellos hechos que han sido cometidos "sistemáticamente", es decir, en un contexto de organización, y que, a la vez, son "específicos del sistema", esto es, que están relacionados con un sistema político determinado.[130] El problema de estructura consistiría, por tanto, en que la estructura tradicional del concepto de delito se orienta a la conducta individual y, por tal motivo, no sería apropiada para comprender la intervención al injusto sistemático. La praxis de derecho penal internacional existente, que *Marxen* toma de la sentencia de los juristas, sugeriría un "sistema de imputación" compuesto de "tres elementos y dos eslabones de comunicación":[131] El primer elemento estaría constituido por la "conducta concreta" de una persona determinada. Como segundo elemento aparecería el "contexto criminal supraindividual", por ejemplo, el programa criminal. El tercer elemento consistiría en el resultado del crimen, por ejemplo, el homicidio de determinadas personas. Los dos eslabones de comunicación establecerían la relación de imputación entre estos elementos: un individuo intervendría en el proyecto criminal total y lo conduciría al resultado del crimen. En consecuencia —según *Marxen*—, al indi-

---

125 *Marxen*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 220 ss. (220, 236).
126 Idem, p. 220.
127 Idem, p. 223.
128 Idem, p. 223-6.
129 Idem, p. 226-36.
130 Idem, p. 228.
131 Idem, p. 231 s.

viduo sería imputada "la intervención en un proyecto criminal total, el cual ha originado el resultado del crimen".[132] Comparada con la estructura tradicional de la imputación, esta imputación sería "móvil" "por la inserción del elemento intermedio del proyecto total"; entre la persona individual que actúa y el resultado del crimen no debería existir "ninguna comunicación directa".[133] Aunque esto recuerde la "idea de la *conspiracy*",[134] existiría una diferencia desde un doble punto de vista: La imputación de derecho penal internacional presupondría que se produzca un resultado del crimen y que el individuo lo conozca. Un análisis minucioso de este problema de estructura, así continúa *Marxen*, conduciría a descubrir paralelos entre la dogmática nacional y aquélla de derecho penal internacional. Estos paralelos ya se han dejado ver en las soluciones propuestas por la dogmática nacional en relación con la intervención en el injusto colectivo, especialmente en el injusto de sistema, por ejemplo, en la teoría del dominio por organización.[135]

7. Resumen valorativo

El estado de la discusión se puede resumir en cuatro reconocimientos.

En primer lugar, es generalmente reconocido que también los hechos colectivos se componen de partes individuales distinguibles. Esto ya fue constatado por *Peters* y luego demostrado con más detalles por *Jäger*. Este autor habla convincentemente de la "dimensión individual" y "personal" del injusto colectivo (1968/ 69, 1980, 1985/ 89), de la "conducta coordinada del individuo" (1988), de la "re-transformación […] en una persona" (1993) —siguiendo aquí a *Hannah Arendt*— o simplemente de la "responsabilidad individual" que debería hacerse visible (1995, 1998). También la criminología general[136] y los otros autores aquí mencionados reconocen la dimensión individual del injusto colectivo.[137] Si bien *Lampe* —el único— considera casi "ilusoria" la demostración del injusto individual, él es refutado por las sentencias de derecho penal internacional analizadas en ese trabajo (§ 2 - 7 vers. al., resumidamente aquí en § 2)

---

[132] Idem, p. 232.

[133] Idem, p. 233.

[134] Cfr. al respecto, ya supra —§ 2 II. 2. c) y § 6 I. 2—, donde se ha constatado una pérdida de importancia de la conspiracy. Con anticipación *Marxen* había observado que la imputación sobre la base de la "idea de la conspiracy" se apoyaría en una "complicada" vinculación con las tradicionales formas de imputación continental europeas (idem, p. 231).

[135] Idem, p. 234 s. Cfr. en este sentido también las cuestiones planteadas por *Heine*, JZ 2000, 920 ss.

[136] Cfr. *Kaiser*, Kriminologie (1996), p. 432, en donde se expresa que también los sistemas se compondrían con el actuar del individuo.

[137] Cfr. también *Werle*, ZStW 1997, 822 s., quien resalta el efecto pacificador de los procesos penales internacionales, en los cuales se reconoce el pasado injusto y se individualiza la culpa.

El *segundo* reconocimiento, que asimismo se atribuye a *Jäger* (1985/89), es que los efectos de la dinámica de grupos y de los procesos de psicología de masas no tienen en el marco del injusto colectivo ninguna otra repercusión sobre el reproche jurídico-penal de culpabilidad que la mera atenuación de la culpabilidad. En conclusión, se puede constatar que la imputabilidad individual depende, en definitiva, de la medida en que en las acciones colectivas se puedan reconocer "efectos y rastros de tendencias, motivos e impulsos individuales", dando un paso atrás, por tanto, los modelos de acción "ajenos de personalidad" inmanentes a la comisión colectiva del hecho.[138] También el concepto funcionalista de culpabilidad de *Jakobs* conduce sólo en casos de excepción a una exoneración del individuo, a saber, sólo cuando el conflicto originado por la comisión de un delito puede ser solucionado a costa del colectivo o del sistema injusto. Más arriba he designado esto como "imputación compensatoria". Tal "concepto funcionalista de autor" es, sin embargo, poco convincente, pues exonera al individuo, incluso al hombre de atrás, de toda responsabilidad penal a costa de un "sistema", cuya noción es prácticamente inaferrable. Como correctamente ha expresado *Jäger*, este sistema se basa en un "estereotipo del autor funcionalizado que actúa sin una motivación propia" y, de este modo, en una concepción que en su polarización no es sostenible empíricamente, ni deseable desde un punto de vista político criminal: "Pues ni 'sistemas', ni 'ruedecillas' o 'envoltorios personales' pueden seriamente ser responsables de algo".[139] Aunque la crítica de *Jäger* no se corresponde más, por su generalidad, con el estado actual de la discusión sobre la responsabilidad de sistemas o colectivos,[140] ella es acertada, sin embargo, en cuanto a que el actuar en el sistema no puede ser, por sí solo, un motivo suficiente para una exculpación. De este modo, el concepto de autor funcional significa en última instancia un rechazo a un consecuente derecho penal de culpabilidad. También *Lampe* rechaza el, por él llamado, "concepto estatal del derecho" de Jakobs: la voluntad estatal que se pusiera en contra de principios del derecho elementales no podría reclamar vigencia normativa y, por tal motivo, no sería una condición suficiente ni necesaria para el derecho.[141]

Por lo demás, el concepto de culpabilidad de *Jakobs* tiene que ser rechazado ya por las consideraciones fundamentales mencionadas anteriormente.[142] En nuestro contexto, resulta de interés la crítica de *Jäger* a las reflexiones de Jakobs antes expuestas sobre la relación entre hecho psíquico y norma. Según la opinión de *Jäger*, la regulación legal del § 20 del StGB "no deja espacio para una re-interpretación puramente normativa del […] concepto de 'capacidad', el cual claramente se tiene que entender en sentido 'psicológico'".[143] Sustancialmente, la interpretación de Jakobs acabaría "en una repatriación de ese elemento de la capacidad de culpabilidad que trasciende al universo conceptual del derecho al ámbito

---

138 *Jäger*, Makrokriminalität (1989), p. 181.
139 *Jäger*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 333 s.
140 Cfr. S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), previamente a los § 25 ss., nm. 130 con referencias.
141 *Lampe*, ZStW 1994, 710.
142 Cfr. supra § 1 III. 5.
143 *Jäger*, Makrokriminalität (1989), p. 176 s.

exclusivo de disposición de la ciencia del derecho" y, con ello, "en un reparto de los intereses sociales e individuales que, de antemano, no dejaría ninguna chance al individuo con afectaciones (psíquicas)". Frente a la necesidad de garantizar la vigencia de la norma, el individuo quedaría relegado "completamente a un segundo plano", a menos que no se encontrara "un destinatario sustituto de la imputación". El derecho penal de culpabilidad se convertiría, con ello, en un mero "derecho penal de ficción". Las posibles consecuencias de determinados diagnósticos psíquicos en el ámbito de la macrocriminalidad se encontrarían "bloqueadas y recortadas de antemano con la alusión a la prioridad de la vigencia y de la afirmación de la norma". A pesar de esta crítica —fundamentalmente correcta— no puede pasarse por alto que la concepción *jakobsiana*, como recién se ha expuesto, puede conducir también a la *exoneración* del individuo y a la *responsabilización* del sistema. Aunque por las razones esgrimidas esto no sea convincente, sirve de todas maneras para refutar en cierto modo el reproche de *Jäger* de que *Jakobs* no dejaría "de antemano ninguna chance" al individuo.

El *tercer* reconocimiento concierne al intento de *Lampe* de desarrollar un "derecho penal del sistema". Ante todo, el modelo de la responsabilidad colectiva ligado a este sistema no sustituye a la responsabilidad individual, sino que sólo debe complementarla.[144] Las objeciones fácticas de *Lampe* en contra de la comprobación de la responsabilidad individual son refutadas, como ya se ha dicho, por la praxis de derecho penal internacional. Este autor reconoce, además, la responsabilidad penal de los "funcionarios" de un sistema injusto desde un doble punto de vista: por su participación en el sistema injusto y por su injusto personal de acción. En cuanto concierne ahora al mismo modelo de Lampe, ha sido nuevamente *Jäger* quien ha presentado las objeciones fundamentales en su contra.[145] En mi opinión, este modelo parte ya de una premisa falsa, a saber, la de la culpa colectiva de un pueblo por los crímenes de la dirección de su Estado. Sólo quien comparte esta premisa puede sostener, como *Lampe*, que la justicia no se perjudicaría si se alcanzara "ante todo a la población".[146] Una mera responsabilidad colectiva contradiría también, y justamente, uno de los objetivos principales de la utilización del derecho penal individual en contra del injusto colectivo, tal como ha sido formulado en el primer reconocimiento, a saber, el hacer visible los macrosucesos destructivos.[147] Todos estos reparos no deben poner en duda, sin embargo, el sentido de las reflexiones sobre la adecuada consideración del lado colectivo del injusto de derecho penal internacional.[148] Ellos pretenden solamente evidenciar que ninguno de estos caminos conduce directamente al desarrollo de reglas para la responsabilidad individual; de allí, que no se pone en discusión el desarrollo de reglas *paralelas* sobre la responsabilidad estatal o colectiva.[149]

---

[144] En favor de una responsabilidad *concurrente* de las personas jurídicas, también *Heine*, Verantwortlichkeit (1995), p. 269, 308.

[145] *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 130 ss.; también *el mismo*, ya en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 330.

[146] *Lampe*, ZStW 1994, 739.

[147] Cfr. también *Jäger*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 137 s.; asimismo en el resultado, *Hassemer*, FS BGH IV (2000), p. 445.

[148] Cfr. recientemente *Vest*, ZStW 2001, 489 ss., así como infra § 8 II. 4. c) dd).

[149] Cfr. también el art. 25 (4), ECPI, así como los trabajos de la ILC sobre la responsabilidad de los Estados (cfr. *Crawford*, EJIL 1999, 435 ss.).

De la praxis existente de derecho penal internacional *Marxen* ha desarrollado —en cierto modo como *cuarto* reconocimiento— una "relación de imputación […] de tres elementos y dos eslabones de comunicación". De este modo, el pensamiento de *Naucke* de una "cuarta vía de derecho penal" experimenta un consecuente desarrollo y una necesaria concretización en cuanto a una teoría de la imputación de derecho penal internacional. La verdadera diferencia entre la concepción de *Marxen* y la imputación individual 'normal' consiste en que aquella considera como (segundo) elemento especial el "contexto criminal supraindividual" típico de la macrocriminalidad y flexibiliza la imputación "mediante la inserción del elemento intermedio del proyecto total". En el derecho penal internacional vigente esta concepción emerge con mayor claridad en la punición de la contribución "de algún otro modo" al hecho colectivo conforme al art. 25, tercer apartado, (d) del ECPI.[150] La concepción de *Marxen* se refiere, sin embargo, sólo al primer nivel de la imputación de derecho penal internacional, es decir, al nivel de la responsabilidad individual, sin considerar el de las *defences*. Desde el punto de vista metódico, es también cuestionable su limitación a la sentencia de los juristas como única fuente de derecho penal internacional.

Resumiendo y considerando *nuevas opiniones* se puede insistir en lo siguiente: La especialidad de la imputación de derecho penal internacional consiste en que los *hechos individuales* —por lo general, codificados en los ordenamientos jurídico-penales nacionales— se insertan en un hecho total ("Gesamttat"), el cual describe el respectivo contexto colectivo de comisión. Este punto de vista completa la desde siempre conocida imputación *individual* (supra I), con un elemento *colectivo*, scil. la imputación a la organización (criminal), por lo general, el Estado. Visto de este modo, se trata, por una parte, de un modelo de imputación no sólo individual, sino también "sistémico".[151] Por otra parte, es posible hablar de una *doble imputación*,[152] en el sentido de que la imputación individual y la colectiva/sistémica no se encuentran desvinculadas la una de la otra, sino que están en relación recíproca.[153] A diferencia del derecho penal nacional puramente *individual*, la existencia del *hecho total* en derecho penal internacional conduce a que la en este ámbito se refiera siempre (también) a una *organización* o a un *sistema*. Considerando conjuntamente la imputación colectiva e individual, se plantea la pregunta, por un lado, acerca de la *posición o bien función de los intervinientes* en la organización en cuestión y, por el otro, sobre su *contribución* al hecho total de derecho penal internacional. *Ambos* puntos de vista —y no por ejemplo sólo la función de la persona en cuestión dentro de la organización— deciden sobre la clasificación jurídica de la intervención; tal modelo de impu-

---

150 Cfr. sobre esto § 6 I. 2 y con más detalles infra § 8 III. 2 c).

151 Cfr. aparte de M*arxen* (supra 6), *Vogel*, ZStW 114 (2002), 409 s., 420 ss.

152 *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 30 ss.

153 Aquí, depende de las circunstancias del caso concreto si en primer lugar ha de efectuarse la imputación de una conducta determinada a un colectivo o a una persona natural (de otra opinión *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 31, 46 s., que quiere imputar primeramente al sistema).

tación se dirige en primera línea contra los *titulares de la decisión* de la organización respectiva, dado que sólo ellos pueden dirigir con plena responsabilidad el hecho total.[154] Con esto resulta evidente que adquieren especial importancia los *modelos de imputación normativizantes y fundados en la vigilancia*,[155] tales como se han desarrollado en la forma de la doctrina del dominio por organización (infra § 8 II. 3. c)) y en la responsabilidad del superior (infra § 9). Por el contrario, la responsabilidad basada en la intervención en una "empresa criminal conjunta" ("joint criminal enterprise", ya supra § 2 II. 1. a)) desarrollada por la reciente jurisprudencia penal internacional se presenta como una *imputación institucionalista-participatoria*[156] o *sistémica*.[157]

III. PARTICULARIDADES DE LA IMPUTACIÓN DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Además de la orientación causalista clásica del sistema del delito de derecho penal internacional[158] hemos encontrado ya al analizar la jurisprudencia una *dicotomía de offence y defence*.[159] Ésta es el producto de una praxis basada[160] en el modelo procesal adversarial del *common law*.[161] En este modelo —dicho de modo simplificado—, la carga de la prueba de los requisitos típicos ("elements of the offence") que fundan la punibilidad del acusado incumbe a la autoridad de persecución penal, mientras que las objeciones excluyentes de la punibilidad ("*defences*") deben ser al menos expuestas por la defensa.[162] Aunque su basamento procesal o, más precisamente, de

---

[154] Cfr. *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 33 ss. (39: método de imputación funcional-social), así como p. 46 ss., donde él se dirige especialmente contra una concepto unilateral funcional-social de autor (49 ss.). En la práctica internacional esta tendencia se ha reforzado con la "completion strategy" de los Tribunales Ad Hoc (ICTY y ICTR). Así el Consejo de Seguridad de la ONU demandó del ICTY concentrar sus esfuerzos a los "most senior leaders suspected of being most responsible" para los crímenes dentro de su competencia (cfr. Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad, UN Doc. S/PRST/2002/21, 23 de julio de 2002; Resol. 1505 (2003), 28 de agosto de 2003, UN Doc. S/RES/1503 (2003).

[155] Sobre un modelo de imputación "fundado en la vigilancia" ("supervisionistisch") y sobre otros (cinco) modelos de imputación cfr. *Jung*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), 1998, 180 ss. (182 s.); profundizando *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), 2001, 101. Sobre un modelo de imputación "normativizante" y sobre otros (once) modelos de imputación cfr *Vogel*, ZStW 114 (2002), 406 ss., 419 s.

[156] Cfr. *Jung*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), 1998, 183 ss.

[157] *Vogel*, ZStW 114 (2002), 420 ss.

[158] Cfr. ya supra I., nota 15.

[159] Cfr. supra § 2 y § 6 III.

[160] Cfr., por ejemplo, sobre Núremberg p. 79 vers. al., con referencias en la nota 6; sobre el ICTY (y también el ICTR) *Ambos*, NJW 1998, 1444 ss. (en castellano en NDP 1998 A, 333 ss. y en otras revistas, ver bibliografía).

[161] Sobre los diferentes modelos procesales (instructorio, adversarial y mixto) cfr. *Perron*, en: el mismo (editor), Beweisaufnahme (1995), p. 560 ss.

[162] *Fletcher*, Concepts (1998), p. 93 ss.; *Vogel*, GA 1998, 137 s.; *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 70, 153, 216; también *Tiedemann*, ZStW 1998, 504; *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 421, 423 (sobre el derecho

derecho probatorio haya sido criticado en creciente medida en el mismo *common law*,[163] esta diferenciación se ha mantenido hasta hoy en el derecho penal internacional. Al contrario de la concepción del delito causalista clásica, esta diferenciación se puede transportar a la estructura tripartita del delito alemana, si se equipara la *offence* (en derecho procesal: "inculpatory case") al tipo y la *defence* ("exculpatory case") a las causas de justificación y de exculpación.[164]

También el sistema del delito "común europeo occidental" (especialmente francés e inglés) elaborado por la escuela de *Tiedemann* permite reconocer una bipartición en elementos que fundan la responsabilidad y elementos que la excluyen,[165] que en sustancia "no" se encuentra "muy lejos" de la doctrina alemana.[166] Los sistemas del delito dominantes (el common law angloamericano[167] y el sistema continental europeo francés y alemán) tienen en común, especialmente, el reconocer al tipo como punto de partida y que éste, por su parte, se compone de elementos objetivos (actus reus, élément légal y élément matériel[168]) y subjetivos (mental element, élément moral o psychologique).[169] Conforme a ello, también en derecho penal internacional se puede diferenciar entre presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad penal individual (§ 8 y 11) y ésta puede ser completada a través de extensiones o formas especiales de la responsabilidad, a saber, con la doctrina de la responsabilidad del comandante o del superior (§ 9) y la tentativa (§ 10). Sin embargo, se plantea la cuestión —concerniente a la concepción del delito— de si desde el punto de vista

---

inglés); *Lagodny,* ZStW 2001, 817 s. Al respecto, similar también el derecho español, cfr. *Arroyo-Zapatero*, ZStW 1998, 448. Cfr. con más detalles sobre la distribución de la carga de la prueba, infra, § 10 I. 2.

163 Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 94 ss., especialmente 97 ss., donde fundamenta la inclusión de las defences en la concepción de las offences —de modo análogo a la doctrina de los elementos negativos del tipo—. Cfr. también *Vogel*, GA 1998, 142 s.

164 *Fletcher*, Concepts (1998), p. 101 s.

165 Cfr. *Tiedemann*, ZStW 1998, 504 s.; *Vogel*, GA 1998, 146 s.

166 *Vogel*, GA 1998, 148; aprob. *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 433.

167 Instructivo sobre la codificación y doctrina del derecho penal estadounidense *Kadish*, CalLR 1999, 947 ss.

168 En donde el elemento legal (*élément légal*) se corresponde más bien al tipo de garantía de derecho constitucional en Alemania y el elemento material (*élément matériel*) al tipo de injusto sistemático (*Tiedemann*, ZStW 1998, 504; *el mismo*, FS Lenckner [1998], p. 424).

169 Cfr. *Tiedemann*, ZStW 1998, 504; *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 421; *Vogel*, GA 1998, 146; cfr. también *Pradel*, Droit (2002), p. 266 ss., quien diferencia desde una perspectiva de derecho comparado entre el "elemento material" (élément matériel) objetivo y el "elemento psicológico" (élément psychologique) subjetivo. Sobre la teoría del delito angloamericana: *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 180 ss.; *Vogel*, GA 1998, 136 ss., con otras referencias; *Ashworth*, ZStW 1998, 461 ss., así como § 2 II. 1. c) bb) vers. al. Sobre la teoría del delito francesa: *Vogel*, GA 1998, 128 ss., con otras referencias; *Manacorda*, GA 1998, 124 ss.; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 162 ss.; sobre el "dolo general" (*dol général*) y el "dolo especial" (*dol spécial*), ahora *Elliot*, CLF 2000, 36 ss. [N. del T.: El concepto francés de *dol général* no debe confundirse con el *dolus generalis*; con dol général se alude en efecto al dolo base —o simplemente dolo— (esto es, al *allgemeiner Vorsatz* del derecho alemán), por oposición al dolo específico o intención especial]; sobre Italia: *Paliero*, ZStW 1998, 428 ss.; sobre España: *Arroyo Zapatero*, ZStW 1998, 438 ss.

subjetivo se tendría que diferenciar entre el dolo como elemento del tipo y la conciencia de la antijuridicidad[170] como elemento de la culpabilidad o si la conciencia de la antijuridicidad debería ser considerada como presupuesto del dolo, representando ambas en conjunto el aspecto subjetivo. En el fondo, la problemática se corresponde con la vieja disputa entre la teoría del dolo (neo)clásica y la teoría finalista de la culpabilidad[171] y decide la suerte del sistema del delito de derecho penal internacional como un modelo bipartito objetivo-subjetivo en el sentido de la concepción tradicional del delito causalista clásica o bien en el de su nueva orientación hacia un moderno sistema neoclásico, finalista y funcional, con la exigencia de la *reprochabilidad* personal como nivel independiente de imputación y de valoración.[172] Una nueva orientación presupondría que el sistema del delito de derecho penal internacional reconociese, al menos, la diferencia entre dolo del hecho y reproche de culpabilidad, así como entre antijuridicidad y culpabilidad. Aunque la jurisprudencia y las codificaciones de derecho penal internacional, especialmente el ECPI, no tomen partido en esta disputa concerniente a los fundamentos teóricos, se puede divisar claramente en ellas —en cierto modo "entre líneas"— la orientación de fondo causalista clásica del derecho penal internacional vigente. También en la literatura —predominantemente angloamericana— se argumenta sustancialmente de manera poco diferenciada en un sentido "causalista clásico".[173] Aunque el derecho penal internacional también esté dominado por el principio de culpabilidad,[174] por lo general en el ámbito de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad se trata exclusivamente de cuestiones del

---

[170] Entendida como conocimiento de la contrariedad valorativa jurídico-*material* de la conducta (cfr., con otras referencias, *Otto*, FS Roxin [2001], p. 488, 491 ss.).

[171] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 7, nm. 38 ss.; § 21, nm. 6 ss., con otras referencias; crít. Herzberg, FS BGH IV (2000), p. 51 ss. (52 s.), quien comprueba que el BGH sigue hablando del dolo y de la imprudencia como "formas de culpabilidad". Sobre la evolución de la teoría del delito, cfr. ya supra, nota 12. Una buena explicación de estas teorías de la culpabilidad desde la perspectiva latinoamericana ofrece ahora *Rodrigues*, Culpabilidade (2004), p. 74 ss. (sin embargo, sin tomar en cuenta la literatura alemana orginal, ni otra literatura extranjera no traducida al portugués o al castellano).

[172] Cfr. también *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 10, 24 s.

[173] Cfr. últimamente, por ejemplo, *Dinstein*, en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 371: "all […] international offences […] have two cumulative constituent elements: a criminal act (*actus reus*) and a criminal consciousness (*mens rea*)" (resaltado en el original).

[174] Cfr. ya supra § 2 I. Sobre el reconocimiento general del principio de culpabilidad desde una perspectiva de derecho comparado, cfr. *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 24 s., con otras referencias en la nota 9; desde el punto de vista del derecho europeo, cfr. *Tiedemann*, FS Nishihara (1998), p. 504 s., 509; *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 428; *el mismo*, ZStW 1998, 507; también *Vogel*, JZ 1995, 339; cfr. también el principio 2 del *Corpus juris* (1997) (*Delmas-Marty* [ed.], p. 64). Sobre el derecho inglés, cfr. *Ashworth*, ZStW 1998, 467 s., en donde se expresa que éste "se asienta en la suposición ficticia de que el principio de culpabilidad sería el centro de atención del sistema de derecho penal". Desde la perspectiva española e italiana, respectivamente, cfr. *Arroyo-Zapatero*, ZStW 1998, 447, 458 y *Paliero*, ZStW 1998, 433. Sobre la importancia fundamental del principio de culpabilidad como "principio normativo superior de regulación del derecho penal moderno" cfr. *Geisler*, Bedingungen der Strafbarkeit (1998), p. 160 ss.; también *Roxin*, AT I (1997), § 3, nm. 49; *Neumann*, FS BGH IV (2000), p. 83 ss.; *Schünemann*, FS Roxin (2001), p. 10 ss., 24 ss.

dolo (conocimiento y voluntad);[175] la conciencia de la antijuridicidad es mencionada únicamente por la jurisprudencia del OGHBrZ y por la justicia militar de los Estados Unidos en el marco del error.[176] Desde luego, en estos casos no se trata de una decisión dogmática consciente sobre la base de un sistema de teoría del delito, sino de productos de la casualidad de una jurisprudencia pragmática.[177] Asimismo, la falta de diferenciación entre injusto y culpabilidad, o bien entre justificación y exculpación, se debe menos a una decisión consciente de la praxis de derecho penal internacional existente que a la carencia de reflexión y de investigación sobre los fundamentos. Por tal motivo, también respecto de la distinción propuesta por el derecho vigente entre causas que excluyen la punibilidad y otras *defences*[178] se plantea la cuestión de si no sería materialmente necesaria una mayor diferenciación.

Las cuestiones estructurales comentadas no deben perderse de vista en el marco de la siguiente elaboración dogmática de los elementos particulares de un sistema del delito de derecho penal internacional. Éstas forman parte de la cuestión más amplia y fundamental acerca de la medida en que el derecho penal internacional se debe modernizar desde el punto de vista de la teoría del delito, diferenciando más la estructura bipartita *offence-defence* y adaptándola al derecho comparado.[179] Este interrogante no se puede responder en abstracto, sino sólo en relación con los elementos y las cuestiones materiales específicas de un sistema del delito de derecho penal internacional. El ECPI constituye en este sentido —como punto conclusivo del desarrollo actual de las codificaciones— el punto de partida de autoridad de las siguientes reflexiones. Aquí se recurrirá también como ayuda para la interpretación especialmente a la reciente jurisprudencia del ICTY y del ICTR.

---

175 Cfr. resumidamente supra § 2 II. 3. y § 6 I. 3.

176 Cfr. p. 173 ss. y 232 vers. al.

177 Cfr. también infra § 11 I. 1.

178 Cfr. ya supra § 6 II.

179 En una dirección totalmente diversa argumenta *Tomuschat*, cuando considera "superfluas" las regulaciones sobre participación y tentativa (en: Hankel/Stuby [editores], Strafgerichte [1995], p. 288) o bien cuando sostiene que las regulaciones correspondientes del ECPI (ver § 15 I. 1. vers. al.) están dominadas por un "exagerado perfeccionismo" (en sentido similar ya sus críticas a la regulación de la tentativa en el Draft Code de 1996, en: EuGRZ 1998, 4, cfr. p. 465 con nota 162 vers. al.).

§ 8. Las formas básicas de intervención punible*

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El análisis de la jurisprudencia penal internacional y de los esfuerzos de codificación ha demostrado[1] que la ausencia de diferenciación en la jurisprudencia respecto de la intervención criminal[2] ha sido corregida ya por los Draft Codes de 1991 y 1996, al reconocerse allí implícitamente una distinción entre autoría (directa y mediata) y participación en el sentido de la *complicity*.[N. del T.] Esta distinción ha sido desarrollada por el ECPI por medio de la diferenciación entre autoría individual,

[1] Cfr. supra § 6 I. 1., III.

[2] Cfr. resumidamente supra § 2 II. 1. a).

N. del T. El concepto de *complicity* ha sido explicado por el autor en p. 90 s. vers. al. En lo siguiente se traducen las partes pertinentes (las notas correspondientes fueron insertadas entre corchetes en el texto a continuación de la parte respectiva):

En el common law, se diferenciaba originariamente respecto de la "felony" entre "principal" ("in the first and second degree") y "accessory" ("before and after the fact") [cfr. en particular *LaFave*, Criminal Law, 2003, § 13.1., p. 633 ss.; *Fletcher*, Rethinking, 1978, p. 640 ss., 645; *Smith*, Treatise, 1991, p. 22; *Honig*, Strafrecht, 1962, p. 217 ss. Cfr. sobre la discutida diferenciación entre "instigation" y "aiding and abetting": *Fletcher*, loc cit., p. 644 s.]. Esta diferenciación prohíbe una equiparación con el concepto de autor unitario, como el que se encuentra en el § 14 OWiG y desde siempre valió respecto del "misdemeanors" (delito menor). Recientemente, en la legislación de casi todos los estados de los Estados Unidos y también en la doctrina se ha abandonado sin embargo la diferenciación entre "principal" y "accessory before the fact" y tan solo el "accessory after the fact" (la intervención luego de la consumación en el sentido del favorecimiento) es delimitado claramente de las demás formas de intervención —preponderantemente como delito autónomo (obstruction of justice)—. La intervención anterior a la consumación del hecho se extiende, sin embargo, desde la autoría ("primary perpetration") hasta la intervención en la forma de inducción y de complicidad (psíquica) ("complicity by instigation as well as by aiding and abetting").

El *Model Penal Code* (MPC) de los Estados Unidos [sobre su gran importancia para el desarrollo dogmático del derecho penal estadounidense cfr. *Kadish*, CalLR 1999, 947 ss.] diferencia en el § 2.06 —como "different modes of complicity for a crime" [cfr. *American Law Institute*, MPC, 1985, § 2.06, p. 299]— entre una responsabilidad por la conducta propia (en el sentido de la autoría directa), por la conducta de otro (en el sentido de la autoría mediata, la coautoría o la intervención) y como "accomplice" de otro (en el sentido de un intervención en sentido amplio). El "accessory after the fact" no es incluido,

coautoría y autoría mediata, de un lado, y participación, del otro. También la jurisprudencia penal internacional más reciente se esfuerza por una diferenciación cada vez mayor.[3] En ello puede verse, en todo caso desde el punto de vista terminológico, un rechazo al sistema unitario de autor formal existente hasta ahora y un vuelco hacia un modelo diferenciador o modelo de participación o de intervención criminal,[4] por

---

pues, así el comentario, "such behaviour is an interference with the course of justice and should be dealt with as such, not as a basis for complicity in crimes that, by hypothesis, have already been completed". [Ibídem., p. 298 s.]. La mencionada diferenciación no tiene, sin embargo, consecuencias procesales, dado que puede existir una acusación con base en el tipo pertinente sin necesidad de otra diferenciación jurídico-material. De este modo, en el resultado se sigue el modelo (tradicional) de autor unitario.

En el derecho penal *inglés* se persevera desde el punto de vista terminológico con la diferenciación entre autor ("principal") y partícipe ("secondary party", "accessory", "accomplice") [cfr. *Smith*, Treatise, 1991, p. 20 ss.; *Huber*, en: Eser/Huber/Cornils, eds., Einzelverantwortung, 1998, p. 81, 83 con otras referencias. Sobre la evolución del "accessory at the fact" hacia el "principal in the second degree" cfr. *Smith*, Treatise, 1991, p. 23 ss.]. La participación ("secondary participation") es derivada del hecho del autor principal ("principal offence") y definida en delimitación negativa con éste: "aiding", "abetting", "counselling" o "procuring" —como formas de participación— "may be used […] to charge a person who is alleged to have participated in an offence otherwise than as a principal […]". [*Smith/Hogan*, Criminal Law, 2002/2003, p. 145]. En la jurisprudencia antigua, aquí también mencionada, se diferenciaba, además, entre la intervención hasta la consumación del hecho ("accessory before the fact") y luego de la consumación ("accessory after the fact") [cfr. al respecto las manifestaciones del judge Advocate en p. 142 s vers. al.]. La delimitación conceptual precisa de las formas mencionadas de participación es nebulosa y discutida [cfr. *Smith/Hogan*, Criminal Law, 2002/2003, p. 144, donde con "to aid", "to give help, support or assistance to" y "to abet" es entendido "to incite, instigate or encourage", con lo cual una aplicación a la terminología alemana de la participación es completamente imposible]; esta discusión se puede quedar aquí, dado que ella no tiene prácticamente importancia: por un lado, la responsabilidad por participación (como "secondary party") resulta negativamente de la falta de una intervención en autoría (como "principal"). Por otro lado, desde la *Accessories and Abetters Act* de 1861 todo partícipe puede ser acusado y penado de todos modos como autor [cfr. *Smith/Hogan*, Criminal Law, 2002/2003, p. 140; *Huber*, en: Eser/Huber/Cornils, eds., Einzelverantwortung, 1998, p. 83]. Transportado a la terminología alemana se sigue que las formas mencionadas de participación abarcan toda conducta de cooperación hasta la consumación del hecho —desde la mera complicidad psíquica hasta la inducción.

Sobre la homogénea aplicación y precisión de la heterogénea terminología angloamericana se debe partir en lo siguiente, basándonos en *Fletcher*, de una bipartición [*Fletcher*, Rethinking, 1978, p. 637 ss.; por el contrario, *Smith*, Treatise, 1991, p. 1 nota 2, pretende utilizar "accomplice" como concepto superior, entendiendo con "accessory" —en este sentido, como aquí— al partícipe]. *Participation* representa un concepto superior que incluye a la autoría y a la participación. La *complicity* ha de entenderse como una figura con elementos de la participación y de la coautoría, pudiendo incluir, por tanto, junto con el partícipe (*accomplice*) en principio [discrepando sin embargo en el sentido de la participación la Convención contra el Genocidio (cfr. supra § 5 I. 2. a)), los Draft Codes de la CDI (p. 445, 449 s., 463 vers. al.) y los Tribunales Ad-hoc de la ONU (especialmente p. 330 s.; resumidamente p. 349 vers. al.)] también al coautor (*co-perpetrator*), pero no al autor individual o al autor mediato. Éstos entran en el concepto de *perpetrator*, como autor individual que actúa autónomamente —en correspondencia con el "principal" del common law y del derecho penal inglés actual— y de *perpetrator by means* (también "doctrine of innocent agency"). Con el término *accessory* han de entenderse los partícipes responsables en virtud de la accesoriedad de su hecho respecto del hecho principal, desde el cómplice (aider and abetter) hasta el inductor (instigator).

[3] Cfr. resumidamente p. 349 ss. vers. al.

[4] Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 2; similar, *Schabas*, Introduction (2004), p. 101 s.; también *Mantovani*, JICJ 2003, p. 35 ("categorization of criminal conduct"). De otra opinión, *Kreß*, HuV 1999, 9, quien con el art. 25 (3) del ECPI ve realizado el sistema unitario de autor.

lo menos en el sentido del sistema austríaco de una "autoría funcional unitaria".[5] Esta tendencia hacia un modelo diferenciador puede considerarse en general dominante en Europa[6] y en Latinoamérica (concurso o concurrencia de personas).[7]

---

[5] Ver infra nota 10.

[6] Cfr. *Tiedemann*, FS Nishihara (1998), p. 499 s., 501, con otras referencias; *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 430 s.; *el mismo*, ZStW 1998, 509 s.; *Vogel*, en: Delmas-Marty/Vervaele (eds.), Implementation I (2000), p. 255; *Delmas-Marty*, en: idem, p. 72 s.; LK-*Roxin* (1993), previamente al § 25, nm. 13; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 661; *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 315 ss.; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 634 ss.; *Tsolka*, Der allgemeine Teil (1995), p. 268 ss. (283); cfr. también el art. 12 del Corpus juris (1997), en: *Delmas-Marty* (ed.), p. 68, así como el art. 11 del Corpus juris (2000), en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 192 (sobre el Corpus juris cfr. *Otto*, Jura 2000, 98 ss.; *Braum*, JZ 2000, 493 ss.; *Huber* [editor], Corpus juris [2000]). *Triffterer*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 226, considera dominante también universalmente la diferenciación en autoría y participación. *Ashworth*, Principles (2003), p. 443 habla de una "increasing trend of determining each party's liability separately". Sobre la evolución histórica *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 46 ss., de donde se sigue que el modelo diferenciador representa un patrimonio común europeo. Para un concepto restrictivo de autor basado en el modelo diferenciador desde el punto de vista del derecho común europeo: *Bottke*, Täterschaft (1992), p. 18 ss. Sobre la crítica corriente al modelo unitario de autor, cfr. *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 13 s., con otras referencias; desde una perspectiva finalista-ontológica *Küpper*, Grenzen (1990), p. 138 s. (ver, al respecto, ya las críticas en el § 1 III. 5.).

Cfr. en particular sobre el derecho *suizo*, *Burgstaller*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 17 ss., y los correspondientes arts. 24-26 del CP suizo, idem, p. 437; sobre el derecho *francés*: *Desportes/Le Gunehec*, Droit Pénal (2003), p. 473 ss. (483), 487 ss. (512), 479 s.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 257 ss., 277 ss.; *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 29 ss., 69 ss.; *Hünerfeld*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), loc. cit., p. 46 ss., en ambos casos con otras referencias; sobre el derecho *español*, que, sin embargo, considera como autor "en sentido amplio" también al inductor y al cooperador necesario (art. 28, apartado segundo del CP español, ver la versión alemana en: Eser/Huber/Cornils [editores], loc. cit., p. 438), *Arroyo-Zapatero,* ZStW 1998, 451; *Cuerda Riezu*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 260 ss., así como *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 99 ss. (110), que, por tal motivo, considera compatible con el CP español una solución funcional de autor unitario (asimismo *Díaz y García Conlledo*, Autoría [1991], p. 205 ss., quien, sin embargo, siguiendo a la doctrina mayoritaria adopta en definitiva un modelo diferenciador; al respecto, sobre el viejo CP español, *Bacigalupo*, en: Hirsch [editor], Kolloquium [1986], p. 89); sobre el derecho *portugués*, *Figueiredo Dias*, en: Ferré/Anarte (eds.), Delincuencia (1999), p. 101; sobre el derecho *holandés*, *Keijzer*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 491 ss. Siguen también un modelo diferenciador los Estados *latinoamericanos* y la Federación *Rusa* (cfr. art. 32 s. CP ruso de 1996, en: *Schroeder/Bednarz*, StGB [1998], p. 25 s., 55), *Kroatien* (art. 35 CP croata de 1998, versión en inglés en: CACLP 1999, 23 ss., 34; cfr. Novoselec, ZStW 1999, 531 s.) y probablemente también la República Checa (cfr. *Císarová,* en: Eser/Huber/Cornils [editores], loc. cit., p. 61 ss., 68 ss.). En Suecia el cap. 23, § 4 del CP diferencia las formas de intervención al hecho y la doctrina mayoritaria exige para la participación un hecho principal típico (incluidos los elementos subjetivos del tipo, pero sin el dolo) y antijurídico (cfr. *Herlitz*, Parties [1992], p. 158 ss. [166 ss.]; *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle [2002], p. 176 ss., 280 ss.).

[7] Cfr. *Velásquez*, PG (1997), p. 606 ss.; *el mismo*, Manual (2004), p. 447 ss.; *Zaffaroni*, Manual (2003), pp. 565 ss.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones PG (2003), p. 391 ss.; *Bustos*, Obras (2004), p. 660, 1065 ss.; Bruno, Direito penal (1967), t. 2, p. 257 ss. (260 ss.); Bitencourt, Tratado, vol. 1 (2003), p. 377 ss.; *Reale*, Instituições (2002), p. 313 ss.; *Magalhaes*, Direito penal (2003), p. 211 ss. También *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 495 ss., 503 ss., distingue entre autoría y participación sin recurrir a los términos "concurso" o "concurrencia de personas". De la misma manera *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 489 ss. a quien citamos aquí como representante de la doctrina latinoamericana, pues si bien en esta segunda edición se refiere a las normas del CP español (en su primera edic. colombiana de 1984 y argentina

Sin embargo, se presenta el problema —que en este lugar sólo puede ser mencionado— acerca de los criterios materiales con base en los cuales se efectúa la diferenciación entre el modelo unitario y el modelo diferenciador.[8] Si se considera que el criterio decisivo —siguiendo a la doctrina mayoritaria— es el de la *diferenciación legal* entre las diferentes formas de intervención al hecho, entonces no sólo a los países mencionados en la nota 6 habría que incluirlos bajo el *modelo diferenciador,* sino también a aquellos que según la terminología general siguen un *modelo unitario de autor diferenciado* o *funcional,*[9] es decir, especialmente Austria,[10] pero también por ejemplo Polonia.[11] Según esto, se deberían clasificar dentro del modelo unitario de autor solamente aquellos países que no conocen ningún tipo de diferenciación terminológico-legal entre autoría y participación y cuyo derecho penal se asienta en un modelo unitario de autor *formal* o *puro*; esto es, por un lado, típicamente aquellos del sistema del common law,[12] por el otro —en el ámbito continental europeo—,

---

de 1987 incluye además el análisis de las legislaciones colombiana y argentina), su aporte conceptual tiene aplicación en Latinoamérica (cfr. idem, p. 9).

[8] Cfr. fundamental *Triffterer*, Beteiligungslehre (1983), p. 33 ss., quien diferencia entre sistema unitario de autor formal, funcional y reducido y, por lo demás, observa que preponderantemente se sostienen formas mixtas.

[9] Fundamental sobre la evolución de la autoría unitaria *Kienapfel*, Einheitstäter (1971), p. 9 ss., con referencia a la recepción extranjera en la p. 17; cfr. también *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 149 ss. (crít. en la p. 159 ss.); *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 10 s., así como *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 47 ss. (117 ss., 200 ss.), quien aboga en definitiva por un concepto restrictivo de autor y, con ello, al menos por un sistema funcional de autor unitario; también *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 5 ss. (14 s.), quien señala la falta de relevancia de la autoría mediata en un sistema de autor unitario; finalmente *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 29 ss. En favor de una autoría unitaria en el derecho penal europeo *Paliero*, ZStW 1998, 436.

[10] En *Austria* no se sigue un sistema puro de autor unitario, sino que se distingue según tres tipos de autor (§ 12 ss, CP austríaco). Ello ha llevado a *Kienapfel* (Einheitstäter [1971], p. 22) a acuñar el concepto de "autoría funcional unitaria" (cfr. *Triffterer*, Beteiligungslehre [1983], p. 37 ss.; *Burgstaller*, en: Eser/Huber/Cornils [editores], Einzelverantwortung [1998], p. 25 ss.; LK-*Roxin* [1993], previamente al § 25, nm. 8; también *Jescheck*, ZStW 1987, 125; *López Peregrín,* Complicidad [1997], p. 38 ss.; *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle [2002], p. 43 ss., 104 ss., 206 ss., 279 s.). De modo similar, en *Noruega* existe una clase de modelo intermedio en el sentido de la autoría *funcional* unitaria, ya que, por un lado, las formas de intervención no están reguladas en la parte general, sino que están presupuestas en la parte especial por medio de la diferenciación en delitos con y sin "complemento de cooperación", y, por el otro, se prescinde de la accesoriedad (cfr. *Sahm*, Täterschaft [1941], p. 30 s., 47; también *López Peregrín,* Complicidad [1997], p. 50 ss.; *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle [2002], p. 90 ss., 238 ss., 280 ss.).

[11] El nuevo CP *polaco* de 1997, si bien diferencia en su art. 18 las formas de intervención, niega sin embargo la accesoriedad de la participación respecto del hecho principal (cfr. *Weigend*, StGB [1998], p. 43 s.; *Zoll*, en Eser/Huber/Cornils [editores], Einzelverantwortung [1998], p. 57 ss.).

[12] Según *Fletcher*, Concepts (1998), p. 190 también el derecho *estadounidense* —a pesar de su declaración formal en favor de la "equivalence theory"— sigue al common law tradicional, el cual diferencia, como ya fue expresado (ver supra N. del T. a continuación de nota 2), entre principal y secondary party (accessory, accomplice) (también *Herlitz*, Parties [1992], p. 92). Esta diferenciación de derecho material es eliminada, sin embargo, en el derecho estadounidense e *inglés* en el plano del derecho procesal. (cfr. § 2.06 del MPC y *American Law Institute*, MPC I [1985], p. 299; § 25-28 del DCCB, así como *Law Commission,* Commentary [1989], p. 203; § 4 [1] y [2] del Draft Bill *canadiense*, en: *LRC*, Report 31 [1987], p. 43 s.; instructivo sobre la reforma canadiense de la parte general *Weik*, ZStW 1994, 853 ss.). Cfr. también *Ashworth*, Principles (2003), p. 412 ss.; *Huber*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 81, 83; *Gardner*, en: idem, p. 227 s., quien con acierto designa a la equiparación procesal de todos los participantes al hecho de la "Accessories and Abettors Act 1861" como una "legal fiction"; últimamente *Vest*, ZStW 2001, 489 refiriéndose al statute law.

Dinamarca[13] e Italia.[14] Por el contrario, si se atiene a las *consecuencias* que están (o no) ligadas a la diferenciación terminológica, a saber, especialmente a la exigencia de la accesoriedad entre participación y hecho principal y a la fijación de escalas penales diferentes, entonces el modelo unitario funcional de autor no se diferenciaría del formal, pues: ni se reconoce una accesoriedad cualitativa,[15] ni se pena con base en escalas penales diferentes. Visto de este modo, no se puede hablar, sin más, de un dominio del modelo diferenciador, especialmente si se observa el ámbito del derecho continental europeo.[16]

Sea como fuere, desde un punto de vista terminológico de derecho positivo, el ECPI diferencia (funcionalmente) entre autoría y participación y, de este modo, desarrolla la estructura básica del delito internacional en una estructura básica de la intervención al hecho. La diferenciación entre autoría individual, coautoría y autoría mediata en el ámbito del derecho penal internacional no sólo representa un avance estructural y sistemático, sino que obliga también a sistematizar concluyentemente el aún confuso derecho de la participación y a diferenciarlo claramente de la autoría. Con esto se ha indicado un importante argumento metódico en favor del modelo diferenciador: Sólo este modelo posibilita el desarrollo diferenciado y progresivo de una doctrina de la intervención al hecho de derecho penal internacional, considerando a cada forma de intervención separadamente y permitiendo sus respectivas delimitaciones. Con otras palabras: Mientras que en el modelo unitario de autor las diferentes formas de intervención emergen y se pierden en el sistema, el modelo diferenciador permite su consideración separada y de este modo una mejor comprensión del sistema que se encuentra detrás.[17]

---

[13] En *Dinamarca*, la autoría unitaria se encuentra ya en el art. 23, apartado 1 del CP (en: *Cornils/Greve*, Strafgesetz [2001], p. 30), a través del cual se ha realizado el modelo unitario en su forma más pura, esto es, en el sentido de una autoría unitara *formal*, (cfr. *Cornils*, loc. cit., p. 9; *Vestergaard*, en: Lahti/Nuotio [eds.], Criminal Law [1992], p. 476; *Hamdorf*, Beteiligungsmodelle [2002], p. 66 ss., 233 ss., 273 ss.).

[14] En *Italia*, de acuerdo con el art. 110, CP cada cual es punible por su "intervención en el delito" ("concorso di persone"). La doctrina mayoritaria interpreta este artículo como expresión del principio unitario de autor en rechazo de la accesoriedad (cualitativa) cfr. *Romano/Grasso*, Commentario, t.. 2 [1996], previamente al art. 110 nm. 3 ss., 17 ss. con otras referencias; *Pagliaro*, Principi, Parte generale [2003], p. 540 ss. Sin embargo, una parte de la doctrina diferencia entre autoría y participación (cfr. *Seminara*, en: Eser/Huber/Cornils [editores], Einzelverantwortung [1998], p. 36 ss.; cfr. idem, p. 430 ss. y los correspondientes arts. 110 ss del CP italiano).

[15] Sobre la accesoriedad, especialmente en el derecho penal internacional, con más detalles, infra, III. 1 después de la nota 456.

[16] *Triffterer*, supra nota 6, con su tesis del dominio universal del modelo de participación parece atenerse también a la diferenciación terminológico-legal predominante. Sobre las tendencias legislativas sobre la autoría unitaria, *Volk*, FS Roxin (2001), p. 563 ss.

[17] Cfr. en este sentido también la crítica de *Vestergaard* al modelo unitario de autor: "[…] the relevant criteria become less visible and clear, less accessible for a legal discourse" (en: Lahti/Nuotio [eds.], Criminal Law [1992], p. 490). Similar también *Luzón Peña*/*Díaz y García Conlledo*, FS Roxin (2001), p. 580.

II. AUTORÍA

1. Autoría individual

Conforme al art. 25 (3)(a)[18] es autor directo individual, quien comete el hecho "as an individual" ("individuellement"). La formulación es poco afortunada, porque ella repite solamente el principio de la responsabilidad individual[19] y no clarifica que el autor directo realiza el hecho *por sí mismo* o *de propia mano*.[20] La formulación apropiada se encuentra en el § 2.06 (1) del MPC ("committed by his *own* conduct"),[21] que el ECPI sorprendentemente no sigue. También la versión castellana del Estatuto ("por sí solo") pone en claro que el dato característico de la autoría individual reconocido en derecho comparado está representado por la comisión por cuenta propia del hecho.[22] De la jurisprudencia no resulta otra cosa al respecto. Puesto que ella parte de una autoría unitaria (formal), no se analizan separadamente las formas particulares de autoría.[23] De todos modos, en la sentencia *Tadic* se ha designado, por primera vez, a la autoría directa con el concepto de "direct commission".[24]

De acuerdo con ello, también en el derecho penal internacional la autoría directa individual debe ser entendida de manera objetiva, esto es, como "*dominio de la*

---

[18] Las disposiciones sin indicación de fuente pertenecen al ECPI.

[19] Cfr. ya mi crítica en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 7.

[20] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 47; S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), previamente al § 25 ss., nm. 75.

[21] *American Law Institute* (1985). Cfr. para el derecho *inglés* el § 26 (1)(a) del *DCCB* de 1989 (supra, nota 6), así como *Law Commission*, Commentary (1989), p. 204: "commits it entirely by his *own act* […]" (resaltado por el autor). Cfr. también el § 4 (1)(a) del Draft Bill *canadiense*: "[…] the committer is the only person doing the conduct […]" (*LRC*, Report 31 [1987], p. 43). La Criminal Code Act (CCA) *australiana* de 1995 no contiene una disposición semejante (‹www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/cca1995115›). Cfr. también *Smith/Hogan, Criminal Law (2002/2003)*, p. 142 s.; *Williams*, Criminal Law (1983), p. 329 s.; *Smith*, Treatise (1991), p. 27; *Huber*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 81.

[22] Cfr. en este sentido para el derecho *francés* el art. 121-4 nro. 1, CP *francés* de 1994 ("auteur […] commet les faits […]"; existe una traducción alemana de *Bauknecht/Lüdicke*, Code pénal [1999]), así como *Desportes/Le Gunehec*, Droit Pénal (2003), p. 476 s.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 258; *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 29; *Hünerfeld*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 50. Para el derecho *español*: el art. 28, CP español de 1995: "Son autores quienes realizan el hecho *por sí solos*"; sobre esto *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 338 ss. (391); *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (2002), p. 449; *Cerezo Mir*, FS Roxin (2001), p. 549 ss. Cfr. también el art. 26 del *CP portugués* ("executar o facto, por si mesmo […]"); el art. 18, § 1 del *CP polaco* de 1997: "[…] sólo […] comete", en: *Weigend*, StGB (1998), p. 43; el art. 33 (2) del *CP ruso* de 1996: "[…] directamente […] cometen […]", en: *Schroeder/Bednarz*, StGB (1998), p. 55; cfr. finalmente también el art. 12 a) del Corpus juris (1997), en: *Delmas-Marty* (ed.), p. 68 con el comentario: "[…] those who actually commit the offence with their own hands"; así como ahora el art. 11, primer apartado del Corpus juris (2000): "commits by himself", en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 192.

[23] Cfr. supra § 2 II. 1. a).

[24] *Prosecutor v. Tadic*, Opinion and Judgement 7.5.1997 (IT-94-1-T), para. 666.

acción"[25] en el sentido del concepto de *Roxin* del dominio del hecho.[26] Entretanto esta teoría ha sido reconocida por el ICTY —gracias al juez alemán Wolfgang *Schomburg*—.[27] Una teoría subjetiva, sea de la autoría de la naturaleza que fuere, no encuentra basamento ni en el derecho penal internacional, ni en el derecho comparado. Incluso el miembro de un aparato criminal que actúa sin interés y voluntad —en el sentido del caso Stachynski[28]— es autor y no cómplice, si realiza *por sí solo* los elementos típicos de un crimen internacional.[29] También en caso de un crimen individual que ha sido "ordenado o coaccionado", quien lo ejecuta actúa regularmente de propia mano y por ello es punible por autoría. La opinión contraria, sostenida principalmente por *Baumann,*[30] no sólo no encuentra ningún sustento normativo, sino que a partir del reconocimiento de la figura del autor detrás del autor con base en la teoría del dominio por organización tampoco es necesaria.[31]

2. Coautoría

a) *Fundamentos*

El art. 25 (3)(a) reconoce la coautoría por medio de la fórmula "con otro" ("jointly with another", "conjointement avec une autre personne"). Ya la *jurispru-*

---

[25] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 127 ss. Crít. sobre el dominio de la acción *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 639 ss. Sobre la posible extensión de la autoría directa a costa de la autoría mediata cfr. SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 43 ss.

[26] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 60 ss.; *el mismo*, AT II (2003), 25/10 ss. Sobre la confirmación en el lenguaje corriente europeo común del concepto de dominio del hecho cfr. *Bottke*, Täterschaft (1992), p. 35 s. Instructivo sobre la comprensión actual mixta objetiva-subjetiva del dominio del hecho: *Küpper*, GA 1986, 441 ss. (443); *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 68 ss., quien, por su parte, defiende una concepción mixta (75 ss.); cfr. también *Bacigalupo*, en: Hirsch (editor), Kolloquium (1986), p. 92 s.; básicamente también a su favor *Luzón Peña*/*Díaz y García Conlledo*, FS Roxin (2001), p. 585 s.

[27] ICTY, *Prosecutor v. Stakij*, Judgement 31.7.2003 (IT-97-24-T), para. 440 ss.

[28] BGHSt 18, 87.

[29] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 47, con otras referencias; S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), previamente al § 25 ss., nm. 75, § 25, nm. 2.

[30] *Baumann*, NJW 1963, 561 ss.; cfr. también *Weber*, en: Baumann/Weber/Mitsch, AT (2003), § 29, nm. 59.

[31] Respecto de los argumentos usuales en contra de la teoría subjetiva cfr. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 27, 30 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 651; *Otto*, Jura 1987, 248; *Küpper*, GA 1986, 438 ("vestigio histórico"); *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 16 ss.; crit. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 657 ss.; *Herlitz*, Parties (1992), p. 72. Sobre el evolución de la jurisprudencia hacia la teoría del dominio del hecho *Roxin*, FS BGH IV (2000), p. 177 ss. (183). En el derecho alemán la teoría subjetiva hoy no es sostenible de todos modos ya desde el punto de vista legal; cfr. por todos *Cramer*, FS Bockelmann (1979), p. 392 s. Ella es rechazada también por la doctrina española mayoritaria: fundamental *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 326 ss.; también *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (2002), p. 447 ss. Un último, pero no atendible, "intento de salvación" de la teoría subjetiva como fundamento de la delimitación entre autoría mediata e inducción proviene de *Kotsalis*, Mittelbare Täterschaft (1975), p. 50 ss., 65 ss.

dencia de Núremberg había afirmado una responsabilidad en coautoría sobre la base de un plan común con la consecuencia de una imputación recíproca.[32] Así, en la condena de algunos altos criminales de guerra por su colaboración en el plan de agresión de Hitler se puede divisar un elemento estructural de coautoría en la circunstancia de que la imputación recíproca de las aportaciones individuales al hecho y con ello la intervención en la guerra de agresión como tal, ha sido fundamentada con base en la existencia de un plan común en este sentido. En el proceso contra la Oficina Central de Administración y Economía (*U.S. v. Pohl et al.*) se ha afirmado una responsabilidad en coautoría fundada en una división funcional del trabajo con la consecuencia de una imputación recíproca. También en el proceso a los juristas (*U.S. v. Altstoetter et al.*) se puede identificar un elemento de coautoría no sólo desde el punto de vista terminológico ("complicity")[N. del T.], sino también en el hecho de que el fundamento de la imputación estaba constituido por el contexto supraindividual del crimen, en el cual los acusados habían intervenido como autores de escritorio (*Schreibtischtäter*).[33] La jurisprudencia británica documentada por la *UNWCC* ha fundamentado la imputación recíproca de las aportaciones individuales al hecho con la doctrina del "common design", es decir, sobre la base de un fin y plan común del hecho.[34] En el caso *Eichmann*, el plan de la eliminación organizada de judíos constituyó el fundamento de la imputación recíproca de las aportaciones al hecho de las personas intervinientes. Todo aquel que había intervenido en ese plan fue considerado coautor.[35] Finalmente, la Sala de Apelaciones del *ICTY* en el proceso *Tadic* ha resaltado, una vez más, que la intervención en coautoría sería necesaria como forma de intervención al hecho justamente por la naturaleza especial de los crímenes internacionales y ha diferenciado entre tres categorías de casos que tienen en común la existencia de un plan o acuerdo entra varias personas en el marco de una "empresa criminal conjunta" (*joint criminal enterprise*); como hemos visto las jce I y II se clasifican dentro de la coautoría.[36]

Por consiguiente, de la jurisprudencia resultan como presupuestos de la coautoría, por un lado, la existencia de un *fin* o *plan* común del hecho como fundamento de la imputación y, por el otro, la prestación de una *aportación* individual al hecho para la realización de ese plan o fin. En lugar de un plan puede entrar también un determi-

---

[32] Cfr. p. 92 ss. vers. al.

[N. del T.] El § 2.06 del MPC estadounidense incluye dentro del amplio concepto de *complicity*, entre otras cosas, lo que en derecho continental europeo se designa como coautoría. Ver, al respecto, p. 90 s. vers. al., ver traducción de la parte pertinente en la N. del T. situada a continuación de la nota 2.

[33] Sobre esto también *Marxen*, en: Lüderssen (editor), Kriminalpolitik III (1998), p. 231; ver ya supra, § 7 II. 6.

[34] Cfr. p. 142 ss., 159 s. vers. al.

[35] Cfr. p. 184 ss. vers. al. Sobre la afirmación de la autoría mediata de Eichmann con base en su dominio de la organización, cfr. infra 3. c) aa) y bb).

[36] Cfr. ya supra § 2 II. 1. a), 2 c) y 3 a) con más referencias jurisprudenciales. Sobre la doctrina inglesa del "joint enterprise" ver infra nota 39 y en el texto.

nado contexto de organización con la consecuencia de la respectiva responsabilidad por organización. Como problemas especiales nos encontramos con el *exceso* del coautor y con la *coautoría sucesiva*.

Para una determinación más detallada de los elementos estructurales mencionados se ofrece la dogmática de la coautoría desarrollada en el modelo diferenciador del derecho continental europeo. Mientras que en este ámbito jurídico la coautoría es ampliamente reconocida como una forma separada de intervención, en el sentido de una comisión conjunta[37] del hecho, y, como consecuencia de ello, se ha desarrollado una dogmática independiente de la coautoría, no sucede lo mismo en el derecho angloamericano.

Aunque el § 26 (1)(b) del *Draft Criminal Code Bill británico de 1989* ("DCCB") debiera comprender el caso de una "joint commission",[38] la práctica judicial y la doctrina dominante consideran a la comisión en coautoría en el sentido alemán como una autoría accesoria o bien como una participación —en el sentido de la "joint enterprise" ("common design", "common purpose" o "common pursuit")—.[39] En el MPC la comisión en coautoría es adjudicada a la complicity.[40] Mien-

---

[37] Cfr. además del § 25 (2) del StGB, el art. 28 del *CP español* de 1995: "[…] realizan el hecho […] conjuntamente […]"; al respecto, *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 392 ss., con otras referencias (sobre la cooperación necesaria ver infra nota 117 y texto); cfr. también el art. 26 del *CP portugués*: "[…] por acordo ou juntamente com outro ou outros […]"; el art. 18 § 1 del *CP polaco* de 1997: "[…] en conjunto y con el acuerdo de otras personas comete", en: *Weigend*, StGB (1998), p. 43; el art. 32 *CP ruso* de 1996: "[…] intervención conjunta […]", así como el art. 33 (2), en: *Schroeder/Bednarz*, StGB (1998), p. 55. Cfr. ahora también el art. 11, apartado 1, alt. 2 del *Corpus juris* (2000): "jointly with another person", en: Delmas-Marty/Vervaele (eds.), Implementation I (2000), p.192. También en Latinoamérica se reconoce la coautoría, cfr. *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 495 ss.; *Velásquez*, PG (1997), p. 619 ss.; *el mismo*, Manual (2004), p. 456 s.; *Zaffaroni*, Manual (2003), pp. 574, 579 s.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones PG (2003), p. 411 ss.; *Bustos*, Obras (2004), p. 1079 s.; *Bruno*, Direito penal (1967), t. 2, p. 265 ss.; *Reale*, Instituições (2002), p. 317 ss., 211 ss.; *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 389 s.; *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 501 ss.

[38] Cfr. el § 26 (1)(b) del DCCB (supra, nota 6): "[…] joint commission […] by two ore more persons, where each of them does some of the specified acts"; cfr. también *Law Commission*, Commentary (1989), p. 204. Cfr. también el § 4 (1)(b) del Draft Bill *canadiense*: "[…] where the committer and another person (or other persons) together do the conduct […]" (*LRC*, Report 31 [1987], p. 43). Esto debe abarcar también la división funcional del trabajo (idem). En la CCA australiana (supra, nota 21) no se encuentra una disposición similar.

[39] Cfr. para la doctrina dominante *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 160 s. En este contexto vale la pena señalar que la jurisprudencia internacional emplea los términos "joint criminal enterprise", "common design" y "common purpose" de manera intercambiable, ver fundamentalmente *Prosecutor v. Tadic*, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), para. 185 ss.; ver también *Prosecutor v. Vasiljevic*, Judgement 25.2.2004 (IT-98-32-A), para. 95 incluida la nota 169; *Prosecutor v. Brdanin*, Judgement 1.9.2004 (IT-99-36-T), para. 257 incluida la nota 683; ver también *Powles*, JICJ 2004, 607.

[40] Aunque en el Comment (*American Law Institute* I [1985], p. 298, 299) se afirme que el § 2.06 abarcaría también la "joint criminality" y que el apartado primero comprendería también la comisión "in combination", la coautoría puede subsumirse, a lo más, en el apartado tercero, especialmente en el punto (a)(ii), según el cual es "accomplice", quien "aids or *agrees* to aid" (igual, en el resultado, el minucioso análisis de *Herlitz*, Parties (1992), p. 129 ss., 131, 133 s.; cfr. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 637, quien con el término accomplice entiende al co-perpetrator y accessory; por lo demás, este autor se refiere al derecho alemán, p. 638 y discute la responsabilidad en coautoría en relación con la conspiracy, p. 659 ss.).

tras se entienda a la comisión conjunta como la realización *paralela* de propia mano de los elementos del tipo, por ejemplo, si A y B juntos acuchillan a P y éste muere por el "combined effect" de las lesiones,[41] la figura de la coautoría será superflua. Por otra parte, en el caso en el cual solamente un autor (A) realiza de propia mano los elementos del delito, por ejemplo, si viola a la víctima o desvalija una casa, y el otro (B) presta una aportación favorecedora, por ejemplo, sujeta a la víctima o pone a disposición los instrumentos para cometer el robo, según el punto de vista tradicional se considerará que existe autoría respecto de A y participación respecto de B.[42] Si una intervención en el delito es "principal" o "secondary" se determina según la causalidad de la acción respectiva para la realización del tipo.[43] Se sigue, con ello, la teoría tradicional de la necesidad (causal).[44] Si un actuar conjunto se basa en un plan común, se aplica la doctrina de la "joint enterprise" o del "common purpose", con ayuda de la cual se alcanza en definitiva la imputación recíproca de todos los riesgos reales y previsibles de la comisión conjunta del hecho.[45] Al respecto existen muchos puntos discutidos;[46] especialmente si aquí se trata sólo de una forma de participación[47] o, más allá de ello, de una forma de intervención comparable con la comisión en coautoría tal como se la entiende en el derecho continental europeo.[48] La cuestión material más importante, también en nuestro contexto, es la de los límites de la imputación de los hechos cometidos por uno de los coautores que no habían sido expresamente acordados; por ejemplo, la comisión de un homicidio cuando sólo se había planeado conjuntamente un robo. Se volverá sobre esta cuestión al considerar el exceso del coautor.[49]

---

[41] El ejemplo en *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 161. Asimismo, *LaFave*, Criminal Law (2003), § 13.1.(a), p. 665. Cfr. también *Fletcher,* Rethinking (1978), p. 664, quien expresa: "Our language […] indicates that we regard persons who commit crimes as autonomous and hegemonous over their acts". Cfr. también *Smith*, Treatise (1991), p. 28, quien afirma una coautoría cuando en un delito compuesto de varios actos, varias personas realizan respectivamente un acto (el ejemplo del robo) o cuando un hecho es realizado con varias acciones (el ejemplo de la falsificación de documentos).

[42] *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 161; *Williams*, Criminal Law (1983), p. 330 s., quien ve, además, en el reconocimiento de la coautoría en tales casos "a tendency to inflate the category of perpetrators" (331, nota 7).

[43] Cfr. *Smith*, Treatise (1991), p. 28, 78 ss. (crít. en la p. 80 s.).

[44] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 38 ss.; con acierto crít. en la p. 40 s.

[45] Cfr. *Law Commission*, Assisting (1993), p. 7, 57 ss., 62: "the collateral crime must be foreseen as a real, substantial and serious possibility". Cfr. también *Ashworth*, Principles (2003), p. 429 ss., 435: "The accomplice may be convicted […] on the basis of mere knowledge of a real possibility of what the principal 'might' do"; similar, ya *el mismo*, Principles (1995), p. 432. Fundamental sobre el desarrollo de la doctrina del common purpose y del case law, *Smith*, Treatise (1991), p. 210 ss.; este autor aboga por una limitación de la imputación (idem, p. 218, 221, 225), al exigir desde el punto de vista objetivo la causalidad de la aportación al hecho y desde el punto de vista subjetivo el dolo (que sitúa en la culpabilidad) (*Vorsatzschuld*) del interviniente (225): "[…] action which goes outside what has been expressly or tacitly agreed will not incriminate an accessory, even if the collateral liability was actually foreseen by the accessory" (218); "culpability through conscious risk taking" (221). Cfr. también el temprano trabajo de *Straub*, Täterschaft (1952), p. 32 ss., quien habla aún —en el sentido del common law tradicional— de un "vínculo mental entre el principal in the first degree y in the second degree". Por el contrario, *Jung*, Einfluß (1973), p. 100 s., equipara esta doctrina con la coautoría. Sobre la similar teoría japonesa de la "coautoría por acuerdo", cfr. *Bloy*, GA 1996, 434 ss.

[46] *Law Commission*, Assisting (1993), p. 7: "[…] substantial degree of uncertainty in relation to the exact status of joint enterprise liability, […]"; similar, *Smith*, Treatise (1991), p. 209 s.

[47] Así, *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 161.

[48] Así, tendencialmente, la *Law Commission*, Assisting (1993), p. 62 s., 145; probablemente también *Ashworth*, Principles (2003), p. 429 s., así como *Smith*, Treatise (1991), p. 209 ss. (218 ss.).

[49] Cfr. infra b) bb).

En el ámbito continental europeo son especialmente de interés para la dogmática de la coautoría la doctrina alemana y española; en la doctrina francesa no se encuentra en cambio una profunda discusión al respecto.

Esto parece poder atribuirse al hecho de que según la comprensión francesa —que sigue a la teoría objetivo-formal— la coautoría es entendida, en definitiva, como una forma de autoría accesoria: Cada coautor realiza los elementos del delito autónomamente y actúa de modo independiente de los otros; una imputación recíproca no tiene lugar.[50]

b) *Cuestiones particulares*

aa) *Sobre la cuestión de la subjetivización del concepto de coautoría*

Mientras que la autoría individual se puede entender, sin problemas, de un modo puramente objetivo en el sentido del dominio de la acción, el caso *Eichmann* plantea la cuestión, justamente respecto de la coautoría, acerca de en qué medida el enjuiciamiento de acontecimientos macrocriminales no hace necesaria una *subjetivización* del entendimiento de la autoría. El dominio de la acción, presente en el autor individual, le faltará típicamente al interviniente en un crimen colectivo, pues éste no ejecuta por sí mismo las acciones de exterminio, sino que "sólo" presta una determinada contribución al hecho; por ejemplo, como *Eichmann*, preparando "solamente" desde el punto de vista organizativo el crimen de masa. Si de todos modos se quiere afirmar en estos casos una coautoría —debido a la importancia del interés y de la aportación al hecho del agente—,[51] se plantea naturalmente el interrogante de cuál ha de ser el límite entre una coautoría indispensable y una mera complicidad. *Baumann* afirma en relación con el exterminio de judíos del nacionalsocialismo que son autores todas

---

[50] Cfr. *Conte/Maistre du Chambon*, Droit pénal (2002), p. 218: "[…] chacune, prise isolément, a exécuté l'acte correspondant à la définition du crime […] Le sort de chaque coauteur est, dès lor, indépendant de celui des autres […]"; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 259: "Le coauteur est […] celui qui a personnellement accompli les actes matériels constitutifs d'une infraction". A la inversa de esto se sigue que existe participación, si uno de los intervinientes no ha realizado todos los elementos del tipo, cfr. por ejemplo *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 481: "Si certains des participants […] n'ont pas personnellement commis les éléments matériels et intellectuelles […] leur responsabilité sera […] susceptible d'être engagée comme complices […]". Por ello, así *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 677, no es muy importante "que plusieurs auteurs soient intervenus concuremment: chaque auteur étant par définition un auteur, est à lui seul passible des pénalités prévues pour l'infraction qu'il a commise en même temps que ses associés". No obstante, *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 30 afirma una imputación recíproca. Sin embargo, ésta se sigue a lo sumo de la jurisprudencia que ablanda por motivos prácticos la delimitación entre autoría y participación, considerando, según sea necesario, al coautor como cómplice y al cómplice como coautor (crít. por ello la doctrina, cfr. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal [2003], p. 261 s.; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal [2003], p. 494 ss.; también *Czepluch*, Täterschaft [1994], p. 39 ss.).

[51] Sobre el celo en la ejecución del hecho, que demuestra el acuerdo del autor acerca del crimen, como concepto clave de la jurisprudencia federal alemana sobre el injusto del nacionalsocialismo *Hanack*, JZ 1967, 333, así como *Heine*, JZ 2000, 922 s., con otras referencias en la nota 19. Crít. sobre el interés y voluntad del autor en la jurisprudencia, en general *Roxin*, FS BGH IV (2000), p. 194 ss. (196).

las personas que "del modo que fuere conocían la solución final y ejecutaron la parte del hecho que les correspondía con interés y voluntad".[52] En ello lo beneficia su opinión de que "en tales hechos" la teoría del animus "parece ser el único criterio idóneo de diferenciación".[53] Sin embargo, en contra de este renacimiento de la teoría subjetiva habla ante todo el peligro que ella trae consigo de una degradación —en cuanto al contenido de injusto— de una conducta en coautoría en una mera complicidad, tal como sucedió justamente en Alemania alcanzando su triste punto culminante con los "cómplices" de asesinato de Auschwitz.[54] Además, desde el punto de vista del derecho penal internacional se ha de advertir especialmente sobre los problemas probatorios provocados por una subjetivización.[55] La jurisprudencia penal internacional —partiendo de un sistema unitario de autor fáctico— recurre actualmente, de manera dudosa, a presunciones del dolo o a indicios para vencer los problemas probatorios en el ámbito subjetivo.[56] Aunque esto sea inevitable, una subjetivización *ulterior* derivada del modelo diferenciador representaría un motivo esencial para el rechazo de este modelo.

Por último, tendría que ser determinante la circunstancia de que el desarrollo de la teoría objetivo-material del dominio del hecho ha tornado superflua la acentuación extrema de la parte interna del hecho.[57] También en los crímenes internacionales la teoría de *Roxin* del "*dominio funcional del hecho*"[58] ofrece la fundamentación más

---

[52] *Baumann*, JZ 1963, 119.

[53] Idem. Cfr. también Weber, en: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT (2003), § 29, nm. 59.

[54] Cfr. las sentencias del LG Frankfurt/M del 20.8.1965 y del BGH del 20.2.1969, en: *Sagel-Grande/Fuchs/Rüter* (editores), Justiz (1979), nro. 595. Un análisis de la jurisprudencia ofrece *Hanack*, JZ 1967, 329 ss. Crít. también *Eser*, DJT-Gutachten (1980), p. 56, con otras referencias; *Gropp*, Deliktstypen (1992), p. 68; *Heine*, JZ 2000, 922 s., con otras referencias en la nota 24; *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 396 ss.

[55] Ya *Welzel*, ZStW 1939, 552, ha reconocido que la "comprobación" de la voluntad del autor que se basa en el plan del hecho sería "difícil […] en el proceso concreto".

[56] Cfr. supra § 2 II. 3. a).

[57] Cfr. de modo instructivo *Küpper*, GA 1986, 441 ss. (443).

[58] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 275 ss., 668 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 153 ss.; *Roxin*, FS BGH IV (2000), p. 196 s.; *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 188 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 369 ss. En el resultado, igualmente el "dominio de la configuración acordado con un mismo rango" de *Bottke*, Täterschaft (1992), p. 88 ss. Asimismo, la doctrina mayoritaria en España: *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 195 ss., 200 ss. (212 ss.), con otras referencias; *López Barja de Quiroga*, Autoría (1996), p. 63 ss.; *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (2002), p. 451 ss.; *Cerezo Mir*, FS Roxin (2001), p. 554 s. Crít., sin embargo, *Gimbernat*, Autor (1966), p. 135 ss. (144 ss.); *el mismo*, ZStW 1968, 925 ss. (932 s.), quien considera como coautor a aquél que con una acción ejecutiva participa al delito realizado por el autor en sentido estricto (autor directo o mediato); crít. sobre esto LK-*Roxin*, § 25, nm. 25; así como *Gómez Benítez*, ADPCP 1984, 129, 131 y *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 256 ss. (260). Los dos últimos autores explican de modo convincente que la teoría de *Gimbernat* de los "bienes escasos" (cfr. *Gimbernat*, Autor [1966], p. 151 ss., 194 ss.; *el mismo*, ZStW 1968, 930 s.) puede servir como complemento o bien como concreción del dominio funcional del hecho; cfr. también *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 666 ss. (669), quien al respecto llega a la conclusión de que la crítica de Gimbernat "no destruye la construcción de Roxin", sino que solamente mostraría que ella necesita de ser precisada. Crít. sobre la teoría del dominio funcional del hecho, también *Vives Antón,* en: el mismo (editor), Comentarios (1996), p. 281, 283 s.; *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 675 ss.; *Luzón Peña*/*Díaz y García Conlledo*, FS Roxin (2001),

convincente de la responsabilidad en coautoría. Pues, la realización del tipo en coautoría no ocurre autónomamente o bien de propia mano —si fuera así estaríamos en presencia de una autoría individual o accesoria[59]—, ni tampoco los intervinientes poseen típicamente el dominio del hecho, en el sentido del dominio de la voluntad o de la acción.[60] Por el contrario, los coautores actúan "*conjuntamente*" con base en una división "funcional" del trabajo ("condicionada a la actividad"),[61] de modo tal que el "funcionar" de cada interviniente individual representa un presupuesto indispensable de la realización del *hecho total* ("*Gesamttat"*).[62] Los intervinientes son "co-autores del todo",[63] poseen el co-dominio, lo que los convierte en "co-dueños del hecho total";[64] coautoría es realización colectiva del tipo.[65]

Estas consideraciones ponen de manifiesto, precisamente en nuestro contexto, la relevancia de un principio de imputación del hecho total o colectivo,[66] como el que hace poco ha sido explícitamente desarrollado por *Dencker* para los casos de causalidad múltiple.[67] Desde luego, ellas muestran también que la idea básica de este principio se encuentra ya en la teoría del dominio funcional del hecho. Finalmente, no se debería abusar de este nuevo principio de imputación para fundamentar una responsabilidad colectiva[68] ni para extender extremadamente la responsabilidad individual.[69]

---

p. 592 ss.; en contra de ellos *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 261 ss. Finalmente, crít. también *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 56 ss. (aprob. en la causalidad alternativa *Maiwald*, ZStW 1981, 894 ss.; en contra LK-*Roxin*, § 25, nm. 157 ss.), quien sin embargo también en la, por él denominada, "coautoría aditiva" llega a una responsabilidad por coautoría. Por ello, ésta también se puede explicar con el dominio funcional del hecho (acertadamente *Bloy*, Beteiligungsform [1985], p. 372 ss.).

[59] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 153; cfr. también *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 208, con otras referencias.

[60] Si se prescinde del caso (no problemático) en el cual cada interviniente realiza todos los elementos del tipo. En este sentido se puede hablar también de dominio de la acción (cfr. *Cramer*, FS Bockelmann [1979], p. 401). Quien quiera limitar la coautoría a este caso, regresa a una teoría objetivo-formal, restringiendo excesivamente su campo de aplicación (así *Díaz y García Conlledo*, Autoría [1991], p. 677 s.; en contra de este autor *Pérez Alonso*, Coautoría [1998], p. 267 ss.; *Cerezo Mir*, FS Roxin [2001], p. 551 incluida la nota 8, 553 s.).

[61] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 280.

[62] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 154; *el mismo*, Täterschaft (2000), p. 277 ss. (280).

[63] Así la teoría del "dominio final del hecho" cfr. *Welzel*, ZStW 1939, 549; sobre esto también *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 189 ss.

[64] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 157; *Roxin*, FS BGH IV (2000), p. 196: "co-realización".

[65] Al respecto, acertadamente el "neonormativismo" cfr. *Lesch*, ZStW 1993, 274 ss. Con el concepto de "neonormativismo" se comprenden aquí todas las opiniones que se orientan al fin de la pena general-preventivo de la estabilización del la norma en el sentido de la doctrina de *Jakobs* (cfr. ya supra § 1 III. 5.).

[66] Cfr. los ejemplos de la jurisprudencia penal internacional: p.136, 142 ss., 184 ss. vers. al.; cfr. también la concepción de *Marxen* del "proyecto total", supra, § 7 II. 6, así como *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 102: "dominio funcional del sistema"; también últimamente *Vest*, ZStW 2001, 492, 495; *el mismo,* SchwZStr 2001, 247, 249; *el mismo,* Genozid (2002), p. 29 s., 218 ss., 246 ss.

[67] *Dencker*, Kausalität (1996), p. 116 ss., 120 ss. (124, 125, 127), 138 ss., 145 ss. (160), 250 ss.

[68] Al respecto, crít. sobre *Lampe* ya supra § 7 II. 7.

[69] Cfr. en este sentido, por ejemplo, la sentencia del IMTFE, p. 136 ss. vers. al.; también la jurisprudencia documentada por la UNWCC, 142 ss. vers. al., así como la sentencia de apelación del ICTY del 15.7.1999 en el caso *Tadic* (ver también p. 276 ss. vers. al.).

Una orientación al hecho total hace posible y necesaria, por ejemplo en el caso Eichmann, una ponderación *normativa* de la aportación al hecho de Eichmann en cuanto a la ejecución del exterminio judío. Esta ponderación lleva a concluir que la intervención de Eichmann era un presupuesto indispensable del hecho total del "exterminio judío". Eichmann no era solamente una ruedecilla en la entera maquinaria, sino —aunque no el "gran inquisidor de la solución final"[70]— el organizador indispensable del exterminio hebreo.

La importancia central del dominio del hecho para la determinación de la coautoría es reconocida también por aquellos que, como *Cramer*,[71] siguiendo una teoría mixta objetivo-subjetiva, se preguntan adicionalmente por la función que "le debe corresponder" a la aportación al hecho "según la representación subjetiva de los intervinientes".[72] El mismo *Baumann* reconoce que Eichmann "[e]n su ámbito y como director de la sección encargada del tema judío en la RSHA" tenía "también el dominio del hecho".[73] Por otra parte, la teoría del dominio del hecho considera también necesario el criterio subjetivo del plan común o resolución común a cometer el hecho.[74] Entonces, sólo se plantea la cuestión acerca de si y en qué medida es materialmente necesaria la consideración *adicional* de la parte subjetiva del hecho, es decir, si y en qué medida la teoría del dominio del hecho debe ser enriquecida mediante consideraciones subjetivas.

En la práctica, esta cuestión ha sido analizada en el caso *Furundzija* en relación con la tortura durante un interrogatorio.[75] En definitiva, el Tribunal sigue —para la delimitación entre coautoría y complicidad— una teoría mixta objetivo-subjetiva, aunque sin valerse de la terminología conocida en el ámbito de la doctrina de la coautoría. En caso de intervención de varias personas una complicidad tendría lugar sólo excepcionalmente.[76] Al respecto, debería diferenciarse en un doble sentido: desde el punto de vista *objetivo* la coautoría necesitaría de la intervención en una parte esencial ("integral part") de la tortura; por el contrario, para la complicidad bastaría "cualquier" asistencia ("assist in some way") que repercutiera en la comisión del hecho.[77] Desde el punto de vista *subjetivo* dependería de si el interviniente comparte el fin de la tortura ("partakes of the purpose behind torture"), es decir, si a través de ella quiere obtener informaciones o arrancar una confesión —en este caso existiría

---

[70] Cfr. *Baumann*, JZ 1963, 119 con referencia a *Schüle*.

[71] S/S-*Cramer* (1997), previamente al § 25, nm. 71, § 25, nm. 72 ss.; *el mismo*, FS Bockelmann, p. 402 s. Crít. *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 370 ss.; más fuertemente objetivo ahora S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), previamente al § 25 ss., nm. 71, § 25, nm. 72 ss.

[72] S/S-*Cramer* (1997), § 25, nm. 72.

[73] *Baumann*, JZ 1963, 119.

[74] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 173.

[75] *Prosecutor v. Furundzija*, Judgement 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), para. 250 ss. (ver también p. 294 s. vers. al.).

[76] Idem, para. 257.

[77] Idem.

una coautoría— o no —caso en el cual tendría lugar una complicidad—.[78] El Tribunal parece conceder mayor peso al criterio subjetivo, ya que éste es considerado crucial ("crucial") para resolver la cuestión de delimitación.[79] Esto significa que existiría coautoría, por ejemplo, cuando una persona fuera interrogada por un agente y (paralelamente) torturada por otro.[80] Por el contrario, el caso (poco frecuente) de transportar o abastecer de provisiones al torturador representa sólo una complicidad.[81] En el caso concreto, a F se le reprochó el haber interrogado a una persona, mientras ésta era torturada por otro (B). Por este hecho, F fue condenado como coautor.[82] Por otro lado, él fue condenado solamente como cómplice de la violación de esta misma persona por B —ocurrida durante el mismo interrogatorio—, ya que no habría realizado él mismo la violación, sino que con su presencia e interrogatorio habría solamente respaldado "sustancialmente" el hecho.[83] En definitiva, el Tribunal le concede importancia decisiva al criterio subjetivo adicional de delimitación de compartir intelectiva y volitivamente la finalidad de la tortura. De este modo, parece confirmarse la opinión de *Cramer* según la cual "el valor social de la aportación al hecho individual no puede ser determinada sin el recurso a momentos subjetivos".[84] También la teoría de *Welzel del "dominio final del hecho"* parece reflejarse en esta jurisprudencia, puesto que la finalidad de la tortura compartida por los intervinientes conecta las aportaciones al hecho hacia una coautoría. Ello, porque cada uno es "cotitular de la resolución de acción y co-interviene en su realización completa con actos parciales finalmente encadenados […]".[85]

Sin embargo, en *Furundzija* también se puede fundamentar una coautoría o bien una complicidad de modo puramente objetivo. En cuanto a la intervención de F en los actos de tortura de B se puede partir de una coautoría si se construye la tortura y el interrogatorio como un hecho total, de modo que cada participante haya cumplido una función indispensable en relación con el resultado total —F como interrogador y B como torturador—. En la misma dirección se dirige la argumentación según la cual el fin (objetivo) de la tortura consistiría en la "facilitación" del interrogatorio, por lo cual la tortura sin el interrogatorio no habría tenido sentido y el interrogatorio sin la tortura no habría sido fructífero. Ahora, en cuanto concierne a la violación cometida por B, la coautoría de F fracasa ya por el carácter de propia mano de este delito.[86] Por tanto, entra solamente en consideración una participación, *in concreto* una complici-

---

[78] Idem, para. 252, 257.

[79] Idem, para. 252.

[80] Idem, para. 256 (éste no es sin embargo un caso de autoría mediata, ¡como el Tribunal afirma!).

[81] Idem, para. 257.

[82] Idem, para. 264 ss. (269).

[83] Idem, para. 270 ss. (275).

[84] *Cramer*, FS Bockelmann (1979), p. 402. Cfr. también ya supra, nota 71 s. y el texto correspondiente.

[85] *Welzel*, ZStW 1939, 550.

[86] Cfr. infra, nota 186.

dad. Este argumento, que se sigue de la estructura típica del delito de violación, no ha sido siquiera considerado por la Sala de Primera Instancia.

Tampoco en otros casos la coautoría se explica en modo alguno únicamente con ayuda de consideraciones subjetivas o finalistas. Típico es el ejemplo elegido por *Cramer* según el cual una persona sujeta a la víctima a fin de que otra la apuñale o golpee.[87] Precisamente este ejemplo muestra que únicamente el co-dominio del acontecimiento total puede fundamentar la coautoría de un modo más convincente y seguro que las consideraciones subjetivas.[88] Pues, en este ejemplo, el sujetar a la víctima es indispensable para la realización del hecho en el sentido de un dominio funcional del hecho y por ello es constitutivo para una coautoría. Casos semejantes ocurren también en derecho penal internacional. Así, en un conflicto armado es absolutamente usual que dos o más combatientes cometan conjuntamente —sobre la base de un acuerdo tácito de voluntad— una violación: por ejemplo, mientras uno sujeta a la víctima, el otro efectúa el acto sexual. En tal supuesto, ambos serían punibles por la comisión en coautoría de un crimen de guerra conforme al art. 8 (2)(b)(xxii) o —en caso de un conflicto no internacional— conforme al art. 8 (2)(e)(vi). En estos casos, el recurso a criterios subjetivos no es necesario, porque la valoración de las aportaciones objetivas al hecho según las reglas del dominio funcional del hecho permite una decisión clara. Aquí también se debe tener presente que el dominio (funcional) del hecho en cuanto concepto abierto puede ser aplicado, según las circunstancias, a todo caso particular.[89] Por más que para muchos esta apertura pueda representar justamente la debilidad de la teoría del dominio del hecho,[90] ella, sin embargo, se condice más con la dinámica del desarrollo del derecho penal internacional que un sistema dogmático demasiado rígido, apoyado en aparentes leyes ónticas.[91] Por tanto, sólo cuando no se pueda fundamentar convincentemente la delimitación entre coautoría y complicidad con la valoración de las aportaciones objetivas al hecho es necesario el recurso a criterios subjetivos. Como muestra la sentencia *Furundzija* —aunque no del todo convincentemente—, estos criterios pueden proporcionar al menos un aspecto adicional para la delimitación.

---

[87] *Cramer*, FS Bockelmann (1979), p. 403; S/S-*Cramer* (1997), § 25, nm. 73.

[88] Así, con acierto, LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 156; *el mismo*, Täterschaft (2000), p. 688.

[89] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 282 ss.; en general sobre el dominio del hecho como concepto abierto, idem, p. 122 ss.; también LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 36

[90] Cfr. por ejemplo *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 63 s.; aprob. *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 19 s. Cfr. también la opinión de los jueces *Caballero* y *Belluscio* en el "juicio a los ex comandantes" argentinos (Fallos CSJ 309-II, p. 1689, aquí 1695 ss.; cfr. p. 236 s. vers. al.).

[91] Cfr. ya supra § 1 III. 5.

bb) *La resolución común a cometer el hecho como base de la imputación fundamentadora o limitadora de la responsabilidad*

En cuanto a las exigencias propias del *plan* o *solución* común a cometer el hecho *que constituye el fundamento de la imputación, hasta la sentencia de apelación en el caso Tadic la jurisprudencia penal internacional partía regularmente de un plan del hecho escrito. En esta decisión se reconoció, sin embargo, que no es necesario que el plan del hecho deba estar formulado o acordado con anterioridad a la comisión, sino que también podría surgir de improviso, pudiéndose deducir en cierto modo tácitamente del hecho de* que varias personas actúen en conjunto para llevar a la práctica una determinada empresa criminal (*joint criminal enterprise*).[92] De este modo, el derecho penal internacional sigue a la doctrina nacional generalmente reconocida, según la cual la resolución a cometer el hecho puede consistir también en un acuerdo *informal* de voluntad.[93] En el caso arriba mencionado de la violación cometida en un conflicto armado por (al menos) dos intervinientes sólo rara vez existirá un plan concreto; más bien, los intervinientes se determinarán espontáneamente —en razón de un acuerdo tácito de voluntades— a cometer la viola-

---

[92] Cfr. ya supra nota 36 y texto con más referencias.

[93] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 173; S/S-*Cramer* (1997), § 25, nm. 71; SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 126; con más reservas S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 71. Cfr. para la doctrina española: *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 653, con otras referencias en la nota 384; *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 280 ss. (286, 311), con otras referencias. Cfr. en este sentido sobre el common purpose, también *Ashworth*, Principles (2003), p. 429 s. (supra, nota 45); *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 638 s. Ver también, en el marco de la jce, *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 227: "[…] no necessity for th[e] plan, design or purpose to have been previously arranged or formulated". Aprob. *Prosecutor v. Vasiljevic*, supra nota 39, para. 109.

La teoría del "acuerdo previo" desarrollada por la jurisprudencia española, que considera suficiente para afirmar una responsabilidad en coautoría *únicamente* la resolución común a cometer el hecho, sin exigir ninguna contribución material al hecho, es rechazada en general por la doctrina y, por tal razón, ha perdido crecientemente importancia o bien es entendida hoy como un componente de la coautoría: cfr. fundamental *Gimbernat*, Autor (1966), p. 77 ss.; *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 349 ss.; *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 113 ss. (119 ss.), en ambos casos con otras referencias; también *Vives Antón,* en: el mismo (editor), Comentarios (1996), p. 283 s.

Asimismo, debe ser rechazada la posición diametralmente opuesta, según la cual en determinados casos debe bastar con una, así denominada, "decisión de insertarse" (*Einpassungsentschluß*) (*Jakobs*, AT, 1993, 21/43; también *Derksen* GA 1993, 163 s., 170 ss.; *Lesch*, ZStW 1993, 281 ss.; *el mismo*, JA 2000, 77 s.). Esta doctrina no sólo es contraria a la ley, sino que ignora también la función estructural de la resolución común al hecho como pieza de conexión de las aportaciones en coautoría y conduce, por tanto, a una notable dilatación de la coautoría a costa de la complicidad (cfr. *Roxin*, Täterschaft [2000], p. 686 s.; *Küpper*, ZStW 1993, 301 ss.; crít. también *Díaz y García Conlledo*, Autoría [1991], p. 657 s.; *Pérez Alonso*, Coautoría [1998], p. 306 ss., con otras referencias en la nota 312 s.; *Bloy*, GA 1996, 431; *Köhler*, AT [1997], p. 516, nota 71; *Renzikowski,* Täterschaft [1997], p. 102). Sobre la posición de *Stein* (Beteiligungsformenlehre [1988], p. 319 ss., 326 s., 330), según la cual debe bastar con un dolo simple, cfr. —en contra— LK-*Roxin*, § 25, nm. 160 s.; *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 660 ss. (662 ss.).

ción y procederán entonces a dividirse el trabajo en el sentido arriba mencionado. El acuerdo informal de voluntad es suficiente entonces, sin más, como fundamento de la imputación recíproca de las aportaciones individuales al hecho.

La resolución común a cometer el hecho constituye también el límite de la imputación recíproca en caso de *exceso* de uno de los coautores, esto es, cuando uno de los coautores se aparta conscientemente de lo acordado y comete un hecho más grave —no sólo uno diverso—. Por tanto, si en el caso arriba mencionado el violador luego de la violación mata a su víctima, al coautor que la sujetaba no se le puede imputar en principio este homicidio, punible según el art. 8 (2)(a)(i) o bien (c)(i). Esto es una consecuencia del reconocimiento de la resolución a cometer el hecho como fundamento de la imputación y se sigue también de la teoría del dominio del hecho. Si el coautor no se mueve más sobre el terreno de la decisión común, entonces en ese momento cae el fundamento *común* de imputación. El coautor que comete el exceso se independiza y se convierte en autor individual; el coautor que cumple con el plan del hecho no puede co-dominar el exceso.[94] Desde luego, también esta solución pierde fuerza persuasiva en la medida en que se relaje subjetivamente el criterio de la resolución común a cometer hecho y se desplace la problemática del exceso al dolo.[95] Entonces, se trataría tan solo de la cuestión de si el exceso era previsible o se encontraba de algún modo en el plan del hecho. De este modo, se arriba a una peligrosa cercanía con la doctrina inglesa del *common design/ purpose/pursuit* (*joint enterprise*), según la cual el exceso debe haber sido previsto solamente "as a real, substantial and serious possibility",[96] doctrina que se vuelve a encontrar en el derecho estadounidense en relación con la forma de intervención de la conspiración.[97] Efectivamente, como ya hemos visto, la Sala de Apelación del ICTY en *Tadic* ha seguido esta doctrina en su tercera categoría de casos (*jce III*), en tanto propone imputar el exceso de uno de los coautores al otro si representa una "consecuencia natural y previsible" ("natural and foreseeable consequence") de la realización del plan.[98] Pero en estos casos la imputación no puede tener lugar en el marco de la coautoría "normal" del art. 25 (3)(a), alt. 2, sino en todo caso como una extensión de la imputación por medio del art. 25

---

[94] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 175; *el mismo*, Täterschaft (2000), p. 286; igual en el resultado SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 126; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 677; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 117; *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 62 ss. Cfr. para la doctrina española: *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (2002), p. 454.

[95] Así, S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 95.

[96] Cfr. *Law Commission*, supra, nota 45 (allí también con otras referencias); restrictivamente, sin embargo, *Smith*, Treatise (1991), p. 209 ss. (228 ss.), quien junto con la limitación subjetiva de la imputación orientada al common purpose (cfr. ya, supra, nota 45), advierte la diferenciación entre un "mere unforeseen […] act" y un "overwhelming supervening event". Este aspecto excluyente de la imputación no es definido, sin embargo, con mayor precisión.

[97] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 659 ss. (663): "[…] extending the liability of co-perpetrators to all 'reasonable foreseeable' acts of the other perpetrators". Sobre la delimitación (difícil en la práctica) entre la complicity en sentido restringido y la conspiracy cfr. *Smith*, Treatise (1991), p. 47 ss. (52 s.).

[98] Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 204 ss., 228; cfr. ya § 2 II. 2. c) con mas referencias.

(3)(d) con base en el contexto colectivo allí presupuesto. Sobre esto se volverá en el marco de la complicidad.[99] De todas maneras, la decisión de la Sala de Apelación del ICTY es criticable ya que, por un lado, extiende demasiado el ámbito de la coautoría —si es que acaso quiere atribuirse la jce III a la coautoría—[100] y, por el otro, quiere hacer entrar en el art. 25 (3)(d) todas las categorías de coautoría por ella desarrolladas y con ello pasa por alto la regulación más general del apartado 3 (a) alt. 2. En definitiva, con el fin de delimitar una resolución en coautoría en el sentido de esta última disposición respecto de una contribución "de algún otro modo" a un crimen colectivo en el sentido del art. 25 (3)(d) —cercana al acuerdo general a cometer un crimen—, pero también por razones de claridad, se debe limitar la imputación ya en este lugar en lo posible objetivamente. El plan o resolución a cometer el hecho que constituye el fundamento de la imputación debe constituir al mismo tiempo su límite insuperable.

La *coautoría sucesiva*, es decir, el ingreso en una acción ejecutiva ya iniciada, fundamenta indiscutiblemente una responsabilidad en coautoría, si el hecho o determinadas circunstancias de éste aún no están consumados.[101] Como en el caso del exceso, también aquí el plan del hecho constituye el límite insuperable para la persona que ingresa. Si en el caso arriba mencionado de la violación en conjunto en un conflicto armado se suma un tercer combatiente a los acontecimientos y ayuda a sujetar a la víctima, él será, sin dudas, coautor. Éste se adhiere con ello, al menos tácitamente, al plan del hecho de los dos primeros coautores. Pero la coautoría no tiene lugar cuando una persona ingresa *luego* de la consumación del hecho.[102] Por tanto, si en el caso mencionado el tercero observa la violación y luego él viola nuevamente a la víctima, no será punible como coautor de la primera violación realizada en conjunto, sino como autor individual de la segunda violación.[103] Del mismo modo debe fracasar la responsabilidad en coautoría por determinadas *circunstancias agravantes* que ya se habían realizado antes del ingreso de la otra persona. Aunque esto es discutido,[104] se sigue sin embargo de las consideraciones ya expuestas en el caso del

---

[99] Cfr. infra III. 2. c).

[100] Supra § 2 II. 2. c) lo he calificado como forma de extensión de la punibilidad. Crít. también *Ambos*, JZ 2004, 965 ss.

[101] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 289 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 192 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 91. Cfr. para la doctrina española: *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 292 s., con otras referencias en la nota 280 s. Cfr. también *Smith*, Treatise (1991), p. 29 s., quien diferencia entre delitos de resultado ("consequence offences") y delitos de actividad ("conduct offences").

[102] Sobre la jurisprudencia (alemana) que requiere la finalización material del hecho, crít. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 192.

[103] En este sentido BGH NStZ 1985, 70, citado en LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 194.

[104] Cfr. la exposición sobre el estado de la discusión en LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 193 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 224 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 91; Lackner/*Kühl* (2001), § 25 nm. 12; *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 292 ss., quien diferencia, al respecto, entre límites temporales de imputación (consumación; finalización o agotamiento) y la cualidad de la parte del hecho a imputar. Sin embargo, estos aspectos no se pueden separar, pues lo que siempre es decisivo es si las acciones a imputar ya fueron comenzadas o ya están consumadas.

exceso: las acciones agravantes acabadas no caen dentro del plan del hecho que nace con la persona que se suma y tampoco pueden ser co-dominadas por éste.[105] Por tanto, si en el caso mencionado le son infligidas a la víctima lesiones peligrosas para la vida con anterioridad al ingreso del tercero, solamente los dos coautores que han intervenido a causarlas responden por ellas. Esto se corresponde, sustancialmente, también con la opinión expresada por la CDI en el marco de las deliberaciones sobre los Draft Codes de 1991 y 1996, según la cual una participación sucesiva sólo sería punible si se basa en un plan común concebido con anterioridad a la comisión del hecho.[106]

Desde el punto de vista sistemático pertenece también a la resolución a cometer el hecho la cuestión de la imputación penal de las *decisiones colectivas* o *de gremios*.[107] Esta cuestión tiene relevancia también en derecho penal internacional, pues justamente los crímenes internacionales son con frecuencia planeados y preparados colectivamente por gremios estatales. Con ello se anticipa a la fase de la preparación del hecho una eventual responsabilidad jurídico-penal, planteándose la cuestión relativa a la medida en que los meros actos preparatorios pueden —si es que acaso pueden— fundamentar una acción en coautoría. *Esta* cuestión será analizada inmediatamente de manera general (infra c)). En cuanto concierne a la posible responsabilidad penal por la intervención en la votación, tendría que ser claro que el prestar el acuerdo a una decisión criminal fundamenta esta responsabilidad;[108] al respecto, también entra en consideración una autoría mediata con base en el dominio de la organización.[109] Del mismo modo, tendría que estar fuera de duda que el rechazo de una decisión semejante excluye la responsabilidad, pues quien rechaza rompe con la resolución a cometer el hecho producida por el colectivo y por tal motivo no le pueden

---

[105] Igualmente LK-*Roxin* (1993), § 25 nm. 195; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25 nm. 91; SK-*Samson* (1993), § 25 nm. 124; *Kühl*, AT (2002), § 20 nm. 129, todos con otras referencias; también *Otto*, Jura 1989, 253; *Rudolphi*, FS Bockelmann (1979), p. 376 ss., quien exige como *minimum* la cocausación del resultado injusto y se funda en la separabilidad e independencia de las unidades de injusto; similar *Küpper*, GA 1986, 447 ss., para quien, por lo demás, esta limitación de responsabilidad no se sigue automáticamente de la teoría del dominio del hecho. Cfr. para la doctrina española: *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 294 s., con otras referencias en la nota 285 s. y p. 296 s., con otras referencias en la nota 290 s., quien por su parte sigue la posición restrictiva de Roxin; también *López Barja de Quiroga*, Autoría (1996), p. 76 s.

[106] Cfr. p. 450 s., 463 vers. al. Con el concepto de participación sucesiva se ha entendido, sin embargo, la colaboración prestada con posterioridad a la finalización del hecho (favorecimiento § 257, StGB, obstrucción de la punición, § 258 StGB).

[107] Cfr. S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 76 (a-c), con otras referencias.

[108] S/S-*Cramer* (1997), § 25, nm. 76; *Jakobs*, FS Miyazawa (1995), p. 421 ss.; diferenciando, pero igual en el resultado *Dencker*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 63 ss. (70); *Rodríguez Montañés*, FS Roxin (2001), p. 310 ss. (316 ss.); S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 76b.

[109] Cfr. en este sentido la jurisprudencia ya expuesta sobre los francotiradores del muro, p. 243 ss. vers. al. (sobre esta jurisprudencia ver también *Ambos*, Antijuridicidad [1999] y —analizando la sentencia del Tribunal Europeo de DDHH— NDP 2003 A, 3 ss. = Isonomía 20 [Abril 2004], 41 ss.).

ser imputadas las acciones que se fundan en ésta.[110] Todas las otras configuraciones posibles de casos son controvertidas y plantean, además, complicadas cuestiones de causalidad (acumulativa) y de imputación objetiva. En este lugar, ellas no pueden ser analizadas detalladamente.[111] Incluso es controvertida la exención de responsabilidad en el caso de un voto disidente, cuando quien disiente hubiera podido evitar la decisión con su negativa absoluta a participar en ella. Por ejemplo, es posible imaginar el caso en el cual las reglas del proceso de decisión prevean un mínimo de votos o exijan el voto de todos los miembros del gremio. Sin embargo, en este caso al disidente se le puede reprochar únicamente, como expone convincentemente *Jakobs*,[112] el hecho de haberse unido al proceso con su participación, pero no se le puede hacer un reproche material de antijuridicidad.

cc) *Sobre la naturaleza de la aportación al hecho*

Respecto de la naturaleza de la aportación al hecho, de la doctrina del dominio funcional del hecho resulta que sólo los *aportes esenciales* o considerables, es decir, los que son necesarios para una ejecución fundada en la división de tareas, pueden fundamentar una responsabilidad en coautoría.[113]

La crítica expresada especialmente en la doctrina española[114] en contra del criterio de la esencialidad, a saber, que éste sólo acentuaría el aspecto *negativo* de la posibilidad de "desbaratamiento del plan",[115] siendo sin embargo necesario para la fundamentación de una responsabilidad en coauto-

---

[110] S/S-*Cramer* (1997), § 25, nm. 76; diferenciando, pero igual en el resultado *Dencker*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 68 s.; S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 76b.

[111] Cfr. la exposición diferenciada de *Jakobs*, FS Miyazawa (1995), p. 419 ss., así como *Dencker*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 63 ss., ambos con otras referencias. Este autor quiere responsabilizar a los que prestan su consentimiento según los principios de la coautoría con base en su *principio de imputación del hecho total (cfr.* ya supra, nota 67) y exceptuar de responsabilidad a quienes votan en contra o se abstienen: "solo los votos aprobatorios […] son actos parciales de aquella comisión conjunta que está dirigida a la realización del tipo" (en: Amelung [editor], Verantwortung [2000], p. 69). Lo decisivo debe ser si el acto de votar del particular aumenta el riesgo de producción del resultado total (con mayores detalles *Dencker*, Kausalität [1996], p. 179 ss., 217 ss. [219, 224 s.]; fundamental el trabajo de *Knauer*, Kollegialentscheidung [2001]; ver también *Vest,* Genozid (2002), p. 324 ss.). Sobre la problemática de la causalidad en caso de omisión de evitar el resultado, por ejemplo, por falta de retiro de circulación del producto, cfr. también *Kühl*, AT (2002), § 18, nm. 39 a-d; sobre la causalidad acumulativa: *Weber*, en: Baumann/Weber/Mitsch, AT (2003), § 14, nm. 37.

[112] Cfr. *Jakobs*, FS Miyazawa (1995), p. 429 s.; de otra opinión *Dencker*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 70: Si el votante reconoce en tal situación la importancia de su voto "no tendría ningún 'sentido' exonerarlo de la responsabilidad con la que carga, porque él realiza una parte necesaria de un suceso criminal total". Con dudas también *Gropp*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 243.

[113] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 189 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 64, 69.

[114] Cfr. ya *Gimbernat*, Autor (1966), p. 146 ss.; *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 664 ss. (669 ss., 670, 675 s.); *Luzón Peña*/*Díaz y García Conlledo*, FS Roxin (2001), p. 592 ss.; aprob. *Rodríguez Montañés*, FS Roxin (2001), p. 322.

[115] Sobre el pensamiento similar de la capacidad de hacer continuar o de impedir de *Maurach*, cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 310 ss. Sobre la diferencia entre control negativo y positivo del curso de los acontecimientos cfr. también *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 200.

ría que el coautor domine *positivamente* los acontecimientos,[116] se basa menos en un rechazo de principio de este criterio y de la teoría del dominio funcional del hecho que le sirve de base, que en la necesidad de delimitar la coautoría frente a la forma especial de participación criminal de la "cooperación necesaria".[117] Ésta se ubicaría entre la coautoría y la participación simple y puede ser atribuida tanto a una (cómplice principal) como a otra (cómplice secundario) forma de intervención o bien se puede intentar mantenerla como una forma separada de intervención.[118] Esto presupone, sin embargo, definir a la coautoría y a la participación simple del modo más restrictivo posible, pues, de lo contrario, no quedaría entre estas dos formas de intervención ningún ámbito de aplicación para la cooperación necesaria. Así, *Díaz y García Conlledo*, uno de los críticos más agudos del criterio de la esencialidad y de la teoría del dominio funcional del hecho, aun partiendo de que aquél "no resulta insoportable para la seguridad jurídica, sobre todo cuando se persigue, como es el caso de Alemania, donde se carece de las figuras legales del cooperador ejecutivo y el cooperador necesario, una mayor adecuación de las penas de los intervinientes más importantes a las necesidades de la justicia material",[119] soluciona el problema de delimitación, sin embargo, con un concepto de autor objetivo-formal (extremadamente) restrictivo, orientado a la teoría de *Luzón Peña* de la "determinación objetiva y positiva del hecho",[120] según el cual es coautor sólo aquel que mediante la ejecución conjunta del hecho con otros "domina el hecho, es decir determina objetiva y positivamente el curso del suceso".[121] También *López Peregrín* parte de este concepto de autoría;[122] en el marco de su fundamental investigación sobre la complicidad, esta autora delimita esta última de la cooperación necesaria en cuanto a la medida del aumento del riesgo: Aunque ambas formas de intervención descansen sobre la misma fundamentación de la pena, la cooperación necesaria representa un riesgo mayor para el bien jurídico y, por tal motivo, se la tendría que penar más intensamente.[123] De este modo, los casos que por medio del criterio del dominio funcional del hecho caerían indudablemente bajo la coautoría,

---

[116] Cfr. especialmente *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 677 ss.

[117] Cfr. sobre esta figura que proviene de la teoría de la necesidad (cfr. *Roxin*, Täterschaft [2000], p. 38 ss.) el art. 14 del viejo CP español y el art. 28, párrafo segundo del CP español de 1995: "También serán considerados autores: […] b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado"; al respecto, fundamental y crít. *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 409 ss.; *Cerezo Mir*, FS Roxin (2001), p. 556 s. Desde el punto de vista alemán, fundamental *Lange*, Teilnahme (1940), quien es el primero que ha intentado un planteamiento dogmático general, llegando a la conclusión (p. 95) de que si bien por un lado el problema de la participación necesaria sólo "puede solucionarse desde la especialidad del tipo", por el otro, su tratamiento debe partir de los conceptos básicos de la autoría y participación. Sobre este autor y sobre los otros importantes defensores de la teoría desde principios del siglo XIX *Gropp*, Deliktstypen (1992), p. 14 ss., quien, luego de sentar las bases generales (9 ss.), construye con la fundamentación de un nuevo planteamiento metódico (98 ss.) seis categorías de figuras delictivas con intervención especial *impune* (125 ss., 340 ss.; sobre esto, también *el mismo*, AT [1998], § 10, nm. 157 ss.).

[118] *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 22 ss., 64 ss., 87 ss., 327 ss.; *Cerezo Mir*, FS Roxin (2001), p. 556 s.

[119] *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 677. Cfr. también idem, p. 689: El dominio funcional del hecho conduciría a un concepto de autor que, aunque fundado en razones de justicia material, no puede justificarse desde el punto de vista del derecho *español*.

[120] Crít. ya supra en la nota 60. Desde su posición (*Díaz y García Conlledo*, Autoría [1991], p. 692 s.) se podría partir sin embargo de un concepto de autor aún más restrictivo.

[121] *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 691. Cfr. ahora también *Luzón Peña*/*Díaz y García Conlledo*, FS Roxin (2001), p. 576 ss. (589 ss.). Crít. sobre este concepto de autoría "super restringido" *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 38 ss.; también *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 685 s.

[122] *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 363 ss., 397 s.

[123] Idem, p. 435 ss. (437). *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 314 ss., quien se funda en la esencialidad y en el momento de la contribución al hecho.

piénsese, por ejemplo, en el del jefe de la banda o en el del "vigilante" (sobre estos casos ver más adelante), son subsumidos en la cooperación necesaria.

Sin embargo, esta solución específicamente española no es sostenible desde un punto de vista supranacional de derecho penal internacional y de derecho comparado ya por el hecho de que el art. 25 (3)(a) no prevé la cooperación necesaria. Por ello, la única solución transitable es la de clasificar a los casos de verdadera participación "necesaria" dentro de la coautoría y a los de participación no necesaria dentro de la participación simple. Este punto de vista es sostenido, por ejemplo, por *Gómez Benítez*[124] —con consideración de la teoría de los bienes escasos de *Gimbernat*[125]—, al expresar, correctamente, que en el derecho español la "coautoría no ejecutiva" caería dentro de la cooperación necesaria, diferenciando, por tanto, entre "coautoría ejecutiva" y participación según que fueran realizadas o no las acciones de ejecución del tipo. También desde un punto de vista valorativo el cooperador necesario realizaría inmediata y directamente acciones típicamente relevantes, porque ellas serían necesarias para la realización del tipo; en este sentido éste también sería coautor. Esta problemática es tratada aún más profundamente en la última monografía de *Pérez Alonso*.[126] En definitiva, este autor intenta conciliar la teoría del dominio funcional del hecho con la existencia de la cooperación necesaria, diferenciando entre la "relevancia objetivo material" del aporte como "aspecto positivo" y el aspecto negativo de la mera frustración del curso causal (desbaratamiento del plan), al que sólo se debe recurrir de modo subsidiario —como una especie de control negativo—. De este modo, *Pérez Alonso* colabora —considerando igualmente la teoría de *Gimbernat*— a la concretización del criterio de la esencialidad y desplaza la cooperación necesaria al ámbito de la participación.[127] Sin embargo, *de lege ferenda* este autor exige consecuentemente —como ya lo habían hecho otros autores— su derogación.[128]

El criterio de la esencialidad ya ha sido utilizado en la sentencia *Tadic*[129] y en el Draft Code de 1996[130] para determinar con más detalle la intervención en el hecho. En el caso *Tadic* se ha hecho depender de si la aportación había repercutido en la comisión del hecho de tal modo que éste sin aquélla no se habría desarrollado de la misma manera. No se trata aquí, sin embargo, de una contribución esencial al hecho en el sentido de la coautoría, sino de la delimitación entre una intervención punible y una impune, es decir, transportado al modelo diferenciador, de los presupuestos de la participación punible, más precisamente: de la complicidad. Sobre esto se volverá más adelante.[131] Si de todos modos se quiere transportar este concepto de la esencialidad —y el pensamiento del dominio funcional del hecho que la gobierna— a la coautoría —aquí analizada—, entonces se puede interpretar este concepto en el sentido de que la aportación al hecho debe ser imprescindible o bien "indispensable"[132] para la realización del hecho total. Lo que se quiere significar con esto se muestra

---

[124] *Gómez Benítez*, ADPCP 1984, 127 ss. (127, 129 s.).

[125] Cfr. ya supra en la nota 58.

[126] *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 244 ss. (253 ss., 263).

[127] Explícitamente idem, p. 426 s.

[128] Idem, p. 107 ss., 409 ss. (414, 417 s.). Asimismo, *Cerezo Mir*, FS Roxin (2001), p. 555.

[129] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 24, para. 689 y passim (ver también p. 275 s. vers. al.).

[130] Cfr. p. 463 vers. al.

[131] Cfr. infra III. 2.

[132] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 280: Aportación al hecho como "presupuesto indispensable para la realización del resultado deseado […]".

claramente en el ejemplo elegido por *Roxin* del "vigilante" en un robo: Si el hecho fuera imposible sin esa aportación, entonces ésta sería indispensable y existiría coautoría; si, en cambio, la aportación sirviese sólo para la iniciación del "aprendiz" en su nueva "profesión", entonces existiría participación.[133] Resumidamente: son contribuciones esenciales aquellas "con relevancia objetiva y material" y que cumplen una función "independiente y esencial", es decir, "escasa" y "de difícil reemplazo".[134] De la "relevancia material" de las contribuciones resulta también su paridad de rango.[135] Con ello, se sigue a la doctrina española más moderna, ya expuesta arriba, que se basa en la teoría de *Roxin* y se considera como complemento el criterio de los "bienes escasos" de *Gimbernat*. Al mismo tiempo, esto significa un acercamiento a la posición de *Jakobs*, según la cual serían esenciales aquellas aportaciones que caracterizan al hecho.[136]

Es una cuestión realmente discutida si también pueden fundamentar una coautoría las aportaciones efectuadas durante la *etapa preparatoria*.[137] La disputa pierde importancia, ya que *Roxin* —el opositor más conocido a este punto de vista[138]— considera como etapa de ejecución a todo el "período de tiempo entre el comienzo de la tentativa y la finalización material del hecho"[139] y, por consecuencia, también incluye comporta-

---

[133] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 282 s.; también *Gómez Benítez*, ADPCP 1984, 130; *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 250. En contra de una coautoría en este caso y en el del jefe de la banda (naturalmente) *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 681 s., 683.

[134] *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 279 s.: "[…] la coautoría exige que las contribuciones prestadas con relevancia objetiva y material desempeñen una función independiente y esencial (escasa, de difícil reemplazo) […]".

[135] *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 68 ss.

[136] *Jakobs*, AT (1993), 21/51.

[137] Así, la doctrina mayoritaria alemana, cfr. ya *Welzel*, ZStW 1939, 551 s.; también S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm.; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 680; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 49, nm. 31; *Gropp*, AT (2001), § 10, nm. 84; *Küpper*, GA 1986, 444 ss. (446) todos con otras referencias. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 687, califica a esta cuestión como el "punto de disputa sustancial".

[138] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 292 ss., 687, 688 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 179 ss.; asimismo SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 122; *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 65 ss.; sobre la base de un concepto de dominio del hecho referido al tipo *Rudolphi*, FS Bockelmann (1979), p. 372 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 196 ss.; *el mismo*, GA 1996, 432 ss. (434); *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 86 s.; también —sobre la base de su teoría de la urgencia de las normas de conducta (crít. *Hernández Plasencia*, Autoría mediata [1996], p. 56 ss.; *Renzikowski*, Täterbegriff [1997], p. 24 s.; *Roxin*, Täterschaft [2000], p. 648 s.; *Luzón Peña/Díaz y García Conlledo*, FS Roxin [2001], p. 582 s.)— *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 325 s. La posición de *Roxin* también se ha impuesto en España: cfr. *Gómez Benítez*, ADPCP 1984, 111 s.; *López Barja de Quiroga*, Autoría (1996), p. 66 s.; *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 65; *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 229 ss., con otras referencias en la nota 94 s. y 96 s. En favor de una ejecución conjunta del hecho en sentido objetivo-formal, también *Vives Antón,* en: el mismo (editor), Comentarios (1996), p. 284; Crít. *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 672 ss. (674), para quien con el "criterio material" de Roxin para la fundamentación de la coautoría es "difícil [de] explicar" por qué no deberían ser suficientes los actos preparatorios; en favor de su inclusión también *Muñoz Conde*, en: Ferré/Anarte, Delincuencia (1999), p. 155 ss.

[139] LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 182.

mientos que representan "una cooperación en la acción típica o *en directa relación* con ésta", que aparecen "como pertenecientes de modo inseparable a la acción típica" o que constituyen "un componente necesario del acto de realización".[140] Tal anticipación de la etapa de ejecución a la etapa preparatoria conduce a una concepción del "hecho como suceso total" que está cerca de la doctrina mayoritaria (alemana),[141] porque conduce a disenso sólo en los casos en los cuales los actos preparatorios no pueden serle atribuidos al hecho total. El propio *Roxin* nombra el (famoso) caso del jefe de la banda[142] que limita su actividad a planificar los delitos y deja que otros los ejecuten. En este caso, el jefe de la banda podría ser coautor solamente si él dirige o asegura —también a la distancia— la ejecución del hecho. Esto es convincente si el co-dominio de la realización del hecho se apoya únicamente en circunstancias físicas objetivas y se rechaza estrictamente toda consideración de aspectos psíquicos subjetivos. En este sentido, el punto de partida objetivo o subjetivo de quien toma la decisión prejuzga el resultado de la misma decisión.[143] Aunque aquí se defiende una concepción objetiva cercana a la teoría del dominio del hecho, no deben excluirse de modo general y categórico las consideraciones subjetivas, como muestra el caso *Furundzija*.[144] Para quedarnos en el caso del jefe de la banda: Si el plan del hecho que éste ha diseñado determina la conducta de los subordinados hasta el último detalle y éstos se comportan también de acuerdo con el plan, la influencia (psíquica-intelectual) del ideólogo que domina el hecho debe ser tenida en cuenta por medio de su consideración como autor. En el caso de que no se den los presupuestos del dominio por coacción o por organización —como se presupone[145]— entra en consideración sólo una coautoría o una inducción.[146] De este modo, no se descuida la diferencia estructural entre autoría mediata y coautoría (imputación vertical versus horizontal)[147] y la coautoría no se degrada a "una especie de forma mísera de la autoría mediata",[148] sino que se tiene en cuenta la circunstancia de que por medio de una planificación detallada es posible un co-dominio de la ejecución del hecho. En un caso semejante se puede hablar siguiendo a *Stratenwerth*[149] de un "efecto de continuación" del plan del hecho en la etapa de ejecu-

---

[140] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 304 s. (resaltado en el original). Asimismo, *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 221 ss.

[141] Cfr. S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 66, con otras referencias.

[142] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 298 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 184; también *Küpper*, GA 1986, 444 ss.; *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 231 ss.

[143] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 293 s.

[144] Cfr. supra en la nota 75 y en el texto.

[145] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 299; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 184.

[146] Cfr. sobre la "dominancia volitiva" del inductor, importante en este contexto, infra III. 3. c).

[147] Cfr. *Bloy*, GA 1996, 437 ss.; también *Jung*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 180 ss.; al respecto sobre la autoría mediata S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 6a.

[148] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 299.

[149] *Stratenwerth*, AT I (1981), nm. 824; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I (2004), § 12, nm. 93 s. Igual en el resultado *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 110 s.; S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 66; también *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 384 s.; *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 674 (en contra de la doctrina mayoritaria en España, cfr. *Pérez Alonso*, Coautoría (1998), p. 233 ss., con otras referencias en la nota 94). De otra opinión, *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 67 s.

ción o siguiendo a *Jakobs*[150] de un "dominio de la configuración" del planificador. Este punto de vista no significa un regreso a la teoría subjetiva,[151] pues lo que importa no es una voluntad ficticia del autor, sino los actos concretos y objetivamente constatables de preparación del hecho y sus repercusiones sobre la ejecución. Tal prudente subjetivización es el precio que se debe pagar por tomar en consideración —según las circunstancias del caso concreto— la innegable importancia para la ejecución del hecho de la planificación preparatoria. La consideración de los actos preparatorios del plan del hecho tiene importancia justamente en el terreno del derecho penal internacional, pues los crímenes contra la humanidad presuponen un contexto sistemático de comisión,[152] el cual, por su parte, implica una planificación preparatoria. De modo similar, los crímenes de guerra deben ser juzgados por la CPI especialmente cuando se "cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes" (art. 8 (1)). Aquí, quienes tomaron parte en la planificación no siempre podrán ser condenados como autores mediatos en virtud del dominio de la organización —piénsese solamente en el caso *Eichmann*[153]—, de modo que sólo una responsabilidad en coautoría comprende satisfactoriamente el contenido de injusto por ellos realizado. Esto ha sido reconocido también por la Sala de Apelación del ICTY en el proceso *Tadic*, al mencionar como segunda categoría de intervención en coautoría a los llamados casos de campo de concentración, en los cuales los acusados ya a causa de su posición objetiva de autoridad debían ser considerados como coautores y no sólo como meros cómplices.[154] Por lo demás, también la teoría del dominio del hecho de *Roxin* puede llegar en estos casos a una coautoría mediante la ya mencionada anticipación de la etapa de ejecución, ya que la preparación organizativa de crímenes macrocriminales puede constituir, sin problemas, un "componente del acto de realización" —en el caso *Eichmann*: el exterminio judío del nacionalsocialismo.

---

150 *Jakobs*, AT (1993), 21/48.

151 Así, *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 690 s.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 186.

152 Cfr. el art. 7 (1): "parte de un ataque generalizado o sistemático […]" ("[…] part of a widespread or systematic attack […]"). Cfr. más detalladamente *Ambos*, Crímenes (2004), p. 51 ss., 128 ss.

153 Cfr. ya supra en la nota 35, así como infra 3. c) aa) y bb).

154 Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 202 s.

3. Autoría mediata

a) *Fundamentos*

La forma de intervención de la autoría mediata es generalmente reconocida.[155] Para el common law se puede remitir al § 26 (1)(c) del DCCB,[156] al § 2.06 (2)(a) del MPC,[157] al § 4 (2) del Draft Bill canadiense,[158] al § 11.3 del CCA australiano[159] y al § 56 del Crimes bill neozelandés de 1989.[160] En el "civil law" continental europeo es representativa la formulación del § 25 (1), oración 1, alt. 2 StGB.[161] En el derecho

---

[155] Cfr. *Tiedemann*, FS Nishihara (1998), p. 500 s.: "patrimonio europeo"; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 639; *el mismo*, Concepts (1998), p. 197; *Alldridge*, CLF 1990, 45 ss. Para Latinoamérica cfr. *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 501 s.; *Velásquez*, PG (1997), p. 615 ss.; *el mismo*, Manual (2004), p. 453 ss.; *Zaffaroni*, Manual (2003), pp. 571 ss.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones PG (2003), p. 398 ss.; *Bustos*, Obras (2004), p. 1074 ss.; *Bruno*, Direito penal (1967), t. 2, p. 267 ss.; *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 388 s.; *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 504 ss. Para el derecho penal internacional *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 159 (siguiendo la posición que expresara en p. 568 ss. vers.al.).

[156] *Draft criminal code bill* de 1989 (supra nota 6); cfr. también *Law Commission*, Commentary (1989), p. 204 s. (205): "It is to treat all persons acting through innocent agents as principals […]". Sobre el desarrollo del derecho inglés y crít. sobre el proyecto de la Law Commission, *Alldridge*, CLF 1990, 47 ss., 67 ss.

[157] *American Law Institute* (1985), p. 295: "[…] causes an innocent or irresponsible person to engage in such conduct […]". Cfr. también idem, Comment, p. 300: "[…] universally acknowledged principle that one is no less guilty […] because one uses the overt conduct of an innocent or irresponsible agent. He is accountable in such cases as if the conduct were his own". Sobre el MPC también *Alldridge*, CLF 1990, 79 s.

[158] Allí se reconoce la autoría mediata, sin embargo, en el marco de la participación ("furthering"): "[…] if he […] uses another person to commit that crime […]" (*LRC*, Report 31 [1987], p. 44). Sobre el derecho canadiense cfr. *Alldridge*, CLF 1990, 76 s.

[159] El § 11.3 CCA (supra, en la nota 21) regula al innocent agency de la siguiente manera: "procuring conduct of another person […]".

[160] Según el § 56 (1) es "party to an offence" todo "who intentionally causes an innocent agent to commit the act that constitutes the offence". El § 56 (2) define al "innocent agent" como alguien "who at law cannot be held criminally responsible for the offence" (citado según *Alldridge*, CLF 1990, 80).

[161] Cfr. también el art. 28 del *CP español*: "Son autores quienes realizan el hecho […] por medio de otro del que se sirven como instrumento […]" (al respecto, *Cerezo Mir*, FS Roxin [2001], p. 551 s.); el art. 26 del *CP portugués*: "executar o facto, […] por intermédio de outrem […]". El art. 18 § 1 del CP polaco (1997) somete a pena a aquel que "dirige […] la ejecución del hecho" o que "abusando de la dependencia de otra persona, la estimula a cometer el hecho", en: *Weigend*, StGB (1998), p. 43. El art. 33 (3) del CP ruso (1996) reconoce al organizador como la persona que "ha organizado la comisión de un delito o ha dirigido su ejecución" o que "ha fundado o dirigido un grupo organizado o una asociación criminal (organización criminal)", en: *Schroeder/Bednarz*, StGB (1998), p. 55. También el nuevo CP croata de 1998 reconoce al autor mediato (art. 35, apartado 1 alt. 2, CP croata, en: CACLP 1999, 34; cfr. *Novoselec*, ZStW 1999, 531). El Corpus juris (1997), en: *Delmas-Marty* (ed.), p. 68, reconocía originariamente al autor mediato sólo —a causa de la influencia francesa (crít. *Tiedemann*, FS Nishihara [1998], p. 500 s.)— en el Commentary como "indirect offender". Por el contrario, el nuevo art. 11, apartado 1, alt. 3 ("by means of an innocent agent") se corresponde con la situación jurídica alemana, en: Delmas-Marty/Vervaele (eds.), Implementation I (2000), p. 192. Crít. en general sobre la fundamentación de la autoría mediata *Gimbernat*, Autor (1966), p. 222 ss.

francés, si bien no se encuentra una disposición semejante, la autoría mediata es reconocida de todos modos para determinados delitos de la parte especial.[162] En este sentido se debe mencionar el art. 211-1 del CP francés, de especial importancia en nuestro contexto, que sanciona el cometer y el "hacer cometer" ("faire commettre") un genocidio. Según la opinión generalizada con esta norma se comprende la comisión de un genocidio en autoría mediata.[163]

En el derecho penal internacional recién con el art. 25 (3)(a) se hizo patente esta situación jurídica. Según esta norma también es punible como autor quien comete el hecho "por conducto de otro" ("through another person", "par l'intermédiaire d'une autre personne"). También el "ordenar" ("orders") la comisión de un hecho en el sentido del art. 25 (3)(b) se corresponde estructuralmente más con la categoría de la autoría mediata que con la de la participación, pues también en este caso existe la estructura de imputación vertical típica de la autoría mediata.[164]

Sin embargo, el derecho penal internacional no ofrece puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata. Con mucha buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de *dominio por organización* en el proceso a los juristas de Núremberg.[165] De todos modos, una interpretación estrictamente apegada al texto de la jurisprudencia aquí analizada permite concluir que el dominio por organización sólo ha sido reconocido en procesos nacionales, a saber, en *Eichmann*,[166] en el proceso contra los comandantes militares argentinos[167] y, sobre todo, en los procesos contra los funcionarios de élite de la antigua DDR.[168] Si bien de este modo la autoría mediata en la forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder[169] goza de una cierta vigencia internacional, sus presupuestos necesitan, sin

---

[162] *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 30 ss. (33); *Desportes/Le Gunehec*, Droit Pénal (2003), p. 477 ss. (478 s.); *Tiedemann*, FS Nishihara (1998), p. 500; *Hünerfeld*, en: Eser/Huber/Cornils (editores), Einzelverantwortung (1998), p. 51, quien señala que la inducción, a costa de la autoría mediata, es entendida más ampliamente que en el derecho alemán; también *Jescheck*, ZStW 1987, 125 s.

[163] Cfr. *Desportes/Le Gunehec*, Droit Pénal (2003), p. 477 s. Respecto de otros tipos penales que codifican la autoría mediata: *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 33.

[164] Cfr. ya p. 462 vers. al. con relación al Draft Code de 1996; cfr. también *H. Mayer*, FG Frank (1930), p. 618; *Hoyer*, Verantwortlichkeit (1998), p. 18 s.; *el mismo*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 191; también *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 12; aprob. *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), o. 225 con nota 475. Cfr. también *Prosecutor v. Akayesu, Judgement 2.9.1998 (ICTR-96-4-T), para. 483*; *Prosecutor v. Rutaganda*, Judgement 6.12.1999 (ICTR-96-3-T), para. 39, así como infra al tratar el estado de necesidad por cumplimiento de una orden, b) bb). Diferente probablemente el derecho francés, cfr. *Conte/Maistre du Chambon*, Droit pénal (2002), p. 225, así como infra nota 188 y en el texto.

[165] Cfr. ya p. 93 ss. vers. al.

[166] Cfr. p. 184 ss. vers. al.

[167] Cfr. p. 234 ss. vers. al.

[168] Cfr. p. 243 ss. vers. al.

[169] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 242 ss. (246 ss. sobre el caso Eichmann); *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 105 ss.

embargo, de una *concretización* adicional. Como ya se ha mencionado,[170] especialmente se plantea el interrogante acerca de qué tan alto debe estar situado el autor mediato en la jerarquía de mando para que le pueda ser reprochado el dominio del autor directo por medio de un aparato organizado de poder.[171]

Con esto ya se ha indicado también la forma de autoría mediata más importante para el derecho penal internacional. Del análisis de las codificaciones y de la jurisprudencia penal internacional no resultan otras formas relevantes de autoría mediata. Sin embargo, si se examinan los usuales casos de manual,[172] se descubrirá que sobre todo el *dominio por coacción* tiene relevancia para el derecho penal internacional. La praxis de derecho penal internacional conoce numerosos casos en los cuales el autor directo es obligado a cometer un delito por un hombre de atrás, regularmente, su superior. El caso hoy más conocido de un estado de necesidad por coacción o por cumplimiento de una orden del autor directo lo constituye, probablemente, *Prosecutor v. Erdemovic*.[173] Aunque allí se trató solamente de la responsabilidad del autor directo, es posible designar a los casos en los cuales el superior ejercita el dominio de la voluntad por medio de coacción como "situación Erdemovic".[174] Este caso será analizado enseguida más detalladamente (*sub* b)). Los otros grupos de casos tratados en *esta* categoría no son aquí de interés.[175]

Al igual que en la coautoría, también en los grupos de casos que aquí interesan de coautoría mediata se ha de partir de las soluciones ofrecidas por la doctrina alemana y española. Si bien el derecho *angloamericano* reconoce la autoría mediata ("doctrine of innocent agency"),[176] la literatura correspondiente se limita sin embargo —a menos que ella por razones de determinación no siga un concepto restrictivo de autor y, por ello, rechace de modo absoluto una autoría mediata[177]— a producir reflexiones que restan generales para su fundamentación, sin efectuar una sistematización por grupos de casos o sin investigarlos —por ejemplo los que aquí relevan— con más profundidad. Así, en la monografía fundamental de *Smith*[178] la autoría mediata es vista esencialmente como un problema de falta de responsabilidad del hombre de adelante[179] y de causación causal del hecho[180] por el

---

170 Cfr. supra —de modo resumido— § 2 II. 1. b).

171 Cfr. para mayores detalles infra c) bb).

172 Cfr. *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 46 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 8 ss.; también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 664 ss.

173 *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgement 29.11.1996 (IT-96-22-T), para. 16 ss.; para un análisis detallado ver p. 263 ss. vers. al. e infra § 12 II. 3.

174 Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 142 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 61 ss.

175 Sobre estos grupos de casos cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 149 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 65 ss.

176 Cfr. ya supra nota 156 s. y en el texto. Sobre la diferenciación (antigua) entre "material agent" e "irresponsible agent" cfr. *Straub*, Täterschaft (1952), p. 23 ss. (24).

177 Cfr. *Alldridge*, CLF 1990, 55 ss., 65, 83, quien por ejemplo en los típicos casos de comisión del hecho por medio de un niño incapaz de culpabilidad rechaza, por tal motivo, la autoría mediata; este autor no considera, sin embargo, el criterio del dominio del hecho, sino que más bien subjetiviza la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor: "bringing together the *mental state of one person* [hombre de atrás] with the *acts of another* [ejecutor]" (57, resaltado en el original).

178 *Smith*, Treatise (1991), p. 95 ss. (95, 103 ss.).

179 Crít. *Herlitz*, Parties (1992), p. 143 ss. (146).

180 Cfr. al respecto también el § 2.06 (2)(a) del MPC, supra nota 157, así como *American Law Institute* (1985), Comment, p. 302 s.; *LaFave*, Criminal Law (2003), § 13.1., p. 663 s.; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 142°s.; *Williams*, Criminal Law (1983), p. 369; *Alldridge*, CLF 1990, 60; crít.

hombre de atrás. Sin embargo, "causation" es menos que dominio del hecho y, de este modo, la autoría mediata se convierte en un tipo de recogida o residual para los casos en los cuales fracasa una punibilidad por participación por falta de un hecho principal (culpable).[181] Por lo demás, también se admite en parte una autoría mediata en el caso de que el hombre de atrás actúe sin dolo,[182] concepción ésta incompatible con la posibilidad de dominar del hecho. *Fletcher*[183] sí diferencia en grupos de casos, pero al hacerlo se basa en la doctrina alemana y no analiza con más detalle los casos que aquí interesan. De todos modos, este autor reconoce el actuar en estado de necesidad por coacción ("duress") como un caso de autoría mediata.[184] En el caso *Cogan,*[185] central para el reconocimiento de la autoría mediata —el cónyuge, condenado como autor mediato de una violación, había engañado al ejecutor (*Cogan*) sobre el consentimiento de su esposa a tener relaciones sexuales—, la autoría mediata se tendría que rechazar además desde una óptica alemana, porque la violación es considerada como un delito de propia mano.[186]

Fletcher, Rethinking (1978), p. 666 s.; *el mismo*, Concepts (1998), p. 198; *Herlitz*, Parties (1992), p. 142 ss. (151: "very dissimilar situations"), 547, 551.

[181] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 665 ss., 667: "If the 'broad' theory of accessorial liability [accesoriedad limitada] would take hold in Anglo-American theory, one could properly hold a subsidiary party as an accessory. This would have the advantage of reserving the notion of perpetration-by-means to cases in which the party behind the scenes in fact dominates and controls an 'innocent or irresponsible agent'"; similar *Kadish*, en: Rechtfertigung (1988), p. 1261 ss. (1261, 1266, 1282); *Herlitz*, Parties (1992), p. 142 ss. (147 .); en favor de la "broad theory" también *Alldridge*, CLF 1990, 46 s. Sobre la "función residual" de la autoría mediata en el derecho alemán, también crít. *Schumann*, Handlungsunrecht (1986), p. 101 s.

[182] *American Law Institute* (1985), Comment, p. 302. Cfr. también *Smith*, Treatise (1991), p. 98: "There is no inherent conceptual restriction of innocent agency to cases where the defendant has intentionally or purposefully caused or brought about the innocent agent's actions"; sin embargo, este autor considera a este punto de vista "questionable" (p. 98 s.). Crít. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 666; *Williams*, Criminal Law (1983), p. 369 (refiriéndose a la Law Commission); *Kadish*, en: Rechtfertigung (1988), p. 1304 ss., quien sin embargo en la mayoría de los casos considera iguales los resultados.

[183] *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 639 s.; 664 ss.; más general *el mismo*, Concepts (1998), p. 197 ss. Cfr. también el § 26 (1)(c) del *DCCB*, así como *Law Commission*, Commentary (1989), p. 205: innocent agent como (i) niño, (ii) instrumento sin dolo o sin intención, así como (iii) justificado o exculpado ("has a defence"). Cfr. también la diferenciación de *Kadish*, en: Rechtfertigung (1988), p. 1261 ss. (1287 ss., 1296 ss.): "nonculpable", "partly culpable" y "unintended action".

[184] *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 664 (instrumento antijurídico, pero exculpado); asimismo *Law Commission*, Commentary (1989), p. 205 en relación con el grupo (iii) recién mencionado: "a person acting under duress by threats". Sobre el dominio por organización *Fletcher*, Concepts (1998), p. 199 con referencia a la jurisprudencia del BGH.

[185] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 665 ss.; *Smith*, Treatise (1991), p. 106 s., 108, 116 s.; *Williams*, Criminal Law (1983), p. 371 s.

[186] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 399 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 40 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 45-48; SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 65 ss. En contra de la autoría mediata, también *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 143; *Williams*, Criminal Law (1983), p. 371 s.; *Kadish*, en: Eser/Fletcher (eds.), Rechtfertigung (1988), p. 1267 ss. (1268 s., 1274 s.); *Alldridge*, CLF 1990, 52, 55, 59; dudando *Law Commission*, Assisting (1993), p. 8; también en general *Law Commission*, Commentary (1989), p. 204, en donde se expresa que sería "artificial" partir de una autoría mediata en un hecho que exigiera una "personal conduct on the part of the perpetrator (as with offences involving sexual intercourse […])". Diferenciando *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 282 ss. (284 s., 300, 303), para quien la violación del art. 178 s. del CP español representa un delito de actividad que podría ser realizado también mediatamente. Por lo demás, esta posibilidad existiría "para la mayoría de los delitos que hoy se reconducen a la categoría de propia mano, principalmente por la razón de que su naturaleza de propia mano no está fundamentada satisfactoriamente" (en este sentido, en contra de la doctrina dominante en España

En cuanto al derecho *francés*, si bien éste reconoce la autoría mediata para determinados delitos de la parte especial,[187] la gran mayoría de los casos que para la compresión alemana pertenecerían a la autoría mediata, se consideran como "provocation" o "complicité".[188] En cuanto se pena por autoría mediata se recurre, con frecuencia, a la figura de la autoría intelectual (auteur intellectuel).[189] Esta concepción proveniente del siglo XIX por medio de la cual, como es sabido, la inducción y la autoría mediata, como formas de autoría,[190] eran tratadas de modo equivalente, explica el intento —de todos modos fracasado— de introducir la inducción en sentido amplio ("instigation") en el nuevo CP de 1994.[191] La importancia a lo sumo subsidiaria de la autoría mediata explica también el hecho de que ella nunca haya sido siquiera mencionada en algunos manuales como una forma autónoma de intervención,[192] y que en otros tan solo se la nombre para diferenciarla de la autoría directa ("auteur matériel") y de la complicidad ("complicité") como "auteur moral" o "intellectuel".[193]

Naturalmente, se pueden aún construir —junto con el dominio por coacción y el dominio por organización— otros casos de derecho penal internacional que se corresponden con las categorías de la criminalidad clásica de los manuales. Así, es por ejemplo posible que un hombre de atrás posea la intención de destrucción necesaria para un genocidio, pero que los autores directos por él utilizados para la comisión del hecho actúen sólo con dolo simple.[194] Según la dogmática corriente, éstos serían *instrumentos dolosos sin intención* y se plantearía la cuestión de si la falta del requisito de la intención especial en el autor directo puede fundamentar el dominio superior del hecho, necesario para la autoría mediata, del hombre de atrás.[195] También es posible el caso de que en un conflicto armado se empleen niños[196] como soldados; en un caso así, según las reglas generalmen-

---

cfr. idem, p. 282 ss.; *Gimbernat*, Autor [1966], p. 242 ss. [247 s.]; *López Barja de Quiroga*, Autoría [1996], p.59).

[187] Cfr. ya supra nota 162 s. y en el texto.

[188] *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 216 ss. (217 s.); *Conte/Maistre du Chambon*, Droit pénal (2002), p. 217 s., 225.

[189] *Czepluch*, Täterschaft (1994), p. 219.

[190] Cfr. *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 172 ss., con otras referencias; *Köhler*, AT (1997), p. 499 s., 501; *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 138 s.

[191] Así, el art. 26-1 del proyecto de 1983 (cfr. *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal [2003], p. 261).

[192] Cfr. por ejemplo *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 676 s. diferenciando entre "auteur, coauteur, complice" y "receleur".

[193] *Desportes/Le Gunehec*, Droit Pénal (2003), p. 477 ss., 479 (especialmente "auteur intellectuel"); *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 260 s. ("auteur intellectuel ou moral"); *Conte/Maistre du Chambon*, Droit pénal (2002), p. 217 s. ("auteur moral"). Aquí, la subsunción de los casos de autoría mediata bajo la autoría directa se corresponde con la discusión alemana sobre una posible extensión de la autoría directa (cfr. especialmente *Schild*, Täterschaft [1994], p. 10, 16, 19, 24 ss.; SK-*Samson* [1993], § 25, nm. 43 ss.).

[194] El caso ha llegado a la práctica en el proceso *Djajic* frente al BayObLG (NJW 1998, 392 ss.); sin embargo, allí se trató de una complicidad, por lo cual D sólo debía haber conocido la intención de destrucción del autor principal (cfr. ya supra § 5 I. 1. b)).

[195] En contra de esta posibilidad habla una concepción del dominio del hecho más bien objetiva (cfr. *Roxin*, Täterschaft [2000], p. 258 s., 683 s.; LK-*Roxin* [1993] § 25, nm. 140 s.); a su favor, un punto de vista objetivo subjetivo (cfr. S/S-*Cramer* [1997], previamente al § 25, nm. 77 s., § 25, nm. 18 ss.; con reservas S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 19).

[196] El ECPI no define, sin embargo, la edad de comienzo de la capacidad de culpabilidad, sino que solamente excluye a los menores de 18 años —de conformidad con el art. 1 de la Convención sobre los

te reconocidas sobre el dominio de la voluntad *por la utilización de inimputables y niños*[197] tendría lugar una autoría mediata del jefe militar y/o civil responsable (vale la pena resaltar, sin embargo, que en el caso de los niños —piénsense sólo en los *niños soldados africanos*— se trata de una fundamentación básicamente normativa del dominio, pues muchas veces es difícil, si no imposible, partir de un dominio fáctico de los hombres de atrás). Por último, pueden existir casos en los cuales el autor directo desconoce la prohibición; éstos se tendrían que solucionar según las reglas del *dominio de la voluntad en virtud de error de prohibición*.[198] Un caso de dominio por error es relevante de todos modos en la forma de un estado de necesidad exculpante putativo y de un estado de necesidad por cumplimiento de una orden putativo.[199] Sin embargo, estos casos no son lo suficientemente relevantes desde el punto de vista de la praxis de derecho penal internacional y en comparación con los casos de dominio por coacción o dominio por organización, como para que sean analizados en este lugar más detenidamente.[200]

b) *Dominio por coacción* (*situación Erdemovic*)

aa) *Estado de necesidad por coacción*

En su confesión *Erdemovic* ha expresado, como es sabido, que había cometido los delitos que se le imputaban solamente porque, de otra forma, él y su familia habrían sido asesinados.[201] Si se acepta la veracidad de su declaración, operaría en su favor, de acuerdo con el art. 31 (1)(d) o al § 35 del StGB, un estado necesidad (exculpante) por coacción ("duress"). En este lugar no interesa aún la cuestión acerca de si y bajo qué condiciones tal defence merece ser reconocida.[202] Aquí se trata únicamente de la cuestión de saber en qué medida su existencia puede tener importancia para la

---

Derechos del Niño de la ONU (BGBl. 1992 II p. 122)— de la competencia jurisdiccional de la Corte (art. 26). Por otra parte, sólo el reclutamiento forzoso de menores de 15 años es punible como crimen de guerra (art. 8 (2)(b)(xxvi)). Crít. *Cassese*, EJIL 1999, 153.

197 Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 233 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 139 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 39 ss.

198 Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 193 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 61 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001) § 25, nm. 36 ss.

199 Cfr. infra b) cc).

200 S/S-*Cramer/Heine* (2001), previamente al § 25, nm. 79 consideran que los casos de error, ya desde una perspectiva nacional, se dan "poco en la práctica". Lo mismo vale para la autoría mediata por omisión, indirectamente prevista en el art. 211-1 del CP francés (supra nota 163), la cual, sin embargo, ya es muy controvertida desde el punto de vista del derecho nacional (cfr. *Brammsen*, en: Amelung [editor], Verantwortung [2000], p. 135 ss., con numerosas referencias).

201 *Prosecutor v. Erdemovic*, supra nota 173, para. 10: "Your honour - I had to do this. If I had refused, I would have been killed together with the victims. When I refused, they told me: 'If you are sorry for them, stand up, line up with them and we will kill you too.' I am not sorry for myself but for my family, my wife and son who then had nine months, and I could not refuse because than they would have killed me".

202 Cfr. al respecto infra § 12 II.

determinación de la responsabilidad de quien ejerce la coacción. Más precisamente: ¿La existencia de un estado de necesidad por coacción en el autor directo puede fundamentar la autoría mediata del coactor?

Este interrogante es afirmado en general, incluso por los críticos del dominio del hecho,[203] en caso de una coacción amenazante para la vida.[204] Sin embargo, es absolutamente controvertido si y, en su caso, cuándo se puede partir en los casos como Erdemovic de una falta de libertad del coaccionado que fundamente el dominio de la voluntad del coactor. No se puede negar que Erdemovic no ha sido forzado a cometer los delitos mediante *vis absoluta*. Precisamente, él no actuó por completo sin voluntad en el sentido de un concepto psicológico de dominio, pues esto presupondría que él psíquica y físicamente no hubiera podido actuar de otro modo. Visto de este modo, naturalmente se le ha de dar la razón a *Köhler*[205] cuando excluye en estos casos —el único en cuanto se tenga conocimiento— una autoría mediata: "Pues, dado que comprende las máximas concretas de injusto, con conciencia de la norma y

---

[203] Cfr. *Freund*, AT (1998), § 10, nm. 79, quien —a pesar de su crítica fundamental al concepto de dominio del hecho y de la voluntad (idem, § 10, nm. 63 ss., 75)— califica a este caso como no problemático; *Jakobs*, AT (1993), 21/91 ss. (96), en donde se afirma que el competente por la ausencia de culpabilidad del autor directo sería responsable en razón del "dominio superior de la decisión" (idem, 21/62 ss.). Cfr. también *Schumann*, Handlungsunrecht (1986), p. 76, 81 ss. (85, 87), quien sin embargo en otras situaciones de estado de necesidad en el sentido del § 35 niega una autoría mediata, porque el autor en estado de necesidad no pierde su libertad de decisión. *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 299 s., se funda en la "capacidad de observancia del deber del hombre de adelante" y, por ello, en presencia del § 35, StGB afirma "siempre" una autoría mediata. Crít. *Schild*, Täterschaft (1994), p. 11 ss. (12, 16 s.), para quien —sobre la base de un concepto normativo de acción y también en los casos que se han de situar bajo el § 35, StGB— el mismo hombre de atrás posee el dominio de la acción, es decir, "el dominio de la acción típica" (crít. sobre el intento de *Schild* de reconducir todas las formas de autoría al dominio de la acción: *Bloy*, GA 1996, 438). Cfr. también *Meyer*, Autonomie (1984), p. 41 ss., 155 s. Para la doctrina *española*, probablemente también *Díaz y García Conlledo*, Autoría (1991), p. 649 s., quien, como es sabido, se basa en quien "determina objetiva y positivamente el hecho" (cfr. ya supra nota 121). Crít. y dudando *Herlitz*, Parties (1992), p. 327 ss., 340 ss., 562 ss. (569), quien para la presencia de una autoría (mediata) exige siempre una realización típica en el sentido del "doing the act" (sobre esto idem, p. 536 ss.) y por tal razón en los casos de dominio por coacción hace depender la afirmación de una autoría mediata en definitiva del caso concreto.

[204] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 61; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 33; SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 73, 77; *Stratenwerth*, AT I (1981), nm. 773; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I (2004), § 12, nm. 56 s.; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), p. 276; *Weber*, en: Baumann/Weber/Mitsch, AT (2003), § 29, nm. 137; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 669; *Otto*, Strafrecht (2004), § 21, nm. 72; *el mismo*, Jura 1989, 254; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 62 s.; *Gropp*, AT (2001), § 10, nm. 50; *Bottke*, Täterschaft (1992), p. 64 s.; *Hünerfeld*, ZStW 1987, 237; *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 13 s.; *el mismo*, Täterschaft (1967), p. 31 ss., partiendo sin embargo preferentemente de un estado de necesidad justificante del autor directo; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 177 s. Para la doctrina *española*: *Vives Antón,* en: el mismo (editor), Comentarios (1996), p. 282 s.; *López Barja de Quiroga*, Autoría (1996), p. 50 s.; *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 138, 159, con otras referencias en la nota 85-87.

[205] *Köhler*, AT (1997), p. 510, quien en su lugar aboga por una inducción (también p. 526). Similar *Schumann*, Handlungsunrecht (1986), p. 81 ss. (85, 87), supra nota 204; también *Herlitz*, Parties (1992), p. 328 s. (también 341 s., 562 ss.), al hacer valer siempre un "shred of doubt" respecto de la falta de libertad de voluntad del ejecutor.

del hecho y con capacidad de culpabilidad, quien actúa directamente no transformado en mero medio, tal como se corresponde con un concepto consistente de autoría mediata". El problema que está en la base de la *libertad de voluntad, que no fue siquiera advertido por Köhler*,[206] no se puede solucionar sin embargo con un concepto de libertad, como el que este autor sostiene, que convierte en absoluta a la autonomía.[207] Como advierte con acierto *Herzberg*, dado que "no poseemos un conocimiento cierto sobre la posibilidad de resistencia de la voluntad del coaccionado"[208] y, por ello, la cuestión sería tan "irresoluble" como lo es la de la "libertad de voluntad",[209] sin la ayuda de criterios normativos no se puede responder de ningún modo la cuestión de la "falta de libertad" del instrumento. Con otras palabras: La libertad de voluntad es necesariamente una "construcción normativa".[210]

Ahora, si partimos de que la libertad de voluntad del ejecutor presupone, ante todo, su capacidad de acción en el sentido de *libertad de acción*,[211] entonces existen

---

[206] Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 144 s. (144), donde pregunta: "¿No es, más bien, que el coaccionado también podría soportar la violencia o la amenaza […], de modo que en él reside la decisión última sobre lo que debe suceder?" Cfr. también, infra nota 208 ss.

[207] *Köhler*, AT (1997), p. 350 ss.

[208] *Herzberg*, Täterschaft (1977), s. 14.

[209] Idem, p. 13. Asimismo *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 346; también *Maiwald*, ZStW 1981, 891; *Schünemann*, en: Schünemann (editor), Grundfragen (1984), p. 160; *Streng*, ZStW 1989, 278 ss. (indemostrabilidad de la libertad general e individual); *Gropp*, AT (2001), § 7, nm. 34, quien por ello no se interroga por la libertad de voluntad, sino por la influenciabilidad. Cfr. también *Roxin*, FS Henkel (1974), p. 174, donde expresa en relación con la fundamental sentencia sobre el error del BGH (BGHSt 2, 200) que la "afirmación de una libertad de voluntad" se sustrae a "una constatación empírica"; y p. 183, donde señala que desde un "punto de vista indeterminista" en el caso del § 35, StGB se tiene la posibilidad de actuar de otro modo y por ello se debería afirmar también la culpabilidad. Fundamental sobre la legitimación jurídico-penal de la libertad de voluntad, ahora *Geisler*, Bedingungen der Strafbarkeit (1998), p. 38 ss. Este autor enfrenta la objeción de la imposibilidad de constatación empírica de la libertad de voluntad, partiendo de una libertad de voluntad *relativa* (idem, p. 95 ss.; de modo resumido en la p. 581 ss.), que sólo se referiría a la ausencia de circunstancias bien determinadas y consideradas importantes (entra ellas, por ejemplo, una situación de estado de necesidad) y que además sería de muy fácil constatación empírica (p. 97, 102). Si no están presentes estas circunstancias, el autor actuaría en cierto modo con una "libertad de voluntad relativa" (p. 97). Estructuralmente, ésta podría ser entendida también como "libertad de acción modificada" (p. 99). Al igual que la omisión que recién toma forma, reflexivamente, en la esfera social de referencia, en el sentido de una desilusión de una determinada expectativa, también la libertad relativa obtiene sus contornos recién con referencia a la estructura de las relaciones interpresonales considerada por el ordenamiento jurídico como significativa (p. 106 s.).

[210] *Jakobs*, AT (1993), 17/23 (sobre su concepto funcional de culpabilidad, ya supra § 1 III. 5.); crít. al respecto *Geisler*, Bedingungen der Strafbarkeit (1998), p. 59 ss. (61), para quien tampoco un concepto puramente normativo de libertad podría dejar de lado el problema empírico de la libertad, pues "también a los ojos de la comunidad jurídica es importante que el autor haya podido actuar diversamente en sentido fáctico y no sólo normativo […]". La concepción de *Jakobs* se desprendería muy fuertemente de las condiciones empíricas de la imputación de culpabilidad (idem, p. 128 s.). Instructivo sobre la concepción fáctica y normativa del dominio del hecho en los casos aquí analizados: *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 142 ss.

[211] Cfr. sobre el concepto de (falta) de libertad de acción y de voluntad en este contexto *Meyer*, Autonomie (1984), p. 75 ss.

dos situaciones extremas en las cuales fracasa la autoría mediata. Por un lado, en el caso ya mencionado de *vis absoluta* el ejecutor carece completamente de capacidad de acción (situación de *falta* absoluta de libertad de acción). Él actúa absolutamente sin libertad y el hombre de atrás se convierte de esta manera en autor directo. Pues, en todo caso sólo puede ser considerado ejecutor quien no está privado desde un comienzo de la cualidad de acción.[212] Por otro lado, se puede imaginar la situación en la cual el ejecutor tiene completa capacidad de acción y en este sentido actúa plenamente "libre" en el sentido de la libertad de acción y de voluntad (situación de *absoluta* libertad de acción). En este caso, él mismo es autor directo y sólo excepcionalmente puede tener lugar una autoría mediata del hombre de atrás —por ejemplo en el caso del dominio por organización[213]—. Los verdaderos casos problemáticos se encuentran entre medio de éstos. En este sentido, se puede diferenciar entre una situación de falta de libertad de acción *relativa* o de dependencia de la voluntad especialmente fuerte y una situación de dependencia de la voluntad *de otra clase*. El caso que aquí interesa de la coacción amenazante para la vida pertenece a la primera situación, mientras que los casos que se sitúan "en la zona fronteriza con las causas de exculpación"[214] corresponden a la segunda situación. Esto se puede fundamentar, siguiendo a *Roxin*, recurriendo al § 35 del StGB con un *principio* (*normativo*) *de responsabilidad*[215]: "Quien […] influye sobre otro de tal manera que éste *de iure* se ve exonerado de responsabilidad, ha de ser considerado titular del dominio de la voluntad".[216]

---

[212] *Meyer*, Autonomie (1984), p. 77; aún más allá *Herzberg*, Täterschaft (1967), p. 49 ss. (51), al considerar al hombre de atrás como autor directo también en el caso de un "instrumento ciego". Cfr. también *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 93 ss.

[213] Sobre esto, infra en el punto c).

[214] *Schroeder*, Täter (1965), p. 120 ss., entre otras cosas, invocando a su maestro *Maurach*; cfr. también *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), p. 278; similar en el resultado *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 298, nm. 37. De otra opinión *Roxin*, ZStW 1966, 224 ss.; *el mismo*, FS Lange (1976), 175 ss.; SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 79; *Hünerfeld*, ZStW 1987, 243 s.; *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 146 ss. (147); absolutamente en contra del "autor detrás del autor" *Spendel*, FS Lange (1976), 166.

[215] Fundamental *Küper*, JZ 1989, 941 ss., quien sin embargo le asigna al principio de responsabilidad (así entendido), en todos los ámbitos de aplicación, "un rol relativamente modesto" (948) (con más detalles, infra nota 227 y en el texto). Por el contrario, *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 13 ss., reconocía originariamente el principio de responsabilidad no sólo en los casos de coacción, sino también en los de error; entretanto (Jura 1990, 22 s.) este autor se ha distanciado completamente de este punto de vista, remplazándolo por un "principio del instrumento". Sin embargo, con ello "se va demasiado lejos" y se elimina el criterio experimentado en el ámbito de los casos de coacción (cfr. al respecto, en el texto); sobre los casos de error cfr. infra, punto cc). Crít. sobre el principio de responsabilidad en los casos de coacción, también *Schild*, Täterschaft (1994), p. 14 ss.; *Brammsen*, en: Amelung (editores), Verantwortung (2000), p. 139 en la nota 200; también *Herlitz*, Parties (1992), p. 341 ss., 364, 563 s., quien le reprocha a *Roxin* el centrarse demasiado unilateralmente en la responsabilidad del hombre de adelante. *Renzikowski*, Täterschaft (1997), p. 84 s. ve en la fundamentación del dominio por coacción por medio del § 35, StGB una confirmación de su posición de la "autonomía como principio rector de la imputación" (p. 72 s.). De todos modos, este autor quiere hacer valer adicionalmente también la reglas sobre el estado de necesidad justificante.

[216] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 148 (resaltado por el autor). Ver también *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 48.

Roxin funda su punto de vista en la situación, típica de la autoría mediata, del dominio de la voluntad del coactor sobre el coaccionado.[217] Él dice: "El dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho".[218] Es decir: el dominio de la voluntad del coactor sobre el autor directo coaccionado fundamenta el dominio del hecho del coactor; su dominio de la voluntad remplazaría al dominio de la acción del ejecutor coaccionado.[219] Sin embargo, el concepto de *dominio de la voluntad* necesitaría de una concretización. Su significado no sería equivalente al de *influencia* sobre la voluntad; la utilización del concepto de dominio debería limitarse, más bien, a los casos en los cuales "la decisión última y determinante sobre lo que debe suceder pertenece al sujeto de atrás"; a quien actúa directamente no le debería quedar ningún espacio libre de decisión.[220] Sin embargo, el concepto de dominio de la voluntad no debe ser entendido, en primera línea, de modo psicológico, sino "sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana" en consonancia con los correspondientes puntos de apoyo en la ley.[221] *Roxin* ve uno de éstos en el § 52 del StGB versión antigua (§ 35, StGB, nueva versión), del cual resultaría que quien actúa directamente —a partir de un cierto grado de coacción— es exonerado a costa del hombre de atrás: "Por tanto, cuando la presión motivacional ha alcanzado de acuerdo con la experiencia una cierta intensidad, el legislador cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad únicamente al hombre de atrás, quien se convierte así en la figura principal del suceso de la acción".[222] Así, el concepto de dominio se orientaría a la responsabilidad y entonces se podría hablar de que "allí donde la influencia del hombre de atrás es tal que el derecho penal exime de responsabilidad a quien actúa directamente",[223] una influencia "sólo más o menos" fuerte no sería suficiente para fundamentar el dominio en sentido jurídico.[224]

Roxin sostiene, por tanto, un concepto legal normativo de dominio de la voluntad y se basa en la "coacción jurídicamente definida"[225] o en la exigibilidad para el ejecutor de la conducta conforme a la norma.[226] Sólo cuando están realizados los presupuestos de un estado de necesidad por coacción, el autor directo es exonerado y su dominio de la acción es reemplazado por el dominio de la voluntad del hombre de atrás. La crítica fundamental de *Küper*[227] al principio de responsabilidad en el sentido de *Roxin*, si bien no modifica en nada su importancia fundamental para la fundamentación de la autoría mediata en los casos de dominio por coacción, pone de manifiesto, sin embargo, la necesidad de un cambio de enfoque. Ante todo, también *Küper* parte de la base de que el dominio por coacción (también) "debe fundarse en la 'exo-

---

217 *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 143 ss., 666 s.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 61, con otras referencias en la nota 79; *el mismo*, FS Lange (1976), p. 177.

218 *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 143.

219 LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 61.

220 *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 144.

221 Idem, p. 146.

222 Idem, p. 147.

223 Idem.

224 Idem, p. 148.

225 *Bottke*, Täterschaft (1992), p. 52.

226 Así, *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), p. 276. En este sentido, también *Burkhardt*, GA 1976, 332 refiriéndose a la filosofía moral anglosajona. Sobre la concreción de la cláusula de exigibilidad en el § 35, StGB a través de consideraciones sobre el fin de la pena preventivo-especiales y preventivo-generales cfr. *Roxin*, FS Henkel (1974), p. 183 ss.

227 *Küper*, JZ 1989, 946 ss.

neración' normativa del instrumento (§ 35, StGB) […]".[228] Sin embargo, él valora la situación diferentemente que *Roxin*, al entender al dominio por coacción "en primera línea de modo psicológico racional-final", "como dirección de la voluntad de un instrumento humano mediante ejercicio o aprovechamiento de una intensa presión motivacional que menoscaba esencialmente la libertad de decisión del ejecutor". De este modo, al principio de responsabilidad le resta la función de un "principio secundario de medida o de delimitación", por no existir criterios prejurídicos para la determinación de la intensidad y naturaleza de la coacción. En cuanto a la fundamentación de la autoría mediata en los casos de coacción se puede resumir este punto de vista, siguiendo a *Samson,*[229] en el sentido de que no depende tanto de la ausencia de una responsabilidad (normativa) de quien actúa directamente, sino, más bien, del dominio fáctico del suceso por el hombre de atrás. Sin embargo, también el punto de vista de Roxin puede ser entendido de esta manera. A saber, si se admite que el dominio de la voluntad del hombre de atrás constituye la fundamentación principal de la autoría mediata, entonces en los casos de coacción sólo se habrá de recurrir auxiliarmente al criterio legal normativo de la falta de responsabilidad del hombre de adelante. Por tal motivo, el mismo *Roxin* parece percibir también la posición de *Küper* más como una confirmación que como un rechazo de su posición,[230] lo que es del todo correcto, especialmente en cuanto a la irrelevancia del principio de responsabilidad en los casos de error.[231]

Por el contrario, el punto de vista de *M.-K. Meyer,*[232] *que* se orienta a la antigua "teoría de la preponderancia" de *Hegler*, se funda demasiado unilateralmente en la "autonomía" del ejecutor, desatendiendo su relación con el hombre de atrás.[233] Sin embargo, la fundamentación de la autoría mediata que brinda este autor es convincente, dado que, en definitiva, también se basa en la presunción legal de la situación de coacción psíquica del ejecutor y destaca la dependencia de la voluntad especialmente fuerte de éste: La fundamentación material de la autoría mediata residiría "en la falta de libertad del ejecutor fundamentada por medio de la dominación de la voluntad"; el autor directo, "por la vinculación a la resolución de voluntad ajena, ejecuta en cierto modo voluntad ajena [y actúa, por tanto,] no libre". "La reducción de la libertad de motivación a raíz de una situación de coacción psíquica sería presumida por la ley".[234] La situación de emergencia conduciría a un "extraordinario menoscabo de la libre determinación de la voluntad causada por circunstancias especiales y externas.[235] Dado que libertad de acción significa falta de "causas de inhibición",[236] de su presencia en el

---

[228] Idem, 948.

[229] SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 76 (aprob. de modo expreso *Küper*).

[230] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 64.

[231] Cfr. sobre esto, infra nota 268 y en el texto.

[232] *Meyer*, Autonomie (1984), p. 41 ss.; 155 s; al respecto, también *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 153 s.

[233] Cfr. la crítica fundamental, especialmente al concepto de autonomía, en *Küper*, JZ 1986, 229; *Neumann*, GA 1985, 476; también *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 661, así como p. 664 ss. (666) sobre el similar concepto de autonomía de *Renzikowski* (supra nota 215).

[234] *Meyer*, Autonomie (1984), p. 42.

[235] Idem, p. 156.

[236] Idem, p. 78 s.

§ 35, StGB se seguiría que la libertad de acción se encontraría considerablemente limitada.[237] En tales situaciones de coacción no podría ser esperado un comportamiento diverso.[238] Todo esto no contradice una fundamentación basada en la teoría del dominio del hecho, pues, como con acierto ha señalado *Küper*,[239] los conceptos utilizados por *Meyer* como el de "dominio" (*Herrschaft*) o el de "instrumento" (*Werkzeug*) son "preceptos reguladores moldeables normativamente, que justamente también pueden comprender al criterio de la falta de libertad".

Según la posición de *Hernández Plasencia*[240] el dominio del hecho en los casos de dominio por coacción —como "dominio sobre la cualidad lesiva de la acción"— se basa en el control fáctico y en la limitación directa de la acción del instrumento por parte del hombre de atrás. Éste causaría una "resolución delictiva irrevocable" en el hombre de adelante y lo forzaría a una "resolución de voluntad para que la ejecute". El hombre de adelante ejecutaría también fácticamente esta resolución. La coacción del hombre de atrás afectaría de manera directa la libertad de decisión del hombre de adelante, de modo que a éste no lo quedaría otra posibilidad que soportar el mal que lo amenaza o causar la lesión de un bien jurídico ajeno. Precisamente en este momento el hombre de adelante sería "instrumentalizado", aunque no haya aún ejecutado el hecho, y se llegaría a una valoración normativa que, sin embargo, no se agotaría en la determinación de la responsabilidad del hombre de adelante. "Lo que se hace preciso es, pues, reconocer una instrumentalización fáctica con relevancia en el campo normativo, y ello no ocurre siempre que el instrumento es irresponsable jurídico-penalmente"[241] Con ello, *Hernández Plasencia* reconoce sólo indirectamente el principio de responsabilidad normativo y no lo considera decisivo para la determinación del dominio del hecho del hombre de atrás. Esto se corresponde con su posición general[242] que se caracteriza por el hecho de que, aun partiendo de la teoría del dominio del hecho en sentido de *Roxin*, reconduce sin embargo el dominio del hecho del hombre de atrás a la instrumentalización fáctica y a la ausencia de libertad del hombre de adelante y no a su falta de responsabilidad. Aquí se trataría de una falta de libertad *fáctica y actual* y no de una normativa y potencial.[243] Lo decisivo sería el dominio de la "cualidad lesiva" y no otros aspectos del actuar del hombre de adelante.

La orientación a la posibilidad fáctica del dominio por el hombre de atrás recurriendo a criterios legales normativos conduce también a que los casos que se han de situar por debajo del umbral del § 35, StGB —"en la zona fronteriza con las causas de exculpación"[244]— no puedan fundamentar la falta de libertad jurídica del autor directo y por consiguiente tampoco el dominio del hombre de atrás**.** *Herzberg*[245] ha explicado este punto convincentemente alegando que, de otro modo, se rechazaría el único criterio practicable y jurídicamente seguro para limitar la autoría mediata en

---

[237] Idem, p. 86.

[238] Idem, p. 83.

[239] *Küper*, JZ 1986, 221; similar, *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 661 s., quien resalta con suficiente frecuencia la apertura del concepto de dominio del hecho y de los conceptos que se basan en éste (fundamental idem, p. 122 ss.).

[240] *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 159 ss. (161 s.), 356.

[241] Idem, p. 162.

[242] Idem, p. 351, 354, 355 s.

[243] Cfr. al respecto, también idem, p. 175 s., en donde se expresa que la base de la instrumentalización la constituye "la falta de libertad fáctica y real, y no normativa y potencial", del hombre de adelante.

[244] Cfr. ya supra nota 214.

[245] *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 12 s. En los resultados, también *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 345 ss.; *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 155 ss., así como los autores ya nombrados en la nota 214.

los casos de dominio por coacción y además la dogmática contradiría al derecho, ya que "a una persona que según un criterio jurídico decide de modo libre y con autorresponsabilidad, la considera al mismo tiempo como un instrumento sujeto al dominio de otro".

El punto de vista de *M.-K. Meyer,*[246] *al respecto más amplio*, *no convence, pues en este contexto la argumentación con la figura del instrumento que actúa conforme a derecho (§ 34, StGB) no sólo es "muy irritante",*[247] sino que induce a error, porque los peligros menores que no amenazan la vida —justamente desde el punto de vista del interés preponderante— no pueden justificar el homicidio de terceros relevante en nuestro contexto. *Por ello, no entraría en consideración una conducta permitida, en cuanto justificada, del instrumento.*

La cuestión *decisiva* para la determinación de la autoría mediata en los casos de dominio por coacción consiste, por consiguiente, en si el hombre de atrás domina de tal modo el curso de los sucesos, como para que el grado de la *coacción* —medido de acuerdo con el § 35, StGB— *elimine la responsabilidad jurídico-penal del autor directo*.[248] De este modo, la determinación definitiva del dominio por coacción depende de la existencia de un estado de necesidad por coacción en el hombre de adelante.[249]

bb) *Estado de necesidad por cumplimiento de una orden*

El estado de necesidad por cumplimiento de una orden es un *caso especial de estado de necesidad por coacción*, en el sentido de que el subordinado no se somete a una coacción *cualquiera*, sino a una coacción que procede del deber de obediencia del subordinado derivado de la relación de supra y subordinación entre superior y subordinado. En este sentido, en el caso de un estado de necesidad por cumplimiento de una orden el subordinado se inclina frente a una *coacción jurídica* (deber de obediencia), mientras que en el caso del estado de necesidad por coacción el afectado cede por lo general a una coacción fáctica.[250] La situación de estado de necesidad resulta, entonces, en el caso aquí analizado, de la específica relación de superioridad y de subordinación entre el superior y el subordinado y del deber de obediencia de éste. En tales casos no resulta problemático afirmar una autoría mediata cuando junto con el deber general de obediencia interviene una coacción fáctica que amenaza la vida. Lo que sí es problemático es si ya la mera emisión de una orden antijurídica y su ejecución por parte del subordinado puede fundamentar la autoría mediata del superior. Si se sigue el concepto de dominio del hecho legal normativo que aquí se sostiene, esta cuestión dependerá de si el subordinado es exculpado por la ejecución de la

---

[246] *Meyer*, Autonomie (1984), p. 155 ss.

[247] *Küper*, JZ 1986, 224.

[248] Así, acertadamente *Stratenwerth*, AT I (1981), nm. 773; también *Stratenwerth/Kuhlen*, AT (2004), § 12, nm. 57.

[249] Cfr. sobre esto infra § 12 II. 2.

[250] Así también *Lehleiter*, Befehl (1995), p. 182 s.

orden y, con ello, exonerado a costa del superior. Según el art. 33 del ECPI esto entra en consideración sólo en los crímenes de guerra en caso de que exista un deber de obediencia, el subordinado no conozca la antijuridicidad de la orden *y* ésta no sea manifiestamente antijurídica. Sin poder investigar en este lugar los presupuestos mencionados con mayor profundidad,[251] de esta disposición se sigue ya *prima facie* que el subordinado es eximido de responsabilidad penal también por la ejecución de órdenes (no manifiestamente) antijurídicas —es decir, en los crímenes de guerra de menor gravedad que de todos modos representan siempre delitos(!)—, si es que estaba obligado a obedecer y no ha reconocido la antijuridicidad de la orden. En definitiva, con esto se reconoce la obligatoriedad de las órdenes (no manifiestamente) antijurídicas. Esto se corresponde con la dicotomía alemana entre órdenes penalmente antijurídicas, no obligatorias, y órdenes meramente antijurídicas, obligatorias,[252] pero con la diferencia de que en derecho penal internacional las órdenes no manifiestamente (meramente) antijurídicas tienen por contenido delitos —y no meras faltas administrativas—. Si se sigue la teoría de *Roxin* también en este punto, esto conduciría a que en el caso de órdenes (no manifiestamente) antijurídicas en derecho penal internacional, es decir, en los crímenes de guerra menos graves, entre en consideración, del mismo modo que ocurre en el derecho alemán con las faltas administrativas,[253] un dominio de la voluntad del superior sobre el subordinado fundamentado jurídicamente. Pues del principio de responsabilidad resulta en este sentido "que el legislador, al exigir al soldado subordinado la ejecución de la orden, liberándolo de las consecuencias jurídico-penales, considera al dador de la orden como aquel que posee la decisión determinante y, con ello, el dominio de la voluntad sobre el suceso".[254]

Sin embargo, la aplicación del principio de responsabilidad (normativo) a los casos de estado de necesidad por cumplimiento de una orden necesita de una fundamentación adicional. La diferencia decisiva entre el estado de necesidad por coacción en el sentido de la situación Erdemovic y el estado de necesidad general por cumplimiento de una orden consiste en que el ejecutor en aquel caso debe contar con la muerte y en éste, regularmente, "sólo" con una sanción disciplinaria por su desobediencia (cfr. § 19 ss. WStG). Mientras que en el primer caso el ejecutor no es

---

[251] Cfr. con más detalles infra § 12 I. 2. b).

[252] Cfr. § 22 I, WStG, 11 I 3 SoldG; ya *Ambos*, JR 1998, 222, con otras referencias; por una triple diferenciación *Hoyer*, Verantwortlichkeit (1998), p. 10; *el mismo*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 185.

[253] Pues las órdenes que exhortan a la comisión de faltas administrativas restan, como recién se ha expresado, en principio obligatorias.

[254] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 169. Diversamente *Herzberg*, Täterschaft (1967), p. 40 ss., quien con un efecto justificante de la orden niega también la autoría mediata del superior. Como *Roxin*, en el resultado también *Hoyer*, Verantwortlichkeit (1998), p. 18 s.; *el mimso*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 191, cuando fundamenta la autoría mediata en virtud de dominio de la voluntad con que el superior es responsable por el "quantum de injusto aún cubierto por la obligatoriedad de la orden".

libre normativamente en el sentido de la situación anteriormente descrita de una dependencia de la voluntad especialmente fuerte, en el segundo existiría sólo una situación de dependencia de la voluntad de otro tipo que no haría inexigible, sin más, el negar el cumplimiento de la orden. Por tanto, se podría esperar plenamente del subordinado la inobservancia de una orden criminal a cometer un homicidio y esa expectativa excluye la posibilidad de un dominio de la voluntad del superior. Con acierto ya ha advertido *Schroeder*[255] que el dominio del hecho del superior no podría fundarse (más) con "consideraciones generales sobre la relación de autoridad militar". Un *dominio* del hecho del superior con base en un dominio de la voluntad del subordinado necesita, por tanto, de un elemento *adicional* de coacción que haga inexigible una conducta conforme a la norma según las reglas desarrolladas para el general estado de necesidad por coacción. En este sentido también aquí sólo el art. 31 (1)(d) del ECPI o el § 35 del StGB —y no únicamente el art. 33 o el § 5 del WStG— pueden constituir el punto de apoyo legal normativo para la determinación del dominio de la voluntad del superior. Por consiguiente, lo que se debe preguntar es si el subordinado no se encontraba *de tal modo bajo presión como para que una responsabilidad jurídico-penal esté excluida*. Se trata, por tanto, nuevamente de los presupuestos del estado de necesidad por coacción que serán analizados en otro lugar.[256]

cc) *Dominio del conocimiento: estado de necesidad exculpante putativo y estado de necesidad putativo por cumplimiento de una orden*

En el caso de un *estado de necesidad putativo* el autor cree erróneamente que existe un estado de necesidad. En el caso de un estado de necesidad *exculpante* putativo el autor parte erróneamente de una situación de coacción *exculpante* (art. 31 (1)(d) en conexión con el art. 32 o bien § 35 II, StGB). En el caso de un *estado de necesidad putativo por cumplimiento de una orden el subordinado yerra sobre la existencia de un estado de necesidad de este tipo* (art. 33 en conexión con el art. 32 o bien § 5 WStG), suponiendo por error un deber de obediencia y/o desconociendo el carácter antijurídico de la orden. Ahora, ¿se puede hablar en estos casos de un dominio del hecho del hombre de atrás? ¿Bajo qué condiciones?

Es discutido hasta qué punto la respuesta de estos interrogantes depende de la responsabilidad del ejecutor, es decir, si también en los casos de error, en especial en el de estado de necesidad exculpante putativo y en el de estado de necesidad por cumplimiento de una orden putativo, se debe partir del *principio de responsabilidad*. *Roxin*[257] lo niega: el dominio del hecho en virtud de error sería estructuralmente algo

[255] *Schroeder*, Täter (1965), p. 136 s.

[256] Cfr. infra § 12 II. 2.

[257] *Roxin,* Täterschaft (2000), p. 170 ss., 231 s.; LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 63, 73; *el mismo*, FS Lange (1976), p. 179 s.; *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 62.

diverso al dominio del hecho en virtud de coacción. En aquél, el hombre de atrás dominaría al ejecutor por su conocimiento superior, y no porque lo coacciona, provocando, de este modo, que éste actúe normativamente sin libertad.[258] El curso de los sucesos sería "supradeterminado finalmente" por el hombre de atrás en virtud de conocimiento superior; el ejecutor, de quien importaría su conocimiento fáctico —y no el exigido normativamente—,[259] "se ve implicado en el plan del hecho determinante como factor condicionante ciego, equiparable a concausas no humanas".[260] De este modo, la responsabilidad del hombre de atrás se tendría que determinar con independencia del caso de error correspondiente.[261]

En un primer momento *Herzberg* lo ha contradicho.[262] Los casos de error y de coacción, sostenía, son "en el fondo iguales". Si bien existe la diferencia fenomenológica puesta de relieve por *Roxin,*[263] según la cual el coaccionado "no" sería "libre" a causa de la presión psíquica irresistible y por tal motivo cometería el hecho, mientras que el engañado debido al desconocimiento de las circunstancias fácticas o jurídicas lo cometería en realidad "voluntariamente", restaría sin embargo aún "sin respuesta y sin demostración" la cuestión de si esta diferencia es importante también normativamente, permitiendo un cambio de criterio en la constatación del dominio del hecho. Esto sería más bien improbable: Puesto que el principio del dominio del hecho hace depender la cualidad de instrumento del ejecutor del hecho de "estar sometido", también en el caso de dominio por error se deberían diferenciar las "faltas de libertad relevantes de las no relevantes" de la mano de las reglas de la responsabilidad jurídica. Entretanto *Herzberg*[264] propone reemplazar, sin embargo, el principio

---

[258] A causa de esta superioridad de conocimiento —reconocida también por *Roxin*—, el concepto de "dominio por error" es equívoco (también SK-*Samson* [1993], § 25, nm. 89; crít. también *Hernández Plasencia*, Autoría mediata [1996], p. 168).

[259] *Roxin*, FS Lange (1976), p. 182.

[260] *Roxin,* Täterschaft (2000), p. 173.

[261] Idem, p. 232; también p. 205 ss. (208) respecto del error sobre la situación de permisión; cfr. también idem, p. 649, así como LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 83 ss. (87) y *el mismo*, FS Lange (1976), p. 179 s. respecto de la evitabilidad o inevitabilidad del error de prohibición. Asimismo, *Schaffstein*, NStZ 1989, 156; SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 93, 103; *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 212; *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 296 ss. (297), aunque no sigue el dominio del hecho, sino que en el caso de falta de comprensión del injusto se funda en la falta de "capacidad de observancia del deber del hombre de adelante" (cfr. ya supra, nota 203); también *Schild*, Täterschaft (1994), p. 17 ss., quien, por lo demás, también aquí afirma un dominio de la acción fundado en el conocimiento superior (18) y en el engaño (19); recientemente *Otto*, FS Roxin (2001), p. 485.

[262] *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 17 ss. (18 s.). Asimismo *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 347 ss. (347, 350 s.). Al respecto, similar también *Küper*, JZ 1989, 946 s., en donde critica el "'cambio radical' de Roxin en cuanto al concepto de dominio, concebido en primer término con referencia a una responsabilidad normativa y luego como concepción psicológica racional final no más vinculada a aquélla" y "no admite" la afirmada "diferencia de estructura entre el dominio por coacción y el dominio por error".

[263] *Roxin,* Täterschaft (2000), p. 672 s.; al respecto aprob. *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 19; también, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 174.

[264] *Herzberg*, Jura 1990, 22 ss.

de responsabilidad en todos los casos[265] por un "principio del instrumento" y separar por completo la cuestión de la autoría mediata de la responsabilidad del ejecutor ("principio de la separación"). La autoría mediata entraría en consideración siempre que se pueda constatar una "quiebra de la responsabilidad" en el ejecutor. Éste sería el caso, por ejemplo, del ejecutor que actúa sin dolo y con imprudencia; pues en este caso desde el punto de vista del hombre de atrás el ejecutor "no" sería "libre", es decir, sería un "instrumento que actúa ciego".[266] Con ello *Herzberg* sigue oponiendo al entendimiento psicológico fáctico del dominio por error una comprensión normativa del dominio del hecho,[267] insistiendo especialmente con el principio de responsabilidad como principio "quebrado" (y, por tanto, relativizado). Sin embargo, *Küper*[268] ha demostrado convincentemente la inutilidad de este principio en el ámbito de los casos de error. El dominio por error portaría ya consigo la "medida jurídica" (a través de las regulaciones legales de error)[269] y se fundamentaría desde un punto de vista psicológico racional-final con "la falta actual de libertad del instrumento que actúa con error":[270] "El ejecutor sería más bien 'dominable', porque *a consecuencia* de esta falta [de libertad] faltarían, al mismo tiempo, las contrafuerzas motivacionales (motivos de inhibición) que, como impedimentos psíquicos de la comisión del hecho, típicamente sólo deben ser superados en caso de que exista libertad de finalidad".[271] Esta "falta actual de libertad" pone en evidencia la semejanza estructural entre el dominio por coacción y el dominio por error".[272]

Ahora, ¿cómo repercuten estos diferentes principios de fundamentación en la solución de nuestro caso concreto? Recordemos: partimos de la situación Erdemovic, pero con la diferencia de que aquí E solamente se representa la coacción amenazante para la vida.

Para estos casos de error sobre la antijuridicidad *Roxin* parte de un modelo de tres niveles[273] de dominio del hecho.[274] En un *primer* nivel se trataría del conocimiento de las circunstancias obje-

---

265 Sobre los casos de coacción, cfr. ya supra nota 215.

266 *Herzberg*, Jura 1990, 24.

267 Idem, 21 s., 26.

268 *Küper*, JZ 1989, 941 ss.

269 Idem, 948.

270 Idem, 947.

271 Idem, 944.

272 Similar, SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 92; también, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 175 s. (supra, nota 243). En este sentido también el "principio de autonomía" de *Renzikowski* (supra, nota 215), cfr. Täterschaft (1997), p. 81 ss.

273 Roxin desarrolla, sin embargo, en total un modelo de dominio del hecho de cuatro niveles, fundamentando el dominio del hecho en el caso de un error sobre el sentido concreto de la acción con el cuarto nivel de dominio del hecho —aquí sin importancia— (cfr. *Roxin*, Täterschaft [2000], p. 212 ss., 232; *el mismo*, FS Lange [1976], p. 184 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 61 ss.; crít. y diferenciando *Herzberg*, Teilnahme [1977], p. 23 ss.; *Bloy*, Beteiligungsform [1985], p. 355 ss.; SK-*Samson* [1993], § 25, nm. 96 ss.; también, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata [1996], p. 195 ss., 211 s.).

274 Cfr. *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 193 ss. (198 s., 209 ss.); LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 80 ss. En sustancia también *Bottke*, Täterschaft (1992), p. 68 ss.; *Otto*, FS Roxin (2001), p. 484, 487, 491 ss.

tivas del hecho o bien de los presupuestos del injusto. En un *segundo* nivel, el autor debería reconocer el sentido del tipo, la dañosidad social o bien la antijuridicidad material de su conducta. En un *tercer* nivel, finalmente, se trataría del conocimiento de los elementos de la reprochabilidad jurídica o bien del contenido de culpabilidad de su conducta. La "configuración del hecho con sentido" o bien la "supradeterminación con sentido"[275] y con ello el dominio de la voluntad del hombre de atrás resultaría ahora del hecho de que éste se encontraría en un nivel más alto de dominio del hecho que el ejecutor, pudiéndolo dirigir "con sentido". En un caso de puro *error de prohibición*[276] ya el modelo de dos niveles explicaría el dominio del hecho del hombre de atrás en el sentido de que el ejecutor sólo posee el conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho, pero no comprende la dañosidad social de su conducta; ésta sería reconocida solamente por el hombre de atrás. En un caso de error sobre una *causa de exclusión de la culpabilidad*,[277] por ejemplo, un estado de necesidad exculpante, aunque el ejecutor también reconoce la dañosidad social de su conducta, desconoce el contenido de culpabilidad de su hecho. Éste sería reconocido, sin embargo, por el hombre de atrás. Por último, en caso de error sobre la situación fáctica de permisión[278] el "hombre de atrás que advierte la situación" obtiene —sin necesidad de recurrir al modelo de niveles— el dominio de la voluntad en virtud de la "supradeterminación configuradora de sentido".

Roxin[279] solucionaría los casos que aquí se discuten de un estado de necesidad exculpante putativo —como error sobre una causa de exclusión de la culpabilidad[280]— con la ayuda del modelo de tres niveles de dominio del hecho, de la siguiente manera: Aunque el ejecutor (subordinado) reconozca las circunstancias objetivas del hecho (primer nivel) y su dañosidad social (segundo nivel), no comprendería su contenido de culpabilidad o bien los elementos de la reprochabilidad jurídica (tercer nivel). Este nivel más elevado de dominio del hecho lo alcanza sólo el hombre de atrás (superior), quien, por consecuencia, puede aprovecharse del error de E (estado de necesidad exculpante putativo) para una "configuración del hecho con sentido": "[…] así, el hombre de atrás en virtud de su mejor conocimiento puede utilizar al ejecutor como instrumento de sus planes criminales y mediante su cooperación configurar conscientemente el suceso en su significado delictivo".[281]

Herzberg[282] fundamentaría la autoría mediata del superior con la "responsabilidad [sólo] quebrada" de E. Puesto que el § 35 (2), StGB se funda en la evitabilidad del error, a E en definitiva se le hará un reproche por imprudencia, esto es, que él se "hubiera podido liberar del error".[283] En este sentido, él actúa —dicho de un modo dogmático—

---

(501). Muy crítico, *Herlitz*, Parties (1992), p. 345 ss. (359 ss., 364), quien le reprocha a Roxin el centrarse demasiado unilaterlamente en el conocimiento superior del hombre de atrás, descuidando su conducta fáctica.

275 *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 200.

276 Idem, p. 199 ss.

277 Idem, p. 208 ss. (210 s.).

278 Idem, p. 205 ss. (205).

279 Cfr. también LK-*Roxin* (1993), § 25, nm. 93 ss. (94).

280 Sobre la diferencia entre causas de exculpación y causas de exclusión de la culpabilidad cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 19, nm. 48; S/S-*Lenckner* (2001), previamente a los § 32 ss., nm. 108/109.

281 *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 211.

282 *Herzberg*, Jura 1990, 24 ss.

283 Idem, 25. Aquí se pone de manifiesto que el nuevo criterio de *Herzberg*, al menos en el caso aquí analizado, no se diferencia en el resultado de su criterio originario de la responsabilidad modificada y

imprudentemente o —dicho en lenguaje popular— simplemente con descuido; pero esto no cambia en nada la circunstancia de que él en el momento del hecho era un "instrumento ciego, sin libertad"[284] dominado por el superior en razón de su conocimiento superior. De este modo, para ambas soluciones lo decisivo es el conocimiento superior del hombre de atrás, sin que se necesite del principio de responsabilidad, tampoco en su versión modificada. Pues, el conocimiento superior del hombre de atrás no se puede deducir simplemente *a limine* de la falta de responsabilidad legal-normativa del ejecutor o bien, a la inversa, tal conocimiento no se puede excluir en caso de que se afirme la responsabilidad del ejecutor, especialmente por imprudencia.

En caso de un error de prohibición evitable, *Schroeder*[285] —al igual que Herzberg— se atiene a una "comparación con la imprudencia".[286] Por lo demás, él reconoce el dominio del hecho del superior en caso de una "situación análoga a un estado de necesidad putativo"[287] del subordinado. Reconoce esta situación, sin embargo, ya en el hecho de que el subordinado, en la creencia errónea acerca de la obligatoriedad de la orden en el sentido del § 22 de la WStG, tema las medidas de coerción previstas en los § 19 y siguientes de la WStG. Este error sobre la "situación de necesidad" sería, al menos para la posición del hombre de atrás, de mayor peso que un error de prohibición (evitable) sobre la licitud de la orden. Esto es problemático, pues el temor frente a meras medidas disciplinarias de coerción no puede fundamentar, sin más, el dominio del hecho del superior. Si se comparte la posición que aquí se sostiene de que tales medidas de coerción son demasiado débiles para fundamentar un dominio por coacción lo suficientemente fuerte como para admitir una autoría mediata, sería contradictorio considerar suficiente el temor de tales medidas para fundamentar un dominio por error. Otra cosa debería decirse sólo en el caso en el cual el error del subordinado no se refiera solamente al "si" de las medidas de coerción, sino también al "cómo", es decir, si era de temer una sanción amenazante para la vida que vaya más allá de una mera sanción disciplinaria. En un caso así, el subordinado se encontraría adicionalmente en error sobre la existencia de un estado de necesidad exculpante en el sentido del § 35, StGB y el dominio del hecho del superior podría fundamentarse en el aprovechamiento del temor (infundado) del subordinado. Esta fundamentación es también compatible con el modelo de *Roxin*. Pues, el ejecutor que actúa de este modo tiene sólo el dominio del hecho de segundo nivel, al desconocer el contenido de culpabilidad de su conducta, y esta falta de conocimiento constituye el dominio del hecho del autor mediato.

Stein[288] subsume el caso que se está analizando —sin embargo sobre la base de su teoría de la urgencia de las normas de conducta— en la categoría de la autoría mediata en razón de la falta de capacidad de control del ejecutor. En caso de un estado de necesidad exculpante putativo este autor se atiene únicamente a la representación del hombre de adelante, de modo que el hombre de atrás será siempre autor mediato "si el hombre de adelante se representa —eventualmente por error— una situación exculpante". Con ello, él llega también aquí al mismo resultado que la teoría del dominio del hecho. Esto confirma la opinión de *Samson* de que la teoría de Stein se puede "entender perfectamente como una fundamentación conceptual de la teoría del dominio del hecho".[289]

---

precisada; cfr. *Herzberg*, Täterschaft (1977), p. 21 s., donde se atiene a la escasa responsabilidad del ejecutor (dogmáticamente: imprudencia) resultante de "la falta de tensión de la fuerzas de concentración".

284 *Herzberg*, Jura 1990, 25.

285 *Schroeder*, Täter (1965), p. 126 ss., 131 ss. (136 ss.).

286 Idem, p. 127.

287 Idem, p. 138.

288 *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 298 ss. (300); cfr. también, ya supra nota 261.

289 SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 26.

M.-K. Meyer[290] rechaza el dominio por error y fundamenta la autoría mediata con la "falta de libertad" del ejecutor. La situación del ejecutor sería la misma en el caso de un estado de necesidad exculpante putativo que en el de una situación de necesidad realmente existente. Ella se representaría más precisamente como una "situación de coacción psíquica". El ejecutor imprudente sería al menos "relativamente no libre".[291] Aunque desde la óptica del ejecutor esto pueda resultar del todo acertado y se corresponda en este sentido también con la opinión de *Stein*, desde el punto de vista del hombre de atrás, sin embargo, su "superioridad fáctica" —también reconocida por Meyer— resulta de su ventaja de conocimiento —basada en el error del ejecutor—. Desde esta perspectiva, por tanto, también el modelo explicativo de Meyer se puede compatibilizar con el dominio por error. Esto significaría, sin embargo, violentar su opinión, pues Meyer quiere justamente fundamentar que también en los casos de error es dominada la voluntad del ejecutor.[292] Tampoco esta autora distingue entre el aspecto racional final (falta actual de libertad) y el normativo (ausencia de capacidad de autodeterminación).[293]

Schumann[294] argumenta en caso de un error de prohibición evitable —de modo similar a *Herzberg*— con el "reproche de la negligencia, es decir, de la culpabilidad por imprudencia" del ejecutor, quien por tal razón sería tan "ciego" "como aquel que ya no es consciente de las circunstancias que fundamentan la ilicitud de su hecho […]". Sin embargo, partiendo de un principio de la autorresponsabilidad, *Schumann* sólo reconoce una autoría mediata en los casos de error si el hombre de atrás "ha motivado con engaño la conducta de quien actúa directamente".[295] El dominio por error presupondría "el elemento de la dirección de la voluntad a través de un engaño expreso o tácito".[296] De este modo, para la fundamentación del dominio del hecho este autor se orienta, sin embargo, de modo similar a la doctrina del principio de responsabilidad estricto, muy fuertemente a la responsabilidad del autor directo.[297]

Por último, *Hernández Plasencia*[298] rechaza en los casos de error —de acuerdo con su posición general[299]— el principio de responsabilidad[300] y para la fundamentación de un dominio del hecho fáctico del hombre de atrás —junto con su conocimiento superior— se funda en si éste puede determinar "la cualidad lesiva de la acción del sujeto de adelante".[301] La autoría mediata tendría lugar en caso de que exista un "superior conocimiento junto con un acto de complicidad" en cuanto a la acción del sujeto de adelante, es decir, una contribución fáctica al hecho.[302] El error impediría el actuar libre del hombre de adelante. Sin embargo, el aprovechamiento de un error sobre el sentido concreto de la acción nunca sería suficiente para el dominio del hecho.[303] En caso de error sobre una causa de exculpación entraría en consideración una autoría mediata, pero ella se tendría que fundamentar de modo similar a los casos de coacción: El hombre de adelante se encontraría en una situación de presión motivacional, de modo que el posible dominio del hecho se basaría en la intensidad

---

290 *Meyer*, Autonomie (1984), p. 47 ss. (47 s., 58).
291 Idem, p. 58, 75 s.
292 Cfr. idem, p. 57.
293 Cfr. *Küper*, JZ 1989, 942 s. (especialmente nota 44).
294 *Schumann*, Handlungsunrecht (1986), p. 77 ss. (78 s.).
295 Idem, p. 89 ss. (89, 93); también, p. 75 ss.
296 Idem, p. 98.
297 Crít. también *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 662 ss.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 162 ss. (165); *Frisch*, JZ 1988, 655.
298 *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 186, 194 s., 211 s., 356.
299 Cfr. ya supra nota 242 s. y en el texto.
300 *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 206 ss., 212.
301 Idem, p. 211 y sobre este criterio, ya supra nota 240 s. y en el texto.
302 Idem, p. 186, 212.
303 Idem, p. 195 ss., 211 s.

de esta presión y no en el error mismo. De este modo, *Hernández Plasencia* sigue la argumentación de *M.-K. Meyer* y *Küper* por cuanto también él se basa en caso de error en la falta (actual) de libertad del hombre de adelante. Este autor está de acuerdo con *Roxin* en que no interesaría tanto el error en el hombre de adelante, sino el dominio fáctico de éste por el hombre de atrás. Es dudoso que el criterio desarrollado por este autor del dominio de la "cualidad lesiva" de la acción del hombre de adelante aporte más seguridad de delimitación que los criterios ya conocidos de la teoría del dominio del hecho. Especialmente da que pensar el que *Hernández Plasencia* crea poder solucionar todos los casos posibles de autoría mediata con este criterio; una tesis arriesgada, ésta, justamente en vista del modelo de niveles propuesto por *Roxin* para los casos de error.

La exposición de las opiniones en la literatura ha puesto en evidencia que —a pesar de todas las diferencias en la *fundamentación*— en el *resultado* existe unanimidad sobre la existencia de autoría mediata en los casos de estado de necesidad exculpante putativo.[304] Para nuestros fines es secundario si esto se fundamenta con una falta de responsabilidad (normativa) o con una falta de libertad (actual) del hombre de adelante. En ambos casos, el dominio del hecho y del ejecutor por el hombre de atrás se basa en el conocimiento superior de este último. Este conocimiento se refiere al contenido de culpabilidad o bien a los elementos de la reprochabilidad jurídica del hecho. No existe un objeto de referencia más convincente. Obviamente el hombre de atrás debe utilizar activamente su superioridad de conocimiento, es decir, debe realizar acciones que lleven al hombre de adelante a ejecutar el hecho. Pero esto también lo puede hacer si él sólo aprovecha el error del hombre de adelante; por tanto, no siempre interesa la diferenciación entre aprovechar y provocar un error.[305] En el momento de la ejecución del hecho el hombre de adelante carece de conocimiento y si este conocimiento es considerado un presupuesto de su libertad, su falta impide su libertad de acción. Sin embargo —y aquí se muestra la diferencia fenomenológica generalmente reconocida con los casos de coacción—, *esta* falta de libertad se funda en la falta de conocimiento y no —como en los casos de coacción— en la coacción.

Trasladado a la situación Erdemovic esto significa que el superior es autor mediato si se aprovechó del error de E sobre la situación de coacción amenazante para la vida, para empujar a éste a la ejecución concreta del hecho, dominando, por consiguiente, mediatamente el curso de los sucesos.

De ello se ha de diferenciar la situación del *estado de necesidad por cumplimiento de una orden putativo*. Al respecto, son posibles por lo menos dos situaciones. Por un lado, el subordinado puede partir erróneamente —en el sentido de la

---

[304] Cfr. también S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 34; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), p. 276; *Otto*, Strafrecht (2004), § 21, nm. 87; *el mismo*, Jura 1989, 255; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 71; *Hünerfeld*, ZStW 1987, 236; probablemente también *Herlitz*, Parties (1992), p. 546 ss., quien en los casos de error parece aceptar de manera general la existencia del requisito del "doing the act" (cfr. ya supra nota 203). De otra opinión, sin embargo, *Jakobs*, AT (1993), 21/94, quien rechaza —aunque con dudas y sobre la base de un principio de responsabilidad estricto— al autor mediato "detrás del autor *no plenamente inferior en el dominio de la decisión*" (resaltado en el original); similar, *Köhler*, AT (1997), p. 509 ss. (511).

[305] Similar, SK-*Samson* (1993), § 25, nm. 105 a.

situación análoga a un estado de necesidad putativo de *Schroeder*[306]— de la existencia de un deber de obediencia que lo lleve a temer la imposición de determinadas sanciones en caso de incumplimiento de la orden. Al respecto vale lo dicho más arriba: Dado que este efecto coactivo no alcanza ya objetivamente la cualidad de amenaza para la vida en el sentido del § 35 del StGB, la representación errónea de una coacción tan débil tampoco puede fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás. Diferente es la situación en la cual el subordinado yerra sobre la licitud de una orden —que de hecho es antijurídica—. En tal caso, éste ejecuta la orden, al menos primordialmente, no en razón del temor frente a presuntas medidas de coerción, sino porque cree actuar de modo permitido, es decir, con base en una orden lícita. El subordinado se encuentra por tanto en un error de permisión (error de prohibición indirecto) que excluye la conciencia de la antijuridicidad. El superior posee, al respecto, el segundo nivel de dominio del hecho y domina al subordinado, porque éste no comprende la dañosidad social de su conducta.[307] En cuanto a una posible falta de libertad del hombre de adelante vale lo dicho más arriba.

c) *Dominio por organización*

El estado de la discusión sobre de la teoría del dominio por organización y su importancia para la fundamentación de la autoría mediata en el caso de acciones criminales estatales ya fue analizado en otro lugar.[308] Desde ese momento han aparecido numerosas posturas que seguidamente deberán ser analizadas.

En una extensa contribución*, Roxin*[309] ha retomado nuevamente los usuales argumentos en contra de su teoría y ha intentado refutarlos. En ese lugar él ha rechazado también mi crítica al criterio de la desvinculación del derecho. *Figueiredo Dias*[310] se ha adherido a su opinión. *Küpper*,[311] *Muñoz Conde*[312] y en el resultado también *Heine,*[313] *Rogall,*[314] *Vest*[315] y *Schlösser*[316] reconocen igualmente el dominio por or-

[306] Cfr. supra nota 287 y en el texto.

[307] Cfr. supra nota 274 ss. y en el texto. En el resultado, también S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 25, nm. 38; *Otto*, FS Roxin (2001), p. 501.

[308] Cfr. *Ambos*, GA 1998, 226 ss. = Dominio (1998). Ver también *Ambos/Grammer*, RP 12 (2003), 27 (29 ss.).

[309] *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 549 ss.; ver también *el mismo*, AT II (2003), § 25 nm. 105 ss. (113 ss.).

[310] *Figueiredo Dias*, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), p. 99 ss. (103 s.)

[311] *Küpper*, GA 1998, 523 ss.

[312] *Muñoz Conde*, en: Ferré/Anarte (editores) Delincuencia (1999), p. 151 ss (153 s.); *el mismo*, RP 6 (2000), 104 ss. = FS Roxin (2001), p. 609 ss. (sobre este autor también infra, punto cc)).

[313] *Heine*, JZ 2000, 924 s., quien propone, desde luego diferenciando, una "responsabilidad por autoría para el *injusto originario de sistema o de organización*" (925, resaltado en el original); cfr. también S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 25a.

[314] *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 424 ss., quien sin embargo comparte en algunos puntos la crítica de Herzberg (al respecto infra).

[315] *Vest*, ZStW 2001, 492 ss.; *el mismo,* Genozid (2002), p. 30, 236 ss., 359 ss.

ganización para el ámbito que aquí interesa de la criminalidad del Estado.[317] Por el contrario, son críticas las posiciones de *Freund,*[318] *Rotsch,*[319] *Renzikowski,*[320] *Hoyer*[321] y sobre todo *Herzberg*,[322] quien abandona por completo el dominio por organización.[323] En la doctrina española —junto con *Muñoz Conde*— se han de indicar especialmente *Gimbernat,*[324] *Hernández Plasencia*[325] y más recientemente *Faraldo Cabana*.[326]

Freund reconoce en principio la responsabilidad en calidad de autor del hombre de atrás en las organizaciones formales, pero la fundamenta con base en una responsabilidad general por la esfera de organización y en la "responsabilidad especial" de allí resultante. Una argumentación de este tipo es poco satisfactoria hasta tanto no se proporcione una definición más precisa de esta responsabilidad por la esfera de organización y una delimitación de las esferas de responsabilidad.[327]

En su más reciente toma de posición *Herzberg* emprende una crítica esencial al "dualismo fundamental en el entendimiento del dominio del hecho"[328] y propone reemplazar el punto de vista "fáctico naturalista" de un "dominio por control" por un "dominio por responsabilidad" normativo. En este sentido afirma inequívocamente: "El intento de determinar la autoría por medio de un poder real de control debe abandonarse totalmente".[329] Con ello debería también abandonarse la idea del dominio por organización, cuyos criterios de la desvinculación del derecho y de la fungibilidad no serían convincentes.[330] A causa del punto de vista puramente fáctico, la "implementación práctica […] del dominio por organización" acabaría "en la arbitrariedad"; según *Herzberg* sería dudoso que la teoría a causa de su "contradictoriedad interna y de la discrecionalidad de muchas decisiones"

---

316 *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004); *el mismo*, Tatherrschaft (2004). Sobre su modelo del dominio social del hecho (*soziale Tatherrschaft*) cfr. ya supra § 7 II. 7 con nota 154 e infra nota ss. y en el texto.

317 También *Stratenwerth/Kuhlen*, AT I (2004), § 12, nm. 65 ss.

318 *Freund*, AT (1998) §10, nm. 90 ss., 102 s.

319 *Rotsch*, NStZ 1998, 492 s.; *el mismo*, wistra 1999, 327: "sumamente dudoso"; *el mismo*, ZStW 2000, 518 ss.

320 *Renzikowski,* Täterschaft (1997), p. 87 ss., quien con base en su "principio de autonomía" (supra nota 215) rechaza la posibilidad de un dominio por organización, afirmando una inducción; en contra *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 665 s.

321 SK-*Hoyer* (2000), § 25, nm. 90 s.; cfr. infra en el texto por la nota 375.

322 *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 33 ss.

323 *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 132 ss., 154, 235 s., 241, quien, por un lado, rechaza la teoría del dominio por organización en el ámbito que aquí interesa y con ello también en el caso por él investigado de la responsabilidad del empresario, pero, por el otro, propone un *tipo* de "autoría por organización" con el cual, en el resultado, se debe alcanzar una responsabilidad por autoría cuando el autor "para la comisión de un delito utiliza una organización que funciona regularmente". Con razón, rechazando una autoría mediata por omisión *sobre la base del dominio por organización*, *Brammsen*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 140 ss. (143).

324 *Gimbernat*, Autor (1966), p. 174 ss. (187 ss.).

325 *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1986), p. 257 ss. (273 ss.).

326 *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004).

327 Crít. respecto de *Freund* también *Schünemann*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), Dogmatik (1995), p. 51 ss.; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 96 ss., 126 s.

328 *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 40.

329 Idem, p. 48.

330 Idem, p. 36 s., 37 ss. Sobre estos argumentos cfr. infra puntos aa) y cc).

pueda ser en realidad "científicamente utilizable".[331] Por estos motivos, quienes dan las órdenes en organizaciones formales sólo podrían ser penados como inductores.

> Hitler, Himmler y Honecker no han cometido los delitos de homicidio que ellos ordenaron como autores, sino que los han provocado como inductores. Pues, entre la orden y el resultado se intercalaba la comisión dolosa y autorresponsable de otro, es decir, del asesino u homicida que como autores individuales o coautores actuaban al fin y al cabo […] con propia responsabilidad […].[332]

La delimitación entre autoría mediata e inducción debería determinarse, por tanto, únicamente desde el punto de vista normativo según "que entre la orden y el resultado delictivo se intercale un delito responsable y doloso de otro".[333] Esto habría de aceptarse en cuanto decisión legislativa —a pesar de la "convicción intuitiva" contraria que en general existe—;[334] la dogmática tendría que ser al respecto "neutral".[335]

De modo similar a *Herzberg,* también *Rotsch*[336] ha rechazado recientemente los criterios de la fungibilidad —por falta de concreta intercambiabilidad del ejecutor— y de la desvinculación del derecho.[337] Una extensión de la teoría a las personas jurídicas fracasaría ya por la falta de estructura jerárquica de éstas.[338] En favor de esta teoría existirían únicamente argumentos de política criminal, los cuales sin embargo conducirían a inconvenientes dogmáticos intolerables. Por ello, en definitiva, sólo entraría en consideración una inducción.[339]

Gimbernat analiza el caso Eichmann y niega su dominio del hecho.[340] Como autores (directos) sólo entrarían en consideración los ejecutores del hecho, pues ellos poseerían una mayor energía criminal que los hombres de atrás.[341] Éstos podrían ser sólo inductores[342] y los intermediarios que transmiten sus órdenes criminales sólo cómplices.[343] Un intermediario *à la Eichmann*, situado en el nivel de jerarquía alto o medio, podría ser autor (por inducción) sólo si cambiase la orden recibida, provocando en los ejecutores del hecho un exceso desde el punto de vista del vértice de la organización. Si bien *Gimbernat* no considera satisfactoria su solución, sólo ve una mejor *de lege ferenda* con un tipo independiente de genocidio.[344]

Hernández Plasencia rechaza la solución de la inducción de *Gimbernat*, porque faltaría la relación (directa) —necesaria para la inducción— entre el hombre de atrás y el ejecutor del hecho.[345] Por lo demás, el hombre de atrás sólo podría tener un dominio del hecho negativo, así que también fracasaría una autoría mediata o una coautoría. En su lugar, él recurre a la figura de la cooperación

---

331 Idem, p. 59 s.
332 Idem, p. 48.
333 Idem, p. 51.
334 Idem, p. 48.
335 Idem, p. 53.
336 *Rotsch*, ZStW 2000, 518 ss.
337 Cfr. sobre la fungibilidad, *Rotsch*, ZStW 2000, 526 ss. (528), 536, 552, 561; sobre la desvinculación del derecho, idem, 533 ss., 561.
338 *Rotsch*, ZStW 2000, 532 s., 556, 561; asimismo *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 104.
339 *Rotsch*, ZStW 2000, 561 s.
340 *Gimbernat*, Autor (1966), p. 187.
341 Idem, p. 188 s.
342 Idem, p. 189, 192.
343 Idem, p. 191 s, 193.
344 Idem, p. 193. Cfr. en este sentido la solución francesa, supra nota 163 y en el texto.
345 *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1986), p. 272 s.

necesaria[346] —por lo demás muy criticada en la doctrina española— para fundamentar la responsabilidad de los hombres de atrás.[347] Sobre su crítica a la teoría del dominio por organización se volverá en lo siguiente.

Recientemente, *Faraldo Cabana* en su profunda investigación sobre la "responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas" expone ampliamente el estado de la discusión en jurisprudencia y doctrina,[348] y discute detalladamente las posiciones contrarias a la doctrina del dominio por organización.[349] Especial atención merecen sus consideraciones sobre los aparatos organizados de poder;[350] al respecto *Faraldo Cabana* realiza una diferenciación entre organizaciones estatales y paraestatales (mafiosas y terroristas) e investiga respecto de las primeras especialmente su implicación en la guerra sucia.[351] En definitiva, también *Faraldo Cabana* sigue en lo esencial la doctrina del dominio por organización de *Roxin*; por tal razón, se volverá sobre sus reflexiones en lo siguiente.

A pesar de la acertada crítica de *Herzberg* y *Rotsch* a los criterios de la fungibilidad y de la desvinculación del derecho, de los cuales se ocupará enseguida, el completo abandono de una autoría mediata en virtud del dominio por organización va demasiado lejos en los casos que aquí interesan de criminalidad provocada y organizada por el Estado. La "convicción intuitiva" de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser dejada de lado, sin más, con los argumentos "normativos" alegados por Herzberg. Pues ella se funda en la incomparabilidad, arraigada en los hechos, de la conducta del organizador y de quien ordena la comisión de crímenes de masa respecto de aquella de un mero inductor a cometer determinados hechos. La acertada crítica de que no es satisfactoria una mera fundamentación fáctica-instrumental del dominio por organización no debe llevar —en este sentido se le ha de dar la razón a *Roxin*— a que las "grandes diferencias" en la conducta criminal que existen fácticamente sean "allanadas simplificándolas normativamente".[352] Con otras palabras: la deficiente fundamentación de una figura jurídica, entretanto generalmente reconocida —también fuera de Alemania[353]—, que según el sentimiento jurídico general comprende adecuadamente una conducta delictiva —o, en todo caso, de modo más adecuado que la alternativa de la inducción— no debe conducir al abandono de la figura reconocida en

---

346 Cfr. ya supra nota 117 y el texto correspondiente.

347 En favor de una cooperación necesaria o una inducción en estos casos, *López Peregrín*, Complicidad (1997), p. 403 ss. (405).

348 *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 25 ss., 88 ss.

349 Idem, p. 128 ss.

350 Idem, p. 195 ss.

351 Idem, p. 230 ss.

352 *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 555. En el resultado, también *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 427.

353 Cfr., por un lado, la jurisprudencia argentina y chilena (p. 234 ss., 241 vers. al.; *Ambos*, Dominio [1998], p. 39 ss.; *Faraldo Cabana*, Responsabilidad [2004], p. 32 ss.; a favor de una aplicación de la teoría en el caso de la desaparecida alemana Elisabeth Käsemann *Ambos/Grammer*, RP 12 (2003), 27 ss.) y, por el otro, los nuevos Códigos Penales, especialmente el art. 33 apartado 3 del *CP ruso* (1996) —punibilidad separada del "organizador"—, pero también el art. 18, § 1 del *CP polaco* (1997) —autoría por la conducción o estimulación del hecho. Por el contrario, el *CP croata* (1998) ha abolido la figura del organizador; sin embargo, ha incorporado una norma idéntica al § 25 (1), StGB, de modo que la teoría del dominio por organización puede obtener por medio de ella importancia práctica (cfr. sobre todo esto, ya supra nota 161).

favor de la alternativa ya "intuitivamente" menos convincente. Por el contrario, la figura jurídica generalmente reconocida debe ser asegurada y fundamentada mejor normativamente, aceptando también la limitación de su ámbito de aplicación. Además, precisamente desde el punto de vista normativo tampoco la autoría mediata y la inducción pueden ser plenamente equiparadas. Esto se muestra especialmente —pero no sólo— en la punibilidad de la tentativa de autoría mediata y en la impunidad —en principio— de la tentativa de inducción. *Herzberg*[354] reconoce esto, pero argumenta que con ello sólo se expresaría la accesoriedad de la inducción. Sin embargo, este argumento no elimina la diferencia normativa. Por el contrario, la muestra aún con mayor nitidez, pues el vínculo de la inducción con el hecho principal manifiesta la *dependencia* de la participación frente a la *independencia* de la autoría.[355]

Con la siguiente exposición no se trata por tanto de "abandonar" —debemos anticipar ya en este lugar— la teoría del dominio por organización, sino de una crítica constructiva, con la cual se debe colaborar a su perfeccionamiento y mejor fundamentación teórica.[356] Al respecto, las posturas mencionadas dan motivo para someter tres aspectos a un examen más profundo. Por un lado, todavía no ha sido explicado satisfactoriamente cómo la plena responsabilidad y libertad del hombre de adelante puede ser superada a través del dominio de una organización (*sub* aa)). Además, relacionado con esto, se plantea el interrogante de si todo aquel que interviene en un aparato de organización impartiendo órdenes de realizar conductas delictivas puede realmente ejercitar tal dominio de la organización (*sub* bb)).[357] Por último, se debe tomar posición nuevamente respecto del criterio de la desvinculación del derecho, especialmente de las réplicas de *Roxin* y *Figueiredo Dias* (*sub* cc)) a las críticas a este criterio.

aa) *Dominio por organización versus libertad del hombre de adelante*

La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la *fungibilidad*. Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes. Así, decía hace poco el antiguo dictador chileno *Pinochet* en relación con sus órdenes al antiguo jefe del servicio secreto chileno Manuel *Contreras*:

> […] there are many things I ordered him to do, but which things? I had to exercise power. But I could never say that I was actually running DINA. [They] were under the

---

354 *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 49 s.

355 En idem, p. 52 El mismo *Herzberg* expresa algo sorprendente: "La relevancia práctica de la decisión en favor o en contra de la autoría mediata es mayor de lo que a primera vista parece".

356 Al respecto, persisto con mi posición originaria (GA 1998, 234 = Dominio [1998], p. 32): "Cualquier desarrollo ulterior ha de tomar su concepción [la de Roxin] como punto de partida".

357 Así, *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 248.

> orders, under the supervision of all of the junta, the four members of the junta […] And I would like you to understand the following. The chief of the army always asks 'What are you going to do?' The question of *'How'*, 'How am I going to do it?' is a question for the chief of intelligence rather than the Chief of the Army. This is what civilians […] don't understand.[358]

No interesa por consiguiente tanto el "cómo" de la ejecución de la orden cuando el "si" está asegurado. En todo caso, el hombre de atrás podrá confiar en que *alguna* persona cumplirá sus órdenes criminales. La automaticidad del aparato fudamenta el dominio sobre la ejecución directa del hecho y, así parece, también sobre los ejecutores directos. La "autoría secundaria" de éstos es indiferente desde el punto de vista moral.[359] La elocuente fundamentación por *Roxin* del criterio de la fungibilidad posee una contundencia tal, que hace resultar inconsecuentes incluso a los defensores de una teoría del dominio del hecho centrada esencialmente en la autonomía de la persona que actúa. Así, *M.-K. Meyer*[360] intenta llegar a una *falta* de libertad de acción relativa del ejecutor, argumentando "que los motivos de inhibición no surgen, porque la eventual negación de una persona determinada a ejecutar el hecho no perjudica el homicidio por cualquier otro". La realización de la resolución a cometer el hecho funcionaría como un causalismo natural no sólo por la previa autovinculación del ejecutor directo, sino a causa de la exclusión de motivos de inhibición en la situación de actuar. Aunque *Meyer* se quiera aferrar a un principio de responsabilidad estricto[361] y recurra a puntos de vista relacionados con la coacción,[362] siendo, por tanto, su concepción de la autonomía contradictoria,[363] queda la impresión, sin embargo, de la fuerza persuasiva de la concepción de *Roxin*.

Esta argumentación también pone de manifiesto, desde luego, que la fuerza persuasiva de la teoría del dominio por organización se encuentra en la *validez del criterio de la fungibilidad*. Pues, si se parte de que el hombre de atrás que domina la organización no puede confiar más en que sus órdenes serán cumplidas por quienquiera que fuese, fracasaría su dominio del hecho por esa inseguridad concretada en la libertad del hombre de adelante. Entonces, un dominio del hecho tan solo se podría fundamentar con la ayuda del dominio por coacción o por error, lo que presupone sin embargo algo más que el mero dominio del aparato, esto es, el dominio *concreto* del hombre de adelante. Por otra parte, de la dependencia del dominio por organización

---

358 Interview, *Daily Telegraph*, London, 19.7.1999, caso Pinochet.

359 Cfr. *Soeffner*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 28: Quien actúa en organizaciones formales percibiría su propia conducta ni como algo bueno, ni como algo malo. "Puede someterse a criterios de valoración funcionales, dirigidos a un fin, pero no morales" (refiriéndose a *Zygmunt Bauman*).

360 *Meyer*, Autonomie (1984), p. 102.

361 Idem, p. 108: seguiría vigente el contenido material del principio "quien actúa libre y con dolo no podría ser instrumento de otro".

362 Idem, p. 105 s.

363 Cfr. la acertada crítica de *Renzikowski,* Täterschaft (1997), p. 89, nm. 154, así como, ya supra nota 233.

del criterio de la fungibilidad se sigue que tal dominio no existe sólo si se puede contradecir en el caso concreto la intercambiabilidad del ejecutor. Aquí se trata, ante todo, de un puro problema empírico, esto es, de si realmente en todos los casos de comisión de un hecho por medio de un aparato organizado de poder se puede partir de la fungibilidad del ejecutor directo. Como es sabido, esto ya ha sido negado por *Schroeder*[364] advirtiendo sobre la posible especialización del ejecutor. También los casos recientes de macrocriminalidad estatal, especialmente el caso Pinochet, muestran que un aparato de represión moderno no puede funcionar sin "especialistas".[365] A *Schroeder* se le puede objetar solamente que por lo general las reservas de especialistas son lo suficientemente grandes como para permitir intercambiar sin demora al ejecutor que se niega a realizar el hecho. Desde luego, abstractamente esto no se puede rebatir, como tampoco se puede probar lo contrario. De todos modos, ello tampoco tiene importancia, pues la pretensión de validez general del criterio de la fungibilidad se refuta ya por la existencia de *un* caso contrario, anulando con ello la idoneidad del criterio para fundamentar el dominio por organización en *todos los casos posibles*.

A esto se añade que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho. Por más que el hombre de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto. Por ejemplo, si un guardia de frontera o una entera patrulla se hubiese negado a disparar a un fugitivo (y no hubiera ningún otro guardia en el lugar), nadie podría impedir la fuga de *ese* fugitivo. Si esta fuga tuviera éxito, entonces se negaría el dominio del hecho del vértice de la organización. También *Herzberg*[366] comparte esta crítica a la fungibilidad al constatar respecto de los guardias de frontera con relación a un caso concreto:

> La orden no habría sido cumplida por nadie y G se habría evadido si los dos soldados de frontera se hubieran comportado decentemente y hubieran obedecido al llamamiento del derecho en lugar de a la orden homicida. El hecho de si con el homicidio de G, quien ya había escalado el muro, se alcanzaba la meta delictiva de los acusados, dependía de la decisión de ambos individuos para quienes se actualizaba la orden de disparar en vista de la huida de G. Su fungibilidad, su intercambiabilidad claramente no existía.[367]

---

[364] *Schroeder*, Täter (1965), p. 168; *el mismo*, JR 1995, 178; asimismo *Freund*, AT (1998), § 10, nm. 92. Resumiendo las posturas críticas a la fungibilidad *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 88 ss.

[365] Piénsese, por ejemplo, solamente a la utilización de las técnicas de tortura chilenas, a las cuales se ha hecho referencia en repetidas ocasiones en los documentos de la investigación española en el proceso contra Pinochet (cfr. *Ahlbrecht/Ambos* [editores], Pinochet [1999], p. 54 ss. y passim).

[366] *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37 ss.; crít. también *Murmann*, GA 1996, 273, a quien se remite expresamente *Herzberg*; *Renzikowski*, Täterbegriff (1997), p. 89; *Rotsch*, NStZ 1998, 493; *el mismo*, wistra 1999, 327; *el mismo*, ZStW 2000, 526 ss. (528), 536, 552, 561; SK-*Hoyer* (2000), § 25, nm. 90; *Brammsen*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 142; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 132 s.; *Heine*, JZ 2000, 925; *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425 s.; para un análisis concreto también *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 275.

[367] *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37 s.

Del mismo modo, tampoco el muchas veces citado agente secreto *Stachynski* era en cuanto a la comisión *concreta* del hecho, sin más, una ruedecilla intercambiable en el engranaje del aparato de poder soviético.[368] Ello, pues si él se hubiese negado a ejecutar el encargo homicida, los agentes de reemplazo habrían llegado al lugar en todo caso más tarde y quizás demasiado tarde, de modo que la víctima habría escapado a la muerte. Similarmente se puede pensar en un ejecutor directo que se niega a utilizar la tortura para forzar una declaración, aunque ésta haya sido ordenada por la autoridad superior. El dominio del hecho por parte del vértice de la organización en virtud de su aparato de poder sólo estaría dado en la situación concreta del hecho si la tortura hubiera podido ser comenzada o continuada por otros ejecutores. Por más que en este caso se pueda partir con mayor facilidad que en el caso de los guardias de frontera de una fungibilidad concreta —y justamente por ello este caso es especial y no típico—, él pone también de manifiesto que el dominio del curso *concreto* del suceso sólo puede ser afirmado en presencia de una fungibilidad *inmediata*. Estos ejemplos se podrían continuar a voluntad. Ellos dejan en claro que la fungibilidad en la situación *concreta* del hecho sólo rara vez estará presente y que existen buenos argumentos para negarla ya desde un punto de vista empírico.

En los casos de la responsabilidad de los intervinientes en el delito que no pertenecen al vértice directo de la organización, por ejemplo los "autores de escritorio" *à la Eichmann*, la problemática del criterio de la fungibilidad se muestra aún más claramente. Si tales personas son realmente imprescindibles para la realización del plan total de exterminio, no se podría partir de *su* fungibilidad en relación con sus superiores. Por tanto, aquí se está de frente a un doble problema: Por un lado, se necesita también de la fungibilidad de estas personas para poder fundamentar el dominio por organización del verdadero vértice de la organización; pero, por el otro, la afirmación de su fungibilidad se opondría a la posibilidad de su dominio por organización y, con ello, de su autoría mediata. Una argumentación similar se puede sostener respecto de *Höß*, comandante del campo de concentración de Auschwitz.[369] También él podía decidir sobre la vida o la muerte de miles de personas, sirviéndose para ello del personal del campo a sus órdenes. Sin embargo, también aquí mucho habla en favor de una precisa división de las tareas dentro del campo y, por ello, en contra de una fácil intercambiabilidad de los ejecutores directos en la situación concreta del hecho. Aquí se hace notar de manera recriminatoria que la teoría del dominio por organización hasta el momento no ha delimitado claramente según esferas de responsabilidad y niveles de jerarquía, es decir, no ha explicado satisfactoriamente hasta qué nivel de mando se puede realmente suponer un dominio de la organización. Sobre este aspecto se volverá más adelante.[370]

---

[368] Asimismo, ya *Jakobs*, AT (1993), 21/103, nm. 190; también *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38.

[369] Cfr. también *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38 s.

[370] Infra, punto bb).

De todo esto se sigue que el vértice de la organización sólo podrá estar seguro de que el aparato *como tal* continuará trabajando (de alguna forma) y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un ejecutor entretanto intercambiado. Por tanto, una fungibilidad no es posible por lo general simultáneamente, sino sólo *sucesivamente*.[371] En palabras de *Hernández Plasencia*: "la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás".[372] Con ello, la fungibilidad —notablemente relativizada— se transforma en una "exigencia de movilidad personal": "El dominio por organización está sujeto a que la orden de cometer un delito se dé en una jerarquía, la cual en caso de una negativa *declarada a tiempo* tenga *normalmente* a disposición enseguida un hombre de remplazo".[373] En todo caso se puede decir que el hombre de adelante aumenta el riesgo de la producción del resultado en el sentido de una "fungibilidad incompleta" o abstracta[374] y que el dominio por organización se convierte, así, en un "dominio de las causas de remplazo".[375] Pero una fungibilidad tan debilitada no puede servir más —o por lo menos por sí sola— para fundamentar el dominio del hecho del hombre de atrás que emite la orden. Por consiguiente, el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo ya desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización.

La otra objeción, realizada por *Murmann*, basada en la expectativa normativa frente al hombre de adelante, no es más necesaria para demostrar la fragilidad de la fundamentación del dominio por organización por medio de la fungibilidad.[376] Sin embargo, su concepción teórica, que he rechazado anteriormente en razón de haber partido de un punto de vista fáctico-instrumental,[377] puede proporcionar una fundamentación del dominio del hecho que va más allá del mero dominio instrumental del hecho, ayudando a superar, por consecuencia, el déficit empírico de fundamentación que se ha constatado. Este autor transporta, en definitiva, la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho, sirviéndose de un concepto material de libertad.[378] Así, el Estado aparece —en cuanto garante de los derechos fundamenta-

---

371 Acertadamente *Jakobs*, AT (1993), 21/103, nm. 190; también *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 38.

372 *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 275.

373 *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 58 s.

374 Heine, JZ 2000, 925.

375 SK-*Hoyer* (2000), § 25, nm. 90. Para un concepto más amplio de la fungibilidad también *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 206, 236.

376 Cfr. al respecto *Murmann*, GA 1996, 273 s.

377 *Ambos*, GA 1998, 230 s.; aprob. mi posición en este sentido *Rotsch*, wistra 1999, 327, quien sin embargo critica, con razón, que mi posición "sigue sin explicar la posibilidad de la libre responsabilidad en el *hombre de adelante*" (resaltado en el original). Similar ya *Rotsch*, NStZ 1998, 493.

378 Cfr. *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 160 ss (181 s.); *el mismo*, GA, 1996, 275 ss. (278 remitiéndose a *Jakobs* en la nota 42). La concepción de *Murmann* se funda en la teoría de la libertad de *Zaczyk* (Unrecht [1989], p. 128 ss. [1939], 194 ss.), la que, por su parte, se basa en *Kant* y *Fichte*. Según esto, el fundamento del derecho residiría en un reconocimiento mutuo de los individuos como personas autónomas con uso de razón. La *relación de reconocimiento*, que al mismo tiempo sería una relación jurídica, estaría constituida por conductas mutuas prácticamente correctas y, de este modo, se realizaría la

les y debido a su deber de protección de allí resultante— como especial *obligado* frente a los ciudadanos y posee frente a ellos un *poder de lesión* especial. El estado lesiona su deber de protección con la orden antijurídica al ejecutor de lesionar a una determinada persona.

La relación de dependencia entre ciudadano y Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión. También aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante.

En el caso de una orden estatal antijurídica, la dependencia —también normativa— del ciudadano respecto del Estado fundamenta también el *dominio del hecho* de éste. Este dominio es ejercitado por el Estado al impartir al ejecutor, un ciudadano, la orden antijurídica de lesionar a la víctima, otro ciudadano. Por tanto, se encuentran afectadas dos relaciones jurídicas: la relación de reconocimiento entre Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales, así como la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí. El dominio del hecho del Estado, más precisamente, el dominio del hecho del vértice de la organización estatal se presenta como un "*dominio sobre la cualidad de la relación*",[379] esto es, de la *relación de reconocimiento* entre el Estado y sus ciudadanos.[380] Lo importante en *esta* relación es el deber especial del Estado frente al ciudadano derivado de la dogmática de los delitos de deber. En la otra relación de los ciudadanos entre sí —aquí: entre el autor que ejecuta la orden y la víctima— lo que interesa es su lesión por medio de la injerencia directa en la libertad ajena. Por consecuencia, ambas relaciones jurídicas son lesionadas. Pues, si se quiere imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, entonces no se puede atener solamente a la relación entre el vértice de la organización y el ejecutor, sino que también la víctima debe ser tenida en consideración —por medio de la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí—. La obligación especial del Estado frente al ciudadano —que lo obliga a protegerlo y le prohíbe lesionarlo y que, al mismo tiempo, entraña un poder de lesión especial dentro de esta relación— proporciona, por tanto, una fundamentación normativa del dominio del hecho en todos los casos en los cuales se niega la fungibilidad ya por motivos empíricos. De este modo, no se abandona la teoría del dominio del hecho, sino que ella es asegurada normativamente. No es relevante en

---

libertad de todos (p. 165, 193, 326). Frente a este trasfondo, el injusto consumado sería "la opresión realizada de la libertad concreta reconocida por la comunidad jurídica, en tanto se encuentren afectados bienes jurídicos del individuo o de la sociedad". A través de ello se personalizaría que el individuo lesiona la libertad del otro o de los otros como titulares de los bienes jurídicos respectivos y así abandonaría la relación mutua de igualdad para determinar por sí solo (subjetivamente) lo general (p. 326 s.). Esta posición se diferencia, sin embargo, de la originaria teoría del reconocimiento individual, por cuanto con ésta se trataría del reconocimiento de la norma por el individuo, mientras que *Zaczyk* se funda en el reconocimiento mutuo de los individuos entre sí (cfr. con más detalles *Krüger*, Versuchsbeginn [1994], p. 153 ss., con otras referencias; sobre la teoría del reconocimiento kantiana también *Bielefeldt*, Philosophie [1998], p. 158 ss.).

379 *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 181; *el mismo*, GA 1996, 276.

380 *Murmann*, Nebentäterschaft (1993), p. 168 ss.

este contexto —y, por ello, pueden ser obviadas en este lugar mayores consideraciones— la cuestión de si la posición de deber especial del Estado y su dominio sobre la relación de reconocimiento excluyen un dominio por organización en el marco de organizaciones (criminales) no estatales.[381]

La fundamentación normativa expuesta no reemplaza sin embargo al punto de vista fáctico, sino que lo complementa. Pues, del mismo modo que un punto de vista meramente fáctico no puede explicar convincentemente un dominio por organización, tampoco el punto de vista normativizante basado en una fundamentación normativa es idóneo por sí solo para comprobar una situación de dominio por organización. Esto se pone de manifiesto en un método práctico orientado a casos, tal como el que se sigue en este trabajo. Así se expresa, por ejemplo, en el auto de procesamiento del juez instructor Baltasar *Garzón* del 10 de diciembre de 1998 en la investigación preliminar 19/97 contra *Pinochet*:

> Al frente de todo este organigrama del terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material [de propia mano] de los hechos sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado […]
>
> La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara […];
>
> a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas.
>
> Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con *dominio absoluto del hecho*, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA;
>
> […]
>
> g) es *seguida de la ejecución* del delito convenido […].
>
> Augusto Pinochet, en su papel de Director del plan delictivo provisionalmente establecido desarrolla […] toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeñan los respectivos "roles o papeles" que han asumido y en los que resultan difícilmente sustituibles de acuerdo con la "teoría de los bienes escasos". En efecto, los miembros de la Junta de Gobierno, los mandos militares implicados, en especial los de los Servicios de Inteligencia o aquellos que cumplieran las órdenes en inmediata relación de jerarquía, difícilmente pueden escapar a la conceptuación de coautores. Pero, desde luego, tal calificación es ineludible para Augusto Pinochet Ugarte […].[382]

Con prescindencia de la dudosa apreciación jurídica, basada evidentemente en la teoría de *Gimbernat*,[383] que en definitiva —si se quiere solucionar la contradicción de una inducción y una coautoría que operan al mismo tiempo— acaba en una inducción en coautoría, el pasaje citado pone de manifiesto que a una apreciación jurídica correcta

---

[381] Así, *Murmann*, GA, 1996, 278 ss.

[382] En: *Ahlbrecht/Ambos* (editores), Pinochet (1999), p. 136 s. (las notas al pie han sido omitidas y el resaltado agregado).

[383] Sobre la "teoría de los bienes escasos" cfr. ya supra nota 58.

debe preceder un análisis fáctico de las relaciones de intervención al hecho. Las constataciones fácticas constituyen la base de la apreciación jurídica y esta obviedad —que vale en general— habla decisivamente en favor de un punto de vista preferentemente fáctico, que luego, dado el caso, se deberá completar y asegurar con una fundamentación normativa. En cuanto a la misma responsabilidad jurídico-penal de *Pinochet*, que aquí sin embargo no es de mayor importancia y a falta de constataciones fácticas más precisas sólo puede ser juzgada provisionalmente, de los pasajes citados se pueden deducir absolutamente argumentos para la fundamentación de una autoría mediata con base en el dominio de la organización: *Pinochet* no sólo habría impartido órdenes criminales, sino a veces incluso habría controlado "con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa" del crimen. Los crímenes acordados habrían sido, sin más, ejecutados y *Pinochet* habría sido el "conductor" del plan delictivo.

Todo esto muestra también que, precisamente, el dominio del hecho no es sólo un fenómeno jurídico o normativo, como opina *Jakobs,*[384] sino ante todo también un fenómeno fáctico. Esto se muestra con el hecho de que la fungibilidad es un criterio problemático justamente desde el punto de vista empírico. Por tal razón se necesita de la fundamentación normativa *complementaria* del dominio por organización como aquí se ha expuesto. En este sentido, la teoría del dominio por organización puede entenderse como un "*entrelazamiento*" ("Verflechtung")[385] de componentes normativos y fácticos. Desde un punto de vista *fáctico*, junto con el criterio del dominio por control, brinda un elemento para determinar la figura central del suceso. El empleo de consideraciones *normativas* permite —excepcionalmente— atribuir ese rol también a un autor de atrás del autor. De este modo, se clarifica la combinación de componentes fácticos y normativos en el sentido del mencionado entrelazamiento. En los casos problemáticos, el poder de control se reparte entre el hombre de atrás y el ejecutor material. En cuanto al ejecutor material, este poder se funda en su cercanía al hecho. En relación con el hombre de atrás que emite la orden, resulta de su influencia sobre la organización en la cual está integrado el ejecutor. Quien ordena, tiene en sus manos la organización por medio de la cual, en definitiva, es controlado mediatamente el ejecutor material. En esta influencia indirecta sobre el ejecutor reside también una diferencia decisiva con la inducción. El poder sobre la organización de quien da las órdenes hace al ejecutor por ello y *en tal medida* intercambiable y sin importancia.

Vale la pena enfatizar que la falta de fungibilidad *concreta*, constatada con acierto por *Herzberg*,[386] y la existencia de una fungibilidad abstracta o posterior no es un argumento idóneo —ni mucho menos decisivo— contra la teoría del dominio por organización. Sólo hace evidente que un punto de vista puramente naturalista-des-

---

384 *Jakobs*, NStZ 1995, 27.

385 *Roxin*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 55.

386 Cfr. supra nota 366 ss. y texto.

criptivo en el sentido de la determinación de la figura central no puede proporcionar una solución convincente. Más bien, consideraciones normativas hacen autor a quien ordena. Su poder fáctico de control es sólo el punto de partida. Este poder tiene carácter abstracto, no es en todos los casos demostrable y por eso es considerablemente relativizado.

Así, la autoría del hombre de atrás resulta de las siguientes consideraciones normativas basadas en un modelo de imputación normativizante en el sentido mencionado en el capítulo anterior[387]: la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización en la medida en que aumenta la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del nivel de mando (punto de vista denominado *Top-down*). Esta valoración fundamental,[388] orientada a la responsabilidad, determina la solución de los casos problemáticos. Con base en esta valoración es posible considerar como autores a dirigentes como Hitler, Himmler, Honecker, Videla y Pinochet. El poder fáctico de control, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado en cierto modo con la mayor responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente.[389] El BGH también eligió esta argumentación al fundamentar la autoría en los casos de los disparos del muro.[390]

Con esto no se debe ver una recaída en la teoría subjetiva, sino un perfeccionamiento de la teoría de la intervención en el delito en vista de nuevas formas colectivas de criminalidad. Frente a este trasfondo, son necesarias reflexiones adicionales para determinar si la teoría del dominio por organización requiere una *independización* o por lo menos una *fundamentación autónoma*. Según el punto de vista tradicional, ella es una entre varias subformas de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad. Se la entiende como una excepción del "autor detrás del autor". Su relevancia práctica creciente ha generado, sin embargo, más y más opiniones doctrinarias que reclaman con argumentos dignos de atención una emancipación de la dogmática tradicional de la intervención en el delito, al menos en el ámbito del derecho penal internacional signado por formas de comisión colectivas. Sea como fuere, esta discusión confirma, en todo caso, que la teoría del dominio por organización es el punto de partida acertado para los casos que aquí se analizan.

Kreß[391] extrae del § 357 apartado 1 del StGB (inducción del subordinado por el superior) el punto de partida para un dominio por organización independiente. *Hilgers*[392] propone una codifica-

---

387 Ver § 7 II. 7. al final; ver también *Vogel*, ZStW 114 (2002), 406 ss.

388 Cfr. MüKo-StGB/*Kreß*, §220a nm. 100 con mayores referencias bibliográficas.

389 En este sentido, entendido como correctivo, *Heine* tiene razón al hablar de un abandono de la idea de la figura central del suceso (JZ 2000, p. 924).

390 BGHSt 40, 218, 237: "En tales casos, no considerar como autor al autor de atrás, sería injusto en relación con el peso objetivo de su contribución al hecho, especialmente porque con frecuencia la responsabilidad crece y no disminuye con la mayor distancia respecto del lugar del hecho".

391 MüKo-StGB/*Kreß*, §220a, nm. 99 ss.

392 *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 241.

ción separada como tipo penal. *Heine*[393] aboga por la consideración del injusto de la organización y del sistema originario creado con el establecimiento de un aparato de poder y compuesto de riesgos sistémicos concretos para determinados bienes jurídicos. *Vest*[394] va aún más allá y considera al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo dominio del hecho contendría más que la suma de los dominios individuales de los intervinientes. Aquí sale a la luz un *principio de imputación del hecho total* ("Zurechungsprinzip Gesamttat"), según el cual la organización criminal como un todo se convierte en punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho,[395] los cuales deben ser evaluados a la luz de sus repercusiones sobre el plan criminal total o en función del fin perseguido por la organización criminal. Se puede hablar de un *dominio de la organización escalonado*, en donde el dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización.[396] La distinción tradicional entre autoría y participación es reemplazada por tres niveles de intervención en el delito: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como *autores por conducción* ("Führungstäter") pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel, encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto pueden ser designados como *autores por organización* ("Organisationstäter"); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros *autores ejecutivos* ("Ausführungstäter") que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal total.[397] En una dirección similar se encuentra *Schlösser* con su modelo de imputación funcional-social,[398] a partir del cual desarrolla una doctrina del dominio social del hecho.[399] Según ésta, la falta de libertad del autor directo es derivada de su relación (subordinada) respecto del superior; éste se convierte en razón del rol institucionalizado a él asignado en "causa última de defecto". Desde un punto de vista sociológico de la organización, el motivo del sometimiento habría de verse en la inferioridad jerárquica.[400] La relación de supra y subordinación interpersonal actuaría como factor constitutivo del dominio.[401] Visto desde el punto de vista de la filosofía jurídica, la libertad en este sentido habría de entenderse siempre sólo como libertad en las relaciones interpersonales.[402]

bb) *Sobre la delimitación entre autoría mediata y coautoría según niveles de jerarquía*

La doctrina no se ha ocupado realmente de la cuestión de hasta qué nivel de jerarquía es posible partir de un dominio por organización del provocador del hecho.[403] La jurisprudencia alemana acepta una autoría mediata en virtud del dominio

---

393 *Heine*, JZ 2000, p. 925 ss.

394 *Vest*, Genozid (2002), p. 236 ss.

395 Cfr. fundamentalmente *Dencker*, Kausalität (1996), p. 125 ss., 152 ss., 229, 253 ss. y *passim*; *el mismo*, FS Lüderssen (2002), p. 525, p. 534 ss. *Vest*, Genozid (2002), p. 214 ss., 236 ss, 303, 304 ss., 359 ss. desarrolla su pensamiento especialmente en cuanto al crimen de genocidio.

396 Cfr. ya *Ambos*, GA 1998, p. 237 y sig.; aprob. *Vest*, Genozid (2002), p. 239.

397 Cfr. *Vest*, Genozid (2002), p. 29 s., 240 ss., 302.

398 *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 33 ss. (39); cfr. ya § 7 II. 7 con nota 154.

399 *Schlösser*, Verantwortlichkeit (2004), p. 59 ss. (61).

400 Idem, 67.

401 Idem, p. 72

402 Idem, p. 73 ss. (75).

403 Crít. de todos modos *Jakobs*, AT (1993), 21/103, en la nota 190; en contra *Roxin*, Täterschaft (1994), p. 654, en donde, sin embargo, sólo repite su conocida opinión según la cual autor es todo aquel

de la organización, apoyándose en la teoría de *Roxin*, también respecto de acusados situados por debajo del vértice de la organización o del Estado.[404] Independientemente del poder fáctico de mando o de organización del hombre de atrás, aquí se repite como una letanía la conocida fórmula según la cual existe dominio del hecho cuando el hombre de atrás "mediante estructuras de organización aprovecha determinadas condiciones marco dentro de las cuales su contribución al hecho desencadena procesos reglados".[405] Según esta jurisprudencia, incluso un ciudadano alemán occidental que con su denuncia de los planes de fuga de un ciudadano de la antigua DDR causa la detención antijurídica de éste puede ser penado por privación de la libertad en autoría mediata "particularmente si el autor se aprovecha conscientemente de un aparato estatal que actúa antijurídicamente para la persecución de fines personales".[406] De qué modo un simple ciudadano podría dominar un aparato estatal —además extranjero—, resta aquí, sin embargo, sin respuesta. El dominio de la organización no se supedita siquiera a la pertenencia del acusado a la organización en cuestión.[407] Sin embargo, difícilmente se podrá afirmar que el juez, el agente de seguridad o el oficial de policía que causan en concreto la detención antijurídica representan una ruedecilla en el engranaje del aparato estatal extranjero intercambiable a voluntad por el denunciante.

En este contexto también es problemático el caso Eichmann. Al respecto, *Roxin* ha partido de una autoría mediata con la fundamentación de que Eichmann no sólo habría sido ejecutor, sino simultáneamente quien daba las órdenes en relación con las personas a él subordinadas, "así que, en este sentido, también valen para él los criterios que convierten en autores mediatos a sus hombres de atrás".[408] Sin embargo, mientras la autoría de Eichmann está fuera de discusión,[409] no lo está en absoluto la clase de autoría. Como es conocido, el Tribunal de Distrito de Jerusalem ha afirmado incluso una coautoría.[410] Yo he manifestado dudas respecto del dominio del hecho de Eichmann en virtud del dominio de la organización, sin que ello me haya decidido finalmente a una posición opuesta.[411] Me sigue pareciendo correcta desde todo punto de vista la tesis de que con Eichmann se ha reconocido la posibilidad de un *dominio por organización de varios*

"que en el marco de una relación de jerarquía transmite la orden criminal con autónomo poder de mando". Últimamente, *Vest*, ZStW 2001, 493 s.; *el mismo,* Genozid (2002), p. 230 ss. y passim.

404 BGHSt. 42, 65 = NJW 1996, 2042 (p. 247 vers. al.).

405 BGHSt 40, 218 (236).

406 BGHSt 42, 275 (278).

407 Cfr., al respecto, la pertinente crítica de *Arnold*, NJ 1999, 289 s. a la sentencia Havemann del BGH del 10 de diciembre de 1998 con la cual la teoría del dominio por organización fue implícitamente introducida en los casos de prevaricación.

408 *Roxin*, Täterschaft (2000) (249), p. 246 ss (246); *el mismo*, GA 1963, 201 ss.

409 Cfr. ya supra nota 35, 52 ss. y el texto respectivo. De otra opinión, sin embargo, *Gimbernat*, supra, en la nota 341.

410 Cfr. p. 184 s. vers. al.

411 *Ambos*, GA 1998, 236 ss. = Dominio (1998), p. 34 ss.

niveles y que este dominio se condensa y acumula al ir aumentando el poder de decisión y la disponibilidad de los recursos personales.[412] Frente a la expansión del dominio por organización en la jurisprudencia (federal alemana) parece necesario *diferenciar* claramente entre el vértice de la organización y los funcionarios que —aunque de alto rango— están situados por debajo de éste. Visto detenidamente no se puede negar que sólo el vértice de la organización, que regularmente está constituido formalmente como consejo de defensa nacional, como *junta* o también como mero gobierno, puede ejercitar un dominio absoluto *por medio de* y *sobre* el aparato organizado de poder que de él depende.[413] Además, esta instancia representa al Estado de manera especial y carga con la responsabilidad por posibles injerencias en los derechos fundamentales, a cuya abstención el ciudadano tiene derecho frente al Estado. Todo otro poder es solamente derivado y por ello su ejercicio le es imputable a la conducción del Estado. Sólo el dominio de la conducción del Estado no puede ser bloqueado desde arriba o perturbado de cualquier otra forma. Por el contrario, tal "perturbación" es del todo posible en un funcionario de nivel alto o medio como *Eichmann*: Sus órdenes de transportar a los judíos en los campos de concentración podrían haber sido retiradas o anuladas en todo momento por sus superiores. Del mismo modo, su poder de mando sobre los ejecutores directos podría haber sido impedido sin problemas por sus superiores, pues en última instancia los autores directos no eran responsables ante Eichmann, sino ante los vértices de la conducción del nacionalsocialismo. Lo mismo se puede decir respecto del ya nombrado comandante de campo de las SS, *Höß*.[414] Tampoco él era "hacia abajo" el único dueño de los sucesos, ni tenía "hacia arriba" completa autonomía e independencia. La falta de dominio del hecho de los intervinientes que no pertenecen al vértice directo de la organización, pero que sin embargo poseen un alto nivel de mando, resulta también de las declaraciones del ya mencionado Manuel *Contreras* que, como antiguo jefe del servicio secreto, estaba directamente subordinado a *Pinochet*:

> […] el ejercer el Mando Pleno en una Institución Militar, no involucra ser independiente, por cuanto todos los Comandantes tienen un Mando Superior del cual dependen, al cual deben rendirle cuenta permanentemente del cumplimiento de sus misiones y de las órdenes recibidas. En mi caso particular ese era el Presidente de la República, y es por eso que digo, que yo no me mandaba solo y cualquier misión a cumplir tendría que haber venido, como siempre vino, del presidente de la República.[415]

---

412 Idem, 237, 238.

413 Así también *Vest*, ZStW 2001, 493 s.; en contra *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 204 s., que considera esta posición "extremadamente restrictiva" y sigue a Roxin "en el sentido de que debe ser considerado autor mediato quien, en el marco de la organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando independiente". Sin embargo, esta posición, al igual que la jurisprudencia alemana, puede ser cuestionada, porque no explica cómo el mero hecho de poder transmitir una orden podría significar un dominio del aparato.

414 Cfr. ya supra nota 369 y en el texto.

415 Citado según el auto de procesamiento de la justicia española en el proceso contra Pinochet, mencionada ya supra (nota 382), en: *Ahlbrecht/Ambos* (editores), Pinochet (1999), p. 124.

Se debe decir, por tanto, que el dominio por organización podrá fundamentarse sin duda alguna sólo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado, cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, es decir, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan "*sin perturbación alguna*". Según lo dicho, esto es así sólo respecto del propio vértice de la organización en un gobierno formalmente constituido y, en casos excepcionales, también respecto de la conducción de las fuerzas de seguridad militares o policiales ("los generales") que se encuentran fuera del gobierno civil. Además, su capacidad de dominar la organización se ha de suponer, sin más, cuando éstos gobiernan por sí solos o cuando pertenecen al gobierno.

Por el contrario, los autores que no pertenecen al vértice de la organización, pero sí por ejemplo al nivel medio de conducción, poseen dominio de la organización *dentro* del aparato a lo sumo respecto de *sus* subordinados.[416] Ellos no dominan todo el aparato, sino a lo sumo una *parte* de éste. Este dominio parcial justifica su consideración como autores mediatos al menos respecto de la parte de los sucesos bajo su dominio. Por otra parte, su dependencia del vértice de la organización parece hablar en contra de una autoría mediata y en favor de una *coautoría* fundada en la división funcional del trabajo. Sin tal división del trabajo de ningún modo se hubiera podido realizar la "solución final". Tampoco hubiera podido funcionar tan eficientemente la maquinaria de exterminio de un campo de concentración como Auschwitz, en particular bajo la orden y supervisión del comandante de campo Höß. En este sentido, no pueden prosperar los usuales argumentos en contra de la coautoría en el marco de organizaciones formales, expuestos por último y una vez más por *Roxin*.[417]

Ante todo, tampoco en estos casos debe ser reemplazado el criterio de la resolución común a cometer el hecho, como proponen *Jakobs* y sus discípulos, por una mera *decisión de inserción (Einpassungsentschluß)*.[418] Por el contrario, se puede partir con la doctrina mayoritaria de un acuerdo de voluntades informal de los intervinientes.[419] A *Roxin* se le debe conceder, por cierto, que en caso de delitos en el marco de un aparato organizado de poder *por lo general* —¡pero esto no es siempre así!— quien emite la orden y quien la ejecuta no se conocen y tampoco deciden nada conjuntamente.[420] Sin embargo, ello tampoco tiene importancia, pues para un acuerdo de voluntades informal es suficiente que el ejecutor directo con su pertenencia a la organización criminal ponga en evidencia que está de acuerdo con quien emite la orden. Este acuerdo de voluntades se manifiesta con la ejecución del hecho en cierto modo tácitamente.[421]

---

416 Cfr. también *Vest*, ZStW 2001, 493 s.

417 *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 552 ss.; asimismo *Küpper*, GA 1998, 524.

418 Cfr. al respecto ya supra nota 93.

419 Cfr. ya supra nota 88.

420 Cfr. *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 553.

421 Asimismo, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 266: "El acuerdo común […] puede producirse a través de actos *concluyentes*" (el resaltado es del autor).

Por otra parte, la *realización del tipo* en coautoría no se debe entender de manera estricta, como ya se ha expuesto *supra*,[422] en el sentido de excluir toda *acción preparatoria*. Para citar a *Roxin*: tampoco el jefe de la banda se "ensucia las manos, sino que él se sirve de los órganos ejecutivos".[423] Dominio funcional del hecho no significa otra cosa que un actuar conjunto de los intervinientes fundado en la división del trabajo. En estos casos el actuar conjunto consiste en que el "autor de escritorio" planea, prepara y ordena la comisión del hecho y el subordinado lo ejecuta. Ambas contribuciones al hecho son indispensables para su comisión; superior y subordinado dominan el hecho en la misma medida.[424] Se debe tener presente, además, que está en la lógica del dominio funcional del hecho que a medida que el número de intervinientes crece, las aportaciones individuales al hecho pueden resultar cada vez más pequeñas, sin que esto deba conducir a una preponderancia en los otros intervinientes.

Finalmente, en cuanto al argumento de la *diferencia estructural* entre la autoría mediata vertical y la coautoría horizontal, aunque en principio debe ser reconocida,[425] con esto sólo se indica precisamente una diferencia estructural que no permite una delimitación segura en los casos límite, tales como de los que aquí se trata. En nuestro contexto, ella es idónea como argumento en favor de una autoría mediata sólo en los casos en los cuales la relación vertical entre el hombre de atrás y el ejecutor no se superponga o perturbe con otra relación de dependencia del hombre de atrás. En el fondo, el problema de la delimitación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los niveles jerárquicos medios y bajos se centra en la decisión de si se está dispuesto a aceptar un *déficit de dominio* del superior o, más bien, un déficit de equiparación entre los intervinientes. Puesto que el dominio es el único criterio determinante de la autoría mediata, no se pueden tolerar al respecto defectos o dudas; por el contrario, el criterio de la equiparabilidad y simultaneidad de la coautoría no debe ser entendido de modo demasiado estricto. Precisamente el caso del jefe de la banda muestra que también en la coautoría puede existir una relación jerárquica entre los intervinientes.[426]

Last but not least, también la Sala de Apelaciones del ICTY en *Tadic* ha defendido la opinión de que en los casos de comisión sistemática de crímenes en un determinado contexto organizado —como los llamados casos de campos de concentración en el marco de su segunda categoría (jce II)— son responsables como coautores los organizadores

---

422 Cfr. supra nota 137 ss. y en el texto.

423 *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 553.

424 En contra de la interpretación estricta de *Roxin*, recientemente también *Muñoz Conde,* en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), p. 155 ss., quien entre otras cosas por ello aboga en el resultado por una coautoría mediata en caso de organizaciones criminales no estatales (también *el mismo*, RP 6 [2000], 113 = FS Roxin [2001], p. 622 ss.).

425 Cfr. ya supra nota 147 y 164 y el texto respectivo.

426 Asimismo, *Hernández Plasencia*, Autoría mediata (1996), p. 267.

o líderes responsables.[427] Aunque la Sala se haya limitado allí a delimitar la coautoría de la complicidad, dejando abierta la cuestión de la posibilidad de una autoría mediata, esta sentencia de apelación representa, sin embargo —no sólo a causa de su efecto vinculante para la primera instancia—, otro argumento importante en favor de la aceptación en estos casos de una coautoría en lugar de una autoría mediata.

cc) *Una vez más: el criterio de la desvinculación del derecho*

He sostenido el punto de vista de que el criterio de la desvinculación del derecho, tal como fue entendido originariamente por *Roxin*, esto es, en el sentido de un aparato organizado de poder que está fuera del ordenamiento jurídico, es superfluo para la fundamentación del dominio por organización.[428]

También *Herzberg*[429] rechaza ahora el criterio de la desvinculación del derecho. Para él, la autoría mediata se tendría que fundamentar siempre en relación con la especificidad del delito. Lo determinante sería el dominio de la organización por medio de la fungibilidad y sería "secundario interrogar[se] aún también acerca de si los miembros de la organización no respetan el ordenamiento jurídico en su conjunto y están dispuestos a ordenar y a ejecutar todo tipo posible de delito". Una postura similar defiende también *Rotsch*.[430] Este autor señala con acierto especialmente que la fungibilidad es independiente de la desvinculación del derecho, pues el aparato tendría siempre a disposición ejecutores que no tienen ningún escrúpulo en ejecutar la orden criminal a pesar de normas jurídicas que se opongan a ello.[431]

Roxin[432] ha objetado a esto que "una desvinculación del derecho de la actividad del aparato respectivo" necesitaría "referir[se] *sólo a los hechos* incriminados cometidos en autoría mediata y no a todo el ámbito de acción de la organización". Según

---

[427] Cfr. ya supra nota 154.

[428] Cfr. *Ambos*, GA 1998, 241 ss. (242, 245); aprob. *Rotsch*, wistra 1999, 327; probablemente también *Muñoz Conde*, RP 6 (2000), 106 s., 109 = FS Roxin (2001), p. 613 s., 617; cfr. también *Schild*, Täterschaft (1994), p. 22 s.; *Gropp*, JuS 1996, 16. Por el contrario, en favor de la desvinculación del derecho *Brammsen*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 142, quien ve en este criterio la única posibilidad de "concebir la forma más particular de intervención" (134) del dominio por organización "y [de] crear materialmente, con libre apoyo en el principio del '*versari*' y en el 'principio de la vergüenza', un fundamento en cierto modo lo suficientemente sólido" (las notas al pie han sido omitidas). Si se entiende a la desvinculación del derecho como un "desprendimiento de las normas (fundamentales) del derecho" (idem), entonces debe objetarse la crítica que se le ha hecho como "interpretación del derecho formalista-positivista" (así *Brammsen*, loc. cit., en la nota 222 en contra de mi opinión). También, según *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 103 la exigencia de la desvinculación del derecho tiene "completo sentido en vista del principio de la autorresponsabilidad" (en favor de esto probablemente también S/S-*Cramer*/*Heine* (2001), § 25, nm. 25a). También *Faraldo Cabana*, Responsabilidad (2004), p. 96 ss. (100), proponiendo distinguir entre la organización delictiva *per se* y la organización lícita en cuyo ámbito se cometen delitos sólo ocasionalmente.

[429] *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 36 s.; 57, 59.

[430] *Rotsch*, ZStW 2000, 533 ss., 561; ya también *el mismo*, wistra 1999, 327.

[431] *Rotsch*, ZStW 2000, 535.

[432] *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 556 (el resaltado es del autor); aprob. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425.

su opinión, yo habría negado la necesidad de la desvinculación del derecho "también en este sentido *limitado*". Esta crítica parece basarse en un malentendido, pues yo he partido de una comprensión *amplia* de la desvinculación del derecho, tomada de su libro *Täterschaft und Tatherrschaft* (Autoría y dominio del hecho), cuestionándome *a este respecto* sobre su sentido. Para *Roxin*, el sentido de la desvinculación del derecho residiría en que con ella se anularía el derecho que se opone al actuar del ejecutor y en consecuencia éste no estaría impedido a ejecutar la orden:

> Pues, mientras la dirección y los órganos de ejecución permanezcan ligados en principio a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, la orden de cometer delitos no puede operar fundamentando el dominio, porque las leyes tienen un valor normativo más alto y normalmente *excluyen* el cumplimiento de órdenes antijurídicas y *con ello el poder de voluntad del hombre de atrás*.[433]

En mi opinión, una desvinculación del derecho *entendida de este modo* no puede ser un presupuesto obligatorio del dominio por organización, porque también existen —en el ámbito de la criminalidad de Estado— aparatos organizados de poder que actúan criminalmente sin desvincularse del derecho —al menos sin desvincularse del derecho positivo, sino a lo sumo del derecho suprapositivo (derecho natural)—. Si se acepta esto —y también *Roxin* parece hacerlo—, se debe diferenciar entre dos formas de desvinculación del derecho: Por un lado, una desvinculación del derecho escrito, *positivo*, que representaría el caso normal, pudiéndosela designar como desvinculación del derecho "*positivo*". Por el otro, una desvinculación del derecho no escrito, *suprapositivo*, que sólo podría existir de modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales y que se la puede nombrar como desvinculación del derecho "*suprapositivo*". La desvinculación del derecho positivo conduce a dejar sin efecto normas de prohibición de derecho positivo, no pudiendo éstas, en consecuencia, impedir (más) —en el sentido de una barrera normativa— la ejecución concreta del hecho. En el caso de la desvinculación del derecho suprapositivo, el derecho positivo rige sin restricciones, y puede incluso ordenar o permitir la conducta criminal; pero el aparato organizado de poder se ha desvinculado del derecho suprapositivo, el cual es infringido por el derecho positivo y, con ello, también por la conducta criminal basada en éste. La barrera normativa para el ejecutor directo que ha de ser eliminada por la desvinculación del derecho no es puesta por el derecho positivo, sino, a lo sumo, por el derecho suprapositivo. Sin embargo, esto debe ser reconocible para el ejecutor del hecho.

Pero no sólo se debe diferenciar entre desvinculación del derecho positivo y del derecho suprapositivo, sino ahora también —según la reciente toma de posición de *Roxin*— entre desvinculación del derecho *en sentido amplio* y *en sentido restringido*. Cuando *Roxin* me objeta en cuanto a la criminalidad no estatal que una autoría mediata en virtud del dominio por organización sólo entra en consideración naturalmen-

---

[433] *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 249 (el resaltado es del autor).

te "si la conducta en cuestión es punible según el ordenamiento jurídico existente"[434] y si la desvinculación del derecho de un aparato de poder no estatal que actúa delictivamente no se encuentra "influenciada por la intervención de autoridades estatales en esa clase de criminalidad", entonces él parece partir de una desvinculación del derecho en sentido restringido, a saber, una desvinculación del derecho positivo específica del delito, de una desvinculación del derecho como mero actuar injusto punible.[435] En un principio *Roxin* partía, sin embargo, como ya fue expuesto,[436] de una desvinculación del derecho en sentido amplio, según la cual "el aparato en su conjunto actúa fuera del ordenamiento jurídico".[437]

Ahora bien, en cuanto concierne a la criminalidad estatal, *Roxin* considera inaceptable mi punto de vista por lo siguiente:

> Pues, cuando el Estado actúa de modo "criminal" —y éste es el presupuesto para la punibilidad como autor mediato del detentador del poder— la conducta incriminada no puede estar cubierta por el "derecho positivo". Una disposición que la autorice sería necesariamente nula, si esto se deriva de una infracción contra el derecho nacional estatal de rango superior, contra acuerdos internacionales del Estado en cuestión, contra la costumbre internacional o contra los derechos humanos basados en el derecho natural.[438]

A mi objeción anterior,[439] que aquí se reitera, de que no tendría ningún sentido una comprensión de la desvinculación del derecho abstraída del derecho positivo, ya que las prohibiciones suprapositivas serían demasiado imprecisas como para poder constituir una barrera normativa a la ejecución concreta del hecho, *Roxin* opone ahora que no se trataría de si la desvinculación del derecho es concreta o abstracta "sino únicamente de si una acción ordenada desde el Estado es o no un injusto punible. Si es un injusto punible, entonces existe una desvinculación del derecho sin que en ello nada se 'desdibuje'".[440] Con prescindencia de que con ello *Roxin* renuncia definitivamente a la desvinculación del derecho en sentido amplio en favor de la desvinculación del derecho en sentido restringido,[441] no se trata, sin embargo, de *si* existe o no la desvinculación del derecho, sino de cómo repercute su existencia en la ejecución concreta del hecho. Es decir, si la circunstancia de que un aparato organizado de poder actúe desvinculado del derecho repercute de tal modo en la ejecución concreta del hecho como para que las órdenes criminales sean ejecutadas sin titubear ni vaci-

---

434 FS Grünwald (1999), p. 557.

435 Similar en su réplica a *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 55: "[…] desvinculado de la prohibición de cometer homicidios […]".

436 *Ambos*, GA 1998, 241 s.

437 *Roxin*, Täterschaft (2000), p. 249.

438 FS Grünwald (1999), p. 557.

439 *Ambos*, GA 1998, 244 s. = Dominio (1998), p. 49 ss.

440 FS Grünwald (1999), p. 558.

441 También *Muñoz Conde*, RP 6 (2000), 106, nota 18*bis* = FS Roxin (2001), p. 612, nota 19 reconoce esta desviación de *Roxin* de su interpretación originaria. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 425, sin embargo, la pasa por alto.

lar por el autor directo —por falta de una barrera normativa—. La diferencia entre la llamada desvinculación del derecho en sentido restringido y aquélla en sentido amplio reside manifiestamente en que en aquella infracción es más clara y palpable que en ésta y, por ello, se puede hablar realmente de una barrera normativa a la ejecución de la orden que se debe eliminar. Mientras que la lesión del derecho positivo es reconocible por un ejecutor promedio o, en todo caso, debe ser considerada reconocible —en el sentido de una ficción necesaria para el Estado—, no se puede afirmar lo mismo de ninguna manera respecto de una lesión del derecho suprapositivo. Quien quiera partir por tanto —de frente a la problemática de los francotiradores del muro de manera del todo comprensible— de una desvinculación del derecho en sentido amplio, no sólo deberá soportar la crítica general relativa a la precisión de su concepción, sino que se deberá interrogar acerca de si el derecho suprapositivo puede en verdad servir como límite normativo, para poder así ser eliminado por la desvinculación del derecho suprapositivo en sentido restringido. Desde luego, quien parte con *Roxin*[442] de "que las violaciones más graves a los derechos humanos […] son evidentes a todo sentimiento jurídico más o menos intacto" y quiera limitar la desvinculación del derecho suprapositivo a tales violaciones a los derechos humanos, será naturalmente de esa opinión, es decir, partirá de que también el derecho suprapositivo ("¡no lesiones los derechos humanos fundamentales!") representa para el receptor de la orden que ejecuta directamente el hecho una barrera normativa y que, por consecuencia, puede ser eliminado por medio de la desvinculación del derecho.

Sin embargo, esto me parece dudoso. Tomemos el caso de los francotiradores del muro de la DDR.[443] Si hoy se le reprochase a la DDR —en cierto modo *ex post facto*— haber actuado desvinculada del derecho en sentido amplio, ese reproche no se podrá sostener más allá de la lesión de la prohibición de cometer homicidios y no se podrá decir que el aparato de poder de la DDR *como un todo* se ha desvinculado de las normas del derecho (suprapositivas). En todo caso, la DDR ha actuado según su propio entendimiento conforme a derecho y, en consecuencia, los guardias de frontera como autores directos no se han —al menos no conscientemente— desvinculado del derecho.[444] La desvinculación del derecho en sentido amplio que hoy le reprochamos a la DDR no ha tenido ningún rol, al menos en el momento de la comisión del hecho, ni desde el punto de vista de los hombres de atrás, ni desde el del ejecutor. ¿Cómo pudo ella, entonces, haber repercutido en la ejecución concreta del hecho y de este modo en el dominio de la organización del hombre de atrás? ¿Cómo pudo haber sido de importancia para el guardia de frontera que el aparato que se sirve de él haya actuado presuntamente desvinculado del derecho en sentido *suprapositivo*, si él mismo ha actuado conforme a los presupuestos del § 27 de la Ley de fronteras de la

---

442 *Roxin*, FS Grünwald (1999), p. 558.

443 Cfr., al respecto, similar *Herzberg*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 37.

444 Con acierto idem.

DDR —por tanto, sin actuar justamente desvinculado del derecho en sentido *positivo*—? Al menos llama la atención que *Roxin* jamás haya designado a la DDR, en cuanto evidente, como un aparato de poder desvinculado del derecho en el sentido de su teoría.

Naturalmente, si se prescinde del caso especial de la DDR, se puede coincidir con *Roxin* cuando considera que existe desvinculación del derecho siempre que "una conducta ordenada desde el Estado represente un injusto punible". Sin embargo, con ello sólo se dice algo que resulta por sí solo del ocuparse con el derecho penal, es decir, que una conducta determinada es o no un injusto punible. Resta igualmente el siguiente interrogante: ¿Qué aporta una desvinculación del derecho en sentido restringido así entendida para la fundamentación del dominio por organización? *Roxin* afirma al respecto:

> La importancia práctica del criterio de la desvinculación del derecho reside en que, junto con aquel de la fungibilidad, posibilita la delimitación de la autoría mediata de la inducción en el caso de órdenes en el ámbito de estructuras jerárquicas.[445]

Con ello *Roxin* quiere decir, como se sigue de las explicaciones siguientes, que se está en presencia de una autoría mediata siempre que exista la desvinculación del derecho del aparato organizado de poder en cuestión. Sólo si el aparato no actuase desvinculado del derecho, podría esperarse que no se cumpliera una orden antijurídica. Es, por tanto, tal como se corroboró al comienzo: La desvinculación del derecho elimina el obstáculo puesto por el derecho positivo para cumplir con la orden antijurídica y convierte, por ello, a aquel que dominia el aparato desvinculado del derecho en autor mediato. Sin embargo, este mecanismo convence únicamente en los ejemplos elegidos por *Roxin*, esto es, en caso de organizaciones que se mueven en principio dentro del ordenamiento jurídico estatal y que en un caso determinado no respetan mediante la emisión de una orden antijurídica el derecho positivo impuesto por este ordenamiento. Tratándose de criminalidad estatal *y* de un aparato que actúa conforme a derecho —de acuerdo con el derecho positivo— (DDR) se presentan los problemas arriba descritos. La divergencia de opiniones parece extenderse únicamente en este ámbito. Se trata, sin embargo, sólo de la pura cuestión de valoración —no verificable empíricamente— de si el derecho suprapositivo se considera reconocible para el ejecutor, de modo que la desvinculación del derecho le quite a éste toda inhibición normativa —por medio de la barrera puesta por el derecho suprapositivo— en la situación concreta del hecho.

También *Figueiredo Dias* me reprocha que parto de un falso entendimiento de la desvinculación del derecho[446] y opina, en lo esencial siguiendo a *Roxin*, que a pesar del entremezclamiento por mí aceptado "el Estado y la organización criminal se mantienen, en esencia, como entidades separadas y opuestas", de modo que la desvinculación del derecho de las organizaciones criminales quedaría en pie. También *Figueiredo Dias* parte en los casos en que el Estado ha positivizado por ley actos

---

[445] FS Grünwald (1999), p. 558.

[446] *Figueiredo Dias*, en: Ferré/Anarte (editores), Delincuencia (1999), p. 104 s.

ilícitos de una fundamentación suprapositiva de la desvinculación del derecho y parece, como *Roxin*, considerarla, sin más, reconocible. No se trataría aquí de la cuestión del dominio del hecho, sino solamente de la aceptación de un reproche suprapositivo de culpabilidad. Sin embargo, al fundamentar de este modo *Figueiredo Dias* pasa por alto lo que aquí he intentado mostrar, a saber, que la desvinculación del derecho también, y justamente, en su variante suprapositiva sólo tiene sentido si ella todavía puede representar razonablemente un presupuesto de la teoría del dominio por organización, es decir, si ella le puede quitar al ejecutor del hecho las eventuales inhibiciones normativas.

En resumidas cuentas, el criterio de la desvinculación del derecho —al menos como desvinculación del derecho suprapositivo— me parece que crea más confusión que utilidad práctica. La "importancia práctica" que *Roxin*[447] atribuye a este criterio para la delimitación entre autoría mediata e inducción la puede conseguir únicamente la desvinculación del derecho *positivo* en sentido restringido. La desvinculación del derecho *suprapositivo* en sentido restringido, relevante en nuestro contexto, padece de las incertezas propias del derecho suprapositivo y, por ello, no es idónea como criterio seguro de delimitación para la fundamentación del dominio por organización. Probablemente, también éste sea el motivo del porqué la jurisprudencia jamás ha mencionado a este criterio en los casos pertinentes. En definitiva, considero que en nuestro contexto el criterio de la desvinculación del derecho sigue siendo prescindible.

4. Resumen y conclusiones

El derecho penal internacional diferencia, al menos desde un punto de vista terminológico-funcional, entre autoría y participación y dentro de la *autoría* entre autoría individual, coautoría y autoría mediata.

a) *Autor individual* es aquel que comete el hecho por sí solo o bien de propia mano. La autoría se tiene que entender objetivamente como "*dominio de la acción*" en el sentido de la teoría del dominio del hecho.

b) *Coautores* son aquellos que cometen el hecho conjuntamente sobre la base de un plan común y mediante la prestación de aportaciones individuales. Los demás presupuestos de la coautoría son ofrecidos por la dogmática de la coautoría del modelo diferenciador, especialmente por la teoría del dominio funcional del hecho. Según ésta, la coautoría presupone un actuar conjunto funcional con reparto de las tareas de los intervinientes, cuyas aportaciones individuales al hecho constituyen presupuestos indispensables del hecho total. En caso de que un punto de vista puramente objetivo no explique inequívocamente las relaciones de intervención, se puede recurrir también a consideraciones subjetivas. En este sentido, también las dos primeras categorías del *joint criminal enterprise*[448] pertenecen a la coautoría.

---

[447] FS Grünwald (1999), p. 558.

[448] Cfr. ya supra nota 36 y texto con más referencias.

La *resolución común a cometer el hecho* puede consistir también en un acuerdo informal de voluntades. Éste constituye el fundamento de la imputación y al mismo tiempo su límite en caso de exceso de uno de los coautores y en la coautoría sucesiva. En caso de *exceso* esto significa que los otros coautores no serán responsables por las acciones que excedan la resolución común a cometer el hecho. En caso de una *coautoría sucesiva,* quien ingresa en una etapa posterior será responsable solamente por los hechos o agravantes que aún no han sido consumados, es decir, responderá siempre y cuando se pueda incorporar al plan del hecho existente o bien en la medida en que un nuevo plan del hecho constituya el fundamento de imputación entre él y los otros intervinientes. En caso de *decisiones colectivas* vale en principio que el prestar el consentimiento a una orden criminal fundamenta la responsabilidad, mientras que su rechazo la excluye. Por lo demás todo es dudoso.

La *aportación al hecho* individual debe ser esencial, es decir, debe ser "objetiva y materialmente relevante" para la realización del tipo y cumplir una función "escasa" y "de dificil reemplazo". Entre éstas se cuentan también las aportaciones concretas y objetivamente constatables prestadas en la *etapa preparatoria* que repercuten en la ejecución del hecho, es decir, que tienen un "efecto de continuación" en el estadio de ejecución (*Stratenwerth*) o que fundamentan el "dominio de la configuración" de quien planea el hecho (*Jakobs*). Una concepción más restrictiva conduciría justamente en el ámbito del derecho penal internacional al resultado no deseable de considerar a las acciones preparatorias del plan del hecho en caso de crímenes internacionales sistemáticos y de gran escala como meros actos de inducción o complicidad, no abarcando satisfactoriamente, de este modo, el contenido de injusto realizado por el hombre de atrás. En todo caso, éste no quedaría abarcado adecuadamente si fracasa una punición por autoría mediata.

c) La *autoría mediata* es reconocida de modo general. Sin embargo, sus presupuestos necesitan ser concretados. Para ello, se debe recurrir a las soluciones ofrecidas por la doctrina alemana y española. La forma más importante de autoría mediata en derecho penal internacional es el dominio por organización. Junto con ésta, también desempaña un papel importante el dominio por coacción —fundado en la situación superior-subordinado típica en derecho penal internacional—. Esta situación ha sido puesta en evidencia precisamente en el caso *Erdemovic*.

aa) En caso de *dominio por coacción* se han de diferenciar esencialmente dos situaciones: Por un lado, objetivamente puede existir un caso de estado de necesidad por coacción o el caso especial de estado de necesidad por cumplimiento de una orden. Por el otro, puede que el subordinado se represente esa situación sólo por error, sin que sea coaccionado de hecho (estado de necesidad exculpante putativo y estado de necesidad por cumplimiento de una orden putativo). En el *estado de necesidad por coacción* objetivo se plantea la cuestión de si, al mismo tiempo, puede fundamentarse una autoría mediata del coactor sobre la base de su dominio por coacción. De acuerdo con el principio normativo de responsabilidad de *Roxin*, pertinente al respecto, ésta puede ser afirma-

da en caso de que la influencia del coactor sobre el coaccionado sea tal como para que la ley libere a éste de responsabilidad, incriminando sólo al coactor a título de autor mediato. De este modo, la libertad de voluntad del ejecutor coaccionado se ha de entender normativamente —con apoyo en la valoración legal codificada— y el *dominio de la voluntad* del hombre de atrás que ejerce la coacción que se superpone al dominio de la acción es hecho depender de la responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante, es decir, en nuestro caso, de los presupuestos del estado de necesidad por coacción de acuerdo con el art. 31 (3)(d). Sin embargo, esta decisión normativa proporciona en realidad sólo la fundamentación para un dominio fáctico del curso de los sucesos por el hombre de atrás. De ello se sigue al mismo tiempo que los casos que se sitúen por debajo del umbral del estado de necesidad por coacción de derecho penal internacional —"en la zona fronteriza con las causas de exculpación" (*Schroeder*)— no pueden fundamentar la falta de libertad normativa del hombre de adelante y, por tanto, el dominio de la voluntad del hombre de atrás.

bb) Respecto del *estado de necesidad por cumplimiento de una orden* se plantea únicamente la cuestión de si la relación específica de superiodidad-subordinación entre el superior y el subordinado puede fundamentar el dominio de aquél o si debe sobrevenir una *coacción adicional* en el sentido del estado de necesidad por coacción. Esto último es lo correcto. El principio normativo de responsabilidad no puede ser transportado, sin más, a los casos de estado de necesidad por cumplimiento de una orden, ya que las disposiciones del derecho militar pertinentes al respecto, así como el art. 33 del ECPI, no contemplan ninguna medida de coerción contra el subordinado que pueda generar una dependencia de la voluntad especialmente fuerte que lleve a que éste sea considerado normativamente sin libertad, sino que sólo prevén medidas disciplinarias que, a lo sumo, conducen a otro tipo de dependencia de la voluntad por debajo del umbral del estado de necesidad por coacción. El subordinado debe actuar siempre normativamente sin libertad en el sentido de las disposiciones generales sobre el estado de necesidad por coacción (art. 31 (3)(d), § 35 StGB).

En los casos del *estado de necesidad exculpante putativo* y del *estado de necesidad por cumplimiento de una orden putativo* el principio normativo de responsabilidad tampoco ofrece una solución convincente, porque en estos casos el dominio del hombre de atrás no se basa en la coacción, sino en el *conocimineto superior* fundado en el error del hombre de adelante. El hombre de atrás aprovecha este conocimiento superior para cometer el hecho a través del hombre de adelante. En caso de un estado de necesidad exculpante putativo el hombre de adelante no comprende el contenido de culpabilidad del hecho y en caso de estado de necesidad por cumplimiento de una orden putativo —en tanto considere lícita a la orden— su dañosidad social.

dd) El *dominio por organización* requiere de una fundamentación normativa adicional, puesto que ya por razones fácticas no se puede partir en todos los casos de la *fungibilidad* del ejecutor en la situación concreta del hecho. Tal fundamentación normativa se centra en el dominio del Estado —obligado de modo especial a la protección de

los ciudadanos— sobre la relación de reconocimiento hacia y entre los ciudadanos. Al impartir a un ciudadano (el autor) la orden antijurídica de dañar a otro (la víctima) esta relación de reconocimiento es lesionada de manera doble: Por un lado, el Estado lesiona su deber especial de protección de sus ciudadanos y por el otro la relación entre éstos es lesionada por la injerencia de un ciudadano en la libertad de otro. Esta injerencia en la libertad ajena 'materializa' el dominio del hecho por el Estado.

El dominio de la organización y, con ello, la autoría mediata sólo puede tener lugar respecto de los intervinientes que pertenecen al *vértice de la organización* del aparato de poder. Los autores que se encuentren por debajo de éste en la jerarquía no pueden ejercitar un dominio de la organización *sin perturbaciones sobre* el suceso total, sino que, a lo sumo, pueden dominar parte de los sucesos *dentro* del aparato. Por ello, ellos podrán ser penados por lo general sólo como *coautores*. Desde luego, la difícil delimitación en estos casos entre autoría mediata y coautoría muestra las limitaciones de la imputación penal individual clásica en los contextos de acción colectiva del derecho penal internacional. Aquí, puede ayudar un principio de imputación del *hecho total*, el cual consiste, esencialmente, en la imputación de las aportaciones individuales al suceso injusto total. Con esto se puede hablar de una doble imputación en el marco de un modelo de imputación normativizante en el sentido explicado *supra*.[449]

La desvinculación del derecho puede eliminar la barrera normativa a la ejecución del hecho, y así servir como criterio razonable del dominio por organización, sólo si se la concibe como *desvinculación del derecho positivo*. Como desvinculación del derecho suprapositivo, tal como se manifiesta regularmente en los casos de criminalidad de Estado, este criterio carece de precisión, por lo cual resulta dudoso que pueda repercutir sobre la ejecución concreta del hecho. En consecuencia, la utilidad práctica de este criterio no es evidente, pudiéndose prescindir de él.

Además, se plantea la cuestión de si no puede eliminarse la crítica —en parte absolutamente acertada— a la figura del dominio por organización por medio de su *independización* y *emancipación* de la autoría mediata. Justamente porque el dominio por organización es indispensable como figura de imputación en el contexto del derecho penal internacional, quizás deba ser desarrollado y asegurado como una concepción *nueva* e *independiente*. En esa dirección se dirige también la propuesta de codificar el dominio por organización como tipo separado[450] o —de modo aún más radical— de convertir al mismo aparato organizado de poder en la figura central del hecho típico y efectuar una imputación del hecho total en el sentido *supra* señalado. En todo caso, estas propuestas necesitan mayor discusión y deben ser vistas en relación con el sistema de imputación de derecho penal internacional.

---

[449] Cfr. § 7 II. 7 al final y en este cap. 3. c) aa) con notas 387 ss.

[450] Cfr. supra, nota 323.

III. PARTICIPACIÓN

1. Consideraciones preliminares

La antigua jurisprudencia penal internacional se ha preocupado poco de la delimitación entre autoría y participación y de la elaboración de formas específicas de participación.[451] Recién los tribunales Ad-hoc, sobre todo el ICTY, se han esforzado por una mayor diferenciación, intentando especialmente determinar con mayor precisión los presupuestos de la complicidad ("aiding and abetting").[452] Además de esto, sólo la incitación ("incitement") al genocidio ha desempeñado un papel —en la jurisprudencia del ICTR— .[453]

También en las codificaciones analizadas se ha llegado sólo relativamente tarde a una mayor diferenciación, a saber con los Draft Codes de 1991 y 1996 de la CDI.[454] Éstos codificaron a la *complicidad* en el marco de la "*complicity*".[N. del T.] La *incitación* había sido reconocida como forma independiente de participación —más allá del genocidio— ya en el Draft Code de 1954. Sin embargo, el ECPI ha reproducido nuevamente la situación jurídica correspondiente a la Convención contra el Genocidio, limitando la punibilidad de la incitación al crimen de genocidio (art. 25 (3)(e)). Además de ello, por primera vez fueron reconocidas explícitamente junto con la complicidad (art. 25 (3)(c)) otras formas de participación: la *proposición* y la *inducción* a cometer crímenes (art. 25 (3)(b)),[455] así como la contribución de algún otro modo al hecho colectivo (art. 25 (3)(d)).

De este resumen retrospectivo se advierte que en esta sección se ocupará, ante todo, de la elaboración dogmática de la *complicidad*. Su importancia eminentemente práctica se puede reconocer fácilmente de la jurisprudencia penal internacional y se confirma por su codificación en un apartado separado del ECPI. Además de la prestación objetiva de auxilio o acción de cooperación que es necesaria al respecto (*sub* 2. a)) y de la finalidad subjetiva especial de la facilitación del hecho principal (*sub* 2

---

[451] Resumidamente supra § 2 II. 1. a).

[452] Especialmente la sentencia *Furundzija,* supra nota 75, para. 190 ss. (cfr. p. 292 ss. vers. al.). Sobre la diferenciación entre "aiding" y "abetting" ver infra nota 477 ss.

[453] Cfr. especialmente *Akayesu*, supra nota 164, para. 552 ss.; *Ruggiu*, Judgement and Sentence 1.6.2000 (ICTR-97-32-I), para. 13 ss.; recientemente *Prosecutor v. Nahimana et al*., Judgement and Sentence 3.12.2003 (ICTR-99-52-T, "Media Judgement"), para. 978 ss. (al respecto ver *Mundis/Gaynor*, JICJ 2004, p. 646 ss. (648)); cfr. también p. 331 s., 344 s. vers. al., resumidamente p. 352 vers. al.

[454] Cfr. p. 445, 449 ss., 462 s. vers. al., resumidamente p. 471 s. vers. al.

[N. del T.] El término inglés *complicity* tiene en el *common law* un significado más amplio que el concepto de *Beihilfe* alemán (traducido en esta obra como "complicidad"). En el common law la complicity constituye un término genérico, el cual comprende básicamente conductas de intervención al hecho en la forma de complicidad, inducción y autoría. Esto ha sido explicado por el autor de esta obra en el § 2, II, 1, c), bb) de la versión alemana (aquí no traducido).

[455] El "ordenar" del art. 25 (3)(b) se corresponde estructuralmente más bien a la autoría mediata (cfr. ya supra 3 a) por la nota 164).

b)) se ha de aclarar especialmente también la relación de la complicidad con la contribución de algún otro modo al hecho colectivo en el sentido del art. 25 (3)(d) (*sub 2. c*)). Luego se ha de investigar detalladamente la *inducción* —como forma básica de provocación a otro a cometer delitos— y se la ha de diferenciar de la incitación y de la complicidad (*sub 3.*). La *incitación*, como forma específica de participación al genocidio, tiene gran importancia práctica; ella necesita sin embargo de contornos más precisos para evitar su superposición con las formas generales de participación, especialmente con la inducción. La *tesis* ya formulada en otro lugar[456] y que aquí se fundamentará con mayor detalle dice: las acciones de participación en crímenes internacionales pueden ser abarcadas completamente con la complicidad y la inducción, siendo superflua, por tanto, la codificación separada de una contribución de otro modo al hecho colectivo.

La cuestión de la *accesoriedad* de la participación ha desempeñado hasta hoy solamente un papel secundario en la discusión de derecho penal internacional. Ella fue planteada por primera vez en el marco de la discusión del Draft Code de 1991 por los representantes alemanes. En tal ocasión se ha diferenciado entre complicidad, de un lado, e incitación y conspiración, del otro, y se ha prescindido por completo en las dos formas de participación mencionadas en último término de una accesoriedad.[457] El art. 3 (2) del Draft Code de 1991 y el art. 2 (3)(d)-(f) del Draft Code de 1996 prevén, sin embargo, la accesoriedad de la participación de modo general —también para la incitación—.[458] Las formas de participación allí mencionadas ("aiding, abetting or otherwise assisting", "planning or conspiring", "inciting")[N. del T.] se refieren expresamente a crímenes concretos del Draft Code. Del mismo modo, también las formas de participación del ECPI por medio de la alusión a "ese crimen" ("such a crime") se refieren a "un crimen de la competencia de la Corte" (art. 25 (3) oración 1) en el sentido de los arts. 5-8. Estos crímenes al menos deben haber sido tentados.[459] La Sala de Apelación de los Tribunales Ad-hoc considera a la accesoriedad de la complicidad como el criterio esencial para su delimitación con la coautoría.[460] De este modo resulta claro que la teoría del delito de derecho penal internacional parte al menos de una accesoriedad *cuantitativa*, esto es, como dependencia de la participación del estadio *fáctico* en que se encuentra el hecho principal.[461] Sin embargo, con esto no

---

[456] *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 38 s.

[457] Así la propuesta de *Weigend*, en Bassiouni, Commentaries (1993), p. 115:

"An individual who *solicits* another person to commit a crime […] or *aids* another person in committing such crime is responsible for the crime *as committed or attempted* by the other person.

Whoever *conspires* to commit a crime […] is responsible for conspiracy; whoever *incites* other persons to commit such crime, is responsible for incitement. […]" (resaltado por el autor).

Ver también *Eser* en idem, p. 47. También la ILA propone renunciar a la accesoriedad respecto de la incitación (cfr. p. 487 vers. al.).

[458] Cfr. ya p. 449 s., 463 vers. al.

[N. del T.] En el art. 2, apartado 3 de la versión en castellano del Draft Code de 1996 se habla, respectivamente, de "ayuda, asistencia u otra clase de apoyo" (letra d), "haya participado […] en el plan o confabulación" (letra e) e "haya incitado" (letra f).

[459] Cfr., por un lado, el art. 25 (3)(b): "sea consumado o en grado de tentativa" ("[…] in fact occurs or is attempted"), y, por el otro, el apartado 3 (c) y (d): "comisión o tentativa de comisión" ("commission or attempted commission").

[460] Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 229.

[461] En este sentido también *Vogel*, ZStW 114 (2002), 424 s. Sobre la accesoriedad cuantitativa cfr. *Triffterer*, Beteiligungslehre (1983), p. 45; instructivo también *Dencker*, Kausalität (1996), p. 195 ss.

se alude más que a la posible dependencia *fáctica* de la conducta de participación respecto del hecho principal que también puede ocurrir en un sistema unitario de autor;[462] en este sentido también en el modelo unitario de autor angloamericano se encuentra el concepto de la "derivative liability".[463] Al contrario de la accesoriedad cualitativa —y también cuantitativa— del modelo diferenciador o de participación,[464] con esto no se trata justamente de la dependencia de la participación al injusto *ajeno*

---

[462] Cfr. al respecto la *teoría pura de la causación* de *Lüderssen* (Strafgrund [1967], p. 117 ss., *el mismo*, FS Miyazawa [1995], p. 449 ss., 463). Esta teoría parte de la completa independencia (jurídica) de la participación y por tal razón acaba en un modelo unitario de autor (acertadamente, *Bloy*, Beteiligungsform [1985], p. 177 ss.). De todos modos, este autor reconoce la dependencia *fáctica* de la participación respecto del hecho principal (*Lüderssen*, loc. cit., p. 119, así como p. 137 sobre los delitos especiales; *el mismo*, FS Miyazawa [1995], p. 451; crít. *Bloy*, loc. cit., p. 178 s.; *Gropp*, Deliktstypen [1992], p. 73 s.; *Renzikowski*, Täterbegriff [1997], p. 45 s.). Esta teoría es rechazada por lo general con referencia al derecho vigente (cfr. LK-*Roxin* [1993], nm. 14; *el mismo*, FS Stree/Wessels [1993], p. 365; SK-*Samson* [1993], previamente al § 26, nm. 11; *Jescheck/Weigend*, AT [1996], p. 686; *Kühl*, AT [2002], § 20, nm. 133; *Gropp*, AT [2001], § 10, nm. 105; *Wolff-Reske*, Verhalten [1995], p. 99; *López Peregrín,* Complicidad [1997], p. 129 ss., 159; una réplica al respecto en *Bloy*, loc. cit., p. 177). En todo caso, ella merece el reconocimiento de haber puesto de relieve el contenido independiente de injusto de la participación (LK-*Roxin*, previamente al § 26, nm. 16; *Gropp*, AT [2001], § 10, nm. 106; cfr. también *el mismo*, Deliktstypen [1992], p. 71 ss., en donde se expresa que este reconocimiento se encuentra en todas las doctrinas; *Renzikowski*, Täterbegriff [1997], p. 46).

[463] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 634 ss. (636, 641); *el mismo*, Concepts (1998), p. 194 s. El reconocimiento de una accesoriedad al menos *cuantitativa* o *fáctica* se sigue ya del concepto tradicional de "accessory" (cfr. ya p. 90 vers. al., ver la traducción de la parte pertinente en la N. del T. situada a continuación de la nota 2) y resulta también del § 2.06 (3) del MPC, que habla de "accomplice […] in the commission of an offense" (cfr. *American Law Institute,* MPC I [1985], p. 296, 306). Recién el derecho inglés moderno tiende más y más hacia una punibilidad de la participación absolutamente independiente (cfr. *Ashworth*, Principles [2003], p. 443 s.; *el mismo*, ZStW 1998, 469). En este sentido la *Law Commission* ha propuesto conminar con pena toda acción de participación independientemente de la existencia o consumación del hecho principal, diferenciando entre "encouraging" en el sentido de la inducción (abarcando a la incitación) y el "assisting" en el sentido de la complicidad; en el primer caso no sería problemática una punibilidad independiente (como una "inchoate affence"); en el segundo, ella sería deseable (*Law Commission*, Assisting [1993], p. 85 ss., especialmente p. 87 s., 113 s., 127).

[464] Cfr. *Tiedemann*, FS Nishihara (1998), p. 502; *el mismo*, ZStW 1998, 510; *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 321. Cfr. también las teorías de la "*causación orientada a la accesoriedad*" de la doctrina mayoritaria alemana (cfr. LK-*Roxin*, [1993], nm. 17; *el mismo*, AT II [2003], § 26 nm. 26 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT [1996], p. 685; *Kühl*, AT [2002], § 20, nm. 132; *Gropp*, AT [2001], § 10, nm. 102 s.; *el mismo*, Deliktstypen [1992], p. 70; *Otto*, FS Lenckner [1998], p. 194 s.; *Geppert,* Jura 1999, 266; *López Peregrín,* Complicidad [1997], p. 145 ss., con otras referencias sobre la doctrina española; sobre otras denominaciones *Murmann*, JuS 1999, 549 en la nota 12; crít. *Renzikowski*, Täterbegriff [1997], p. 41 s.). Igual en el resultado, pero acentuando más fuertemente la cualidad material del injusto de participación, las teorías del "ataque accesorio al bien jurídico" (LK-*Roxin* [1993], nm. 1, 22; *el mismo*, FS Stree/Wessels [1993], p. 369 ss., 380 s.; aprob. SK-*Samson* [1993], previamente al § 26, nm. 14, 19 s.; *Hünerfeld*, ZStW 1987, 234; *López Peregrín,* Complicidad [1997], p. 153 ss., 161 s.; *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 631; diferenciando aún más en cuanto a la lesión del bien jurídico, *Murmann*, JuS 1999, 549; crít. *Renzikowski*, Täterbegriff [1997], p. 43) y de la "*participación en el injusto referido al resultado*" (*Jakobs,* AT [1993], 22/6 ss.). Por una *solidarización* con el injusto ajeno como fundamento de la punibilidad de la participación, *Schumann*, Handlungsunrecht (1986), p. 49 ss. (51), cuya concepción padece, sin embargo, de la indeterminación del concepto de solidarización (crít., por ejemplo, *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 285; *Niedermair*, ZStW 1995, 512 ss.; *Wolff-Reske*, loc. cit., p. 75, 92 s., 98 s.; *Wohlleben*, Beihilfe [1996], p. 13 ss., 73 ss.; *Renzikowski*, Täterbegriff [1997], p. 46 s.; *Otto*, FS Lenckner [1998], p. 205 s.; *Roxin*, AT II (2003), § 26 nm. 194 ss.).

del hecho principal,[465] sino simplemente sólo de su "referencia fáctica" a éste.[466] Pero esto es realmente una pura obviedad, puesto que no se puede negar razonablemente que la participación depende al menos fácticamente de "algo", esto es, de un hecho principal.[467] La cuestión determinante es, por tanto, aquella de la *clase* de accesoriedad en sentido *cualitativo*. El ECPI deja abierta *esta* cuestión. Su respuesta depende del grado de diferenciación del sistema del delito en cuestión. Así, una diferenciación entre accesoriedad estricta y limitada[468] tendría sentido sólo si se diferencia entre injusto y culpabilidad. Si, como en el derecho penal internacional vigente, este no es el caso,[469] entonces parece más oportuno una concepción de la accesoriedad fáctica o cuantitativa. El resultado de derecho comparado del amplio reconocimiento del principio de la accesoriedad limitada[470] no ayuda, porque se basa en un pensamiento cercano a un modelo diferenciador.[471]

2. Complicidad

El art. 25 (3)(c) considera punible a quien "con el propósito de facilitar la comisión de […] crimen, sea cómplice […][N. del T.] o colabore de algún modo en la comi-

---

[465] Cfr. por ejemplo SK-*Samson* (1993), previamente al § 26, nm. 15, para quien se trata de una dependencia *jurídica* de la participación respecto del hecho principal que se basa en el principio de la determinación de los tipos penales. Un concepto cualitativo de accesoriedad desarrolla también *Renzikowski,* Täterschaft (1997), p. 130 ss.

[466] Cfr. *Triffterer*, Beteiligungslehre (1983), p. 46 remitiéndose a *Kienapfel*.

[467] En este sentido también *Fletcher*, Concepts (1998), p. 194 s.; *Smith*, Treatise (1991), p. 3, 73 ss., 94, 133 ss. ("derivative form of complicity"). La constatación de que toda participación sería accesoria también se *puede* entender en sentido fáctico (LK-*Roxin* [1993], previamente al § 26, nm. 23; *el mismo*, FS Stree/Wessels [1993], p. 369; cfr. también S/S-*Cramer/Heine* [2001], previamente a los § 25 ss., nm. 21; SK-*Samson* [1993], previamente al § 26, nm. 2; *Jakobs*, AT [1993], 22/6; también *López Peregrín,* Complicidad [1997], p. 59 ss. [110]). Sin embargo, los autores mencionados se refieren probablemente más bien a una dependencia jurídica, pues ellos argumentan sobre la base de un modelo diferenciador.

[468] Sobre éstos y otros conceptos cfr. LK-*Roxin* (1993), previamente al § 26, nm. 23.

[469] Cfr. supra § 6 III. y § 7 III.

[470] Cfr. *Tiedemann*, FS Nishihara (1998), p. 502; en favor de la accesoriedad limitada también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 321; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 642 s.; *el mismo*, Concepts (1998), p. 195; sobre el "emprunt de criminalité" *francés* ya *Jescheck*, ZStW 1987, 126; sobre el derecho *español Bacigalupo*, en: Hirsch (editor), Kolloquium (1986), p. 93 s.; sobre el derecho *portugués* —que se corresponde con el alemán— *Cortes Rosa*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 191. Para Latinoamérica: *Velásquez*, PG (1997), p. 624 s.; *el mismo*, Manual (2004), p. 461; *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 585; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones PG (2003), p. 418 s.; *Bustos*, Obras (2004), p. 1082 ss. (1084); *Bruno*, Direito penal (1967), t. 2, p. 271; *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 395 s.; *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 520.

[471] Cfr. por otra parte *Law Commission*, Assisting (1993), p. 88 ss., 127, abogando por la eliminación de la "derivative theory" del derecho inglés (ya supra, nota 464; al respecto *Ashworth*, ZStW 1998, p. 469; simpatizando con este punto de vista *el mismo*, Principles [1999], p. 457 ss.). Esta propuesta debe ser vista de frente al trasfondo de la falta de diferenciación entre autoría y participación y entre inducción y complicidad típica del derecho inglés. El derecho vigente diferencia en el ámbito de la participación únicamente entre la figura derivada del "aiding and abetting" y la independiente del "incitement" (cfr. *Law Commission*, loc. cit., p. 6, 13 ss.).

[N. del T.] La versión en lengua castellana del art. 25 (3)(c) menciona junto a los supuestos del "cómplice" (alternativa 1) y de quien "colabor[a] de algún modo" (alternativa 3) también al "encubridor" (alternativa 2). La inclusión del encubrimiento en la alternativa 2 de esta norma representa sin dudas una divergencia

sión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión […]". La disposición exige, por tanto, desde el punto de vista *objetivo* una conducta de complicidad; al respecto, el concepto de "complicidad" ("aid, abets"), conocido por la jurisprudencia y las codificaciones, es complementado con aquel de la colaboración de algún otro modo ("otherwise assists") y determinado con más precisión con la referencia al suministro de los medios para su comisión ("providing the means"). Como exigencia *subjetiva* especial es necesario que el cómplice preste su colaboración "con el propósito de facilitar" ("[f]or the purpose of facilitating") la comisión del hecho principal. En lo que sigue serán concretados ambos presupuestos sobre la base de la praxis de derecho penal internacional existente y considerando las teorías del delito nacionales.

a) *La objetiva prestación de auxilio o acción de cooperación*

aa) *La praxis de derecho penal internacional*

Recién en la jurisprudencia del ICTY se encuentran consideraciones profundas y diferenciadas en cuanto a la conducta de complicidad sobre la base del criterio de la contribución "*directa y sustancial" al hec*ho introducido por el art. 2 (3)(a), (d) del Draft Code de 1996. Sin embargo, en los casos *Tadic* y *Celebici* el Tribunal ha relativizado considerablemente este criterio, al incluir en el concepto de complicidad a todas las acciones de cooperación de naturaleza material o verbal que de cualquier modo hayan favorecido la comisión del hecho principal.[472] En *Furundzija*, sin embargo, se ha diferenciado entre la *naturaleza* de la acción de cooperación y su *efecto* sobre el hecho principal.[473] Mientras que aquélla podría consistir también en un favorecimiento psíquico del hecho principal, la prestación de ayuda debería incidir de modo *sustancial* ("substantial") sobre el hecho principal o bien debería hacer una diferencia *significativa* ("significant difference"). Esto se corresponde con la exigencia del "efecto sustancial" ("substantial effect") de la acción de cooperación sobre el

---

respecto de las versiones inglesa y francesa, las cuales hablan respectivamente de *abets* y *apporte son concours*; esto es, de supuestos de complicidad *en* el hecho y no de intervención criminal *luego* del hecho. La clara redacción de las versiones inglesa y francesa ("aids, abets or otherwise assists"; "apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance") y el contexto sistemático de la norma hablan en favor de interpretar la norma en el sentido de estas versiones. Para un análisis de ésta y otras divergencias entre las versiones del ECPI cfr. *Fronza/Malarino*, en Delmas-Marty/Fronza/ Lambert-Abdelgawad (editores), Les sources, en curso de publicación (existe versión castellana en *Ambos/Malarino/Woischnik*, Temas actuales, en curso de publicación).

[472] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 24, para. 689; *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T), para. 325-29.

[473] *Prosecutor v. Furundzija,* supra nota 75, para. 199 ss.

hecho principal formulada por la Sala de Apelación en *Tadic*.[474] La diferenciación efectuada por el ICTR en *Akayesu*[475] entre "aiding" —como toda acción de cooperación— y "abetting" —como la facilitación del hecho a través de ciertas demostraciones de simpatía— no aporta nada, pues según la opinión de la Sala basta ya con la existencia de "aiding" *o* de "abetting".[476]

Según la jurisprudencia, la pareja conceptual "*aiding and abetting*" ha de entenderse en el sentido de que "*aiding*" significaría el apoyo (físico) a otro y "*abetting*" el favorecimiento (psíquico) de la comisión del hecho a través de estímulos e indicaciones.[477] En la jurisprudencia desde siempre se parte, sin embargo, de un concepto unitario de complicidad en el sentido de "aiding *and* abetting" basándose en los arts. 7 (1) del Estatuto del ICTY y 6 (1) del Estatuto del ICTR.[478] En sustancia, esto se corresponde con la complicidad del derecho continental europeo, dado que es suficiente una cooperación física *o* psíquica, esto es aiding "*or*" (no "and") abetting. La enumeración *alternativa* está ahora reconocida por el 25 (3) (c), el cual, además, emplea el concepto superior de "assist".[479]

Por lo demás, el ICTR confirma explícitamente en *Rutaganda*[480] la jurisprudencia del ICTY, al exigir —contrariamente a *Kayishema/Ruzindana*[481]— un efecto sustancial sobre el hecho principal. Resumiendo: según la opinión de la jurisprudencia una complicidad punible requiere como mínimo una cooperación psíquica o "moral" con influencia sustancial sobre el hecho principal.[482] El ICTY en *Naletilic/Martinovic* presentó una definición tomando en cuenta la jurisprudencia vigente:[483]

---

[474] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 229; cfr. también *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgement 25.6.1999 (IT-95-14/1), para. 61; *Prosecutor v. Vasiljevic*, supra nota 39, para. 102; *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement 29.7.2004 (IT-95-14-A), para. 48; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 39, para. 271.

[475] *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 484.

[476] Crít. también *Schabas* (Genocide [2000], p. 293 y en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution [2001], p. 469) quien sin embargo en otro lugar (Introduction [2001], p. 81) opina que el término "abets" comprende las formas de intervención mencionadas en el art. 25 (3) (b).

[477] *Prosecutor v. Semanza*, Judgement 15.5.2003 (ICTR-97-20-T), para. 384 (aquí se comprende la iniciación de un delito en el concepto de "abetting"); *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 78, 484; *Prosecutor v. Ntakirutimana/Ntakirutimana*, Judgement 21.2.2003 (ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T), para. 787; *Prosecutor v. Kvocka et al.*, Judgement 2.11.2001 (IT-98-30/1-T), para. 254; *Procureur c. Gacumbitsi*, Jugement 17.7.2004 (TPIR-2001-64-T), para. 286 (diferenciando entre "aider" y "encourager").

[478] Ver recientemente *Prosecutor v. Ndindabahizi*, Judgment 15.7.2004 (ICTR-2001-71-1), para. 457: "Aiding and abetting, though distinct concepts, are almost universally used conjunctively […] to refer broadly to any form of assistance and encouragement […]".

[479] Cfr. también *Vogel*, ZStW 114 (2002), 426.

[480] *Prosecutor v. Rutaganda*, supra nota 164 , para. 43.

[481] Cfr. *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana,* Judgement 21.5.1999 (ICTR-95-1-T), para. 200, basándose nuevamente en el concepto de "tangible" introducido en *Furundzija,* supra nota 75, para. 199 ss.

[482] *Prosecutor v. Furundzija*, supra nota 75, para. 235. Ver también recientemente *Prosecutor v. Ndindabahizi*, supra nota 478, para. 454.

[483] *Prosecutor v. Naletilic/Martinovic*, Judgement 31.3.2003 (IT-98-34-T), para. 63 (resaltado en el original; en el párrafo transcripto citado a continuación en el texto se dejan las referencias jurisprudenciales contenidas en la sentencia que se cita, notas 483 a 491; se agrega nuevas referencias en corchetes).

> Aiding and Abetting is defined as rendering a substantial contribution to the commission of a crime. The contribution can consist of practical assistance, encouragement or moral support.[484] It is not necessary to prove a cause-effect relationsship between the participation and the commission of the crime.[485] The participation may happen before, during or after the commission of the crime.[486] Aiding and Abetting can also be committed through an omission as long as the omission had a significant effect on the commission of the crime and was accompanied by the necessary *mens rea*.[487] An individual's position of superior authority does not suffice to conclude from his mere presence on the scene of the crime, that he encouraged or supported the crime. However, the presence of a superior can be perceived as an important *indicium* for encouragement or support.[488] Regarding concomitant behaviour, the *Furundzija* Trial Chamber held that the accused has assisted another accused in the commission of a rape because he was continuing with the interrogation of the victim while being raped.[489] Concerning the *mens rea* it is required that the aider and abettor must have known, in the sense of being aware, that he was assisting in the crime, which also means the necessary *mens rea* on the part of the principal.[490] It has to be shown that he was aware of the esssential elements of the crime, which also means the necessary mens rea on the part of the principal.[491] The abettor need not have known the precise crime being committed as long as he was aware that one of a number of crimes would be committed, including the one actually perpretrated.[492]

La *presencia* en el lugar del hecho, también mencionada por la Sala, asume especial importancia desde el punto de vista del derecho probatorio. Según la opinión de la jurisprudencia ella no representa un presupuesto indispensable de la responsabilidad del cómplice,[493] pero su existencia (particularmente la presencia de un supe-

---

[484] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 229; *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgement, 24.3.2000 (IT-95-14/1-A), para. 164; *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement 20.2.2001 (IT-96-21-A), para. 352.

[485] *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 474, para. 61; *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 484, para. 164 [ver también *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 474, para. 48].

[486] *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 474, para. 62; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement 22.2.2001 (IT-96-23 & IT-96-23/1-T), para. 391; *Prosecutor v. Kvocka et al.*, supra nota 477, para. 256 [ver también *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 474, para. 48].

[487] *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement 3.3.2000 (IT-95-14-T), para. 284 [ver también *Prosecutor v. Vasiljevic*, Judgment 29.11.2002 (IT-98-32-T), para. 70; *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 548; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 474, para. 47 deja abierta la cuestión].

[488] *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 474, para. 65; *Prosecutor v. Blaškic*, Judgement 3.3.2000 (IT-95-14-T), para. 284; *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 693 [ver también *Prosecutor v. Ndindabahizi*, supra nota 478, para. 457].

[489] *Prosecutor v. Furundzija*, Judgement 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), para. 273 s.; *Prosecutor v. Furundzija*, Judgement 21.7.2000 (IT-95-17/1-A), para. 126.

[490] *Prosecutor v. Furundzija*, supra nota 489, para. 249; *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 229; *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 484, para. 162 [ver también *Prosecutor v. Vasiljevic*, supra nota 39, para. 102; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 474, para. 49].

[491] *Prosecutor v. Furundzija*, supra nota 489, para. 245, 249; *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 484, para. 162.

[492] *Prosecutor v. Furundzija*, supra nota 489, para. 246; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 487, para. 287; *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 229. [Ver también *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 484, para. 163; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 474, para. 50].

[493] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 24, para. 679, 687, 691; *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 474, para. 62; *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 484.

rior) puede constituir un indicio de una complicidad punible. De este modo, en *Tadic* la afirmación de una acción punible de cooperación se hizo depender del hecho de si la presencia del asistente tuvo un efecto directo y sustancial sobre la comisión del hecho:[494] La presencia tendría un efecto favorecedor si un acusado, por ejemplo, luego de participar en actos lesivos en contra de una persona permanece en el lugar del hecho en donde son lesionadas otras personas. Éste sería entonces (co)-responsable también por las lesiones sucesivas, por no haberse retirado activamente del suceso o por no haberse declarado en contra de la conducta de los otros participantes. De manera similar, en *Furundzija* se ha considerado suficiente la presencia en el lugar del hecho, si ésta tiene un efecto significativo, legitimante o alentador ("significant legitimising or encouraging effect") sobre el o los autores principales.[495]

De acuerdo con esto, la jurisprudencia penal internacional postula un *tipo objetivo* de complicidad muy amplio y con contornos poco precisos que sólo es limitado con la exigencia del efecto sustancial y perceptible de la acción de cooperación sobre el hecho principal. La letra del art. 25 (3)(c) plantea sin embargo el interrogante acerca de si esta exigencia limitadora también se aplica al elemento típico de la "colabor[ación] de algún modo". A primera vista, con esta previsión parece extenderse el tipo objetivo de complicidad a todas las acciones de cooperación que no caen bajo la complicidad *en sentido restringido* ("aids, abets"). De este modo, la complicidad *en sentido amplio*, es decir, con inclusión de la "colabor[ación] de algún modo", perdería prácticamente todo límite objetivo y la responsabilidad del partícipe se extendería sin límites desde el punto de vista objetivo. Y, con ello, los intentos de limitación realizados por la jurisprudencia se desvirtuarían. Por tales razones, se ha de partir de que la exigencia del efecto sustancial sobre el hecho principal se tiene que extender también a la complicidad en sentido amplio.[496] En favor de esto habla también el hecho de que el ICTY en *Furundzija* se haya referido explícitamente al art. 25 (3)(c), sin diferenciar entre la complicidad en sentido restringido y en sentido amplio y sin limitar la aplicación de los presupuestos objetivos de la complicidad a aquella.[497] También una propuesta estadounidense sobre los elementos de los crímenes en el marco de los trabajos de la comisión preparatoria ("Preparatory Commission") —implementada después de Roma— entiende con el elemento objetivo del art. 25 (3)(c) una acción con el "effect of contributing to the commission or attempted commission of the offence […]",[498] fundándose, con esto, en la exigencia del efecto

---

494 *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 24, para. 689.

495 *Prosecutor v. Furundzija*, supra nota 75, para. 199 ss. (232); recientemente *Prosecutor v. Ndindabahizi*, supra nota 478, para. 457 ("encouraging effect" de una persona con autoridad); de modo similar *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 39, para. 271 ("important *indicium* of encouragement or support", énfasis en el original). Cfr. también *Schabas*, Genocide (2000), p. 297 s.

496 Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 18.

497 *Prosecutor v. Furundzija*, supra nota 75, para. 216.

498 UN-Dok. PCNICC/1999/DP.4/Add.3. Por otra parte, sin embargo, el cómplice es considerado como "principal actor".

(sustancial) sobre el hecho principal. Por último, se ha de recordar que en el curso de los esfuerzos de codificación de derecho penal internacional, especialmente durante las deliberaciones de los Draft Codes, existían constantemente opiniones que abogaban por que la responsabilidad jurídico-penal se limitase a las personas con poder de conducción, rechazando categóricamente una extensión de la punibilidad por medio de la participación.[499] Si bien este punto de vista debe considerarse definitivamente superado con el ECPI, su esencia sigue siendo válida en cuanto advierte sobre una extensión ilimitada de la punibilidad por medio de las disposiciones de la participación.

Menos problemática es la referencia al "suministr[o]" de los medios para la comisión del hecho. Ella proviene de los Draft Codes,[500] siendo tan superflua allí como aquí, pues con ella sólo se nombra *una* forma típica de complicidad. Este elemento no tiene, por tanto, un contenido independiente, sino que representa únicamente la concretización, por medio de ejemplo, *de una* forma posible de participación.[501]

bb) *El recurso a las teorías generales, en especial a la imputación objetiva*

(*1*) *Generalidades*

El criterio del efecto sustancial de la acción de complicidad sobre el hecho principal encuentra apoyo también en las teorías generales sobre la complicidad jurídico-penal. Sin embargo, al respecto existen notables diferencias entre el common law y el derecho continental europeo, especialmente el derecho alemán. En el plano objetivo, el common law no ofrece ningún límite seguro de la responsabilidad por complicidad. Ante todo, allí no se diferencia siempre claramente entre diversas formas de participación, sino que se parte de modo general de la responsabilidad del partícipe. En este sentido, toda "acción que coopera o alienta" es, en definitiva, punible.[502] Especialmente, esa acción no debe haber causado el hecho principal,[503] sino que es suficiente con que ella represente una "actual or potential contribution".[504] La

---

499 Cfr. por ejemplo *Tomuschat*, en: Hankel/Stuby (editores), Strafgerichte (1995), p. 286 ss.

500 Cfr. 448, 461 vers. al.

501 Similar, ya *Weigend*, en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 115. Cfr. también *Smith*, Treatise (1991), p. 32 y *Schabas* en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 469, quien señala con acierto que "procuring" [= "providing the means", K.A.] se correspondería con "aiding".

502 Cfr. *Ashworth*, ZStW 1998, 470.

503 Sobre la (falta) del requisito de la causalidad cfr. la fundamental investigación de *Smith*, Treatise (1991), p. 55 s., en donde se expresa que la jurisprudencia inglesa es "distinctly thin" y no intenta una "thorough exposition of the subject" (p. 55) y que la jurisprudencia estadounidense se opone incluso de modo "hostil" a un requisito de causalidad (p. 62); cfr. también p. 90: "doctrinal clumsiness"; sobre los posibles motivos cfr. idem, p. 63 s.

504 *Ashworth*, Principles (1995), p. 414; ahora aún más crít. *el mismo*, Principles (2003), p. 416, 423; similar *Smith*, Treatise (1991), p. 33, 92: "extraordinarily extensive range of conduct".

falta de contornos precisos de la responsabilidad objetiva de participación explica la tendencia de la praxis a buscar una limitación en el plano subjetivo por medio de la exigencia de una finalidad especial o una intención especial del partícipe.[505] Sobre esto se volverá más adelante (*sub* b)). De esta subjetivización se puede derivar la exigencia de la facilitación ("facilitation") del hecho principal como limitación objetiva de la responsabilidad del cómplice.[506] De este modo, la necesaria prestación de asistencia debe tener, al menos, un efecto determinado sobre el hecho principal. Aunque esto es confirmado por la jurisprudencia penal internacional y pone de manifiesto su basamento en el common law, no proporciona, sin embargo, ningún criterio seguro para la delimitación entre complicidad punible y acciones de cooperación impunes.[507]

Para obtener tal criterio es necesario realizar una elaboración dogmática de los presupuestos de la complicidad que exceda del análisis del mero caso particular.[508] En este sentido, se puede recurrir sobre todo a la teoría alemana y allí especialmente a las reglas de la *imputación objetiva*. Antes que nada se ha de constatar, sin embargo, que la *fórmula del favorecimiento*[509] sostenida por la jurisprudencia alemana y en sustancia cercana a la jurisprudencia penal internacional padece de las mismas carencias que ésta y el common law, esto es padece de una falta de concepción provocada por una orientación demasiado fuerte al caso individual.[510] Aún peor: La exigencia de un mero favorecimiento del hecho principal conduce —al igual que la concepción de la complicidad como delito de peligro (abstracto o abstracto-concreto) que esporádicamente se encuentra en la literatura[511]— a una extensión prácticamente ilimitada del tipo objetivo de complicidad que anula casi por completo la diferencia entre un favorecimiento efectivo (cocausante) del hecho principal (tentado) y una

---

505 También *Smith*, Treatise (1991), p. 34 señala que — junto con el requisito de la causalidad por él desarrollado (sobre esto infra)— los "mens rea requirements", esto es el tipo subjetivo, representan la única limitación de la responsabilidad del partícipe.

506 Cfr. 2.06 (3)(a) del MPC; sobre esto *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 677 ss.

507 Cfr. la crítica fundamental de la *Law Commission*, Assisting (1993), p. 73 "unacceptable degree of uncertainty"; similar *Ashworth*, Principles (2003), p. 423 s.; *el mismo*, ZStW 1998, 470; *Smith*, Treatise (1991), p. 33 s.

508 Cfr. la crítica de *Ashworth*, ZStW 1998, 470 al método del common law orientado al caso individual.

509 Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 1, 23 ss., con referencias jurisprudenciales.

510 Cfr. la crítica de *Dreher*, MDR 1972, 553 ss.; LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 20; *Jakobs*, AT (1993), 22/35; también *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 102 s.; crít. también *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 195 ss.

511 En contra de estos autores (*Herzberg*, *Vogler*), con razón, cfr. LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 27 s.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 504 s.; *Samson*, FS Peters (1974), p. 126 ss., 130 ss. (132, 135); SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 7 s.; *Jakobs*, AT (1993), 22/35; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 21 s.; *Rogat*, Beihilfe (1997), p. 27 ss.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 147 ss.; *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 197; *Rudolphi*, StV 1982, 519; crít. también *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 220; *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 103 ss.; *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 201 ss.; *Geppert,* Jura 1999, 268.

prestación de asistencia sólo tentada (no causante) (tentativa de complicidad *impune*[512]).[513] Ahora bien, la diferencia entre la fórmula del favorecimiento y la *"teoría de la causación del resultado"* de la doctrina mayoritaria[514] representa en todo caso algo más que un "problema aparente",[515] si se centra la atención en la búsqueda de contornos más precisos del tipo de complicidad. En este sentido, no se trata sólo de si el concepto de favorecimiento incluye regularmente una conducta causal,[516] como ha demostrado *Mezger* de la mano de la jurisprudencia de los tribunales del Reich, sino de mucho más, a saber, de la orientación fundamental en favor de una limitación del tipo objetivo de complicidad con la ayuda de las reglas de la imputación objetiva: la teoría de la causación del resultado constituye el punto de partida y el fundamento de una teoría de la complicidad suficientemente precisa, limitada según la idea de un Estado de derecho y desarrollada con las reglas de la imputación objetiva. Del mismo modo que la causalidad general en el sentido de la teoría de la equivalencia sólo constituye el requisito mínimo de la responsabilidad jurídico-penal del autor,[517] también la co-causalidad de la acción de complicidad entendida como una influencia sobre la manera y el modo concreto de la realización del tipo ("causalidad de modificación")[518] representa una condición necesaria, pero no suficiente, de la responsabilidad del cómplice.[519] En ambos casos se debe recurrir para limitar la responsabilidad

---

[512] Cfr., sin embargo, el § 2.06 (3)(a)(ii) alt. 3 del MPC según el cual es punible la tentativa de complicidad; cfr. al respecto *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 314; crít. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 679 ss.

[513] Cfr. la crítica general en la doctrina (especialmente a la complicidad psíquica como la entiende la jurisprudencia): LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 25 s.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 503 s., 507; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 186 ss., 203; SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 15; *Jakobs*, AT (1993), 22/34 ("punición de tentativas de asistencia como asistencia efectiva"), 22/35; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 220; *Rudolphi*, StV 1982, 520; *Stoffers*, Jura 1993, 11 ss. (15 ss.).

[514] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 2; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 501 s.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 27, nm. 7; SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 6, 9; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 693 s.; *Jakobs*, AT (1993), 22/34; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 214 ss.; *Gropp*, AT (2001), § 10, nm. 146; *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 283.

[515] Así, *Roxin*, FS Miyazawa (1995), p. 502; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 187; aprob. *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 195; probablemente también *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 628; similar *Geppert,* Jura 1999, 268, cuando señala que jurisprudencia y doctrina llegan en lo esencial a los mismos resultados.

[516] Así, por ejemplo, *Roxin*, FS Miyazawa (1995), p. 503; también LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 23 s. (refiriéndose a la demostración de *Mezger* de que la causalidad es un componente de la fórmula del favorecimiento de los tribunales del Reich); similar *Jescheck/Weigend AT*, p. 693; *Bockelmann/Volk*, AT (1987), p. 197; sobre Mezger también *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 214 ss. (217 ss.).

[517] Cfr. —por todos— *Jakobs*, AT (1993), 7/29.

[518] LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 3; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 501 s. en especial remitiéndose a *Claß; Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 628 s. Crít. sobre la causalidad de modificación que reconduce a *Mezger*, *Schaffstein*, FS Honig (1970), p. 176 s.

[519] LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 4 s.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 509 ss.; *Samson*, FS Peters (1974), p. 132 ss. (134 s.); SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 9 s.; *Rudolphi*, StV 1982, 519; *Niedermair*, ZStW 1995, 507 ss., 511; *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 106, 107; *Lüderssen*, FS Grünwald (1999), p. 338; para la doctrina española: *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 169 ss. (179, 180, 215, 222 s., 226).

a las reglas generales de la imputación objetiva.[520] La normativización que esto trae consigo es compartida por la jurisprudencia al menos en relación con las llamadas acciones neutrales.[521]

Esta opinión parece imponerse cada vez en mayor medida también en el *common law*. Allí, la concepción tradicional naturalista de la causalidad es completada por medio de la teoría de la "proximate cause", la cual considera que en los casos de causalidad interrumpida (cortada, adelantada) el tercero que se interpone coloca una *causa próxima* que desplaza a la *causa remota*;[522] en el common law moderno con frecuencia se la entiende de modo más amplio en el sentido de una previsibilidad del curso causal o como necesaria limitación normativa del "but for test" —correspondiente a la fórmula de la conditio—.[523] Esto es absolutamente convincente, ya que la cuestión de la proximidad de una conducta determinada al resultado típico o a la lesión del bien jurídico es una *cuestión de valoración* que va más allá de las meras relaciones naturales. Además, también en los proyectos de codificación pertinentes las consideraciones valorativas desempeñan el rol determinante.[524]

En su monografía fundamental, ya varias veces citada, *Smith* se ha esforzado especialmente por el reconocimiento y la concretización del *requisito* de la causalidad en el ámbito de la participación. Partiendo de una crítica fundamental al common law de la mano de un análisis jurisprudencial,[525] este autor aboga por un reconocimiento expreso del requisito de la causalidad ("causal element") como presupuesto de la responsabilidad del partícipe.[526] Allí, *Smith* quiere delimitar la participación hacia "arriba" —respecto de la autoría— con el criterio del "carácter directo o inmediatez" ("directness" o "immediacy") de la causa para la realización del tipo:[527] La conducta del autor sería una causa más directa o más inmediata que la del partícipe; al autor le correspondería una "particular

---

[520] LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 22; *el mismo*, FS Stree/Wessels (1993), p. 381 s.; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 210 ss.; *Jakobs*, AT (1993), 22/36; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 19 ss.; S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 27, nm. 9a; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 221; *Rudolphi*, StV 1982, 519 s.; *Geppert,* Jura 1999, 267; cfr. también *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 95 ss. (105 ss.); para la doctrina española *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 177 s., 182 ss., 225 ss. Una amplia presentación de estas reglas ofrece *Rogat*, Beihilfe (1997), p. 47 ss. (163 s., 241 s.), concretizando p. 88 ss. (97). En contra de la imputación objetiva y en favor de una solución fundada en la teoría final de la acción *Küpper*, Grenzen (1990), p. 112 ss.; por una acentuación más fuerte del elemento típico de la prestación de asistencia *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 632 s., 639.

[521] Cfr. BGH NStZ 2001, 364 (365), así como infra 566 ss. y en el texto.

[522] Cfr. *Maurach-Zipf*, AT 1 (1992), § 18, nm. 62.

[523] Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 64 ss.; similar *Smith*, Treatise (1991), p. 66, cuando habla de imputación "legal" ("*legally*") en lugar de "fáctica" ("*factual*").

[524] Así, el § 17 (1)(a) del *DCCB* exige una "more than negligible contribution" a la comisión del tipo (cfr. también *Law Commission*, Commentary [1989], p. 188 s.). Aún más claramente dice el § 2.6 del Draft Bill *canadiense*: "Everyone causes a result when his conduct substantially contributes to its occurrence and no other unforeseen and unforeseeable cause supersedes it". (*LRC*, Report 31 [1987], p. 27). Cfr. finalmente también el § 2.03 del MPC, especialmente el apartado 2 (b): "the actual result involves the same kind of injury or harm as that designed or contemplated and is not too remote or accidental in its occurrence to have a [just] bearing on the actor's liability or on the gravity of his offence".

[525] *Smith*, Treatise (1991), p. 55 ss., 92.

[526] Idem, p. 55, 78 ss.

[527] Idem, p. 79 ss., 89.

and distinct moral importance" y tendría el "final control". Al respecto, el "immediate or direct cause test" posibilitaría un "process of moral attribution" notablemente diferenciado, es decir, con otras palabras, una imputación *normativa* que va más allá de una mera imputación de cuño naturalista. Hacia "abajo" —en delimitación con la participación impune— se habría de exigir una "contribución causal mínima" ("minimum causal contribution") del partícipe.[528] Habría que preguntarse si la conducta del partícipe "haría una diferencia", es decir si fue una *conditio sine qua non* en un "sentido más que negligente" ("more than negligible sense") para un determinado resultado típico. En definitiva, para este autor sería necesario una contribución "sustancial" al hecho, de modo que una "colaboración de muy poca entidad" ("very minor assistance") no sería suficiente para afirmar la responsabilidad del partícipe. Pues, si se admitiera que toda acción de asistencia aun una de tan escasa entidad, pudiera bastar, el requisito de la causalidad perdería su importancia. En los casos de participación en masa ("public performance offence") no es posible probar por lo general la contribución individual al hecho, por lo cual se debería partir como fundamento de la imputación de una "collective causation".[529]

(*2*) *Elevación causal del riesgo o "puro" aumento del riesgo con realización del riesgo*

Sin embargo, si se desarrolla un sistema de responsabilidad basado en la teoría de la imputación objetiva surge la cuestión acerca de si este sistema necesita en realidad de un complemento del requisito de la co-causalidad de la acción de complicidad o si se puede prescindir de éste. *Roxin*[530] y *Samson,*[531] por ejemplo, sostienen el primer punto de vista:[532] ellos coinciden en que una aportación *co-causal* puede constituir una complicidad punible sólo si ella ha representado un *aumento* del *riesgo* para la víctima y, correspondientemente, un *aumento* de las chances de producción del resultado para el autor. Estos autores se diferencian, sin embargo, en la caracterización de la prestación de asistencia típica. Mientras *Roxin* la descompone en cuatro elementos, a saber, el posibilitar, el facilitar, el intensificar o el asegurar el hecho principal,[533] *Samson* prescinde del elemento del asegurar.[534] Esta diferencia, sin embargo, no cambia en nada la coincidencia fundamental[535] en cuanto a la exigencia de

---

[528] Idem, p. 82 ss. (82, 86 s.).

[529] Idem, p. 85.

[530] LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 4 s.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 509 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 184: (causalidad como "presupuesto básico de la imputación"), 210 ss. (212 s.).

[531] *Samson*, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht (1972), aplica allí a la complicidad los principios de la intensificación (p. 96 ss.) y de la asunción (p. 125 ss.) desarrollados por él para la autoría (p. 163 ss., 169 ss., 179-81); *el mismo*, FS Peters (1974), p. 132 ss. (134 s.); SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 9 s.

[532] Asimismo, S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 27, nm. 10; *Jakobs*, AT (1993), 22/34; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 694; *Gropp*, AT (2001), § 10, nm. 148; *Rogat*, Beihilfe (1997), p. 45 ss.; *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 631 s.

[533] Asimismo, *Otto*, Strafrecht (2004), § 22, nm. 53; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 694; *Rogat*, Beihilfe (1997), p. 52; *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 282, 309; *Geppert,* Jura 1999, 267.

[534] Si bien *Samson*, Kausalverläufe (1972), p. 209, califica al "hacer más seguro el hecho" como la "típica" conducta de complicidad, ve sin embargo allí solamente una tentativa de complicidad (impune).

[535] Asimismo, *Rogat*, Beihilfe (1997), p. 51 s. Cfr. también *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 633, quien comprende a los elementos mencionados en el elemento típico de la prestación de ayuda.

una co-causalidad de la complicidad limitada y concretada por medio del principio del aumento del riesgo ("*elevación del riesgo causal*").[536] Por el contrario, *Otto* parte de una complicidad si la prestación de asistencia ha aumentado el peligro para el bien jurídico y ese peligro se ha realizado en la lesión del bien jurídico.[537] Este autor renuncia, por tanto —al menos terminológicamente—, al requisito de la causalidad y hace depender la complicidad únicamente del *aumento del riesgo* y de la *realización del riesgo*. Recientemente *Murmann*[538] ha avanzado en el desarrollo de esta posición sobre la base de su teoría de la relación de reconocimiento jurídicamente protegida de los ciudadanos entre sí[539] y de las consideraciones de su maestro *Frisch*[540] respecto de la conducta típica (en autoría). *Murmann* niega categóricamente una causalidad entendida como una "relación de causación natural" o como una "causalidad natural"[541] y traza los contornos del tipo objetivo de complicidad con elementos independientes provenientes de la teoría de la imputación objetiva. Junto con el requisito generalmente reconocido de la "*creación*" o *aumento del riesgo*[542] por medio de la aportación del cómplice, *Murmann* exige la realización de este riesgo en la comisión del hecho principal (*realización del riesgo*) y la desaprobación jurídica del riesgo que entraña la acción de complicidad (*desaprobación del riesgo*). Similarmente, en su intento por una limitación de la responsabilidad por complicidad fuertemente orientada al bien jurídico, *López Peregrín* exige la creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante (como expresión del desvalor de acción de la conducta del cómplice) y la realización del riesgo en el hecho principal (como expresión del desvalor de resultado).[543] Estas posturas se diferencian, por tanto, de la —aquí denominada "pura"— teoría del aumento del riesgo de *Schaffstein*[544] por el hecho de que la renun-

---

536 Cfr. por un lado LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 29: "en los resultados […] principio de aumento del riesgo"; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 512; por otro lado SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 10: "similarmente Roxin requiere […] aumento de las chances […]". Cfr también *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 196, para quien de lo que se trata es de una mejora de las chances del autor a través del aumento del riesgo del cómplice; también *Amelung*, FS Grünwald (1999), p. 21; *Lüderssen*, FS Grünwald (1999), p. 345, 348 s.; en el resultado, igualmente *Weigend*, FS Nishihara (1998), p. 207 s., cuando exige un favorecimiento efectivo del resultado; *Rogat*, Beihilfe (1997), p. 47 ss. (54), 163 s.; *Vest,* SchwZStr 2001, 249.

537 *Otto*, Strafrecht (2004), § 22, nm. 53; *el mismo*, FS Lenckner (1998), p. 196 s.

538 *Murmann*, JuS 1999, 549 ss.

539 Cfr. ya supra II. 3. c) aa) por la nota 378 ss.

540 *Frisch*, Verhalten (1988), passim, sobre la conducta posibilitadora o favorecedora del hecho, especialmente p. 244 ss.

541 *Murmann*, JuS 1999, 549 s.

542 *Murmann*, JuS 1999, 550 habla de "creación del riesgo"; *Frisch*, Verhalten (1988), p. 293 de "aumento del riesgo". Sustanciamente se trata de la valoración a realizar normativamente de si el interviniente "*hace suya* una *parte* de la propia […] *agresión delictiva*" del autor (idem; resaltado en el original). En contra del criterio del aumento del riesgo desde el punto de vista finalista *Küpper*, Grenzen (1990), p. 100 ss.

543 *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 230 ss (357), por un lado, y p. 274 ss. (287, 358), por el otro.

544 *Schaffstein*, FS Honig (1970), p. 173 ss. (180 ss., resumidamente 184). Asimismo, la tesis doctoral, dirigida por *Schaffstein y a la* cual remite en la nota 18*,* de *Salamon*, Vollendete und versuchte Beihilfe (1968).

cia a una causalidad natural-exterior es compensada con la exigencia de la realización del riesgo.[545] En este sentido, se puede hablar de una teoría del aumento del riesgo "*cualificada*": La cualificación frente a la pura teoría del aumento del riesgo consiste en la doble exigencia adicional de la realización del riesgo y de la desaprobación del riesgo. De este modo se evita la punición de la mera tentativa de complicidad[546] que resulta de una pura teoría del riesgo y que, con razón, ha sido criticada.[547] A través de la exclusión de los cursos causales hipotéticos con base en una "determinación normativa, orientada a la respectiva relación interpersonal del concepto de creación del riesgo"[548] se evita, además, una limitación excesiva de la responsabilidad del cómplice inmanente a la pura teoría del aumento del riesgo.[549]

Así, pues también las diferencias entre esta teoría y la concepción de la complicidad como "elevación causal del riesgo" son, en lo esencial, de naturaleza terminológica.[550] Por un lado, como se ha mencionado, la renuncia al *requisito de la causalidad* es compensada en sustancia con el requisito de la *realización del riesgo*. Si bien para *Murmann* lo decisivo es la lesión de la relación jurídica con la víctima, sin embargo él tampoco niega *in concreto* que el empeoramiento de la situación de la víctima se traduce exteriormente en una supresión o una modificación del aspecto del hecho principal y en este sentido la complicidad se convierte en "causal" para el hecho principal.[551] Más allá de esta relación de causación natural son determinantes las consideraciones de imputación que se pueden describir con los conceptos de aumento de las chances o disminución del riesgo para el autor y aumento del riesgo o del peligro para la víctima, es decir, como *empeoramiento de la situación de la víctí-*

---

[545] Cfr. similar *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 23, para quienes no importaría la causalidad, porque el peligro creado con la acción de asistencia debería realizarse en una lesión al bien jurídico.

[546] *Murmann*, JuS 1999, 550 s.

[547] Cfr. al respecto *Dreher*, MDR 1972, 555 s.; LK-*Roxin* (1993), nm. 28; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 511; *Samson*, Kausalverläufe (1972), p. 75 ss., 173, 202 ss.; *el mismo*, FS Peters (1974), p. 125 s., 132, 135; SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 8; *Jakobs*, AT (1993), 22/35; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 21 s.; *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 153 ss.; *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 103 s. Para la doctrina española cfr. *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 198 ss. (201 ss.).

[548] *Murmann*, JuS 1999, 550. En favor de la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos —como en la imputación del resultado al autor— también toda la doctrina mayoritaria: LK-*Roxin* (1993), nm. 6; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 501, 510; *Jakobs*, AT (1993), 22/37; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 30; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 216; *Freund*, AT (1998), § 10, nm. 136 s.; *Hefendehl*, Jura 1992, 376 s.; *Wohlleben,* Beihilfe (1996), p. 87 s.; *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 117 ss., los dos últimos con otras referencias; fundamental y diferenciando *Dencker*, Kausalität (1996), p. 68 ss. (114 ss.); cfr. también *Smith*, Treatise (1991), p. 84. En cambio, decididamente en favor de la consideración de los cursos causales hipotéticos *Frisch*, Verhalten (1988), p. 294, especialmente en la nota 218.

[549] Cfr., por ejemplo, sobre el "caso de la escalera" *Schaffstein*, FS Honig (1970), p. 182; crít. al respecto LK-*Roxin* (1993), nm. 28; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 510 s.; *Samson*, FS Peters (1974), p. 125 s.

[550] Similar *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 196 s.; también *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 25 respecto de la jurisprudencia y de las diferentes posiciones en la doctrina.

[551] *Murmann*, JuS 1999, 550 s.

ma.[552] La diferente solución del "caso del carterista" —*Roxin*[553] niega una complicidad punible y *Murmann*[554] la afirma— tampoco se puede atribuir a diferentes presupuestos *objetivos* de imputación,[555] sino al hecho de que *Roxin* exige adicionalmente una manifestación exterior de la voluntad de complicidad[556] y en este sentido una relación psíquica mínima entre autor y cómplice.[557] Así, en el caso del "vigilante"[558] *Roxin* puede afirmar la complicidad sólo porque en *este* caso no parte únicamente de una inactividad del cómplice, sino también —a diferencia del caso del carterista— del *conocimiento* del autor principal respecto de la prestación de asistencia. Sólo entonces se puede hablar de una manifestación exterior de la voluntad de complicidad. Si por el contrario en cualquiera de estos casos el autor principal no sabe de la presencia del cómplice,[559] el requisito adicional de la manifestación exterior de la voluntad de complicidad (que en estos casos no existe) debe conducir a negar la complicidad. En cambio, la "teoría del aumento del riesgo cualificada" de *Murmann* conduce aquí en *ambos* casos —renunciando completamente a la causalidad y recurriendo *exclusivamente* a principios de imputación— a una afirmación de la complicidad.[560] De este modo, parece evitarse un diferente tratamiento jurídico-penal de hechos estructuralmente iguales y se justifica un tratamiento diferente de hechos diversos (como según la solución de *Roxin*): en el "caso del carterista" el desconocimiento del autor principal de la prestación de asistencia, en el caso del "vigilante" su conocimiento. La cuestión material que está a la base del problema es si un mero aporte del cómplice que objetivamente aumenta las chances o el riesgo puede y debe representar una complicidad punible, aunque no exista una manifestación externa de

---

[552] Cfr. al respecto, por un lado, LK-*Roxin* (1993), nm. 4, 7 s.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 509 ss. y, por el otro, *Murmann*, JuS 1999, 550 s.

[553] LK-*Roxin* (1993), nm. 9; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 511 s.

[554] *Murmann*, JuS 1999, 551.

[555] Tampoco Roxin niega que la presencia del "cómplice" aumenta las chances del carterista (LK-*Roxin* [1993], nm. 9; *el mismo*, FS Miyazawa [1995], p. 511).

[556] LK-*Roxin* (1993), nm. 9: "[…] la conducta del cómplice es conocida por el autor o al menos […] *se manifiesta* mejorando las chances"; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 511: "se ha de rechazar una complicidad cuando no se *manifiesta exteriormente* en acciones de asistencia […]" (resaltado por el autor).

[557] Contradictorio al respecto, *Roxin*, FS Miyazawa (1995), p. 511, en donde expresa por un lado que tal relación no es necesaria "en principio" (también *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 216), pero por el otro en LK-*Roxin* (1993), nm. 9, se basa en la "importancia […] de la relación psíquica entre autor y cómplice". La contradicción se ha de atribuir probablemente a la falta de claridad del concepto de "relación psíquica": ¿con esto no se alude al menos a una vinculación interior entre autor y cómplice de modo que aquél sepa de la aportación de éste? En este sentido, por ejemplo, *Smith*, Treatise (1991), p. 76, 89: "*communicated* help or encouragement" (resaltado en el original); del mismo modo también *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 320.

[558] LK-*Roxin* (1993), nm. 8; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 511.

[559] Así, los grupos de casos paralelos en *Murmann*, JuS 1999, 551: "sin conocimiento de A" o "A no ha siquiera advertido la disposición de B".

[560] *Murmann*, JuS 1999, 551; igualmente *Marauch-Gössel,* AT 2 (1989), § 52, nm. 8; *Schaffstein*, FS Honig (1970), p. 180.

la voluntad de complicidad y con ello tampoco un conocimiento del autor principal.[561] Ciertamente, esto no se ha de rechazar por los motivos alegados por *Roxin*[562] —ello conduciría a una "punición de una pura predisposición a prestar asistencia que ha permanecido en lo interno" inaceptable político-criminalmente y por consecuencia cercana a un peligroso derecho penal de la actitud interna—, pues la aportación del cómplice aumentó efectivamente el riesgo y en este sentido la predisposición a prestar asistencia no ha permanecido solamente en "lo interno"; esta cuestión se ha de rechazar, sin embargo, desde la óptica de los esfuerzos generales por una limitación de la punibilidad de la complicidad, pues el requisito de la manifestación exterior de la voluntad de complicidad representa un presupuesto *adicional* y limita en este sentido la responsabilidad del cómplice.

A pesar de esta diferencia entre la teoría de la "elevación causal del riesgo" y la "teoría del aumento del riesgo cualificada" se puede perseverar sin embargo en la tesis de partida de que ambas teorías sólo se diferencian terminológicamente, en principio y especialmente en cuanto al trascendental principio de imputación de la realización del riesgo. Pues —sin recaer en una comprensión de la causalidad naturalista-externa— este requisito también puede ser entendido en el sentido de que el riesgo de la acción de asistencia se debe haber efectivamente realizado, es decir, debe existir una manifestación exterior de la voluntad de colaborar con el hecho principal que vaya más allá de la mera disposición interna de quien tiene voluntad de asistencia. Por más que esta causalidad pueda ser calificada de mero fenómeno secundario,[563] ello no cambia en nada el hecho de que también el requisito de la realización del riesgo presupone tal causalidad —"secundaria"—.

(*3*) *Elevación del riesgo jurídicamente desaprobado o desaprobación del riesgo*

La teoría de la "elevación causal del riesgo" exige además una elevación del riesgo *jurídicamente desaprobado*.[564] Esta exigencia no se diferencia ya desde el punto de vista terminológico de la *desaprobación del riesgo* de la "teoría del aumento del riesgo cualificada".[565] Desde un punto de vista material este requisito es rele-

---

561 Así, *Murmann*, JuS 1999, 551; también *Geppert,* Jura 1999, 268.

562 LK-*Roxin* (1993), nm. 9; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 511 s. Similar *Smith*, Treatise (1991), p. 77, cuando explica la exigencia de una "effective communication" (ya supra, nota 557) con que de otro modo la responsabilidad sería "too flimsy" y "too remote".

563 Así, *Murmann*, JuS 1999, 550 s.

564 LK-*Roxin* (1993), nm. 16 ss.; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 512 ss. Cfr. también *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 222°s. Se puede recurrir al respecto también al criterio del "significado delictivo" (*Frisch*, Verhalten [1988], p. 280 ss., 301 s.; *Freund*, AT [1997], § 10, nm. 138 s.), aunque en relación con la punibilidad de la complicidad se discute predominantemente de acciones cotidianas (cfr. *Ambos*, JA 2000, 723 = RDPC 8, julio 2001, 195).

565 *Murmann*, JuS 1999, 552.

vante sobre todo en la problemática de la punibilidad como complicidad de las llamadas "*acciones cotidianas*" o "acciones externamente neutrales".[566] Siguiendo a *Wohlleben*, con este concepto puede comprenderse toda acción "que el ejecutor hubiese llevado a cabo frente a cualquier otro que se encuentre en la situación del autor, porque con dicha acción […] persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados".[567] Lo problemático de una definición semejante consiste en que se intenta describir *abstractamente* un suceso que recién adquiere su sentido real en un contexto material *concreto*. Expresado de otro modo: no existen acciones cotidianas *per se*,[568] sino que la misma acción —según el sentido y fin concreto que le es dado en una determinada situación— puede ser plenamente cotidiana o criminal. Por eso mismo también es convincente aquella posición de la doctrina que para determinar la idoneidad de tales acciones para la complicidad se atiene a la parte interna del hecho, es decir, si el colaborador tuvo conocimiento del hecho principal o —en caso de un mero "tener por posible" en el sentido del *dolus eventualis*— si existió una "reconocible inclinación al hecho" del autor principal.[569] Posibles constelaciones de casos de derecho penal internacional mues-

---

[566] Sobre las diferentes terminologías cfr. *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 200. Sobre la doctrina española cfr. *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 253 ss., quien, sin embargo, ubica el problema ya en la creación del riesgo, porque no acepta una categoría separada de desaprobación del riesgo. Sobre el common law en este sentido *Smith*, Treatise (1991), p. 150 ss.

[567] *Wohlleben*, Beihilfe (1996), p. 4 (sin embargo, crít. de su propia definición en la p. 104). *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 23 ss, entre éstos comprende la entrega del cosas, la comunicación de informaciones y la producción de otras prestaciones. Cfr. también *Niedermair*, ZStW 1995, 507 s.

[568] Acertadamente *Roxin*, FS Miyazawa (1995), p. 515; asimismo *Wohlers*, NStZ 2000, 172; similar *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 214; *Vest,* SchwZStr 2001, 251 ss.

[569] Así, *Roxin*, FS Miyazawa (1995), p. 513 ss.; LK-*Roxin* (1993), nm. 17 ss.; con un énfasis diverso *Roxin*, FS Stree/Wessels (1993), p. 378 ss.; igual en el resultado *Otto*, FS Lenckner (1998), p. 212 ss. (215); *Amelung*, FS Grünwald (1999), p. 20 ss., 29 s., así como *BGH* wistra 1999, 459, 460; NJW 2000, 3010 (3011); NStZ 2001, 364 (365); en el sentido de esta posición más bien *subjetiva* (mixta objetiva-subjetiva), en lo esencial también *Tag*, JR 1997, 54 ss. (57); *Wohlleben*, Beihilfe (1997), p. 107 ss.; *Ransiek*, en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 97 s., 100, 101 ss., quien se basa en la contrariedad al deber de la acción de complicidad; este autor niega sin embargo tal contrariedad en caso de conocimiento seguro de un hecho delictivo, si "con el aporte favorecedor sólo son cubiertas necesidades generales de vida del autor, no es ampliado su ámbito de acción o la utilización para el delito es forzosa y simultáneamente un empleo no delictivo" (104). También *Smith*, Treatise (1991), p. 150 s., 153, así como *Ashworth*, Principles (2003), p. 418 ss., en donde se expresa que el derecho inglés más moderno exige un favorecimiento del hecho principal dirigido finalmente. Por el contrario, por una delimitación ya en el plano *objetivo*, especialmente *Jakobs*, AT (1993), 24/15, 17 (siguiendo esencialmente a este autor *Wolff-Reske*, Verhalten [1995], p. 85 ss., 184 s.; *Lesch*, Verbrechensbegriff [1999], p. 257 ss.), así como *Frisch*, Verhalten (1988), p. 295 ss., 298, 299 (siguiendo a éste *Murmann*, JuS 1999, 552); similar *Lüderssen*, FS Grünwald (1999), p. 338 ss. (340 s.), 347, 349; *Wohlers*, NStZ 2000, 173 s.; en favor de una solución objetiva también *Weigend*, FS Nishihara (1998), p. 199 s., 208 ss. (212); *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 270 ss. (272 s.), así como el BG suizo (cfr. *Wohlers*, NStZ 2000, 171 s.); según *Smith*, Treatise (1991), p. 155 s., también así el common law tradicional. Sobre el estado de la discusión cfr. *Geppert,* Jura 1999, 269 s.; *Ambos*, JA 2000, 722 ss. = RDPC 8, julio 2001, 195 ss. con otras referencias. En el segundo tomo de su tratado, *Roxin* (AT II [2003], § 26 nm. 218 ss.) reconoce ahora que el principio de confianza, como principio general de la

tran también que con el concepto de acciones cotidianas *per se* no pueden ser obtenidas soluciones adecuadas, sino que regularmente depende de la situación fáctica concreta y del conocimiento de los intervinientes.[570] Por ejemplo, si un comerciante de una tienda de alimentos abastece de productos alimenticios al personal de un campo de concentración, por más que este comerciante se dedique a su negocio cotidiano, objetivamente está colaborando sin embargo con el sostenimiento de la opresión y el exterminio de las personas detenidas realizados por el personal del campo de concentración. La objeción del curso causal hipotético, es decir, que de lo contrario otro habría suministrado la mercadería, no puede ser atendida.[571] Sin embargo, el comerciante sólo podrá ser penado por complicidad de los delitos cometidos en el campo de concentración si sabía que los productos alimenticios que suministraba servían al menos de modo mediato a un fin delictivo o si —con base en las circunstancias del caso concreto— lo había considerado posible. *Tal* suministro de alimentos se convierte ya por su fin objetivo[572] en una acción criminal de cooperación y le es imputable al proveedor en razón del conocimiento de este fin o porque lo ha considerado posible. Lo mismo vale para el personal "técnico" (chófer, chófer auxiliar, cuerpo de guardia) encargado del transporte en un campo de exterminio: La prestación del servicio de transporte, en sí neutral, pierde su carácter de cotidianidad y se convierte en una acción criminal de cooperación si ella contribuye al exterminio de un grupo de personas y los intervinientes conocían esto o lo consideraban posible.[573]

Otra cosa ocurre en el conocido caso *Zyklon B*:[574] El acusado —gerente de la Sociedad Alemana de Lucha Antiparasitaria— suministró al campo de concentración de Auschwitz más de 1000 kg de preparado de ácido cianhídrico Zyklon B pro-

---

imputación objetiva (que el cómplice sólo debería poder invocar en caso de conocimiento posible —dolo eventual— de la conducta delictiva del autor principal), ha de ser comprendido normativamente, pero no quiere entender esto como una contradicción con su postura subjetivista. Más bien, él quiere aplicar el principio de confianza únicamente a los casos de dolo eventual con el argumento de que se trata de un principio normativo, dado que aquel que "sabe algo con exactitud […] lógicamente no puede ni debe confiar en lo contrario" (idem, nm. 244).

570 Sobre los procesos de posguerra de los crímenes del nacional socialismo, dudando al respecto (aún) *Roxin* ZStW 1965, 104 s.: ¡"[…] cuán difícil es trazar un límite"!; *Rudolphi,* Gleichstellungsproblematik (1966), p. 137 s., se pronuncia en contra de una punibilidad, porque los comportamientos de los intervinientes no serían contrarios al deber en el sentido de los delitos de homicidio; más bien en contra de una complicidad también *Schumann*, Handlungsunrecht (1986), p. 62 s., quien de acuerdo con su concepción (supra, nota 467) se atiene a la "falta del momento de solidarización".

571 Cfr. ya supra nota 548 s. y el texto correspondiente, así como *Ambos*, JA 2000, 723.

572 Aquí se podría hablar absolutamente del "significado delictivo" de la acción correspondiente (cfr. ya supra, nota 564), si bien en mi opinión este concepto no es idóneo como criterio abstracto de delimitación (cfr. *Ambos*, JA 2000, 724); últimamente *Vest,* SchwZStr 2001, 251 ss.

573 Similarmente, el BGH NStZ 2001, 364 (365) ha considerado la colaboración en la elaboración de órdenes para la protección de fronteras de la DDR, en principio, como una acción neutral, cuya punibilidad dependería del conocimiento del cómplice del hecho principal punible.

574 Reproducido en: *Sagel-Grande/Fuchs/Rüter* (editores), NS-Verbrechen (1979), tomo XIII (nro. corriente 415), p. 105 ss.: Sentencia del LG Frankfurt del 27 de mayo de 1955 en proceso de revisión.

ducido para la lucha contra el tifus exantemático; sin embargo, de conformidad con el contrato, sin las indicaciones sobre precauciones y advertencias que normalmente se añaden al preparado. A diferencia de los casos antes reseñados, aquí la conducta del acusado no era la acostumbrada ("cotidiana"), por el hecho de haber enviado el preparado sin las indicaciones sobre precauciones y advertencias. Ya esa desviación de la normalidad excluye el caso —en contra *Wolff-Reske*[575]— del grupo de las acciones cotidianas. Quizás, también éste pudo haber sido el motivo por el cual la jurisprudencia no ha problematizado en absoluto la cotidianeidad de la conducta del acusado, sino que *al respecto*[576] ha partido, sin más, de una complicidad punible. Más allá de ello, este caso parece diferenciarse, incluso en el supuesto de un mero suministro de Zyklon B —sea con o sin las indicaciones sobre precauciones y advertencias—, de los casos "normales" de conductas cotidianas,[577] en tanto que el suministro en tal cantidad de un material de desinfección no puede calificarse de "cotidiano" ya desde el punto de vista objetivo.

Sea como fuere, este caso muestra precisamente que no sólo ya desde un punto de vista objetivo terminológico es difícil comprender el concepto de "conductas cotidianas" o "conductas externamente neutrales", sino que también las acciones de cooperación en crímenes internacionales probablemente sólo de modo excepcional pueden ser calificadas de "cotidianas". Tales acciones pierden su carácter de cotidianidad ya por servir de medio para un ataque masivo y/o sistemático a personas o a las condiciones de su existencia. A ello se agrega que pueden resultar particularidades en los grupos de casos que debido a su carácter delictivo específico y transnacional son exclusivamente de naturaleza penal internacional. Se piensa, por ejemplo, en el caso del exportador de armas de guerra que vende armas a un gobierno el cual las utiliza para cometer crímenes internacionales. ¿El exportador es punible como cómplice de estos crímenes? ¿Es en realidad el comercio internacional de armas una conducta cotidiana en el sentido de la definición dada más arriba?[578] Probablemente esto debería ser afirmado, pues el comerciante de armas persigue con su comercio en principio "fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados". Al respecto, los requisitos jurídicos resultan de los procedimientos de autorización para el comercio de armas establecidos en las leyes de Comercio Exterior (*Außenwirtschaftsgesetz*-AWG) y de Control de Armas de Guerra

---

[575] Cfr. *Wolff-Reske*, Verhalten (1995), p. 51 ss., 175 s.

[576] El LG Frankfurt ha absuelto al acusado, porque no se pudo comprobar precisamente la utilización de su preparado para el homicidio de los prisioneros (*Sagel-Grande/Fuchs/Rüter* [editores], NS-Verbrechen (1979), XIII, p. 122 ss., 122), de modo que éste habría cometido sólo una "complicidad sin éxito" impune (idem, p. 127 s.). Por lo demás, fue constatado el conocimiento del acusado en cuanto a la utilización homicida de la sustancia (idem, p. 119 ss.).

[577] Cfr. por ejemplo *Wohlleben*, Beihilfe (1996), p. 7 ss., quien diferencia entre cuatro grupos de casos conteniendo en total 35 casos individuales.

[578] Cfr. supra, nota 567 y el texto correspondiente.

(Kriegswaffenkontrollgesetz-KWKG*)*.[579] Si el comerciante obtiene la autorización necesaria, su negocio es en principio lícito. Si, con todo, con *sus* armas se cometen crímenes internacionales, entonces habría que interrogarse en primer término por la responsabilidad jurídico-penal de los miembros del órgano colectivo competente, esto es, el Consejo Federal de Seguridad Nacional (*Bundessicherheitsrat*).[580] La responsabilidad penal del comerciante de armas sólo entraría en consideración, si éste hubiera engañado conscientemente a la comisión de control sobre la situación en el país receptor o hubiese actuado conjuntamente con ésta en modo colusivo. En resumidas cuentas, también este ejemplo confirma que es problemático hablar en este ámbito, a causa de la naturaleza transnacional y de la especial gravedad de los críme-

---

[579] Conforme al art. 26 (2) de la GG la construcción, transporte y comercialización de armas de guerra debe ser autorizada por el gobierno federal. Para esto se ha aprobado la KWKG que en su § 3 (3) determina que la exportación de armas de guerra sólo es admisible si "el transporte necesario al respecto" ha sido autorizado. La jurisprudencia y la opinión dominante en la literatura entienden esto como una exigencia de autorización independiente para la exportación de armas de guerra (cfr. las referencias en *Epping*, Kriegswaffenkontrolle [1993], p. 181 incluidas las notas 362—364, quien es de la opinión contraria). Aunque la KWKG sea *lex specialis* respecto de la AWG deben existir *similtáneamente* las autorizaciones prescriptas por ambas leyes (§ 6 (4), KWKG en conexión con el § 1 (2), AWG; cfr. *Steindorf*, Waffenrecht [1999], p. 721). Conforme al § 3 de la AWG la autorización puede ser otorgada si la ejecución de la operación comercial no hace peligrar el fin de la disposición o lo hace sólo de manera insignificante (apartado 1) y si están dados los presupuestos personales y materiales (apartado 2). El § 6 de la KWKG formula los presupuestos para conceder la autorización de modo negativo: según el apartado 2 son causas de negación la puesta en peligro de las buenas relaciones de la República Federal con otros Estados, la falta de nacionalidad alemana y la ausencia de otras autorizaciones que son necesarias de acuerdo con otras disposiciones. El apartado 3 menciona como otras causas de negación el peligro de emplear las armas de guerra en acciones que disturben la paz, la posible puesta en peligro o lesión de las obligaciones de la República Federal provenientes del derecho internacional por medio de la concesión de la autorización y la falta de fiabilidad del peticionante medida de acuerdo con el § 5 de la WaffG.

[580] El reparto de la competencia entre el gobierno federal y el Consejo Federal de Seguridad Nacional no está exento de dudas. Según el art 26 (2), GG y § 11 (1), KWKG la autoridad competente para otorgar la autorización para la exportación de armas es el *gobierno federal.* Según el § 11 (2) de la KWKG el poder de otorgar la autorización puede ser transferido a determinados ministros especializados (crít. sobre la conformidad constitucional *Epping*, Kriegswaffenkontrolle [1993], 211 ss.). El *Consejo Federal de Seguridad Nacional* es una comisión del gabinete con un reglamento de funcionamiento propio (secreto) (Epping, loc. cit., p. 224, nota 62); a éste no pertenecen todos, sino sólo algunos miembros del gabinete (el canciller del Estado y los ministros de relaciones exteriores, de defensa, del interior, de finanzas y de economía). Solamente en caso de necesidad pueden ser consultados otros ministros. El Consejo cumple funciones consultivas y preparatorias en cuestiones de especial importancia política (entre las cuales se encuentran las exportaciones especiales de armamentos); él toma al respecto "decisiones preliminares" para el canciller y el gabinete (*Epping*, loc. cit., p. 224; *Stern*, Staatsrecht [1980], p. 876; sobre su predecesor, el Consejo Federal de Defensa Nacional, cfr. *Unruh*, VVdStRL 1968, 186 s.). Sin embargo, el Consejo es considerado *fácticamente* como el órgano dirigente de gobierno más importante en cuestiones de política de seguridad, por lo cual luego de su decisión no tiene lugar ninguna otra decisión del gabinete (*Epping,* loc. cit., p. 225; cfr. también el organigrama de competencias de toma de decisiones en idem p. 258 ss.). Al respecto, *v. Unruh* (loc. cit.) encuentra incompatibilidades en el derecho de organización estatal que, sin embargo, deberían ser consentidas debido a la necesidad del Consejo; por el contrario *Epping* (loc. cit., p. 226 s.) considera inconstitucional la competencia fáctica del Consejo. Sobre esta problemática una primera aproximación ya supra II. 2. b) bb).

nes internacionales, de conductas cotidianas en el sentido del derecho nacional. Por ello, también puede ser puesto en duda con toda razón el hecho de que la dogmática nacional *al respecto*, al menos en su terminología basada en la normalidad del tráfico comercial diario y de la prestación privada de asistencia, pueda acaso alguna vez ingresar en el derecho penal internacional.

(*4*) *Consecuencias para la complicidad psíquica; momento de la complicidad*

Las reglas de imputación expuestas sirven también para demarcar con mayor precisión la *complicidad psíquica*, figura ésta de especial relevancia en la praxis de derecho penal internacional. En general vale lo dicho más arriba: El asistente, con su ayuda, debe haber aumentado el peligro o el riesgo para el bien jurídico (*aumento del riesgo*), este (aumento del) riesgo por él creado se debe haber realizado (*realización del riesgo* o causalidad de modificación) y su prestación de asistencia debe haber sido jurídicamente desaprobada (*desaprobación del riesgo*). *In concreto* se trata menos de los casos, en sí no problemáticos, de auxilio mediante consejos técnicos,[581] que de aquellos de un (mero) fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho.[582] Al respecto, no debe confundirse el problema indiscutible de la posibilidad de demostración de una influencia psíquica[583] con la posibilidad o imposibilidad de existencia misma de la influencia. Aquella cuestión se debe solucionar en el plano procesal, teniendo especialmente en consideración el principio *in dubio pro reo*. Pero éste no es un problema irresoluble —en contra *Samson*[584]— y tampoco podría serlo, pues es del todo posible que existan casos en los cuales el cómplice refuerza o estabiliza[585]

---

[581] Cfr. al respecto *Samson*, Kausalverläufe (1972), p. 181 ss. (188 s.); SK-*Samson* (1993) § 27, nm. 13; LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 11; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 505; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 198; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 225; *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 634; para la doctrina española *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 311 ss.

[582] Cfr. para un panorama del estado de la discusión *Phleps*, Beihilfe (1997), quien luego de una introducción histórica (p. 2 ss.) diferencia entre un actuar activo por medio de aprobación, estimulación etc. (p. 13 ss.) y una presencia pasiva (p. 108 ss.), clasificando, sin embargo, muchos de estos casos en el primer grupo (ver, con más detalles, infra nota 596); también *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 634 ss.; *Roxin*, AT II (2003), § 26 nm. 199 s.

[583] Cfr. por ejemplo SK-*Samson* (1993) § 27, nm. 15; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 225; *Rudolphi*, StV 1982, 520; también *Phleps*, Beihilfe (1997), p. 57 s.; *Smith*, Treatise (1991), p. 85.

[584] Cfr. *Samson*, Kausalverläufe (1972), p. 181 ss. (195 s.), quien en el resultado sólo reconoce la asistencia mediante consejos; también SK-*Samson* (1993) § 27, nm. 15: "[…] dificultades probatorias […] en principio insuperables". En contra de una complicidad psíquica en estos casos, también *Hruschka*, JR 1983, 177 ss. (178 s.), sobre esto con más detalles en las notas siguientes.

[585] Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 12 s., 41; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 505 s.; *Jakobs*, AT (1993), 22/36 s.; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 225; también *Rudolphi*, StV 1982, 520. Asimismo, *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 313 ss. (317 s.). Cfr. también supra nota 582.

la resolución a cometer el hecho del autor principal mediante una influencia sobre su psiquis.[586] Con otras palabras: no se puede negar que existen casos de complicidad psíquica en la forma de fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho; es "sin embargo, indispensable y debe demostrarse en el proceso" que "el influjo psíquico haya surtido efecto".[587]

De este modo, la doctrina dominante puede unirse sin esfuerzos a la exigencia del efecto sustancial sobre el hecho principal desarrollada por la jurisprudencia penal internacional. Esta exigencia presupone al menos que el autor principal tenga conocimiento de la prestación de asistencia, porque, de otro modo, ésta no podría producir el efecto de reforzar la comisión del hecho.[588] Además, debe existir fácticamente un espacio de "inseguridad psíquica residual" en el autor principal en cuanto al desarrollo concreto del hecho. El autor se debe *sentir*, por ejemplo, por los gritos de aliento de las personas que lo rodean, de tal modo fortalecido que no se contenta con darle a la víctima una leve "lección", sino que la lesiona corporalmente de modo grave. La delimitación con la inducción corre en los hechos —en este sentido es correcta la crítica[589] a la punibilidad del fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho como complicidad psíquica— por una línea muy delgada: en realidad, ella sólo se puede fundamentar con que el *omnimodo facturus*[590] sólo en principio está decidido a cometer el hecho y aunque por tal razón ya no pueda más ser determinado a ello, sí podría, sin embargo, estar aún sometido a vacilaciones psíquicas que hagan posible un fortalecimiento psíquico.[591] El asistente sólo rara vez impedirá el abandono de la

---

[586] En este sentido, la complicidad psíquica no actúa precisamente sobre el hecho, sino sobre el *autor*, con más exactitud sobre su resolución a cometer el hecho y a través de ésta, es decir sólo mediatamente, sobre el hecho (asimismo LK-*Roxin* [1993], § 27, nm. 14; *el mismo*, FS Miyazawa [1995], p. 509; *Kühl*, AT [2002], § 20, nm. 226). En este sentido, en primera línea es el autor quien puede brindar información acerca de si se ha sentido fortalecido psíquicamente por medio de la conducta del cómplice (cfr. también *Phleps*, Beihilfe [1997], p. 53 ss. [59]). Por el contrario, quien como *Hruschka*, JR 1983 178, reserva la complicidad exclusivamente para la intervención en un *hecho* ajeno, no puede reconocer una complicidad psíquica, sino que debe considerar a todos los casos de influjo sobre el autor como inducción (así también idem, 178 s.).

[587] *Jakobs*, AT (1993), 22/36.

[588] Acertadamente *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 52, nm. 7, 16; también *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 320. En este sentido consecuente también *Schild Trappe*, Gehilfenschaft (1995), p. 97, cuya concepción básica de la complicidad —como causalidad comunicada exclusivamente psíquicamente (p. 96 ss., 96)— no es, sin embargo, convincente (cfr. *Roxin*, JZ 1996, 29 s.; *Wohlleben*, Beihilfe [1996], p. 96 ss.; también *Ambos*, JA 2000, 722 en la nota 22 = RDPC No. 8 (Julio 2001), p. 195.

[589] Cfr. ya supra por la nota 584 s.

[590] Sobre este concepto *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 124 ss. Crít. *Puppe*, GA 1984, 116 ss. con base en su concepción restringida de la inducción (infra, nota 715).

[591] En este sentido también LK-*Roxin* (1993), § 26, nm. 18. Cfr. con más profundidad sobre la delimitación entre complicidad e inducción, infra 3. c). En favor de la posibilidad de una inducción del *omnimodo facturus* también *Werle*, 2003, nm. 411 refiriéndose a ICTY, *Prosecutor v. Kvocka et al*., supra nota 477, para. 252; *Prosecutor v. Kordic/Cerkez*, Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T), para. 387. Sin embargo, en esta sentencia se exige una relación causal y sólo se considera prescindible la demostración de que el hecho también habría sido cometido sin la inducción; igualmente ICTY, *Prosecutor v. Naletilic/ Martinovic*, supra nota 483, para. 60.

resolución a cometer el hecho,[592] pero él puede influir, como en el ejemplo arriba expuesto, la ejecución concreta del hecho.

Sin embargo, también en *derecho penal internacional* rige el principio de que una complicidad psíquica por medio del fortalecimiento de la resolución de cometer el hecho entra en consideración sólo en límites estrechos.[593] Por lo general, no alcanza con simples manifestaciones de simpatía, ya que éstas no estabilizan o intensifican la resolución a cometer el hecho del autor y, por ello, no surten efecto sobre el hecho principal[594] o bien porque no merecen un juicio de desaprobación jurídico-penal en el sentido del requisito de la desaprobación del riesgo.[595] Del mismo modo —así también ha de entenderse la jurisprudencia penal internacional—, tampoco la mera *presencia* en el lugar del hecho puede fundamentar una punibilidad por complicidad. Aunque ella pueda ser un indicio de un fortalecimiento de la resolución a cometer el hecho del autor principal, éste sin embargo debe ser demostrado por separado. De lo contrario, se sancionaría un mero estar inactivo, es decir, una omisión sin la necesaria posición de garante.[596]

---

[592] Así, la única posibilidad de SK-*Samson* (1993) § 27, nm. 15; similar *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 227; *Freund*, AT (1998), § 10, nm.141.

[593] Asimismo, *Roxin*, FS Miyazawa (1995), p. 508; *Köhler*, AT (1997), p. 535; *Weigend*, FS Nishihara (1998), 209, quien se basa en la eficacia real de favorecimiento de la acción de complicidad; restrictivamente, también *Phleps*, Beihilfe (1997), p. 105 ss.

[594] Así, LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 13; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 506; *Jakobs*, AT (1993), 22/36; igual en el resultado *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 226; *Freund*, AT (1998), § 10, nm. 140; *Geppert,* Jura 1999, 270; también *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 239 s., para quien en estos casos falta ya creación o aumento del riesgo.

[595] *Murmann*, JuS 1999, 552.

[596] Igual en el resultado LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 42; *el mismo*, FS Miyazawa (1995), p. 507; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 204 ss. (205); *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 228; *Köhler*, AT (1997), p. 535; *Rudolphi,* StV 1982, 521; *Geppert,* Jura 1999, 270; *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 637 s.; *Schabas*, Introduction (2004), p. 102; también *Stoffers*, Jura 1993, 11 ss. (16 s.) sobre la base de un análisis de la jurisprudencia alemana, a la cual le reprocha el tratar a los casos de omisión como conductas positivas. *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 319 s., exige en este contexto una presencia "activa". Cfr. también la profunda investigación de *Phleps*, Beihilfe (1997), p. 108 ss. (177 s.), quien si bien valora una "conducta puramente pasiva" como omisión y por ello considera aplicables los § 13, 323c del StGB, clasifica sin embargo a ciertos comportamientos que pueden concebirse perfectamente como omisiones en gran medida como conductas positivas y de este modo estima suficiente para la punibilidad el "efecto real de fortalecimiento"; de esta forma, en el resultado, esta autora sigue a la jurisprudencia. Para el *common law* cfr. la crítica de la punibilidad de la mera presencia en *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 678 s.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 418 s. (ahora con referencia a la CEDH); cfr. también *Smith*, Treatise (1991), quien señala la equiparación tradicional entre presencia y complicidad (p. 24 ss., 32 s.), aunque él mismo niega que la mera presencia pueda servir de fundamento de la responsabilidad por participación, especialmente en los delitos llamados de "public performance" (p. 35 ss., 36): "Rather, actual encouragement […] of the principal is the minimum requirement for complicity in any offence. Although presence […] can be taken as evidence of encouragement, this will not be inevitable". Recientemente crít. *Schabas*, Genocide (2000), p. 297: "legal duty to intervene". Cfr. en general sobre la complicidad *por omisión*, LK-*Roxin* (1993), § 27, nm. 43 s.; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 229 ss.; *López Peregrín,* Complicidad (1997), p. 330 ss.; *Geppert,* Jura 1999, 271; *Ashworth*, Principles (2003), p. 420 s.; *Smith*, Treatise (1991), p. 39 ss. (crít. 43 ss.); *Law Commission*, Assisting (1993), p. 21 s., 103 ss.

La cuestión del *momento de la acción de participación o de complicidad* no es discutida en la jurisprudencia y tampoco el ECPI se refiere a ella. La CDI ha hecho depender la posibilidad de una participación después de la consumación del hecho principal de la existencia de un plan del hecho en este sentido. En caso de que éste no exista, ella parte de una punibilidad autónoma ("harbouring a criminal").[597] Esto se corresponde con la doctrina tradicional del common law de la "accessory after the fact",[598] que equivaldría al favorecedor (encubridor) y a quien obstruye la punición del derecho alemán (§ 257 y 258, StGB). Lo que es convincente de esta posición es que de ella se extrae que la punibilidad de la participación presupone una relación de imputación entre el hecho principal y la acción de participación.[599] Esta postura es problemática, sin embargo —al menos desde la perspectiva alemana—, en cuanto se funda en la resolución conjunta a cometer el hecho reservada a la responsabilidad en coautoría; tendría que ser suficiente, más bien, que la acción de participación posterior se conecte de alguna forma al hecho principal; desde el punto de vista objetivo, por ejemplo, por medio de su repercusión sobre la comisión del hecho.[600] De todas maneras aquí no rigen reglas específicas de derecho penal internacional, sino que se aplican los principios generales.[601]

b) *La finalidad subjetiva de la facilitación del hecho principal*

El requisito subjetivo especial del art. 25 (3)(c) se corresponde sustancialmente con el del § 2.06 (3)(a) del MPC ("purpose of promoting or facilitating the commission") y es una consecuencia de la amplitud del tipo objetivo de complicidad. Si en el plano objetivo, a causa de una comprensión naturalista de la causalidad o por ausencia de un requisito de causalidad, prácticamente todo aporte al hecho puede ser valorado como complicidad, resta sólo la posibilidad de efectuar una limitación en el plano subjetivo. También el common law —similarmente a la jurisprudencia alemana— tiende a una solución de este tipo. *Smith* señala, por ejemplo, que las exigencias en cuanto al dolo del partícipe aumentan con la disminución de la exigencia objetiva de causalidad.[602]

---

[597] Cfr. sobre esto ya p. 451 vers. al.

[598] Cfr. al respecto ya p. 90 s. vers. al., ver traducción de la parte pertinente en la N. del T. situada a continuación de la nota 2; ver también *Smith*, Treatise (1991), p. 7 s.

[599] Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 40.

[600] SK-*Samson* (1993), § 27, nm. 18, exige similarmente que la acción de participación posterior deba repercutir sobre la lesión del bien jurídico abarcado por el tipo.

[601] Por lo cual, como es conocido, según la doctrina (y jurisprudencia) dominante una complicidad sucesiva es posible hasta la finalización material del hecho principal (crít. de la doctrina dominante, cfr. LK-*Roxin* [1993], § 27, nm. 31 ss.; siguiendo esta crítica, que se basa en la imposibilidad de una lesión mediata del bien jurídico después de la consumación y en consideraciones basadas en el principio de determinación o de certeza: *López Peregrín*, Complicidad [1997], p. 304 s.; *Geppert,* Jura 1999, 272, con otras referencias).

[602] *Smith*, Treatise (1991), p. 153, 195. Cfr. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 677 ss. (679), quien, al respecto, señala la adopción del "principle of subjective criminality" de la teoría de la tentativa;

La formulación "[f]or the purpose of facilitating" —en la versión oficial alemana traducida un poco pálidamente como "*para la* facilitación" ("*zur* Erleichterung")— habla a primera vista en favor de una acentuación del elemento volitivo del dolo. El § 2.02 del *MPC* diferencia, sin embargo, entre *purpose* en cuanto a la conducta del agente ("conduct"), en cuanto al resultado causado ("result") y en cuanto a las circunstancias concomitantes ("attendant circumstances"). En el primer caso, el "objetivo consciente" ("conscious objective") del agente debería ser el "to engage in *conduct* of that nature or to cause such a *result"* (§ 2.02 (2)(a)(i)).[603] En el caso de las circunstancias concomitantes el agente debería solamente ser consciente de, creer en o esperar la presencia de tales circunstancias (§ 2.02 (2)(a)(ii)). En general, el objetivo delictivo compartido por el partícipe constituiría el presupuesto y el límite de su responsabilidad.[604] Por otra parte, una aportación al hecho prestada a sabiendas implicaría sin embargo con frecuencia un "purpose since it has no other motivation".[605] De acuerdo con el § 2.4.(b) del Draft Bill *canadiense* una persona actúa "purposely" si ella "quiere intervenir en tal conducta" ("means to engage in such conduct") o (ii) quiere "causar" una determinada consecuencia ("to effect"). En ambos casos se acentúa por tanto el elemento volitivo.[606] De este modo, el *purpose* es entendido, en definitiva, como voluntad en cuanto a la conducta y al resultado y equiparado a conocimiento en cuanto a las circunstancias concomitantes al hecho. Sobre esta diferenciación se volverá más adelante, ya que ella se encuentra también en el art. 30.[607]

También en la doctrina se acentúa el significado volitivo de la formulación *purpose*. Para *Williams* la formulación se corresponde con el significado básico de "intention", del deseo de un determinado resultado.[608] *Smith/Hogan* constatan que existe acuerdo en que alguien entiende causar un resultado ("intends to cause a result"), cuando actúa con el propósito de hacerlo ("acts with the purpose of doing so").[609] Para *Smith* la exigencia de un actuar dirigido hacia un fin o objetivo significa que el cómplice es responsable *aunque* no haya previsto o esperado el hecho principal.[610]

En el derecho alemán, la formulación "para" ("um zu") se corresponde según la opinión general a una exigencia de intención en el sentido de una voluntad dirigida hacia un fin.[611] Esta interpretación es confirmada con las versiones oficiales francesa

---

cfr. también *Ashworth*, Principles (1995), 414 s.: "[…] outward manifestation of his or her willingness to be associated with the crime […]" (suprimido a partir de la cuarta edición).

603 Resaltado por el autor. Asimismo, *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 310 (comentario al § 2.06 (3)(a) MPC; sobre esto también abajo, nota 613).

604 *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 311, 312.

605 Idem, p. 316.

606 *LRC*, Report 31 (1987), p. 23 s. Cfr. también *Law Commission*, Assisting (1993), p. 38 ss.

607 Cfr. con más detalles infra § 11 I. 1.

608 *Williams*, Criminal Law (1983), p. 74 s.

609 *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 70.

610 *Smith*, Treatise (1991), p. 173: "Where assistance is provided with the desire or objective of bringing about the principal offence there will be liability without any foresight or expectation that an offence will occur".

611 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 298; *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 3; diferenciando S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben* (2001), § 15, nm. 66, 70, quienes reconocen, de todos modos, que la formulación

y castellana, las cuales destacan la direccionalidad final de la conducta del cómplice ("En vue de faciliter", "Con el propósito de facilitar").[612]

El claro texto del art. 25 (3)(c) se decide en favor de una exigencia dolosa intensificada para la complicidad —al menos en cuanto a la conducta delictiva y al resultado del hecho principal—, poniendo fin, así, a la disputa al respecto. Esta solución se aparta, sin embargo, de la mayoría de los derechos nacionales y de la jurisprudencia de los tribunales Ad-hoc. En el common law la cuestión es sumamente discutida: Algunos sistemas siguen el principio elegido por el ECPI; otros consideran suficiente el dolo (genérico), especialmente la mera previsibilidad del hecho principal.[613] Para el derecho alemán y los sistemas jurídicos emparentados con éste es suficiente el dolo (genérico).[614] Esto se corresponde con la jurisprudencia de los tribunales Ad-hoc, según la cual, como es conocido, es suficiente con que el cómplice sepa que sus conductas ayudan al autor principal.[615]

c) *Complicidad y contribución de algún otro modo al hecho colectivo*

La disposición del art. 25 (3)(d) se funda en un compromiso político tendente a reconciliar los intereses de los adversarios del tipo tradicional de conspiración ("conspiracy") y los partidarios de alguna especie de responsabilidad fundamentada colec-

---

indica "según su tenor literal una acción dirigida finalmente". Sobre el concepto de intención cfr., además, infra § 11 I. 2. c) aa).

612 Cfr. para el derecho *francés Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 419 ss. (420): "l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale". En la doctrina *española* general no se encuentra el concepto de "propósito", pero la doctrina dominante interpreta la preposición "para", similar a la alemana "um zu", como intención (por ejemplo, el art. 290, CP: "para causar un perjuicio […]"; cfr. *Martínez-Buján*, Derecho Penal Económico [1999], p. 211 s.); para una concepción más amplia de la "intención" cfr. *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 231 ss. (236 ss.) con referencias en la nota 136; al respecto, también infra § 11 I. 2. c) aa). Cfr. también la traducción *italiana* "con lo scopo di agevolarne", en: *Paolo Reale* (editor), Statuto (1999), p. 123.

613 Así, según *Smith*, Treatise (1991), p. 149 s., 161 ss. (194) el derecho inglés. Sobre las alternativas cfr. *Law Commission*, Assisting (1993), p. 31 ss., 106 ss. con otras referencias, que propone el "knowledge or belief test" (idem, p. 113; similar el § 27, DCCB). Dentro del *American Law Institute* era discutido si debía exigirse el "purpose" (así el § 2.06 (3)(a) del MPC) o si ya debía bastar con la facilitación a sabiendas del hecho principal (MPC I [1985], p. 314 ss., 315: "The issue was, whether knowingly facilitating the commission of a crime ought to be sufficient for complicity, absent a true purpose to advance the criminal end"). Cfr. por lo demás las referencias en *Smith*, Treatise (1991), p. 159 s., en las notas 72-75, quien aboga por un criterio volitivo intensificado, por ejemplo, en la p. 153: "purposive action (or, at the very least, 'assent') […]"; cfr. también la p. 196.

614 Cfr. LK-*Roxin* (1993), § 26, nm. 64 ss., así como § 27, nm. 45 ss.; sobre las más rigurosas exigencias de dolo del inductor en la jurisprudencia cfr. *Geppert,* Jura 1999, 273. Para el derecho español cfr. el art. 29 CP español, así como *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 404 s. Para el derecho francés cfr. el art. 121-7 CP francés: "Est complice […] qui *sciemment* […] a facilité la préparacion ou la consommation" (resaltado por el autor).

615 Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 19. Sobre los exigentes requisitos subjetivos en el crimen de genocidio en los casos *Jelisic* y *Akayesu*, cfr. resumidamente p. 357 vers. al.

tivamente.[616] Con el art. 25 (3)(d) se abandona, ahora definitivamente, el tipo tradicional de conspiración,[617] el cual de todos modos había perdido progresivamente importancia en el desarrollo de las codificaciones.[618] Pues el art. 25 (3)(d) presupone la (tentativa de) comisión de un crimen, mientras que la conspiración se diferencia típica y justamente de otras formas de intervención por el hecho de que, en principio, es suficiente la mera planificación del hecho; se trata, por tanto, de un delito incompleto ("inchoate offence").[619] Por lo demás, la exigencia de una tentativa de comisión se deduce también inequívocamente de los crímenes por organización de Núremberg[620] y de sus modernas variantes.[621] La tentativa de comisión de un hecho concreto es especialmente más que la mera cooperación a la producción del llamado "espíritu de cuerpo normativo" ("*normativer Verbandsgeist*") del colectivo en cuestión.[622]

La formulación un tanto complicada del art. 25 (3)(d) sólo es comprensible si se tiene en cuenta la génesis de la norma. La conducta aquí tipificada, como entretanto

---

[616] Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 20; también *Saland*, en: Lee (ed.), 1999, p. 199; *Eser*, en: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute (2002), p. 767, 802; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 165.

[617] Cfr. la propuesta que aún se discute en el PrepCom: UN, Report of the Preparatory Committee II (1996), p. 94 s. Con acierto *Schabas*, Genocide (2000), p. 263 s.; *el mismo*, Introduction (2004), p. 103 s.; de otra opinión, *Arsanjani*, AJIL 1999, 36 s., sin comprender sin embargo la naturaleza jurídica de la conspiracy.

[618] Resumidamente supra § 2 II. 2 b) y § 6 I. 2.

[619] Cfr. *Smith*, Treatise (1991), p. 47 ss. (47): "like all inchoate offences, conspiracy is free standing, liability being fixed the moment the agreement is concluded, without regard to achievement of the criminal objective". Cfr. también *Schabas*, Genocide (2000), p. 260; *Vest,* Genozid (2002), p. 251 ss.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 164 s.; así como el § 5.03 del MPC (*American Law Institute*, MPC II [1985], p. 382 ss.), § 11.5. CCA (supra, nota 21), y el art. 4 del Corpus juris (2000), en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 190. Cfr. también *Prosecutor v. Musema*, Judgement and Sentence 27.1.2000 (ICTR-96-13-T), para. 193; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, supra nota 453, para. 1044. Sobre su delimitación con la participación cfr. *Smith*, Treatise (1991), p. 52 s. Sobre su delimitación con el más restringido "complot" del derecho francés cfr. *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 275 s. Sobre el derecho español *Cerezo Mir*, FS Hirsch (1999), p. 128. En total crít. las recientes deliberaciones de la AIDP (cfr. *Weigend*, ZStW 1998, 958 s. y el proyecto de resolución en idem, 963; *el mismo*, ZStW 2000, 707), así como la resolución II. 2. del Congreso de Budapest de1999 (en: ZStW 2000, 724). Para referencias sobre el tipo de conspiración cfr. p. 82 con nota 19 vers. al.

[620] Sobre la responsabilidad en razón de la pertenencia a una organización criminal cfr. ya p. 82 con nota 20 vers. al. con referencias y p. 103 s. vers. al. Al respecto, también crít. la discusión en el marco del coloquio preliminar para la reunión de Budapest de 1999 de la AIDP, cfr. *Weigend*, ZStW 1998, 959, así como el proyecto de resolución en idem, 963.

[621] Cfr. por ejemplo la *acción común* de la Unión Europea del 21 de diciembre de 1998 (ABl. L 351 del 29 de diciembre de 1998, 1) relativa a la "punibilidad de la intervención en una asociación criminal". Según su art. 2 (1) a) la intervención activa dolosa en actividades delictivas de tal asociación, *sin* que la persona en cuestión intervenga "en la propia ejecución de los delitos" o la intervención en "otras" actividades de la asociación debe ser penada en los Estados miembros. Asimismo, según el art. 2 (1) b) una persona debe ser penada en razón del acuerdo a cometer delitos, *sin* que esa persona intervenga en la ejecución del hecho. Cfr. también el art. 5 (1)(a)(i) "UN Convention against Transnational Organized Crime", UN-Dok. A/55/ 383 (2.11.00); sobre esto ya p. 436 vers. al. con un cuadro comparativo en p. 426 ss.; también *Vest,* Genozid (2002), p. 351 ss.

[622] Cfr. ya *Kafka*, SchwZStr 1949, 233.

ha sido admitido incluso por los proyectistas,[623] está comprendida *esencialmente* en la complicidad del art. 25 (3)(c).

La participación "de algún otro modo" al hecho colectivo no se diferencia de la complicidad —desde el punto de vista *objetivo*— por la naturaleza del aporte —éste consiste en ambos casos en una acción de cooperación—, sino solamente por el objeto de referencia de la acción de cooperación: de acuerdo con el art. 25 (3)(c), éste es en la complicidad todo crimen individual, mientras que en la contribución "de algún otro modo" sólo la comisión de un crimen por un grupo, exigiéndose en ambos casos, como se ha mencionado, al menos la tentativa de comisión ("contribuya […] en la comisión o tentativa de comisión del crimen"; "contributed to the commission or attempted commission of such a crime […]"). Esta única diferencia no justificaría, sin embargo, la regulación separada de la participación "de algún otro modo", ya que todos los casos imaginables se encontrarían igualmente abarcados por la complicidad. Desde el punto de vista *subjetivo,* sin embargo, a la participación de algún otro modo le queda un ámbito de aplicación, dado que según el art. 25 (3)(d)(ii) la contribución dolosa al crimen colectivo también es punible si es realizada "con conocimiento" del dolo criminal del grupo. Mientras que en la complicidad es necesario siempre, como ya fue expuesto, un favorecimiento intencional del hecho principal, en la participación de algún otro modo es suficiente una contribución al hecho colectivo con el respectivo conocimiento. De este modo, desde el punto de vista subjetivo se exige menos.[624]

De todos modos, difícilmente existirían casos en los cuales fracase una complicidad por falta de intención de favorecimiento y en su lugar opere una participación de algún otro modo al hecho colectivo. La jurisprudencia del ICTY ha tratado la problemática sólo de manera aproximativa. En *Furundzija*[625] el tribunal diferencia entre complicidad en el sentido de *"*aiding and abetting" y participación de otro tipo en el plan o empresa criminal colectiva, refieriéndose en este sentido al art. 25 (3)(c) y (d) respectivamente; sin embargo, la Sala no expresa cómo han de delimitarse entre sí ambas formas de participación. En *Celebici*[626] se afirma que aquel que participa en el objetivo criminal o a la conducta criminal de un grupo podría ser responsabilizado como autor directo o como *cómplice*. En la sentencia de apelación en el caso *Tadic*[627]

---

[623] El diplomático sueco *Per Saland*, presidente del grupo de trabajo correspondiente en Roma, que tuvo una actuación decisiva en las negociaciones concernientes a la tercera parte del ECPI (cfr. *el mismo*, en: Lee (ed.), ICC (1999), p. 189 ss.), ha expresado al autor de esta obra, en el encuentro de expertos *intersessional* de la PrepComis en Siracusa (30.1.-6.2.2000) que el art. 25 (3)(d) no tendría un significado autónomo. Cfr. ya también *Ambos*, en: Triffterer (ed.), ICC Commentary (1999), art. 25, nm. 38 s.

[624] En cuanto a esto, debo revisar la posición que expresó en Triffterer (ed.), ICC Commentary (1999), art. 25, nm. 39. Esta posición sigue, sin embargo, *Arnold*, CLF 2003, p. 146.

[625] Cfr. *Prosecutor v. Furundzija*, supra, nota 75, para. 210 ss. (216).

[626] Cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 472, para. 328.

[627] *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 183 ss.

se discutió si el homicidio de cinco personas cometido por un grupo, al cual pertenecía el acusado, le podía ser imputado a éste.[628] Según la Sala de Apelación, Tadic al menos había apoyado la actividad criminal general del grupo; además, él habría sabido que en ese contexto podrían ocurrir homicidios y habría asumido los homicidios concretos al menos consintiéndolos.[629] Para poder comprender adecuadamente este tipo de casos, la Sala de Apelación construye —en el marco de la ya explicada doctrina del *joint criminal enterprise*[630]— tres categorías de casos que tienen en común la existencia de un plan común del hecho ("common purpose" o "design"). La Sala ve confirmada la exigencia de un plan común también por medio del art. 25 (3)(d).[631] Sin embargo, ella no verifica si y en qué medida el art. 25 (3)(d) puede ser delimitado de la regulación general de la coautoría del art. 25 (3)(a) alt. 2 (que comprende a las dos primeras categorías de casos por ella construidas) o de la complicidad de conformidad con el art. 25 (3)(c). Ella sólo delimita de modo general el actuar fundado en un plan común de la complicidad.[632] Al respecto, ha de tenerse en cuenta que los Tribunales Ad-hoc exigen para la complicidad solamente el conocimiento del cómplice acerca de la comisión del hecho principal.[633] Por tal razón Tadic pudo ser penado, sin esfuerzos, como cómplice. Pues, por un lado, en su conducta se puede ver un apoyo psíquico al autor principal y, por el otro, él asumió los homicidios concretos, consintiéndolos. En vista de la situación jurídica del ECPI una solución de tal tipo es sin embargo problemática, porque el art. 25 (3)(c) —ya según su tenor[634]— exige una *intención* determinada de facilitar o favorecer el hecho principal. Esta intención no ha sido constatada, por lo cual Tadic respecto de los hechos en cuestión —y sobre la base del ECPI— solamente hubiera podido ser condenado en virtud del art. 25 (3)(d). Pues esta disposición exige precisamente desde el punto de vista subjetivo menos que la complicidad del art. 25 (3)(c), a saber, solamente el conocimiento del dolo criminal del grupo. Con otras palabras: la exigencia más intensa de dolo de la complicidad proporciona a la participación "de algún otro modo" en el hecho colectivo un ámbito de aplicación en los casos en los cuales el cómplice actúa simplemente con dolo en cuanto al hecho principal (colectivo).[635]

---

628 Idem, para. 183, 220.

629 Idem, para. 230 ss. (232): "was *aware* that the actions of the group of which he was a member were likely to lead to such killings, but he nevertheless willingly *took that risk*".

630 Ver ya supra nota 36 y texto con mas referencias (al § 2 II. 1. a) 2. c) y 3a)).

631 *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 39, para. 221 s.

632 Idem, para. 229.

633 Cfr. p. 354 s. vers. al.

634 Según los presupuestos de imputación de la complicidad, arriba desarrollados, sería además dudoso que en la conducta de Tadic se pueda ver realmente una elevación causal del riesgo.

635 Más crit. *Mantovani*, JICJ 2003, p. 35 que considera que el art. 25 (3) (d) es "superflous".

3. La inducción como forma básica de provocación a otro a cometer delitos

En el derecho penal internacional la provocación a cometer delitos[636] ha sido reconocida hasta hoy solamente en la forma de *incitación* ("incitement") al genocidio con base en el art. III (c) de la Convención contra el Genocidio[637] y en los arts. 4 (3)(c) del Estatuto del ICTY y 2 (3)(c) del Estatuto del ICTR,[638] basados en la convención precitada.[639] Las otras formas de provocación, especialmente la inducción ("instigation"), están prácticamente absorbidas por la amplia concepción de la complicidad ("aiding and abetting"), especialmente si la *inducción* es entendida en el sentido de toda aportación al hecho sin que sea indispensable que lo desencadene[640] y si, desde el punto de vista subjetivo, sólo se exige que el autor quiera causar el hecho principal o actúe en conocimiento de que éste ocurrirá con alta probabilidad ("substantial likelihood") como consecuencia de su conducta.[641]

La subsunción prácticamente completa de todas las formas de "secondary participation", "accessoryship" o "complicity" en un amplio tipo residual de complicidad se debe a la tendencia tradicional del derecho angloamericano de no diferenciar entre inducción y complicidad, sino de reunir a ambas bajo una participación accesoria (fáctica) entendida en sentido amplio.[642] Ésta es delimitada únicamente de los llama-

---

[636] Utilizo aquí el concepto de provocación —diferentemente a *Rogall*, GA 1979, 11, 26— en un sentido amplio, también para los tipos independientes de peligro, los cuales justamente no dependen de la consumación del hecho principal. [N. del T.: Con "provocación" se traduce aquí el término alemán *Veranlassung*; como explica el autor de la obra en esta nota el concepto es utilizado en un sentido amplio como provocación u ocasionamiento del hecho en otro, y, por tal razón, tampoco en el sentido específico del art. 18 I del CP español; en lo siguiente cuando se aluda con provocación a la norma del CP español se indicará expresamente.]

[637] Cfr. ya supra § 5 I. 2. b).

[638] Cfr. al respecto también la jurisprudencia del ICTR en *Akayesu*, supra nota 164, para. 552 ss.; *Rutaganda*, supra nota 164, para. 38; resumidamente p. 352 vers. al.

[639] Sobre el reconocimiento de la incitación desde una perspectiva de derecho comparado cfr. *Eser*, en: Kretzmer/Kershman Hazan (eds.), Freedom (2000), p. 126 ss.; también *Swart*, en: Alldridge/Brants (eds.), Autonomy (2001), p. 164 ss.

[640] Cfr. *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 487, para. 280; *Prosecutor v. Kordic/Cerkez*, supra nota 591, para. 387; *Prosecutor v. Krstic*, Judgement 2.8.2001 (IT-98-33-T), para. 601; *Prosecutor v. Kvocka et al.*, supra nota 477, para. 243, 252; *Prosecutor v. Galic*, Judgement 5.12.2003 (IT-98-29-T), para. 168; *Prosecutor v. Naletilic/Martinovic*, supra nota 483, para. 60; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 39, para. 269. En *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 482 el ICTY hablaba todavía de "prompting another to commit an offence" sin referirse a la relación entre la inducción y el acto principal.

[641] ICTY, *Prosecutor v. Kvocka et al*., supra nota 477, para. 252; ICTY, *Prosecutor v. Naletilic/Martinovic*, supra nota 483, para. 60; *Prosecutor v. Brdanin,* supra nota 39, para. 269; ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 415; *Eser*, en Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute (2002), p. 797 exige un doble dolo en el inductor.

[642] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 640, 644, 671; *Law Commission*, Assisting (1993), p. 13 ss.; *Jescheck*, ZStW 1987, 127 s. Cfr. también el § 2.06 (3) del MPC (es "accomplice" quien "solicits" "aids or agrees or attempts to aid […]"; allí el "term accomplice" es "[…] employed as the broadest and least technical available to denote criminal complicity", *American Law Institute*, MPC I [1985], p. 306); el § 27 del *DCCB* ("accessory" como aquel que "procures, assists or encourages"); el § 4 (2) del Draft Bill *cana-*

dos delitos incompletos ("inchoate crimes"), es decir, de aquellos que son punibles con independencia de la consumación del hecho principal, entre los cuales figura, por ejemplo, también la incitación a cometer un delito ("incitement").[643] Recientemente la *Law Commission* británica ha abogado con su propuesta de un modelo de participación dualista —sin embargo, no accesorio— por una diferenciación entre "assisting" en el sentido de complicidad y "encouraging" en el sentido de una inducción entendida de modo amplio.[644]

El ECPI comprende ahora en un apartado con los términos "orders", "solicits" e "induces" tres formas de provocación a otro a cometer delitos (art. 25 (3)(b)). Esto obliga, ante todo, a delimitar estas acciones entre sí (*sub* a)). Además se codifica el "incitement" al genocidio en el art. 25 (3)(e). También esta forma de provocación necesita de un examen más detallado, especialmente en cuanto a su delimitación con la "soliciting" y la "inducing" (*sub* b)). Finalmente, estas formas de provocación a otro a cometer delitos, determinadas ya con mayor precisión, serán delimitadas de la complicidad en el sentido del art. 25 (3)(c) (*sub* c)).

a) "*Orders*", "*solicits*" *e* "*induces*"

En conexión con lo expresado anteriormente,[645] el término "orders" ("ordonne", "ordene") del art. 25 (3)(b) alt. 1 puede ser traducido, sin problemas, como "*Anordnung* einer Straftat" (*ordenar* la comisión de un delito) y clasificado por su estructura como autoría mediata. En el caso en que llegara a faltar, al respecto, el dominio del hecho del superior, éste seguirá siendo punible según las reglas de la provocación al hecho que se desarrollarán seguidamente. Desde esta perspectiva, la codificación separada del ordenar la comisión de un delito es superflua. Sin embargo, no se debe pasar por alto que la punibilidad del ordenar la comisión de un crimen internacional está reconocida por la costumbre internacional;[646] al respecto, es controvertido si es necesaria una relación jerárquica formal entre superior y subordinado.[647]

---

diense ("favorecedor" aquel que "helps, advises, encourages, urges, incites or uses another person to commit that crime […]"; *LRC*, Report 31 [1987], p. 44). El § 11.2. (1) CCA *australiano* (supra, nota 21): Cómplice como la persona "who aids, abets, counsels or procures the commission of an offence […]". Así, ni los manuales más importantes, ni la monografía de *Smith* contienen un tratamiento separado de la inducción.

643 Cfr. *Law Commission*, Assisting (1993), p. 6, 64 ss.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 464 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 168 s. Ver también *Schabas*, Genocide (2000), p. 257, 266, 292; *el mismo*, Introduction (2004), p. 102s.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 266; *Ntanda Nsereko*, in: McDonald/Swaak-Goldman (ed), Int. Criminal Law (2000), t. I, p. 133. Ver también infra nota 691 ss. y texto.

644 Cfr. ya supra, nota 464.

645 Cfr. ya supra II. 3. a) con nota 164.

646 Cfr. *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 409.

647 Cfr. en favor de tal relación *Prosecutor v. Semanza*, supra nota 477, para. 382; *Prosecutor v. Ntagerura et al.*, Judgement and Sentence 25.2.2004 (ICTR-99-46-T), para. 624; en contra *Prosecutor v*.

Por el contrario, la interpretación de las restantes acciones plantea numerosos problemas. En vista del diferente contenido de significación de las versiones inglesa, francesa y castellana del art. 25 (3)(b) alt. 2 ("solicits", "sollicite", "proponga") y alt. 3 ("induces", "encourage", "induzca") surge, ante todo, el interrogante de si es correcta la traducción alemana oficial de estas acciones con "auffordern" (exhortar) y "anstiften" (inducir, instigar). Si bien estos conceptos se pueden insertar muy elegantemente en el sistema del StGB, ya que se encuentran en los § 111/130 y § 26, la palabra elegida no se compadece completamente con el significado de las versiones idiomáticas auténticas del ECPI.

"*Solicits*" o "*solicitation*" significa "urging, advising, commanding, or otherwise inciting another to commit a crime".[648] Según el § 5.02 del MPC una persona es responsable de "solicitation", si ella:

> […] with the purpose of promoting or facilitating its commission […] commands, encourages or requests another person to engage in specific conduct that would constitute such crime or an attempt […][649]

De acuerdo con esto, la acción consiste en una influencia de todo tipo ("command, encourage" etc.) sobre un persona determinada ("another" o bien "another person") para que cometa un crimen específico ("specific conduct", "such crime"). La diferencia con una exhortación a cometer un delito dirigida a un círculo de autores indeterminado en el sentido del § 111, StGB[650] consiste, sobre todo, en que en la "solicitation" el "círculo de autores" debe ser determinado o, al menos, determinable. Por otra parte, la "solicitacion" no es necesariamente desde el punto de vista conceptual un "inchoate crime".[651] Lo puede ser, como en el caso del § 5.02 del

---

Kordic/Cerkez, supra nota 591, para. 388; *Prosecutor v. Kajelijeli*, Judgment and Sentence 1.12.2003 (ICTR-98-44A-T), para. 763; *Procureur c. Gacumbitsi*, supra nota 477, para. 282; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 39, para. 270.

[648] Black's Law Dictionary (1999), p. 1398. Cfr. también la definición respective del American Heritage Dictionary (1992): "To entice or incite to evil or illegal action".

[649] Similar, *LaFave*, Criminal Law (2003), § 11.1.(a), p. 569.

[650] Cfr. *Rogall*, GA 1979, 15 ss. (16, con otras referencias en la nota 49); *Bloy*, Beteiligung (1985), p. 323 ss. (especialmente en contra de *Dreher*); *Paeffgen*, FS Hanack (1999), p. 602, 609; también S/S-*Eser* (2001), § 111, nm. 1; Lackner/*Kühl* (2001), § 111, nm. 3; para el derecho español cfr. *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 114 ss.; cfr. también ya supra § 5 I. 2. b). Según la opinión general, la exhortación —en el caso del § 111, como en el del § 130, StGB— se ha de entender como la "influencia expresa o tácita sobre *otros* con el objetivo de causar en ellos la determinación a cometer *determinadas* acciones" (cfr. S/S-*Lenckner* [2001], § 130, nm. 5b; resaltado por el autor); de todos modos, el hecho principal también puede estar menos determinado que en la inducción (*Ingelfinger*, Anstiftervorsatz [1992], p. 151 ss.). Fundamental sobre los presupuestos típicos del § 111 del StGB, *Paeffgen*, loc. cit., p. 602 ss., quien considera a esta figura como una forma especial de inducción (idem, p. 592, 617 y *passim*) y cree necesario una reducción teleológica a causa de su escala penal excesiva (idem, p. 601, 623); cfr. también ya supra § 5 I. 2. b). *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 265 s. considera —en sustancia similar— la peligrosidad de los comportamientos comprendidos por los § 111 y 130a como "esencialmente" menos concreta que la inducción.

[651] Cfr. también *LaFave*, Criminal Law (2003), § 11.1.(a), p. 569: "The crime solicited need not be commited".

MPC, pero también puede estar estructurada como una acción accesoria de participación. Según el § 2.06 (3)(a)(i) del MPC, por ejemplo, una persona es "accomplice" de otra si la "insta" ("solicits") a cometer un crimen determinado. En este sentido, la "solicitation" depende de un hecho principal. En ambos casos —sea como delito autónomo (§ 5.02, MPC) o como acción accesoria de participación (§ 2.06 (3)(a)(i), MPC)— el círculo de destinatarios de la "solicitation" tiene que estar determinado o, al menos, ser determinable. Por consiguiente, el "solicits" del art. 25 (3)(b) es *más restringido* que la exhortación del § 111 StGB, en todo caso en cuanto concierne al círculo de autores. De este modo, el "solicits" se encuentra más cercano a la inducción del § 26, StGB que a la exhortación del § 111, StGB.[652] Pues, la inducción se diferencia esencialmente de la exhortación por el hecho de dirigirse a un círculo de autores determinado o determinable.[653] Esto posibilita al inductor dominar el curso causal, si bien no completamente, sí de modo más fuerte que el exhortador.[654]

"*Induces"* o "*inducement"* significa en su acepción lingüística general "[t]o lead or move, as to a course of action, by influence or persuasion".[655] En sentido jurídico-penal, con esto se alude a "[A]n enticement or urging of another person to commit a crime".[656] El "inducement" contiene, de este modo, un elemento más bien intelectual de persuasión o convencimiento ("persuasion", "enticement") y un elemento de coacción —también psíquica— ("influence", "urging"). Ambos elementos se encuentran, sin embargo, también en el concepto de "solicitation", a saber, en forma del elemento más bien intelectual como "advising" o "encouraging" y en la del elemento de coacción como "urging", "commanding" o "commands". Por tanto, no es posible realizar convincentemente una delimitación puramente terminológica.[657]

Tampoco las versiones *francesa*[658] y *castellana* del ECPI aportan mayor claridad, ya que sólo se trata de traducciones de la versión original inglesa y, además, porque no todos los conceptos utilizados son conceptos jurídicos. Los términos fran-

---

652 Cfr. también la traducción del término "solicitation" en *Romain/Bader/Byrd*, Wörterbuch I (2000), p. 757 como "Anstiftung" (inducción, instigación).

653 Cfr. ya supra, nota 650.

654 Cfr., por un lado, *Rogall*, GA 1979, 12 ss. (13), quien, con referencia a *Samson*, parte del hecho de que el inductor domina el curso causal y por ello considera los casos del § 111, StGB como "complementos" del § 26, StGB. Mientras que esto último en lo esencial no se encuentra controvertido —independientemente de si, como *Rogall*, se considera al concepto de exhortación más restringido que el de inducción (así también *Lackner/Kühl* [2001], § 111, nm. 3) o no (S/S-*Eser* [2001], § 111, nm. 3)—, es negada con razón la completa capacidad de dominación del curso causal por parte del inductor (en este sentido crít. respecto de *Rogall: Bloy*, Beteiligung [1985], p. 339; *Gómez Rivero*, Inducción [1995], p. 115 s.).

655 American Heritage Dictionary (1992), p. 921.

656 Black's Law Dictionary (1999), p. 779.

657 Cfr. también la traducción de "induce" en *Romain*, Wörterbuch I (2000), p. 389 como "herbeiführen, veranlassen, anstiften" (ocasionar, provocar, inducir). Al igual que en la "solicitation", supra, nota 652, aquí también se encuentra comprendida la inducción.

658 Igualmente la traducción italiana "sollecita o incoraggia" (*Paolo Reale* [editor], Statuto [1999], p. 123).

ceses "sollicite"/"encourage" no se encuentran en las disposiciones sobre participación del art. 121-6 s. del CP francés. *Soliciter* significa "*aufreizen*" (incitar; provocar) o "*verleiten*" (inducir),[659] asemejándose, por tanto, más bien al término inglés "induces". *Encourager* significa "animar, alentar, respaldar" ("ermutigen, fördern, unterstützen"),[660] y comprende, de este modo —como el inglés "encourage"[661]—, también a la complicidad. El concepto español "induzca" se corresponde con la inducción en el sentido del art. 28 a), CP español[662] y el término "proponga" a la invitación a ejecutar el hecho de acuerdo con el art. 17 (2), CP español. Según el uso idiomático general, con proponer se debe entender también una inducción.[663] Desde el punto de vista jurídico, en cambio, se trata sólo de una inducción tentada, ya que su punibilidad opera independientemente de la consumación del hecho principal.[664] En todo caso, ésta se debe diferenciar de la "provocación" regulada en el art. 18 I del CP español, la cual, como la exhortación del § 111, StGB, se dirige a un círculo de personas indeterminado.[665] De este modo, se confirma la presunción antes expresada de que la traducción oficial alemana de "solicits" como exhortación ("Aufforderung") es al menos imprecisa.

El escaso rendimiento de una delimitación puramente terminológica suscita la cuestión del recurso a consideraciones materiales para una diferenciación general de las diferentes formas de provocación a cometer delitos. En este sentido, ya fue constatado que en el presente caso el *círculo de destinatarios* y el *hecho* deben estar determinados o bien ser determinables. En cuanto al hecho, la última parte del art. 25 (3)(b) pone en claro, además, que éste al menos debe haber sido tentado ("[…] a crime which in fact occurs or is attempted");[666] se exige, por tanto, al menos una accesoriedad fáctica. Con ello es eliminada una típica diferencia material entre las formas de provocación en sentido restringido y en sentido amplio, es decir, su concepción como acción accesoria de participación o

---

659 *Doucet/Fleck*, Wörterbuch I (1997), p. 714.

660 Idem, p. 292.

661 Según la *Law Commission*, Assisting (1993), p. 126 el término "encouraging" abarcaría a los consejos ("'counselling' element in aiding and abetting"), así como a la incitación ("incitement") del viejo derecho. Además, para el "encouraging" sería suficiente todo apoyo moral, independientemente de si el autor principal ha tomado ya la decisión de cometer el hecho o no (idem, p. 128). Por ello, la utilización del concepto "encouraging" no es recomendable justamente en vistas de la delimitación entre inducción y complicidad. Sobre la jurisprudencia penal internacional al respecto cfr. p. 273 s., 293 vers. al.

662 Según la *Real Academia Española*, Diccionario II (1992/1997), p. 1160 "inducir" significa "*instigar*, persuadir, mover a uno". Cfr. también la traducción en *Becher*, Wörterbuch I (1999), p. 736 como "*anstiften*, verleiten" ("*inducir*, instigar) (resaltado por el autor).

663 *Proponer* significa "manifestar con razones una cosa para conocimiento de uno, o para *inducirle* a adoptarla" (*Real Academia Española*, Diccionario II [1992/1997], p. 1678, resaltado por el autor); según *Becher*, Wörterbuch I (1999), p. 1102 significa "beantragen, vorschlagen" (proponer).

664 Cfr. *Cerezo Mir*, FS Hirsch (1999), p. 128 s.

665 Idem, p. 129 s.

666 La versión francesa reza al respecto: "dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime"; la española: "ya sea consumado o en grado de tentativa".

como tipo independiente de peligro.[667] Tampoco en cuanto al *medio* de la provocación se puede constatar una diferencia relevante entre el "solicits" y el "induces". Las definiciones ofrecidas no apoyan particularmente la tesis de que el "induces" representa una forma de influencia más intensa que el "solicits". De hecho, una estricta interpretación de la versión inglesa del ECPI —con consideración de las versiones francesa y castellana— no permite reconocer una jerarquía entre "induces" y "solicits",[668] como la que se sostiene en el derecho alemán respecto de la inducción ("Anstiftung") y la exhortación ("Aufforderung").[669]

En *definitiva*, en los casos de "solicits" e "induces" se trata, sin distinción, de la provocación a un autor determinado o determinable a cometer un hecho principal determinado o determinable, es decir, en esencia de una participación accesoria en el sentido de la inducción.[670] El art. 25 (3)(b) no codifica, como sugiere la traducción oficial alemana, la exhortación en el sentido del § 111 del StGB y la inducción en el sentido del § 26 del StGB, sino únicamente la *inducción como forma básica de provocación a otro a cometer delitos*.[671]

Sin embargo, esta interpretación restringida en cuanto al círculo de destinatarios de la acción no está exenta de problemas, ya que se conforma con una *laguna de punibilidad* en el caso en que tenga éxito una exhortación (en el sentido del § 111 (1), StGB) a cometer un crimen internacional. Precisamente, la exhortación a cometer un crimen a un círculo *indeterminado* de autores no está comprendida por el art. 25 (3)(b), si éste se debe leer sólo en el sentido de una inducción dirigida a un círculo de autores *determinado* o *determinable* (en el sentido del § 26, StGB). Entre la inducción y la exhortación existe, por tanto, ya por necesidades terminológicas, una relación de exclusividad.[672] Por ejemplo, si A en una reunión pública exhorta a los oyentes a "hacer desaparecer" a los opositores del régimen y en virtud de esta "exhortación" se producen tales hechos conforme al art. 7 (1)(i), A no sería punible según el art. 25 (3)(b), ya que él no ha "inducido" a una persona determinada a cometer ese hecho. Una inducción en el sentido del art. 25 (3)(b) entraría sólo en consideración si entre el público se encontraran personas conocidas de A, que éste ha individualizado.

---

667 Cfr. sobre el derecho estadounidense ya supra, nota 651.

668 De este modo, no se podría sostener más la posición que defendía anteriormente (en: Triffterer [ed.], Commentary [1999], art. 25, nm. 13) en el sentido de que "induces" representa un concepto superior.

669 Cfr. *Rogall*, GA 1979, 26.

670 Con ello se persiste, *en el resultado*, con la opinión sostenida en Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25 nm. 13 (cfr., sin embargo, supra nota 668 para la fundamentación conceptual). Ver también la definición de la jurisprudencia supra nota 640 con texto.

671 *Rogall*, GA 1979, 11.

672 Con acierto *Paeffgen*, FS Hanack (1999), p. 609, con otras referencias. La relación entre el § 26 y el § 111 del StGB depende de la naturaleza jurídica del § 111, StGB (al respecto ya supra, nota 650): Si se lo considera como una forma especial de participación, valdrán las reglas del concurso de leyes (así *Paeffgen*, loc. cit., en favor de la subsidiariedad de frente al § 26, StGB); si se lo concibe como un tipo independiente, concurrirá en forma ideal con el § 26, StGB (así, por ejemplo, *Rogall*, GA 1979, 18, con otras referencias).

Por más que no sea infrecuente encontrar este tipo de casos precisamente en el derecho penal internacional debido a que allí con frecuencia se cometen crímenes de masa, esto no incide en nada sin embargo en cuanto a la interpretación restrictiva que aquí se sostiene. Por un lado, también en el derecho penal internacional rige el principio de determinación (o mandato de certeza), de cual resulta en nuestro contexto la necesidad de una interpretación restringida y estricta del concepto del art. 25 (3)(b).[673] Por el otro, los redactores del ECPI habrían podido prever fácilmente una responsabilidad más amplia para los casos de provocación psicológica de masas a cometer crímenes internacionales, conminando con pena de modo general la incitación ("incitement") a cometer tales crímenes. Recuérdese aquí solamente que la CDI había propuesto ya en el año 1954 penar la "incitación directa" a cometer determinados crímenes internacionales.[674] En lugar de ello, el art. 25 (3)(b) construye las acciones allí mencionadas como participación accesoria y el art. 25 (3)(e) limita la incitación al crimen de genocidio. Se ha de tener presente, finalmente, también que la laguna de punibilidad creada a través de la interpretación que aquí se sostiene se limita al art. 25 (3)(b). Pues, quien exhorta a un círculo indeterminado de autores a la comisión de crímenes internacionales será punible según los principios arriba desarrollados,[675] sin duda alguna, por complicidad psíquica conforme al art. 25 (3)(c). Especialmente se ha de partir de que quien exhorta persigue —en cierto modo como un *minus* respecto de su intención de provocación— el propósito de facilitar el hecho principal.

b) "*Incites*"*, especialmente su delimitación con la inducción*

Si bien el concepto de "incites" o "incitement" también está contenido en el concepto de "solicitation",[676] la delimitación entre los apartados (3)(b) y (3)(e) del art. 25 no crea *sustancialmente* problemas. Ante todo, con el concepto alemán de "Aufstachelung" (incitación)[N. del T.] se ha consolidado un término, precisamente en

---

673 El art. 22 (2) expresa: "La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena" ("The definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted").

674 Cfr. el art. 2 (13)(ii) del Draft Code de 1954; cfr. también el art. 3 (2) del Draft Code de 1991 y el art. 2 (3)(f) del Draft Code de 1996.

675 Cfr. 2. a) bb)(4).

676 Cfr. supra nota 648 y el texto correspondiente.

N. del T. La versión oficial en lengua castellana del art. 25 (3)(e) del ECPI habla de "*instigación* directa y pública" (resaltado por el traductor). Para una delimitación más clara respecto de la "inducción" del art. 25 (3) (b) alt. 3 hubiera sido preferible la utilización de la palabra "incitación". En lo siguiente, para evitar posibles malentendidos, se utilizará el concepto de "incitación" en referencia a la hipótesis del art. 25 (3)(e) del ECPI. Al respecto, la elección de "incitación" en lugar de "instigación" se corresponde también con el claro texto de las versiones inglesa y francesa del ECPI.

relación con el genocidio,[677] claramente delimitable del concepto de inducción.[678] La incitación se diferencia claramente de la inducción, en primer lugar, en cuanto a la intensidad de la influencia sobre los destinatarios.[679] Además, ella se dirige —al igual que la exhortación del § 111, StGB[680] o la "provocación"[681] española— a un número indeterminado de potenciales autores.[682] El carácter de masa de la incitación se expresa en el art. 25 (3)(e) por medio de la inclusión de la palabra "*pública*" ("*publicly"*). Sin embargo, por mucho tiempo se ha discutido si la forma pública de comisión de la incitación era también necesaria en *otros* crímenes diversos del genocidio. El art. 2 (13)(ii) del Draft Code de 1954 y el art. 3 (2) del Draft Code de 1991 habían conminado con pena sólo la incitación "directa" a cometer los crímenes internacionales allí comprendidos.[683] Sólo con el art. 2 (3)(f) del Draft Code de 1996 se añadió el requisito de "pública" ("publicly"). La CDI entiende con esto que el llamado a cometer delitos debería tener lugar en reuniones públicas o dirigirse al público en sentido amplio, especialmente mediante su divulgación por los medios de difusión masivos.[684] Del mismo modo, en *Akayesu* el ICTR hizo depender la incitación "pública" al genocidio conforme al art. 2 (3)(c) del Estatuto del ICTR del número de potenciales destinatarios o participantes en una reunión pública, así como del lugar de dicha reunión.[685] En *Ruggiu* se ha confirmado esa postura.[686] Sin embargo, recientemente la Sala de Apelación ha considerado del todo superfluo requerir exigencias típicas adicionales respecto de la incitación *general*.[687]

---

[677] Cfr. ya supra § 5 I. 2. b). Hoy es inusual la utilización del concepto de "Anreizung" (incitación) que se encuentra en la traducción oficial alemana de la Convención contra el Genocidio (BGBl. 1954 II p. 730).

[678] Por ello, es poco afortunada la utilización en el art. 11 apartado 2 del Corpus juris (2000) del concepto "inciter" en el sentido del inductor general (en: *Delmas-Marty/Vervaele* [eds.], Implementation I [2000], p. 192).

[679] Según la opinión generalizada incitar significa "la influencia sobre el sentido y las pasiones, pero también sobre el intelecto […], objetivamente adecuada y subjetivamente determinada, en el sentido de una acción dirigida finalmente, a producir o acrecentar una actitud hostil intensificada, que excede del mero rechazo o desprecio, en contra de la parte de la población concerniente" (S/S-*Lenckner* [2001], § 130, nm. 5a). *Rogall*, GA 1979, 26, define la incitación como "forma intensificada del *Anreizen* [incitar, incentivar] es decir, de la influencia sobre el sentido y las pasiones […]" y la distingue de la exhortación por el hecho de que ella actuaría sólo indirectamente sobre él o los destinatarios (idem, 16). *Paeffgen*, FS Hanack (1999), p. 603 considera a la aprobación (Befürwortung) en el sentido del antiguo § 88a del StGB como una incitación "indirecta", que trabajaría de modo "más sutil" que la exhortación, "en tanto que oculta al destinatario el hecho de que está siendo exhortado".

[680] Cfr. las referencias en la nota 650.

[681] Cfr. supra nota 665 y en el texto.

[682] Cfr. al respecto ya supra § 5. I. 2. b).

[683] Cfr. ya supra nota 674 y el texto correspondiente.

[684] UN, Report of the ILC (1996), p. 26 s., para. Cfr. también *Schabas*, Genocide (2000), p. 276. Respecto de la punibilidad especial según el art. 30 del CP español *Cerezo Mir*, FS Roxin (2001), p. 557 ss.

[685] *Prosecutor v. Akayesu,* supra nota 164, para. 556.

[686] *Prosecutor v. Ruggiu*, supra nota 453, para. 17.

[687] *Procureur v. Akayesu,* Arret 1.6.2001 (ICTR-96-4-A), para. 470 ss. (478, 482).

Además, el art. 25 (3)(e) exige que la incitación al genocidio deba ocurrir de manera "*directa*" ("directly"). En opinión de la CDI esto presupone que una persona sea instada a cometer acciones criminales concretas.[688] También el ICTR exige que una persona haya sido exhortada concretamente a la comisión de un hecho, es decir, que tenga lugar más que una "mere vague or indirect suggestion".[689] Por lo demás, se debería interrogar de frente al trasfondo del contexto cultural y lingüístico concreto,[690] si de una determinada conducta de comunicación se puede concluir una exhortación a cometer un delito. El añadido de "directa" y su interpretación por el ICTR desdibuja, sin embargo, la diferencia estructural esencial entre la incitación en el sentido del art. 25 (3)(e) y la inducción en el sentido del art. 25 (3)(b). Al contrario de la inducción, la incitación es concebida como un *delito autónomo*, punible con independencia de la consumación del genocidio, es decir, como un "inchoate crime". Esta naturaleza jurídica de la incitación no sólo se corresponde con su comprensión general en el common law,[691] sino que además fue reconocida por la CDI[692] e incluso por el ICTR.[693] Ella prohíbe también exigir una relación causal entre la incitación y un hecho determinado, tal como ha hecho el ICTR en *Akayesu*.[694] Pues, con ello, se ligaría la incitación —en contra de la concepción en que se funda el ECPI— a un hecho principal.

La particularidad de la incitación consiste, por tanto, en su *peligrosidad* abstracta o concreta en cuanto al desencadenamiento de procesos psicológicos de masa y de dinámica de grupos que hacen indominable e impredecible el curso causal.[695] Nada describe mejor esto que el ejemplo de *Dreher,* ya mencionado, de la antorcha.[696] *In concreto*, una *incitación* directa y pública a cometer un genocidio puede consistir, por ejemplo, en que una persona apoye activamente a una determinada emisora de radio racista que exhorta al genocidio.[697] Pues, con la proclama difundida por esa emisora se crea el peligro de un genocidio respecto del grupo étnico agredido verbalmente. Si ese peligro se realiza en la comisión efectiva del genocidio —también en grado de tentativa—, junto con la incitación no entra en consideración, sin

---

688 *UN*, Report of the ILC (1996), p. 26, para. 16.

689 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 557. Crít. *Schabas*, Genocide (2000), p. 277.

690 Sobre la importancia del contexto de comunicación, también *Paeffgen*, FS Hanack (1999), p. 607 s.

691 Cfr. supra nota 643 y el texto correspondiente con referencias.

692 Cfr. p. 450 vers. al.

693 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 481 s.; *Prosecutor v. Rutaganda*, supra nota 164, para. 38; *Prosecutor v. Ruggiu*, supra nota 453, para. 16; *Prosecutor v. Niyitegeka*, Judgement 16.5.2003 (ICTR-96-14-T), para. 431; *Prosecutor v. Nahimana et al*., supra nota 453, para. 1013, 1015; *Prosecutor v. Ndindabahizi*, supra nota 478, para. 457 (en comparación con la inducción).

694 *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 557. *Schabas*, Genocide (2000), p. 277 designa a la jurisprudencia al respecto, con razón, como "desconcertante" ("puzzling").

695 Aprob. *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 160.

696 *Dreher*, FS Gallas (1973), p. 313; cfr. ya supra § 5. I. 2. b).

697 Así en *Prosecutor v. Kambanda*, Judgement and Sentence 4.9.1998 (ICTR 97-23-S), para. 40 nro. 3 respecto de la emisora de radio hutu "Radio Télévision Libre des Mille Collines".

embargo, también una inducción en el sentido del art. 25 (3)(b), ya que el llamamiento al genocidio no se ha dirigido a un círculo determinado o determinable de destinatarios. Rige el principio de exclusividad,[698] ya arriba mencionado, entre la inducción, por un lado, y la ehortación o incitación, por el otro. Debido a la indeterminación del círculo de destinatarios le es imposible al incitador dominar siquiera aproximadamente el curso causal. Una relación de imputación *concreta* entre la acción de incitación y los hechos posteriores *comparable* a la relación que existe entre la acción de inducción y el hecho principal no se puede construir convincentemente. Por tal razón, al incitador tampoco se le pueden imputar directamente esos hechos —como sí al inductor—.[699] Y éste también es el motivo para concebir a la incitación como un tipo autónomo de peligro: De este modo, no es necesaria la demostración de una relación de imputación del resultado.

La diferencia esencial entre la inducción y la incitación reside, por tanto, en su *diferente estructura típica*. Si se concibe a la incitación como un delito independiente de peligro, como lo hace el art. 25 (3)(e), es contradictorio entonces calificarla como una forma de inducción (directa y pública),[700] dado que en el sistema del ECPI la inducción representa la forma básica de provocación *no independiente*, mientras que la incitación, en cambio, constituye un delito de peligro *independiente*. Por tanto, la incitación puede ser una forma de inducción sólo si se la concibe tal como lo hace la Law Commission británica con su propuesta del "encouraging",[701] aunque en este caso como un "inchoate crime".[702] Sobre esta base (sistemática), el art. 25 (3)(e) tendría que haber pertenecido más bien a la parte especial del ECPI, es decir, a su art. 6,[703] que a la disposición general sobre la responsabilidad penal individual. Debido a su inclusión en esta norma de parte general es que se la tuvo que concebir como una forma de participación.[704] Por otra parte, con la regulación de la incitación *en el marco del art. 25* no es necesaria la delimitación entre una forma "general" y otra "especial" de intervención al genocidio, como fue sostenido especialmente por el ICTR con base en los arts. 2 (3)(e) y 6 (1) del Estatuto del ICTR.[705] Pues, según la sistemática del ECPI la intervención al genocidio se diferencia de la intervención en crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra sólo por la inclusión separada de la incitación al genocidio; en lo restante rigen las reglas generales de intervención conforme al art. 25 (3)(a)-(d).

---

698 Cfr. nota 672.

699 Cfr. *Rogall*, GA 1979, 12 s. Sobre el problema general de la imputación a causa de la falta de posibilidad de verificación empírica de la relación causa-efecto entre la acción de provocación y la comisión del hecho principal cfr. *Paeffgen*, FS Hanack (1999), p. 618 ss.

700 *Prosecutor v. Rutaganda*, supra nota 164, para. 38.

701 Cfr. ya supra nota 463.

702 *Law Commission*, Assisting (1993), p. 87.

703 Así, el art. 4 (3)(c) del Estatuto del ICTY y el art. 2 (3)(c) del Estatuto del ICTR.

704 Así en el art. 2 (13)(ii) del Draft Code de 1954, en el art. 3 (2) del Draft Code de 1991 y en el art. 2 (3)(f) del Draft Code de 1996.

705 Cfr. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 533 ss.; cfr. ya p. 330 s. vers. al.

c) *Delimitación con la complicidad*

Si la inducción ("instigation") es entendida, siguiendo al ICTR en *Akayesu,* como la exhortación a cometer un delito,[706] su delimitación con la complicidad está en principio realizada: El inductor provoca en el autor principal la determinación a cometer el hecho, mientras que el cómplice sólo colabora a la realización de esta resolución ya existente que es independiente de su aportación. La versión francesa del ECPI desdibuja, sin embargo, esta diferencia, al traducir "induces" como "encourage", ya que un mero "encouragement" puede representar también una complicidad.[707] Por otra parte, el término "encouraging" es entendido también como una forma de "soliciting" y, por tanto, en el sentido de una inducción a cometer un delito.[708] El concepto es tan amplio e indeterminado que dentro de él se puede comprender toda acción de participación que repercuta de alguna manera sobre el hecho principal.

Estas diferenciaciones e imprecisiones terminológicas no deberían empañar, sin embargo, la *esencia* de la diferenciación entre la inducción y la complicidad. Ésta consiste en que el inductor —en el sentido de la tradicional teoría del autor[709] (*Urheberlehre*)— es el autor intelectual del hecho del inducido, ya que *provoca* su determinación a cometer el hecho, mientras que el cómplice —en caso de la complicidad psíquica— a lo sumo la *confirma* o *refuerza*. Desde luego, el límite entre una "propensión a cometer el hecho" que aún admite la inducción y la "resolución a cometer el hecho" que tan solo admite la complicidad (psíquica) se puede determinar en abstracto sólo de modo muy limitado;[710] en definitiva, esto dependerá del caso concreto y del tipo en cuestión.[711] Es claro que una comprensión puramente natural de la causalidad que se funde en la "co-responsabilidad" de la determinación a cometer el he-

---

[706] Cfr. *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 164, para. 481 s.

[707] Cfr. supra nota 644 y el texto correspondiente.

[708] Cfr. Black's Law Dictionary (1990), p. 1392. Cfr. también *Law Commission*, Assisting (1993), p. 133, donde con "encouraging" se entiende que el autor "solicits, commands or encourages" a alguien a cometer un crimen.

[709] Cfr. *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 137 ss.

[710] Probablemente la mejor definición sea aún la fórmula dada por *Roxin*, GS Schröder (1978), p. 165: "Existe resolución a cometer el hecho cuando el autor, sin esperar una motivación desencadenante del hecho por parte de otro, ha concedido a los motivos que lo empujan a la realización del tipo una preponderancia determinante de acción". Cfr. también LK-*Roxin* (1993), § 26, nm. 18 s.; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 67; siguiendo a este autor, por ejemplo, *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 420 ss. (421, 424); *Fuchs*, FS Triffterer (1996), p. 77; *Phleps*, Beihilfe (1997), p. 75 s.; *Charalambakis*, FS Roxin (2001), p. 636 s., incluida la nota 59.

[711] Con acierto *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 267 en favor de la delimitación entre comportamientos del inductor típicos y comportamientos no típicos. Desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, igualmente *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 135, 143. Esto se muestra, finalmente, también en la investigación, fuertemente orientada a casos concretos, de *Phleps*, Beihilfe (1997), ya supra nota 582 y también p. 59 ss. (78 ss.), quien llega a soluciones diversas según la configuración del caso.

cho[712] no ayuda en nada, porque también el cómplice tiene esta co-responsabilidad si se pone a disposición del autor como consejero.[713] Tampoco la exigencia de una influencia comunicativa entre inductor e inducido[714] colabora a la delimitación, pues también el cómplice puede ejercer tal influencia sobre el autor. El punto decisivo es, más bien, si la influencia del inductor conduce a la "creación o a una modificación que cambie la identidad de la decisión a cometer el hecho"[715] en el autor principal y, con ello, a una dominación *intelectual* del hecho por el inductor.[716] Este momento de dominancia intelectual ha sido puesto de relieve de la manera más convincente por Joachim *Schulz* con la llamada *teoría del dominio del plan* ("Planherrschaftslehre").[717]

Para *Schulz*, la idea de un "rol dominate" del inductor está ya en la base de la teoría de la corrupción ("Korrumpierungslehre").[718] Sin embargo, hasta ahora, para la delimitación entre la asistencia mediante consejos y una inducción por medio de consejos se habría centrado demasiado parcialmente en el lado volitivo —en la "voluntad criminal" del autor—, descuidando el lado intelectual.[719] Además, con el concepto de dominancia no se expresaría otra cosa que una relación de dominio, así que el pensamiento de la dominancia tendría que ser delimitado, especialmente, de la teoría del dominio del hecho.[720] Para *Schulz*, todos estos reparos habrían sido tenidos en cuenta por la teoría del *dominio del plan*. Según ésta, el dominio del inductor no se referiría al suceso delictivo en sí, sino —como inducción por medio de consejos[721]— al plan del hecho: "inducción intelectual es dominio sobre la planificación, pero no sobre la ejecución del hecho".[722] De este modo, la inducción se dife-

---

712 Cfr. por ejemplo S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 26, nm. 1; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 167.

713 Con acierto *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 328.

714 Cfr. por ejemplo S/S-*Cramer/Heine* (2001), § 26, nm. 4; *Kühl*, AT (2002), § 20, nm. 172. También SK-*Samson* (1993), § 26, nm. 5 propone prescindir de ella.

715 LK-Roxin (1993), § 26, nm. 15, quien exige además una colusión entre el inductor y el autor (idem, nm. 3 s., *el mismo*, FS Stree/Wessels [1993], p. 376 s.). Sobre esta teoría que se remonta a *Dieter Meyer* cfr. *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 33 ss.; en contra *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 328 s. Con esto se exige más que una mera influencia "intelectual" o "comunicativa" (ya supra nota 714), pero menos que en el caso de dominancia del inductor a causa de un "pacto de injusto" o "acuerdo de injusto" (*Puppe*, GA 1984, 111 ss.), de la "dependencia de la voluntad" del inducido (*Jakobs*, AT [1993], 22/22) o acaso de un "poder determinador de la voluntad" del inductor sobre el autor, de modo que éste se vea puesto frente a la elección de "tolerar una pérdida en la realización potencial de sus bienes o salud o ejecutar el hecho pretendido" (*Köhler*, AT [1997], p. 521, 523, 525 s.). Estas posturas extienden demasiado la inducción a costa de la autoría mediata. A una extensión demasiado amplia de la inducción a costa de la complicidad llega *Stein*, Beteiligungsformenlehre (1988), p. 242 s., 270 ss., al considerar prohibidos por medio de la inducción aquellos comportamientos que "menoscaban la capacidad de motivación del deber de conducta impuesto al hombre de adelante como tal" (243, 270; crít. también LK-*Roxin* [1993], § 26, nm. 21; *el mismo*, AT II (2003), § 26 nm. 72). Según esto, es inducción ya la influencia sobre las circunstancias fácticas y sobre el estado de conocimiento del hombre de adelante, por ejemplo, procurando el instrumento del hecho (242). Un panorama sobre el estado de la discusión ofrecen *Christmann*, loc. cit., p. 32 s., 41 ss.; *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 133 ss., 141 ss., así como *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 56 ss.

716 *Freund*, AT (1998), § 10, nm. 115.

717 *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 130 ss. (137 ss.), 179; *el mismo*, JuS 1986, 933 ss. (937 ss.).

718 *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 133 ss. (135).

719 Idem, p. 136 s.

720 Idem, p. 137, 142.

721 Ésta representaría sólo una parte del ámbito total del § 26, StGB (idem, p. 144).

722 *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 142; también *Schulz*, JuS 1986, 938.

renciaría de la *asistencia mediante consejos* en que, con ésta, como pura actividad de apoyo, no se ejercitaría ningún dominio y no se le daría al plan su forma o su sentido. A diferencia de la *autoría mediata*, especialmente de la teoría del autor detrás del autor, el dominio del plan no se referiría a la ejecución del hecho. La decisión sobre el "si" y el "cómo" del hecho permanecería en el autor. Por tanto, el inductor carecería justamente "de la dominancia sobre la voluntad delictiva y su puesta en práctica […]".[723] De este modo, resultaría evidente también su diferencia con el dominio del hecho en virtud del dominio de la voluntad. En cuanto al dominio del hecho en virtud del dominio del conocimiento, si bien existiría una semejanza estructural debido al equivalente conocimiento superior del hombre de atrás, también al respecto habría sin embargo una diferencia consistente en que el dominio del plan no se extendería hasta la fase de ejecución del hecho. Más bien, el inductor abandonaría su superioridad intelectual con su propuesta de cometer el hecho ya en la fase de planificación.[724] Así, para *Schulz*, el inductor no determinaría la voluntad del autor más allá de su consejo, no haría de éste un agente sin libertad, pues la aceptación del consejo residiría en la disposición del autor.[725] En el resultado, la inducción (dominio del plan) se podría distinguir de la autoría (mediata) por el hecho de que ella se referiría sólo a una fase determinada del suceso criminal. Ciertamente, con el concepto del dominio del plan se trataría sólo de una *línea directriz*[726] que, como "criterio fenomenológico", en última instancia sólo se podría remitir a la "interpretación natural", a saber, al contexto de sentido delictivo del suceso concreto como su *tipo principal*.[727] En este sentido, el consejero dominaría el plan y es inductor si crea o modifica el sentido del suceso criminal. Por el contrario si él se integra en el contexto de sentido delictivo creado por el autor sería solamente cómplice.[728] En el caso del *omnimodo facturus* la inducción sería posible si la representación del autor sobre el hecho futuro no se ha concretado aún tanto como para fijar definitivamente el contexto de sentido delictivo, pudiendo éste aún ser completado.[729] Sin embargo, más allá de esta consideración puramente naturalista, el bien jurídico agredido constituiría el límite *normativo* del dominio del plan.[730] En este sentido, lo decisivo sería si el consejo conduce al autor a realizar un nuevo tipo cuyo punto esencial de protección está constituido por otro bien jurídico. Si éste fuere el caso, la inducción podría existir también sin dominio del plan, pues el consejero dominaría entonces el *sentido normativo* del suceso. En todos los otros casos sólo entraría en consideración una complicidad.

Bloy[731] sigue en lo esencial esta teoría, al acentuar también la dominancia del inductor en relación con la fase de planificación del hecho y la importancia de la identidad entre el bien jurídico agredido y el bien jurídico tenido en mira por el autor antes de la conducta del inductor. El criterio normativo determinante no sería la identidad típica entre la acción de inducción y la efectiva decisión a cometer el hecho, sino el bien jurídico agredido: "inductor es […], quien motiva al autor principal a una agresión a un bien jurídico que éste antes aún no había considerado".[732]

---

723 *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 142.

724 Idem, p. 143.

725 Idem, p. 144; Cfr. también *Schulz*, JuS 1986, 939 s.

726 En este sentido, se corresponde con el concepto de dominio del hecho en tanto que concepto abierto, cfr. ya supra por la nota 89.

727 *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 145 ss. (145). Sobre casos que no podrían estar comprendidos con el criterio del contexto de sentido delictivo cfr. idem, p. 162 ss.; también *Schulz*, JuS 1986, 938.

728 *Schulz*, Bestrafung (1980), p. 150.

729 Idem, p. 161 s.

730 Idem, p. 164 ss. (169 ss., 172). Cfr. también *Schulz*, JuS 1986, 934 s., 939.

731 *Bloy*, Beteiligungsform (1985), p. 337 ss. (338 s.).

732 Idem, p. 343.

También *Neidlinger,*[733] aunque critique a la teoría del dominio del plan que ella haría desaparecer el componente volitivo de la inducción,[734] la sigue en lo esencial, al transportar su idea fundamental —la dominancia del inductor sobre el autor— al plano volitivo. Él llega, así, al criterio de la *dominancia de la decisión* ("Entscheidungsdominanz") del inductor, criterio éste que sería el "elemento correspondiente del dominio del plan" y —al igual que éste — la "línea directriz para una consideración naturalista".[735] La dominancia de la decisión consistiría, pues, en que el inductor —al contrario del cómplice— daría el "impulso decisivo"[736] para el desencadenamiento de la voluntad de acción del autor[737] o pondría la condición determinante[738] en cuanto a un hecho[739] en "esencia" decidido.[740] Sin embargo, la relación de dominio entre inductor y autor debería encontrar sus límites allí donde la formación de la resolución a cometer el hecho estuviera por completo cerrada, esto es, ésta se limitaría a la fase de planificación del hecho. El criterio, aún bastante vago, de la dominancia de la decisión debería ser determinado con mayor precisión, según *Neidlinger,* con ayuda de consideraciones sobre la *causalidad hipotética*.[741] De acuerdo con esto, habría que preguntarse si el autor sin la acción o la influencia del hombre de atrás, hubiera concebido también por propia decisión la voluntad de acción. Si la respuesta fuera afirmativa, entonces no existiría dominancia y, por consecuencia, tampoco inducción.

Por último, también *Ingelfinger*[742] sigue el criterio del dominio del plan, al delimitar la agresión al bien jurídico causada por la inducción de la complicidad, por el hecho de que aquélla contendría desde el punto de vista intelectual un elemento *de conducción*, mientras que ésta tendría sólo un efecto *de respaldo*. El momento de conducción se convertiría, así, en el elemento característico de la inducción desde el punto de vista intelectual. La posibilidad de una conducción intelectual del inducido presupondría, sin embargo, que el inductor posea "una representación del hecho principal más precisa" que el mero conocimiento del tipo delictivo.[743] En los *delitos de resultado* el inductor debería, por ello, establecer la dirección concreta de la agresión, sea describiendo el objetivo de la agresión o determinando las circunstancias del hecho esenciales para la dirección de la agresión; no basta en este sentido con una mera descripción genérica de los objetos de la agresión. En los *delitos de actividad* el inductor debería conducir al autor a una actividad concreta; al respecto sería determinante la conducción sobre aquellos elementos que caracterizan la actividad en su aspecto social. Si el autor conociera solamente el marco típico del hecho principal o "sólo un poco más", entonces existiría una "inducción indeterminada".[744] Ésta estaría caracterizada por el hecho de que el inductor se sometería intelectualmente al autor principal, por lo cual en general entraría en consideración solamente una complicidad psíquica. En relación con la autoría mediata, *Ingelfinger* —al igual que *Schulz*[745]— señala que el dominio del conocimiento produciría sus efectos incluso en la fase de ejecución, mientras que la conducción del inductor se limitaría a la fase de planificación del hecho.[746]

---

[733] *Neidlinger*, Abgrenzung (1989), p. 118 ss., 192 s. Al respecto también *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 121 s., 142 s.; *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 266 ss.

[734] *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 150, 175.

[735] Idem, p. 174 ss.

[736] Idem, p. 118 s., 128.

[737] Idem, p. 129 s.

[738] Idem, p. 148 ss. (151 s.).

[739] Idem, p. 127, 158 ss.

[740] Idem, p. 152 ss.

[741] Idem, p. 156 ss.

[742] *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 125 ss. (refiriéndose expresamente a Schulz), 129, 188, 210 ss., 220 ss., 233 s.; sobre el crit. *Roxin*, AT II (2003), § 26 nm. 144 ss.

[743] Idem, p. 128, 129, 221 s., 233 s.

[744] Idem, p. 137 ss., 157 ss., 235 s.

[745] Cfr. supra nota 724.

[746] Idem, p. 161.

La teoría de la *imputación objetiva* llega en este contexto, aunque utilizando otra terminología, esencialmente a resultados similares.[747]

Según la fundamental monografía de *Christmann*[748] el inductor, con su conducta, debe haber *creado* un *peligro* jurídicamente desaprobado que se *realiza*, en definitiva, en el resultado del hecho principal (el llamado *segundo resultado*). La propia acción de inducción se refiere también —al igual que las posiciones arriba expuestas— a la fase de la resolución a cometer el hecho. El inductor debe haber creado un "peligro cualificado de causación de la resolución a cometer el hecho" que se realiza en la misma resolución a cometer el hecho (el llamado *primer* resultado) y, a través de ello, origina indirectamente el segundo resultado.[749] Al respecto, la conducta del inductor debería estar *finalizada* —partiendo de la teoría de *Honig* de la pretendibilidad o aspirabilidad objetiva[750]— a la causación, por el autor, de una lesión típica al bien jurídico. Esto habría de ser afirmado, según *Christmann,* cuando la acción de inducción proporciona un *"motivo aprobatorio del hecho"*, es decir, un motivo que "objetivamente habla en favor de la toma de la resolución a cometer el hecho", creando al mismo tiempo con ello el "peligro cualificado o relevante normativamente de causación de la resolución a cometer el hecho o bien de la comisión del hecho principal".[751] El requisito de la "creación de un motivo aprobatorio del hecho" concretiza, por tanto, el presupuesto general del aumento o *creación del peligro.* Sería el "aspecto normativo guía de un concepto tipológico de inducción",[752] el cual sin embargo tendría que ser completado —en el ámbito particularmente investigado del "acuerdo sobre las circunstancias del hecho" ("Tatsachenarrangement")— con la exigencia de una "sanción de intereses asociados delictivamente"[753] y delimitado de la "apertura [impune] de la mera posibilidad de comisión del hecho".[754]

La teoría del motivo aprobatorio del hecho constituiría también un criterio adecuado para la *delimitación* de la inducción respecto de la *complicidad:* El inductor crearía el motivo para una determinada resolución a cometer el hecho; pondría "en marcha" la lesión del bien jurídico*;* quien, por el contrario, concreta causalmente la resolución a cometer el hecho sólo en cuanto a su puesta en práctica sería solamente cómplice.[755] Además, el criterio de la creación de un motivo aprobatorio del

---

747 Además de la posición de *Christmann*, que enseguida se analizará, cfr. *Frisch*, Verhalten (1988), p. 335 ss., quien más allá de la mera creación del peligro exige una conducta con "significado delictivo" (337, 340); similar *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 175 ss. (178, 195, 199 s., 261 s.). Cfr. también *Herzberg*, JuS 1987, 620 s.; *Weßlau*, ZStW 1992, 125 ss.; *Hilgendorf,* Jura 1996, 10 ss.; además *Gómez Rivero*, loc. cit., p. 71, 78 ss., 169 s., 322 ss., quien se funda especialmente en las teorías del aumento del riesgo y del fin de protección. Fundamental sobre la aplicación de la teoría de la imputación a la participación *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 88 s.

748 *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 90 ss., 143 s.

749 *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 90 s. Por un primer y segundo resultado también *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 325.

750 Cfr. *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 108 ss. Sobre la pretendibilidad como criterio de imputación, ya supra § 7 I.

751 *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 112 s.

752 Idem, p. 129. Así, la confrontación con un momento objetivo aprobatorio del hecho constituiría "la estructura de acción propia de la esencia de la inducción".

753 Idem, p. 122 ss. Con esto se alude a que con el hecho los intereses del autor principal se favorecen positivamente o se evitan sus perjuicios. La obtención de la ventaja (fin) está ligada, por tanto, a la comisión del delito (medio) (relación sinalagmática fin-medio). Restrictivo al respecto también *Frisch*, Verhalten (1988), p. 343 s. con referencias, quien no considera suficiente para fundar una inducción la "mera creación de situaciones con gran fuerza determinante", porque "falta regularmente el claro significado de una acción dirigida a la causación de la resolución delictiva"

754 *Christmann*, Tatsachenarrangements (1997), p. 130 s.

755 Idem, p. 133.

hecho expresaría también la peligrosidad especial de la acción de inducción, consistente en que ésta —al contrario que la complicidad— "comparte *sustancialmente"* la agresión al bien jurídico del autor; es decir, el inductor "es responsable, en primer lugar, por el desencadenamiento del hecho como tal y, en segundo lugar, por su continuación en el ataque al bien jurídico y a través de ello, por realizarlo de modo completo y duradero".[756] En relación con la *autoría* este criterio confirmaría que la acción de inducción opera con anterioridad a la ejecución del hecho y que se agota exclusivamente en la influencia sobre la formación de la voluntad del autor; la acción de inducción encontraría su límite en un dominio de la voluntad y del conocimiento fundamentador del dominio del hecho.[757]

Junto con la creación del peligro es necesaria además su *realización* efectiva. Ésta estaría dada si la resolución a cometer el hecho ("primer resultado") se puede atribuir al peligro creado por el motivo aprobatorio del hecho *y* si el dolo concreto del hecho principal se puede reconducir, a su vez, a esta resolución, es decir, si el hecho principal ("segundo resultado") representa la "confirmación" del peligro creado.[758]

En los casos de participación intelectual o mental a través de asistencia o inducción mediante consejos, el criterio del dominio del plan de *Schulz* proporciona el criterio de delimitación más convincente. Especialmente, éste permite también de modo convincente la delimitación "hacia arriba" respecto de la autoría mediata por dominio del conocimiento. Sin embargo, también existen casos en los cuales el autor ya ha establecido detalladamente el plan del hecho y, por tanto, no necesita en absoluto de los consejos de un tercero. En estos casos, una aproximación puramente intelectual no podría fundamentar convincentemente una inducción. Por tal razón, *Ingelfinger* concede a la relación *volitiva* del inductor hacia el hecho un valor independiente.[759] En estos casos la "dominancia volitiva" del inductor podría, según él, equilibrar la ausencia del componente intelectual de la inducción. Regiría el "*principio de la compensación*".[760] Al respecto *Ingelfinger* se basa en el trabajo de *Neidlinger*[761] y transporta, como éste, el pensamiento de la dominancia desarrollado por *Schulz* al ámbito volitivo de la inducción.[762] De este modo, en una aproximación valorativa se

---

[756] Idem, p. 134 (resaltado en el original).

[757] Idem, p. 133.

[758] También, en lo esencial, *Gómez Rivero*, Inducción (1995), p. 322 ss., quien exige que exista identidad entre la resolución a cometer el hecho y el contenido de la acción de inducción (326) y que el resultado producido se presente justamente como la realización del riesgo contenido en la acción de inducción (330).

[759] *Ingelfinger,* Anstiftervorsatz (1992), p. 140 ss., 175 ss., 222, 234 s.

[760] P. 153 s. ve realizada la idea de la compensación también en el § 111, StGB, cuando allí se compensa la escasa determinación del hecho en comparación con la inducción con la peligrosidad de la exhortación.

[761] Cfr. supra nota 733 ss. y en el texto correspondiente.

[762] *Ingelfinger,* Anstiftervorsatz (1992), p. 143 s., no sigue sin embargo las consideraciones de Neidlinger sobre la causalidad hipotética (cfr. supra nota 741 y el texto correspondiente). Y al no hacerlo lleva la razón, pues este criterio está excesivamente arraigado en una comprensión naturalista de la causalidad y, por ello, no conduce a resultados convincentes (crít. también LK-*Roxin* [1993], § 26, nm. 20; *Gómez Rivero*, Inducción [1995], p. 274 ss.; sobre la no atendibilidad de los cursos causales hipotéticos cfr. ya supra las referencias en la nota 548). Por lo demás, *Neidlinger* tampoco llega a resultados diferentes de los de la concepción tradicional (cfr. *Neidlinger*, Abgrenzung [1989], p. 176 ss., especialmente sobre el *omnimodo facturus*, p. 187 ss, donde se basa en la circunstancia de si ya existe una voluntad de acción que

debería constatar si la dominancia volitiva del provocador sería tal como para que se pueda partir de una inducción a pesar de la falta de conducción intelectual. Los componentes intelectual y volitivo se encontrarían el uno con el otro en una interacción recíproca:

> Una falta de determinación del hecho (subordinación intelectual) no conduce necesariamente a la negación de la inducción, sino que ésta puede ser equilibrada mediante una fuerte influencia sobre la voluntad por parte del provocador y una fuerte relación de voluntad hacia el hecho ('dominancia volitiva'); rige el *principio de la compensación*.[763]

Sin embargo, esta teoría se expone al menos a dos importantes objeciones. En primer lugar, con el criterio de la dominancia volitiva se relativizan las exigencias de determinación del hecho principal obtenidas con base en una consideración intelectual. El mismo *Ingelfinger* reclama que "el postulado de una exigencia rígida de determinación" debería ser reemplazado por "una dinámica".[764] Esto no significa otra cosa que la reducción en los casos de dominancia volitiva de las exigencias a la representación del inductor respecto del hecho principal. De esta forma *Ingelfinger* se contradice cuando, por un lado, considera suficiente como "presupuesto mínimo" el "conocimiento de un tipo *determinado*", pero, por el otro, no cree suficiente el "conocimiento del tipo delictivo".[765]

En segundo lugar, por más que el criterio independiente de la dominancia volitiva ayude a la delimitación de la inducción respecto de la complicidad, acaba sin embargo desdibujando los límites entre la autoría (mediata) y la participación (inducción) trazados por la teoría del dominio del hecho. Desde el punto de vista terminológico —como ya ha advertido acertadamente *Schulz*[766]—, la cercanía entre el dominio del plan y el dominio del conocimiento, así como entre la dominancia volitiva y el dominio de la voluntad es evidente. En sustancia, estos conceptos se pueden diferenciar claramente sólo con ayuda del principio de responsabilidad estricto,[767] dependiendo del hecho de que el autor principal actúe con plena responsabilidad (entonces inducción) o no (entonces autoría mediata). También *Ingelfinger* se atiene a esto al expresar que "a pesar de la influencia conductora" el "cometer el hecho" quedaría en la "libre decisión del autor". "No existiría ningún 'déficit' en el hombre de adelante que lo convierta en 'instrumento'".[768] Del mismo modo, este autor pretende distinguir la "dominancia volitiva" del dominio de la voluntad, por el hecho de que en este último caso la subordinación del autor ante el provocador sería "evidente", porque el

---

empuja hacia la comisión del hecho y, con ello, juzga, aunque con menor precisión, de modo similar a Roxin, supra nota 710).

763 *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 150 (resaltado en el original).

764 Idem, p. 150.

765 Idem, p. 232, 233 (resaltado en el original).

766 Cfr. supra nota 720.

767 Cfr. ya supra notas 215 y 361.

768 *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 161.

autor "es incapaz o sólo limitadamente capaz de formación de la voluntad".[769] Esto no convence, pues justamente los casos de dominio por organización muestran[770] que el principio de responsabilidad sirve sólo en medida muy limitada como criterio de delimitación. De este modo, tampoco *Ingelfinger* responde a la cuestión de si en estos casos se debe afirmar una inducción o una autoría mediata, conformándose con situarlos "en todo caso cerca de la autoría".[771] Sin embargo, esto es demasiado poco diferenciado y deja sin respuesta la cuestión de la delimitación entre inducción y autoría mediata. Por más que este punto de vista pueda resultar aún factible en caso de una delimitación entre complicidad e inducción orientada al autor, debido a la idéntica punición del inductor respecto del autor,[772] esto es dudoso en el sistema del derecho penal internacional que deja la decisión de la medición de la pena en la discreción judicial. Por ello, en nuestro contexto la delimitación de las formas de intervención debe tener lugar, en todas las direcciones, básicamente a partir de la estructura típica, sin atender a las consecuencias jurídicas; esto es, en el caso de la inducción "hacia arriba" respecto de la autoría y "hacia abajo" respecto de la complicidad. Por tal razón tampoco el criterio de la dominancia volitiva puede encontrar reconocimiento. A la ganancia en delimitación en cuanto a la complicidad lograda con este criterio se opone una pérdida considerable de determinación en cuanto a la delimitación con las formas de autoría comprendidas por la teoría del dominio del hecho.

En *conclusión*, se insiste en los criterios del *dominio del plan* y de la creación de un *motivo aprobatorio del hecho*. De éstos se sigue ante todo, como regla general,[773] que el dominio del inductor se refiere a la fase de planificación o de decisión del hecho. El dominio del plan del inductor existente en esta fase o bien el motivo aprobatorio del hecho por él creado provoca en el autor la resolución a cometer el hecho, colaborando, así, indirectamente con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Además de este aspecto temporal la inducción se diferencia también desde un punto de vista normativo de la *complicidad*, porque, al dar el impulso determinante para la lesión o puesta en peligro de *otro* bien jurídico, ella colabora *sustancialmente* con la agresión al bien jurídico por el autor, poniéndola en marcha. Por el contrario, la complicidad consiste solamente en un apoyo o concretización, en la fase de planificación o de ejecución del hecho, de la resolución ya tomada de lesionar el bien jurídico. La inducción se diferencia de la *autoría* a través de que al autor sólo se le

---

769 Idem, p. 146. Como ejemplo menciona al hombre de adelante incapaz de culpabilidad.

770 Cfr. supra II. 3. c).

771 *Ingelfinger*, Anstiftervorsatz (1992), p. 184.

772 Típico, por ejemplo, *Schulz,* Bestrafung (1980), p. 140: "[…] se trata de encontrar un criterio que muestre al inductor […] de modo equivalente […] al autor"; también *Neidlinger*, Abgrenzung (1989), p. 3.

773 Del mismo modo los defensores de una dominancia de la decisión o volitiva, es decir, *Neidlinger*, supra nota 733 ss. y texto e *Ingelfinger*, supra nota 742 ss. y texto.

propone, *e*n la fase de planificación, la comisión del hecho —por medio de un motivo aprobatorio del hecho—. La aceptación de esta proposición y su puesta en práctica en la fase de ejecución del hecho, lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico, queda en la esfera de la decisión libre y responsable del autor. Si la acción de inducción se extiende sin embargo por sobre la fase de planificación a la fase de ejecución del hecho, entonces esto hablaría en favor del dominio del hecho y, con ello, de una autoría (mediata). Aquí se trata solamente de *lineamientos*, debiendo quedar reservado a la jurisprudencia el desarrollo de un criterio más preciso de delimitación, pues, como se ha anticipado,[774] en abstracto sólo de modo muy limitado se pueden determinar los criterios de delimitación.

4. Resumen y conclusiones

a) El *tipo de* ***complicidad*** de derecho penal internacional necesita, sobre todo desde el punto de vista *objetivo*, de contornos más precisos. Al respecto, el criterio del efecto sustancial de la acción de complicidad sobre el hecho principal, proveniente de la jurisprudencia penal internacional, encuentra un sostén en las teorías generales sobre la complicidad jurídico-penal. En este sentido, la teoría de la causación del resultado constituye el punto de partida y el fundamento de una teoría de la complicidad suficientemente precisa, limitada según la idea de un Estado de derecho y desarrollada con las reglas de la imputación objetiva. Las diferencias entre la teoría de la elevación causal del riesgo —más bien tradicional— y la teoría de la imputación objetiva son esencialmente de naturaleza terminológica. Ambas teorías exigen el *aumento* y desaprobación del riesgo de la acción de complicidad; la renuncia aparente de la teoría de la imputación objetiva a una exigencia de causalidad es compensada, en sustancia, con el requisito de la realización del riesgo, ya que este requisito también puede entenderse en el sentido de que debe existir en el hecho principal una manifestación exterior de la voluntad de complicidad. De este modo se muestra que la teoría de la imputación objetiva se puede conciliar, sin problemas, con los razonables resultados de la teoría tradicional. En sustancia, ella la confirma y asegura, sólo que con su propia terminología.[775]

Si bien es cierto que los presupuestos objetivos de la responsabilidad por complicidad necesitarían aún de contornos más precisos, también lo es que una limitación ya está contemplada *de lege lata*, desde el punto de vista *subjetivo*, por medio de

---

[774] Cfr. supra nota 711 y en el texto.

[775] Cfr., en este sentido también el resultado convincente de la investigación de *Lüderssen*, FS Grünwald (1999), p. 344 ss. (350): "estas […] reflexiones experimentales muestran […] que […] el instrumentario de la imputación objetiva […] se puede reconducir […] a estructuras más sencillas, si es que se decide sacar provecho de su contenido".

la exigencia del propósito de facilitar el hecho principal. Ésta sirve para limitar en el plano subjetivo el amplio tipo objetivo de complicidad, sin tornar superflua, sin embargo, la búsqueda de contornos más precisos desde el punto de vista *objetivo*.

La *contribución de algún otro modo* a un hecho colectivo conforme al art. 25 (3)(d) representa una negativa al tipo tradicional del conspiración y al crimen de organización. Su delimitación con la complicidad del art. 25 (3)(c) es difícil, pudiéndose realizar únicamente en el plano subjetivo, pues al respecto la complicidad exige más que la contribución al hecho de algún otro modo, esto es, una *intención* de favorecimiento o de facilitación que va más allá del mero conocimiento del hecho principal. Por tanto, al art. 25 (3)(d) le resta un ámbito de aplicación —aunque pequeño—, en los casos en los cuales el agente objetivamente favorece un hecho colectivo y subjetivamente considera posible o segura la lesión del bien jurídico, aunque sin proponérsela.

b) Del análisis de las formas de ***provocación*** *a cometer delitos* contenidas en el art. 25 (3)(b) y (e) ha resultado que la *inducción* constituye la forma básica de provocación a otro a cometer delitos en derecho penal internacional. La acción del "ordering" pertenece estructuralmente a la autoría mediata. El "solicits" y el "induces" regulan casos de provocación a un autor determinado o determinable a cometer un hecho principal determinado o determinable, es decir, regulan en esencia una participación accesoria en forma de inducción. De este modo, el art. 25 (3)(b) no codifica, como sugiere la traducción oficial alemana, la exhortación en el sentido del § 111, StGB y la inducción en el sentido del § 26, StGB, sino únicamente la inducción como forma básica de provocación a otro a cometer delitos. La laguna de punibilidad que con esto se crea ha de ser tolerada por razones de determinación y, además, puede ser recogida con la complicidad psíquica de acuerdo con el art. 25 (3)(c).

La *incitación* ("incites") del art. 25 (3)(e) se diferencia de la inducción en razón de su estructura típica como delito independiente de peligro de masas en cuanto al genocidio. *In concreto* esto significa que ella se dirige a un número indeterminado de potenciales autores —en este sentido "pública" y "directa"—, sin que sea necesario que el hecho principal haya sido siquiera tentado. Desde el punto de vista subjetivo, también el incitador debe actuar con intención de destrucción.[776] Esta exigencia especial no rige, sin embargo, en los (demás) casos de participación en el crimen de genocidio. Por último, entre la inducción, por un lado, y la exhortación e incitación, por el otro, existe una relación de exclusividad.

La *delimitación* de la inducción respecto de la *complicidad* se consigue del modo más convincente con el criterio del *dominio del plan* y la creación de un *motivo aprobatorio del hecho* en cuanto al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. De acuerdo con ello, existe inducción cuando el hombre de atrás da el impulso decisivo para la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico o en el caso de una inducción

---

[776] Cfr. con más detalles § 11 I. 2. c) aa).

modificadora ("Umstiftung") de otro bien jurídico. De este modo, se concilian las consideraciones de la teoría de la imputación objetiva con los esfuerzos tradicionales de delimitación. Se muestra nuevamente que la teoría de la imputación objetiva confirma y asegura con su propia terminología los razonables resultados de la teoría tradicional.

Todo sumado confirma, por tanto, la tesis formulada al comienzo[777] de que las *acciones de participación* en crímenes internacionales pueden ser *comprendidas exhaustivamente* con la complicidad y la inducción. Para la contribución de algún otro modo al hecho colectivo queda un ámbito de aplicación insignificante en la práctica. La incitación, según la concepción prevista en el ECPI, no representa una acción de participación, sino un tipo independiente de peligro.

[777] Cfr. supra por la nota 456.

§ 9. Responsabilidad del superior *

Del análisis de la jurisprudencia y de la codificación resulta que la responsabilidad del comandante y de otros superiores es reconocida en principio por la costumbre internacional.[1] Según una reciente decisión de la Sala de Apelación del ICTY el concepto es aplicable también en conflictos no internacionales.[2] El art. 28[3] ha codificado por primera vez con pretensión de validez general los requisitos de esta extensión de la responsabilidad. En este lugar se trata, por ello, de la sistematización y concretización de estos requisitos.

A efectos de una clasificación dogmática del tipo de la responsabilidad del superior es aconsejable en primer lugar adelantar algunas consideraciones generales (*sub* I.), para luego poder dedicarnos, interpretando el art. 28, a sus presupuestos típicos (*sub* II.). Al respecto, en el marco del tipo objetivo (*actus reus*) se han de analizar cinco presupuestos y respecto del tipo subjetivo (*mens rea*) se han de diferenciar tres criterios.[4]

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En esta investigación se ha utilizado hasta el momento preponderantemente el concepto tradicional de *responsabilidad por el mando o del comandante* ("command responsibility") para caracterizar la responsabilidad especial del superior militar. La

---

* Traducción del § 19 de la vers. al. revisado, actualizado y complementado.

1 Cfr. supra § 2 II. 2. a) y § 6 I. 2.

2 *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, 16.7.2003 (IT-01-47-AR72), para. 12. Aprob. *Greenwood*, JICJ 2004, p. 600 s. que, sin embargo, critica la fundamentación de la decisión.

3 Las disposiciones sin indicación de fuente pertenecen al ECPI.

4 Cfr. también la propuesta similar, aunque menos diferenciada de los Estados Unidos en el marco de la PrepCommis (UN-Dok. PCNICC/1999/DP.4/Add.3).

extensión de la responsabilidad a superiores civiles, que con el ECPI puede considerarse definitivamente reconocida, aconseja sin embargo utilizar ahora el concepto más amplio de responsabilidad del superior ("superior responsibility") como concepto genérico.[5] Al mismo tiempo, con esto queda claro que el sujeto del hecho puede ser en principio cualquier persona que tenga una posición de superior. En este sentido, el tipo puede ser calificado también como *delito especial*, ya que no puede ser realizado por cualquier persona, sino sólo por un superior.[6]

Con el tipo de la responsabilidad del superior se pena una *omisión*, pues el superior es responsable, porque en presencia de actos delictivos de sus subordinados —en lo siguiente "crímenes base"— no ha tomado ninguna medida en su contra o, en todo caso, no ha tomado las medidas necesarias y razonables. Con ello se ingresa en un *nuevo terreno dogmático* en un doble sentido. Por un lado, el derecho penal internacional no conoce una responsabilidad general por omisión. Una disposición en este sentido fue rechazada en Roma especialmente por la delegación francesa, debido a la comprensión estricta del principio de legalidad[7] en el derecho francés. Por otro lado, la responsabilidad del superior es una creación jurídica originaria del derecho penal internacional,[8] la cual, si bien puede ser adjudicada en un plano absolutamente general a modelos de imputación fundados en la vigilancia del superior,[9] no tiene ningún paralelo directo en los derechos nacionales, así que su elaboración dogmática sólo limitadamente admite el recurso al derecho comparado.

En lo que concierne al art. 28 del ECPI, en primer término se plantea la cuestión de si esta disposición representa un delito de omisión "propia" o "impropia".[10] Desde el punto de vista del derecho penal internacional y del derecho comparado esa distinción tiene sentido, a lo sumo, si se equipara en sentido material la omisión *impropia* con la comisión como *delictum commissivum per omissionem* (en cierto modo como omisión "equivalente a la comisión"[11]), pero no en caso de una diferenciación mera-

---

[5] Esto se pasa por alto en *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T), para. 364 incluida la nota 492 y *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement 29.7.2004 (IT-95-14-A), para. 53 incluida la nota 97, cuando allí se utilizan como sinónimos los términos "command" y "superior responsibility".

[6] Cfr. la correspondiente interpretación del § 357 (1) alt. 3 del StGB como delito de funcionario (propio o impropio) (LK-*Jescheck* [1988], § 357, nm. 1, con otras referencias).

[7] Cfr. *Pradel*, Droit penal comparé (2002), 267 ss. (270); también *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 418.

[8] Cfr. *Schabas*, HRLJ 1999, 161: "[…] creation of international law that has yet to make its place within domestic courts".

[9] Cfr. *Heine*, en: Eser/Yamanaka (editores), Einflüsse (2001), p. 104 s.; *Ambos*, Temas (2001), p. 152 ss. con un análisis de normas del derecho (militar) comparado.

[10] En favor de un "delito especial de omisión impropia", *Kreß*, HuV 1999, 9.

[11] Cfr. fundamental *Schünemann*, Unterlassungsdelikte (1971), p. 44, 232; también *Freund*, AT (1998), § 6 nm. 12 ss.; *Roxin*, AT II (2003), § 31 nm. 17 ss.: "equivalente a la comisión". En este sentido también *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 306 ss. (omisión pura y comisión por omisión); *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 452 ("tipo activo equivalente"); *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 537 s.; al parecer también *Magalhaes*, Direito penal (2003), p. 111 (aunque sin explayarse demasiado).

mente formal fundada en una regulación legal específica (entonces omisión *propia*) o solamente en una regulación legal general (entonces omisión *impropia*).[12] Mientras que la diferenciación material mencionada es reconocida también en otros sistemas jurídicos,[13] en éstos son poco conocidos los conceptos de "propia" o "impropia" y una diferenciación meramente formal de derecho positivo; esto se muestra ya con la dificultad de una adecuada traducción de la terminología dominante alemana no sólo al inglés, sino también a las lenguas románicas.[14] Si de todos modos se quiere dotar a la responsabilidad del superior de una "etiqueta alemana", entonces ante todo habla en favor de un delito de *omisión* "*propia*", desde un punto de vista absolutamente formal, precisamente esa clasificación de las disposiciones, estructuralmente similares, del § 357 (1) alt. 3 del StGB,[15] del § 130 OWiG[16] y del § 41 WStG.[17] Una clasificación fundada *materialmente* de la responsabilidad del superior sólo puede tener lugar con vista a la estructura típica del art. 28 del ECPI.[18] Al respecto, el punto decisivo tendría que ser que el art. 28 describe con mucho detalle los presupuestos de la omisión, es decir, las exigencias de conducta del superior, y de este modo no representa sólo el revés "*pasivo*" de un delito de comisión. Si bien en la orden del superior

---

[12] Sobre esta posición que se remonta a Arm. Kaufmann con razón crit. *Roxin*, AT II (2003), § 31 nm. 24 ss.; parece seguir la doctrina de Kaufmann *Bustos*, Obras (2004), p. 976 s. (discutiendo la comisión por omisión en p. 977 s. y 1000 s. con relación al art. 11 CP español de 1995); *Velásquez*, Manual (2004), p. 327 s. Ver también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 97, 98, quien, sin embargo, sobre la base de una síntesis del enfoque formal y material basada en *Jakobs* diferencia entre "verdaderos delitos de omisión *impropia* (equivalentes a la comisión)", delitos de omisión "propia materialmente equivalentes a la comisión" y delitos de omisión "propia materialmente *no* equivalentes a la comisión" (resaltado por el autor).

[13] Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), 47 s.; *Pradel*, Droit penal comparé (2002), 267 ss.; también *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 418.

[14] Mientras que en inglés se puede hablar razonablemente sólo de "crime of omission" y "commission by omission" (cfr. *Fletcher*, Concepts [1998], 47; también *Schmid*, Strafverfahren [1993], p. 182), existen sin embargo en las lenguas románicas razonables traducciones de "*echte*" y "*unechte*" *Unterlassungsdelikte*: "vraie infraction d'omission", "délit d'omission impropre"/"fausse infraction d'omission" (*Pradel*, Droit penal comparé [2002], 267); "delito propio y improprio de omisión" (*Cerezo*, Curso III [2001], p. 257, 261); de todos modos la doctrina francesa y entretanto también la doctrina española, especialmente cercana a la doctrina alemana, prefieren la denominación "pure omission" o bien "omisión pura" y "commission par omission" o bien "comisión por omisión" (*Pradel*, loc cit., p. 268 ss.; *Mir Puig*, Derecho Penal [2002], p. 306; *Zugaldía et al.*, Derecho Penal [2002], p. 828 s.). En el derecho francés el delito de omisión impropia no se encuentra, sin embargo, reconocido (*Hilgers*, Verantwortlichkeit [2000], p. 183 s.).

[15] Cfr. LK-*Jescheck* (1988), § 357, nm. 8; S/S-*Cramer* (2001), § 357, nm. 7; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 39.

[16] *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 9; *Rogall*, ZStW 1986, 588; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 34, en ambos casos con otras referencias. En Francia se llega, en el resultado, a una responsabilidad del empresario por las acciones de sus subordinados análoga a la del § 130, OWiG a través de la figura de la "responsabilité du fait d'autrui" (cfr. detalladamente *Hilgers*, loc cit., p. 183, 196 ss., 217, 236 ss.). Sobre Suiza *Vest,* Genozid (2002), p. 291 s.

[17] Cfr. *Schölz/Lingens*, Wehrstrafgesetz (2000), § 41, nm. 2, 17.

[18] Cfr. en general *Jescheck/Weigend*, AT (1996), § 58 III., p. 605 s.; *Freund*, AT (1998), § 6, nm. 14 ss.

a cometer delitos puede verse una responsabilidad específica del superior mediante una conducta activa, ella es sin embargo, como aún se habrá de mostrar,[19] más que sólo el revés "activo" del art. 28. Por otra parte, el art. 28 se diferencia del delito de omisión propia del § 130 OWiG en que el resultado causado con los crímenes base no representa sólo —como la infracción en el § 130 OWiG[20]— una condición objetiva de punibilidad. En cuanto a esto se volverá más adelante.[21] No obstante, se podrá afirmar de todos modos que el superior es responsable *en primer lugar* por la ausencia de control y sólo *secundariamente* (en cierto modo como una consecuencia) por los propios crímenes base. Aunque el superior tiene un deber de evitar el resultado, en tanto que el tipo de la responsabilidad del superior se encamina a la evitación de los resultados causados por los crímenes base —y en este sentido el resultado le puede ser imputado—,[22] a él sólo le puede ser exigido, sin embargo, un debido control de sus subordinados mediante la ejecución de las acciones establecidas en el art. 28, pero no el impedimento *directo* del resultado. El superior no "comete" —en el sentido de un delito de omisión "impropia"— los crímenes base "por omisión" de su deber de vigilancia, sino que omite —en el sentido de un delito de *omisión "propia*"— "solamente" la realización de determinados comportamientos debidos, con la consecuencia de que no se impide el resultado delictivo causado por el o los subordinados. De este modo, resulta claro que el quebrantamiento de la norma por el superior tiene *otra cualidad* que la del autor de un delito de omisión "impropia".[23] Pero esto no sólo porque en un delito de omisión "impropia" junto con la lesión del bien jurídico —que también ocurre en un delito de omisión "propia"— tiene lugar la "responsabilidad especial del destinatario de la norma",[24] sino también y justamente por-

---

[19] Cfr. infra por la nota 135.

[20] *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 9, 16a; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz (1975), § 130, nm. 8; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (1979), p. 116, 118; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 34, 41, 149 s., 229; crít. *Rogall*, ZStW 1986, 588 ss. (595, 600 s.). También en el derecho francés se objetiviza la responsabilidad del empresario en relación con los llamados delitos formales ("délits purements matériels"), pues al respecto alcanza ya con la constatación de la infracción para acertar la culpabilidad (cfr. *Hilgers*, loc cit., p. 229 s., 237).

[21] Cfr. con más detalles infra II. 2. por la nota 142.

[22] Al respecto, tampoco la cuestión de la imputación del resultado en sentido general es el único aspecto en la delimitación entre la omisión "propia" e "impropia" (con acierto, aunque demasiado apodíctico, *Freund*, AT [1998], § 6 nm. 16); de todos modos, en el sentido del texto se podrá diferenciar entre imputación *directa* e *indirecta* del resultado: En el caso de un delito de omisión "impropia", por ejemplo, un homicidio por omisión, al garante, por ejemplo, al padre que dejó que su hijo se ahogara, le es imputado el resultado de forma "directa"; en cambio, en el caso de un delito de omisión propia, por ejemplo, una omisión de prestar auxilio en el sentido del § 323c del StGB, la producción del resultado le es imputada de modo "directo" al "primer causante", por ejemplo, a quien empujó al agua a quien no sabía nadar, mientras que la persona obligada con base en razones de solidaridad responde sólo de modo "indirecto" por la no evitación de la producción del resultado.

[23] Y naturalmente también otra cualidad que la del quebrantamiento de la norma de sus subordinados, pero esto aquí no tiene importancia.

[24] Sobre esto, fundamental *Freund*, Unterlassen (1992), p. 68 ss. (71); *el mismo*, AT (1998), § 6 nm. 14 ss. (14, 19); al respecto aprob. *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 103, 136 ss.: La responsa-

que el superior no comete los "crímenes base" ni por sí mismo, ni por medio de otro (como el autor de un delito de omisión "impropia", por ejemplo, un homicido por omisión), sino que "solamente" no cumple en modo debido el deber de vigilancia que le incumbe. De este modo, la responsabilidad del superior constituye un delito de *omisión* "*propia*". Si bien a causa de las diferencias terminológicas expuestas y de su escasa importancia para la praxis de derecho penal internacional no se le debería conceder demasiada importancia a esta clasificación, ella representa de todos modos un importante punto de partida para la interpretación del art. 28.

La responsabilidad por omisión del superior debe ser diferenciada de una eventual *responsabilidad por participación*. La doctrina y jurisprudencia de derecho penal internacional parten al respecto con frecuencia de una punibilidad alternativa o incluso acumulativa, sin darse cuenta de la diferencia estructural fundamental entre la responsabilidad como superior y como partícipe.[25] En el caso *Kordic & Cerkez u*na Sala de Primera Instancia del ICTY parece abogar ahora por una relación de exclusividad entre los incisos 1 y 3 del art. 7 del EICTY, pero la delimitación resta, sin embargo, confusa.[26] Desde el punto de vista *objetivo* la diferencia reside ante todo en que el superior es responsable en primera línea por la omisión de emprender las medidas de control destinadas a impedir el hecho principal, mientras que el partícipe responde en razón de su ayuda —por lo general activa— al hecho principal.[27] En este sentido, el art. 28 se corresponde estructuralmente con el § 130 OWiG, el cual también hace de la omisión de la debida vigilancia el punto central del reproche de culpabilidad. Sin embargo, es posible que existan superposiciones con el ámbito de la complicidad psíquica por omisión (por ejemplo, en el sentido de una aprobación tácita).[28] Para una delimitación lo decisivo sería entonces el aspecto interno del hecho. Pues, desde el punto de vista *subjetivo* la diferencia entre el art. 28 y la participación reside —en todo caso según la opinión tradicional— en que en

---

bilidad especial del autor de un delito de omisión impropia constituiría la diferencia material y de legitimación teórica con respecto a la omisión propia transgredible por cualquier persona. El requisito adicional de esta "*responsabilidad especial*" en el delito de omisión "*impropia*" resultaría también, por cierto, según la doctrina dominante de la exigencia de la posición de garante y del deber de garante de allí resultante —por lo cual *Freund* ante todo solamente introduce otro concepto—; sin embargo, la posición de garante sería solamente una "vaina formal", en la cual se ocultaría el verdadero problema material —a saber, la equivalencia valorativa de la omisión impropia respecto de la comisión— (*Freund*, Unterlassen [1992], p. 43 s.; aprob. *Vogel*, loc cit. 135 s., 311 ss.; crít. *Schünemann*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter [editores], Dogmatik [1995], p. 51 ss.; *Hilgers*, Verantwortlichkeit [2000], p. 96 ss., 126 s.).

[25] Cfr. por ejemplo *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 2, así como *Bantekas*, AJIL 1999, 577. Ambos autores consideran a la responsabilidad del superior como una "form of complicity"; impreciso, también *Vetter*, YaleJIL 2000, 98: "shares some characteristics […]". Correcto recientemente *Arnold*, CLF 2003, p. 147; *Greenwood*, JICJ 2004, 599.

[26] *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, supra, nota 4, para. 371.

[27] Cfr. ya supra § 8 III. 2.

[28] *Osiel*, Orders (1999), p. 192 s. explica la amplia responsabilidad por imprudencia del superior con el hecho de que a través de ella debe evitarse la comisión de crímenes por medio de una connivencia ("connivance").

el caso del superior es suficiente un saber positivo o una ignorancia negligente, mientras que, por el contrario, en el caso del partícipe se exige adicionalmente un querer: El superior debe solamente *conocer* o *poder* conocer los crímenes base, mientras que el partícipe debe adicionalmente *querer* su conducta de participación y especialmente también el hecho principal.[29] Si están presentes los presupuestos de una responsabilidad por participación, la responsabilidad del superior asume sólo un significado subsidiario.[30]

La diferenciación entre la responsabilidad del superior a causa del control insuficiente de los subordinados y su responsabilidad directa por los crímenes base parece desenmascarar también la contradicción, señalada por *Schabas*, de la comisión de un "crimen doloso con imprudencia",[31] evidenciándola como sólo aparente. Pues, el crimen de la responsabilidad del superior del art. 28 y los crímenes base de los subordinados constituyen tipos independientes con diferentes requisitos subjetivos; a saber, en el primer caso se trata de una violación del deber de control que se puede cometer también por imprudencia y, en el segundo, de crímenes base cometidos dolosamente (cfr. art. 30). De este modo, no se comete un crimen doloso —el crimen base— con imprudencia —control insuficiente—, sino que el crimen de la violación del deber de control cometido dolosamente o por imprudencia conduce a la comisión de crímenes dolosos en la forma de crímenes base. Desde luego, aquí no se debe pasar por alto que el art. 28 crea una contradicción valorativa poco satisfactoria tanto desde el punto de vista dogmático, como político criminal entre la violación del deber de control dolosa e imprudente. Pues el superior no merece el mismo reproche de culpabilidad (si es que acaso merece algún reproche) en caso de una violación del deber de control solamente *imprudente* que en el de una violación del deber de control *dolosa*.[32] En *este* caso, el superior es culpable en sustancia de complicidad por omisión —aunque el art. 28 lo considere autor—, ya que con su conocimiento de los crímenes base está dado el dolo necesario para la participación.[33] Por el contrario, la violación del deber de control imprudente representa un *delito separado*, cuyo contenido de injusto en gran medida reducido solamente puede ser considerado atenuando la pena del superior. En una codificación de derecho nacional ese

---

[29] Sobre la discusión fundamental de la limitación del dolo a un elemento cognitivo, cfr. infra § 11 I. 1. c) aa).

[30] Cfr. en este sentido también el mismo punto de vista en relación con el § 130 OWiG: *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 25 ss.; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz (1975), § 130, nm. 16; *Ferner*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2004), § 130, nm. 2; *Rogall*, ZStW 1986, 620. Ver ya supra § 2 nota 18.

[31] *Schabas*, Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J. 1998, 417: "impossible to commit a crime of intent by negligence". Cfr también crít. *Schabas*, Genocide (2000), p. 305, 312. El problema es también reconocido por *Greenwood*, JICJ 2004, 599.

[32] El § 357 (1), alt. 3, StGB exige un dejar suceder *a sabiendas* en el sentido del dolus eventualis (S/S-*Cramer* [2001], § 357, nm. 7; LK-*Jescheck* [1988], § 357, nm. 1).

[33] Cfr. acertadamente LK-*Jescheck* (1988), § 357, nm. 8, en donde se expresa que en el caso de una violación dolosa del deber de control se trata en sustancia de una complicidad por omisión. Cfr. sobre el tema *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1395 ss.

doble carácter del art. 28 conduce a que deba ser considerado (como en el Código penal internacional alemán —VStGB—[34]), por un lado, como delito *doloso* de omisión —en presencia de *conocimiento* del superior de los crímenes base— y, por el otro, como *delito separado* de la violación del deber de control y de la omisión de denunciar un delito —en el caso de ignorancia negligente—. Aunque con ello no se soluciona la inconsistencia dogmática del art. 28, al menos se pone de resalto el diferente contenido de injusto de la conducta dolosa o imprudente del superior y de este modo se evita una violación flagrante del principio de culpabilidad.[35]

Finalmente, la responsabilidad del superior debe ser delimitada de la *orden* a cometer delitos en el sentido del art. 25 (3)(b). Mientras que en el caso de la orden, que estructuralmente pertenece a la autoría mediata,[36] se trata de una responsabilidad por una *conducta* positiva, en la responsabilidad del superior se penaliza una *omisión*. Al respecto en la doctrina se sostiene que se trataría de "dos caras de la misma moneda".[37] Esta posición ha de recibir aprobación al menos desde el punto de vista fáctico, ya que por lo general también en los casos de responsabilidad del superior existen ciertas órdenes a cometer delitos; en este sentido, se habla también de una "direct command responsibility".[38] Cuando ésta no puede ser probada, se recurre al tipo de la responsabilidad del superior en cierto modo como fundamento subsidiario de responsabilidad ("fall back liability").[39] Por tal razón, en el informe de la Secretaría General de la ONU sobre el establecimiento del ICTY se declara que un superior debe ser penado o por impartir una orden antijurídica a cometer determinados delitos o bien por la omisión de impedir tales hechos.[40] Tal paralelo fue reconocido también en el XVI° Congreso de la AIDP de Budapest en relación con la responsabilidad jurídico-penal en el marco de organizaciones criminales.[41] Desde el punto de vista

---

[34] Cfr. los § 5, 14, 15 del VStGB (BGBl. 2002 I p. 2254); aprob. *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 206 s. ("excellent"); también *Lahti*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 349 s.

[35] Crít. en este sentido, también *Laurenzo Copello*, JpD 7/2000, 99; *Kreß*, IYHR 2000, 145 s.; *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1396 s.; *Vest,* Genozid (2002), p. 287 s.

[36] Cfr. ya supra § 8 II. 3. a).

[37] Cfr. *Green*, CanYIL 1989, 167; también *Eckhardt*, MLR 1982, 4 s.; *Parks*, MLR 1995, 75; diferenciando *Vetter*, YaleJIL 2000, 99.

[38] *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T), para. 333; también *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 289; *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 419; *Vetter*, YaleJIL 2000, 97, 99.

[39] Cfr. por ejemplo el caso *U.S. v. List et al*., TWC XI, p. 1257: "Those responsible for such crimes by ordering or authorizing their commission, or by a failure to take effective steps […]". Cfr. también *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 274.

[40] *UN*, Report of the Secretary General (1993), para. 56.

[41] Cfr. la resolución II. 1. de la sección I. del XVI° Congreso de la AIDP de 1999: "Because it is often difficult to prove that leaders and members of organised criminal groups have actually participated in the perpetration of particular offences, traditional forms of perpetration and accessorial liability can be insufficient to make these individuals accountable. To the extent the traditional law of perpetratorship and complicity is deemed insufficient, one should consider a cautio[u]s modernisation based on the *principle of organisational responsibility*. In hierarchically structured organisations, persons with decision and control power can be made responsible for acts of other members under their control if they have *ordered* these acts

del derecho penal internacional la diferencia entre estas dos formas delictivas reside en que sólo la orden a cometer delitos puede reclamar validez general en derecho penal internacional,[42] mientras que la responsabilidad del superior necesita en todo caso aún de una mayor concretización y aclaración.

Aunque la responsabilidad del superior puede ser calificada como "the legal and logical concomitant to the defence of 'obedience to superior orders'",[43] no existe una contradicción lógica entre la responsabilidad paralela del superior por impartir la orden de cometer un delito y la responsabilidad del subordinado por ejecutarla. Quien, como *D'Amato,*[44] sostiene ese punto de vista, rechazado acertadamente por *Levie*,[45] descuida que las acciones de intervención jurídico-penal al hecho se pueden realizar de diferentes formas. Un punto de vista basado en el modelo diferenciador continental europeo permite, sin dificultades, considerar al superior como inductor o autor mediato y al subordinado como autor directo. La circunstancia de que la orden del superior es antijurídica y por ello no debe ser ejecutada por el subordinado constituye sólo una expectativa normativa que no permite eximir al superior de responsabilidad penal. De lo contrario, cualquier crimen que fuera cometido en el marco de una estructura de organización jerárquica —por ejemplo, el homicidio cometido por un asesino a sueldo por orden del jefe de la organización— conduciría a la impunidad del hombre de atrás, aunque su conducta por lo general ha de considerarse más reprobable que la del autor directo.

II. LOS REQUISITOS PARTICULARES DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

1. Tipo objetivo (*actus reus*)

a) *La posición de superior*

La jurisprudencia de Núremberg ha limitado la responsabilidad penal del superior por los hechos de los subordinados a los generales y oficiales con mando, exceptuando de responsabilidad al personal militar carente de tal mando.[46] En cuanto a la guerra de agresión, se ha exigido que el imputado sea un líder o ideólogo o pertenezca al nivel político de conducción ("policy level").[47] El Tribunal de Tokio limitó la responsabilidad a los miembros del gabinete.[48] El ICTY ha exigido una "position of authority" o bien un "hierarchical power".[49] Si bien la jurisprudencia penal internacional no establece con

to be committed or have *consciously omitted* to prevent their commission" (resaltado por el autor). En alemán en ZStW 2000, 724; allí (706 ss.) también el informe de *Weigend*.

[42] Cfr. sólo *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 441; asimismo *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 272, 289.

[43] *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 420; también *Vetter*, YaleJIL 2000, 102. Crít. *Vest,* Genozid (2002), p. 287.

[44] *D'Amato*, AJIL 1986, 604 ss.

[45] *Levie*, AJIL 1986, 608 ss.

[46] Sobre la (ausencia) de responsabilidad de los *staff officiers* cfr. también *Douglass*, IntL 1972, 698 ss. (702-03); *E. O'Brien*, MLR 1995, 90; *Bantekas*, AJIL 1999, 581.

[47] Cfr. 97 ss., 126 s. vers. al.

[48] Cfr. 133 ss., 138 s. vers. al.

[49] Cfr., por un lado, *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra nota 37, para. 354 y *Prosecutor v. Blaskic*, Judgment 3.3.2000 (IT-95-14-T), para. 300; *Prosecutor v. Brdanin*, Judgement 1.9.2004 (IT-99-36-T), para. 275; por el otro, *Prosecutor v. Aleksovski,* Judgement 25.6.1999 (IT-95-14/1)*,* para. 78.

precisión a qué nivel jerárquico debe pertenecer el superior, de todos modos deja en claro que se debe tratar de un miembro del nivel de conducción.

Las codificaciones aquí analizadas parecen sugerir la conclusión de que la responsabilidad del superior no debe limitarse al nivel de conducción. Así, por ejemplo, el art. 87 (1) PACG I debe interpretarse ampliamente en el sentido de "to refer to all those persons who had command responsibility, from commanders at the highest level to leaders with only a few men under their command".[50] Esto no significa, sin embargo, que todas las personas en la cadena de mando, independientemente de las circunstancias concretas del hecho y de su propia posición jerárquica, son responsables de la misma manera;[51] más bien, con esto solamente se pone en claro que la posibilidad de la responsabilidad del superior no está limitada *per se* a los niveles más altos de mando. El art. 6 del Draft Code de 1996 de la CDI se refiere —ya según su texto, pero también según la interpretación expresa de la CDI— a la responsabilidad de *todos* los superiores (en plural) dentro de una cadena de mandos, esto es, no sólo a los superiores directos dentro de una determinada jerarquía.[52] Similarmente, el art. 28 (b) se refiere de forma general a las "relaciones entre superior y subordinado", por lo cual la característica principal de esa relación no debe ser el rango del superior, sino su poder de mando sobre los subordinados.[53] La relación entre "superior y subordinado" exige en todo caso una cadena de mando ("chain of command") del superior hacia los subordinados.[54]

En suma, para la jurisprudencia y las codificaciones lo determinante es que el superior posea *poder de mando* ("command").[55] Si bien esto parece deducirse ya del hecho de que el poder de mando es inmanente al concepto tradicional de responsabilidad por el mando, sin embargo, de ello no resulta sin más la atribución de responsabilidad. Ésta resulta recién de la combinación de poder de mando y responsabilidad en el concepto de la responsabilidad del superior. Así establece, por ejemplo, el *Field Manual* estadounidense 22-100 concisa y apodícticamente: "The military commander has complete and overall responsibility for all activities within his unit".[56]

---

[50] *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3553, refiriéndose a las official records; cfr. también el nm. 3561: "every commander at every level has a duty to act […]".. Similar también *Partsch*, en: Bothe/Partsch/Solf (eds.), Commentary (1982), p. 528.

[51] *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3554; cfr. también *Rogers*, Law (1996), 142; *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 421. Similarmente argumenta también *Röling*, RBDI 1976, 15 en favor de una "special responsibility for the field in question".

[52] *Report ILC* 1996, p. 37, para. 4 = *YbILC* 1996 II 2, p. 25 s., para. 4.

[53] Cfr. *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 4, 15. De modo similar también en el caso *U.S. v. von Leeb et al.,* TWC XI, p. 489 se ha declarado que "it is not a persons rank or status, but his power to shape or influence the policy of his state, or which is the relevant issue for determining his criminality under the charge of crimes against peace".

[54] *Bantekas*, AJIL 1999, 580 s., 584.

[55] Sobre las fuentes de un poder de mando *de iure* cfr. *Bantekas*, AJIL 1999, 578 ss. Este autor diferencia entre cuatro niveles de poder de mando (de arriba hacia abajo): "policy command", "strategic command", "operational command" y "tactical command".

[56] § 22 FM 22-100 citado según *Howard*, JournPL 1972, 14.

En relación con el superior *no militar* el ECPI habla de "autoridad y control" ("authority and control") y, en este sentido, el título del art. 28 no se denomina "responsabilidad por el mando" ("command responsibility"), sino "responsabilidad de los jefes y otros superiores" ("responsibility of commanders and others superiors"). Hubiera sido aún más correcto hablar de "responsabilidad por la autoridad y control", ya que estos criterios son presupuesto de la responsabilidad penal tanto del superior militar como también del no militar. Una fórmula aún más expresiva ofrece el concepto de la responsabilidad del superior ("superior responsibility") aquí utilizado. Con prescindencia de estas diferencias terminológicas resulta claro que la relación superior-subordinado adquiere una nueva cualidad a través de la exigencia del poder de mando: no se trata ya de qué clase de poder de mando debe ejercitar el superior, sino de si él tiene autoridad y control fáctico sobre los subordinados; esto no excluye que el superior en cuestión sea al mismo tiempo él mismo subordinado.[57]

Quien en contra de esto objeta que la relación superior-subordinado implicaría *per se* que el superior tenga también autoridad y control jurídico-formal sobre sus subordinados, argumenta de modo demasiado formal y por ello incorrecto, pues el art. 28 del Estatuto de Roma —en consonancia con la jurisprudencia del ICTY[58]— no se funda en el estatus formal del superior, sino en su posición *fáctica*. El superior debe actuar de modo "*efectivo*" como jefe militar ("effectively acting as") y también debe poseer de modo "*efectivo*" autoridad y poder de mando ("effective command" o "authority").[59] De este modo, el art. 28 parte de una relación fáctica y considera como superior a aquel que posee *autoridad y control efectivo* sobre sus subordinados; esto incluye especialmente un superior paramilitar.[60] En este sentido, *Bantekas* define la posición del superior de la siguiente manera:

> Being feared by others and *enforcing one's might over others* renders an individual superior to those with lesser power or greater fear. It is not one's mere capacity to influence others that constitutes command liability, rather *actual and effective subordination* as a result of the *exercise of one's influence over persons* is necessary.[61]

Además, así *De Preux*, el concepto de superior debe ser entendido "in terms of a hierarchy encompassing the concept of control".[62] Esto significa que la posición del superior se encuentra estrechamente vinculada con el requisito de la responsabilidad del superior que se estudiará en el apartado siguiente.

---

[57] Cfr. *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 17.

[58] Cfr. resumiendo p. 353 s. vers. al.

[59] Cfr. también *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 5, 18; *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 292 s.; *Bantekas*, AJIL 1999, 579 s., 582.

[60] Cfr. al respecto *Langston*, ICLR 2004, p. 170 ss., 177 s., 179 ss. aplicando la doctrina a las milicias de Timor Oriental.

[61] *Bantekas*, AJIL 1999, 582.

[62] *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3544. *Rogers*, Law (1996), p. 140 pretende diferenciar al respecto entre el art. 86 (2) y el art. 87 (3) del PACG I; sin embargo, ambas disposiciones deben leerse conjuntamente.

b) *Mando o autoridad y control efectivo*

El superior *militar* debe poseer el "mando y control efectivo" o la "autoridad y control efectivo" ("effective command and control" o "effective authority and control") sobre sus subordinados (art. 28 (a)); el superior *no militar* debe ejercitar la "autoridad y control efectivo" ("effective authority and control") (art. 28 (b)). En ambos casos lo decisivo es que el superior controle efectivamente a sus subordinados. El término "*control*" representa un concepto genérico y es concretizado a través de los conceptos de "mando" y/o "autoridad" ("command" y/o "authority").[63] La única diferencia material que parece existir entre estos conceptos reside en el hecho de que el "command" supone una estructura de mando militar y por tal razón está reservado a los superiores militares, mientras que la "authority" también corresponde a los superiores no militares. Según el Black's Law Dictionary el término "command" se refiere en un sentido más bien material a "an order, a directive", que eventualmente es respaldada con amenazas ("backed by threats");[64] la "authority" significa en un sentido más bien formal "the right or permission to act legally".[65] La traducción oficial alemana, al traducir estos diferentes conceptos resumidamente como "poder de mando o autoridad" ("Befehls-bzw. Führungsgewalt"), no parece atribuirles ninguna diferencia material esencial. En definitiva, lo decisivo en ambos casos es que el superior controle de modo "efectivo" a sus subordinados, sea esto en razón de su poder de mando *o* de su autoridad; especialmente la capacidad de emitir e imponer órdenes representa un indicio importante de la existencia de tal mando o autoridad.[66]

En atención a la caracterización del art. 28 como delito de omisión propia se plantea la cuestión del *fundamento jurídico y de legitimación del deber de intervención* del superior. Desde una perspectiva jurídico-material éste sólo se puede justificar en que el superior en razón de su mando y autoridad tiene la posibilidad efectiva de control de sus subordinados. Esta posibilidad, por otra parte, fundamenta una responsabilidad especial del superior, la cual se corresponde sustancialmente con la responsabilidad especial del garante en un delito de omisión "impropia"; ello, aunque el art. 28, como ya fuera señalado,[67] no representa justamente un delito de omisión "impropia", sino uno de omisión "propia". De todos modos, tampoco aquí se debe sobrevalorar la terminología, pues respecto del deber concreto de vigilancia y control sobre el subordinado no haría ninguna diferencia material hablar —en lugar

---

[63] Similar *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement 21.2.2001 (IT-96-21-A), para. 196; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, supra nota 4, para. 407.

[64] Black's Law Dictionary (1999), p. 262. Similar *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 124.

[65] Black's Law Dictionary (1999), p. 127.

[66] Acertadamente *Bantekas*, AJIL 1999, 582 s. Cfr. también *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 4, para. 69.

[67] Supra I., en la nota 9 ss. y el texto correspondiente.

de una posición de garante plena— solamente de una posición *análoga a la del garante* respecto de la conducta fiel al derecho de los subordinados. En favor de una posición de garante plena habla de todos modos la aceptación de tal posición de garante en el caso del § 130, OWiG,[68] el cual también es considerado como un delito de omisión propia.[69] En el derecho positivo, una posición de garante o una posición análoga a la de garante del superior resulta, al menos en el ámbito militar, especialmente del art. 87, PACG I, pues allí se establece el deber del jefe militar de impedir los crímenes de sus subordinados. El ECPI ha extendido ahora definitivamente ese deber también a los superiores no militares. De este modo, se puede hablar de un deber de actuar análogo a una posición de garante fundado en el derecho internacional, el cual se sustenta en una norma positiva de derecho contractual, reconocida, al mismo tiempo, por la costumbre internacional.

En cuanto a la fundamentación *material* de la posición y deber de garante del superior se puede recurrir también a la discusión alemana sobre los delitos de omisión impropia. En este lugar baste con señalar al respecto que la ya mencionada equivalencia valorativa de la omisión impropia[70] con la comisión es el "concepto clave" para la legitimación de los deberes u obligaciones del garante. Al respecto, han sido desarrollados modelos de legitimación formales y materiales, así como monistas y dualistas.[71] *Vogel* pugna en este sentido —sobre la base de un sistema del delito orientado a una contrariedad normativa general-abstracta y a una contrariedad al deber individual-concreta[72]— por un concepto de legitimación material y dualista, el cual intenta reformular la doctrina de *Jakobs* sobre la base de un concepto clásico de legitimación.[73] En nuestro contexto, interesan especialmente sus

---

[68] En favor de una posición de garante plena del propietario de empresa, por ejemplo *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (1979), p. 101 ss. (102 s., 108 s.); *Rogall*, ZStW 1986, 613 ss.; dejando abierta la cuestión *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 2. *Schünemann*, loc cit., fundamenta la posición de garante entre otras cosas con el dominio personal o bien con el mando jurídico y fáctico sobre los subordinados. Esto se remonta a su teoría de la posición de garante como "dominio sobre la causa del resultado" (loc cit., p. 88 s., así como, fundamental, *el mismo*, Unterlassungsdelikte [1971], p. 236 ss., 341 ss.). Esta fórmula, cuya cercanía con la teoría del *dominio* del hecho de *Roxin* es ya evidente desde el punto de vista terminológico y que justamente en el ámbito empresarial se puede vincular sin esfuerzos con la teoría del dominio por organización (cfr. ya supra § 8 II. 3. c., así como *Schünemann*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter [editores], Dogmatik [1995], p. 81), debe constituir el motivo material de la equiparación entre comisión y omisión; sin embargo, ella ha recibido críticas entre otras razones a causa de la imprecisión del concepto de "dominio" (cfr. resumidamente *Vogel*, Unterlassungsdelikte [1993], p. 351 ss.; también *Maiwald* JuS 1981, 480) y especialmente porque el dominio (el "poder") no fundamentaría la obligación jurídica de intervenir (el "deber") (cfr. *Hilgers*, Verantwortlichkeit [2000], p. 123 ss.). En contra de esta crítica y de la concepción normativista de *Jakobs*, *Freund* y *Vogel* cfr. *Schünemann*, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), Dogmatik (1995), p. 50 ss., 72 ss. (76 s.). Detalladamente sobre las posibles fundamentaciones de la posición de garante, ahora *Hilgers*, loc cit., p. 68 ss., quien por su parte (128 ss., 136 ss., 151 ss.) se funda en la conducta previa consistente en la creación, aumento o conservación de un peligro o en la asunción consciente de responsabilidad.

[69] Cfr. ya supra en la nota 15.

[70] Cfr.supra en la nota 23.

[71] Cfr. *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 337 ss.

[72] Idem, p. 23 s., 41 ss., 375 s.

[73] Idem, p. 358 ss., resumidamente: p. 382 s.

explicaciones sobre la fundamentación de deberes del garante con base en la solidaridad institucionalmente fundamentada y, por cierto, en el sentido de instituciones *reales* experimentadas.[74] Si se conciben a las fuerzas armadas como una institución real de este tipo, entonces ellas y, de este modo, especialmente sus oficiales con mando están obligadas a impedir la producción de lesiones en bienes jurídicos de terceros, scil. de la población civil.

El deber general de actuar es completado a través de numerosas reglas especiales de conducta del PACG I y del case law.[75] Aunque las reglas del PACG I estaban dirigidas originariamente sólo a las partes contratantes estatales, ellas pueden ser consideradas ahora como reglas fundamentales de la responsabilidad individual en la omisión, pues la teoría de la responsabilidad del superior y la mayor parte de los delitos establecidos por el Derecho de Ginebra han sido *quasi* "individualizados" por el ECPI y por las correspondientes leyes nacionales de implementación. En el resultado, existe por tanto una amplia base de responsabilidad, que sólo puede ser limitada a través del elemento típico del control *efectivo* y de los requisitos subjetivos del tipo de la responsabilidad del superior

El criterio del control *efectivo* ("effective")[76] pone nuevamente de manifiesto que lo principal no es la relación jurídica formal, sino la relación real de mando entre superior y subordinado. Para *Fenrick* debe estar comprendido un "*de jure* and *de facto* command" y debe garantizarse "that, when multiple changes of command appear to exist, responsibility is assigned to the chain of command wherein resides the power to give orders […]".[77] El control se extiende por tanto regularmente al ámbito directo de mando del superior, pues sólo en éste existe el poder inmediato de impartir órdenes. Como muestra la repetición en el art. 28 (b)(ii), el requisito del control efectivo tiene importancia especialmente en el caso del superior no militar.[78] Justamente su responsabilidad debe ser limitada ya en el plano objetivo. Así, por ejemplo, no se puede esperar un control efectivo del superior respecto de las actividades de los subordinados que no guardan relación con la función, es decir, actividades que éstos desarrollan por fuera de sus deberes oficiales.[79] En este sentido, *Wu y Kang* argumentan que el alcance del control se tendría que limitar a aquello que es parte de la relación (oficial) entre superior y subordinado ("part of their relationship").[80] En el

---

[74] Idem, p. 369 s.

[75] Cfr. *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3536; también *Bantekas*, AJIL 1999, 576 s. Ver también la interpretación similar respecto de la responsabilidad del propietario de empresa en el marco del § 130 OWG, al respecto *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 4 ss.; *Rogall*, ZStW 1986, 683 ss., quien ve al propietario de empresa en una posición de garante plena.

[76] Cfr. también *Bantekas*, AJIL 1999, 580.

[77] *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 7.

[78] Cfr. también *Vetter*, YaleJIL 2000, 115, quien ve en esto un requisito adicional para el jefe civil, sin dar sin embargo otra fundamentación al respecto.

[79] Cfr. *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 19.

[80] *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 295.

caso de la relación *militar* superior-subordinado de esto prácticamente nunca resultaría sin embargo una limitación de responsabilidad, porque esta relación abarca casi todas las actividades del subordinado. Se ha de partir también del hecho de que el control en las jerarquías civiles es menos estricto que en las militares.[81] Por tal razón, en suma, en la aceptación de un mando y control civil es necesaria una prudencia mayor que en las estructuras militares con responsabilidades claramente delimitables. Frente a este trasfondo, convence la decisión del ICTY en el caso *Kordic & Cerkez*,[82] en la cual fue negada la responsabilidad del superior del político civil Kordic, ya que, aun ejercitando una influencia considerable, no tenía el control efectivo. Detrás de ello está la idea general de que la apreciación de la prueba y la fundamentación de una responsabilidad del superior habría de efectuarse, para evitar injusticias, con "gran prudencia". Por otro lado, existe control efectivo si un superior civil tiene la obligación, en virtud de su posición en la jerarquía, de informar acerca de la comisión de crímenes, y si es probable que a causa de su informe resultara una investigación y, en su caso, sanciones.[83]

El control del superior es difícil de probar cuando las *funciones* militares están *repartidas*; por ejemplo, cuando un jefe militar ejercita solamente el control operativo, pero no el administrativo (el llamado "operational command"). Éste puede ser el caso, por ejemplo, cuando a un batallón de infantería le es asignada una unidad de artillería, subordinándola a su control operativo, pero, al mismo tiempo, sometiendo el control administrativo de esta unidad al superior del batallón de artillería. Si en un caso semejante la unidad de artillería adjunta recibe una orden antijurídica del batallón de artillería, entonces el jefe del batallón de infantería que ejercita el control operativo tiene el deber de emprender todas las medidadas que estén fácticamente a su alcance para impedir la comisión de hechos delictivos no sólo por parte de su unidad, sino también por parte de la unidad de artillería que se encuentra bajo su control operativo. La falta de control administrativo no dispensa por tanto al superior de la ejercitación consecuente de su control operativo.[84] Naturalmente, este principio se aplica también viceversa, es decir, cuando el jefe militar posee el control administrativo, pero no el operativo. En este caso se espera al menos que éste agote los

---

[81] Cfr. *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, 117: "Most bureaucratic leaders do not wield the same type of life and death authority". Esto se muestra también con el hecho de que un superior civil no posee por lo general un poder sancionador comparable al del superior militar; por tal razón, este poder sancionador no puede representar, como con acierto ha afirmado el *ICTY* en *Aleksovski,* supra nota 48, para. 78, un presupuesto de la responsabilidad del superior civil (aprob. *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 281).

[82] *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, supra, en la nota 4, para. 838 ss. Ver también *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 276: "Substantial influence does not meet the threshold of effective control […]"; también para. 281 con respecto al superior civil.

[83] *Prosecutor v. Aleksovski,* supra nota 48, para. 78; aprob. *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 281.

[84] Cfr. *Parks*, MLR 1995, 84 s.; también *Bantekas*, AJIL 1999, 585 s.

medios administrativos disponibles para prevenir la comisión de crímenes, por ejemplo, mediante la imposición de sanciones.

Un deber de actuar se puede negar tan solo cuando el superior no posee *ningún* tipo de *control*. Éste puede ser el caso, por ejemplo, si los subordinados cometen excesos de considerable dimensión, actuando completamente "fuera de quicio" y no cumpliendo ya las órdenes del superior. Aquí falta pues la necesaria relación de imputación.[85] Por otra parte, el deber de actuar del jefe se extiende a toda la zona sobre la cual ejerce autoridad y control efectivo (el llamado "executive command"). Así, por ejemplo, en caso de ocupación de una zona el control efectivo puede exceder del poder de mando formal.[86] Esto resulta también del hecho de que el art. 28 (a) y (b) se basa en la autoridad y control *efectivo*.[87] Por último, el superior tiene el deber de vigilar especialmente determinadas zonas problemáticas.[88] De la posición de superior se ha de diferenciar la posición de mero *consejero militar*. Éste carecerá regularmente del necesario control —operativo o administrativo—, pues tiene solamente dos opciones: informar de la comisión de crímenes o renunciar a su cargo.[89]

El hecho de que el superior *delegue* a un subordinado su deber de vigilancia no lo exime automáticamente de responsabilidad, especialmente cuando la delegación está destinada únicamente a lograr su exención de responsabilidad penal.[90] Su deber se transforma, más bien, en el deber de debida elección, instrucción y control sucesivo. Este punto de vista proviene ya de la sentencia del IMTFE, la cual en este punto habló de deberes "sistémicos".[91] Tampoco en los derechos penales nacionales se exime, en principio, de responsabilidad penal al superior o empresario[92] o bien se hace depender su exoneración de la existencia de rigurosos requisitos.[93] El art. 12 (4) del reciente proyecto de Corpus juris (2000) confirma esta situación jurídica:

---

[85] Cfr. infra (3). Cfr. también *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (1979), p. 105, 107 así como, *el mismo*, wistra 1982, 45, donde entre otras cosas atribuye los excesos en el ámbito del derecho penal de la empresa a la "emancipación" de los dependientes. Tampoco para *Rogall*, ZStW 1986, 619 en esta situación le puede ser imputado al superior el resultado antijurídico.

[86] *Parks*, MLR 1995, 85 s.; también *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3555; *Rogers*, Law (1996), p. 141; *Bantekas*, AJIL 1999, 586.

[87] *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 8.

[88] Cfr., con numerosos ejemplos, *Eckhardt*, MLR 1982, 23 s.

[89] Cfr. *Parks*, MLR 1995, 86. Ver también *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3557, quien con acierto pone de resalto que el consejero está allí para asesorar y no para remplazar al jefe militar; cfr. también *Partsch*, en: Bothe/Partsch/Solf (eds.), Commentary (1982), p. 529.

[90] *Bantekas*, AJIL 1999, 585 con referencia a Yamashita; sobre este caso ya detalladamente *Ambos*, Temas (2001), p. 120 ss.

[91] Cfr. ya p. 133 ss. vers. al.; también *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 293 s.; *Green*, TransLCP 1995, 355.

[92] Así el derecho alemán: *Schölz/Lingens*, Wehrstrafgesetz (2000), art. 41, nm. 9, 11; *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 11; *Rogall*, ZStW 1986, 603; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 31.

[93] Así el derecho francés: cfr. *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 210 ss.

> […] the fact that he delegated his powers shall only be a defence where the delegation was partial, precise, specific, and necessary for the running of the business, and the delegates were really in a position to fulfil the functions alloted to them. Notwithstanding such a delegation, a person may incur liability under this article on the basis that he took insufficient care in the selection, supervision or control of his staff, or in the general organisation of the business, or in any other matter with which the head of business is properly concerned.[94]

Desde luego, una cuestión diferente es la de *hasta dónde* llega el deber del superior. No existe ninguna duda respecto de que el superior es responsable por los crímenes base cometidos mediante una conducta activa. Sin embargo, se plantea la cuestión de si su deber de vigilancia e intervención se extiende también a los crímenes base cometidos por *omisión*. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un soldado que es responsable de la muerte de un prisionero de guerra por inanición. O en el caso de un soldado que —sin dolo de participación— no interviene para impedir la comisión de un crimen por parte de un camarada. Si bien el problema no tiene gran importancia práctica, ya que el ECPI no reconoce una responsabilidad general por omisión, sino que sólo prevé delitos de omisión propia en el marco de los arts. 5 a 8, existen sin embargo al menos algunos tipos que sí pueden ser realizados por omisión. El "infligir […] grandes sufrimientos" en el sentido del art. 8 (2)(a)(iii) alt. 1 puede ser realizado, por ejemplo, por la omisión de proveer agua y alimentos. El deber del superior se refiere en principio también a tales delitos de omisión, pues el art. 28 habla de modo absolutamente general de "crímenes de la competencia de la Corte" y, por tanto, no excluye a los crímenes base cometidos por omisión. La responsabilidad del superior se extendería aún más en un caso como el siguiente: Un soldado se niega a auxiliar a un civil o a otro camarada. Si este soldado fuera penalmente responsable en el sentido de un deber general de prestar auxilio, tal como el contenido por ejemplo en el § 323c StGB, se plantea la cuestión de si también habría que responsabilizar penalmente al superior, por no haber impedido al soldado omitir la prestación de auxilio. Aunque por lo general tales casos tendrían sólo escasa importancia práctica debido a la ausencia de dolo o de imprudencia grave en el superior y al problema probatorio vinculado con esto, ellos muestran sin embargo que una responsabilidad por omisión ilimitada del superior, por toda clase de crímenes de sus subordinados, iría demasiado lejos. Una limitación de responsabilidad podría tener lugar a través de una remisión expresa a determinados crímenes en el art. 28[95] o bien mediante la imposición de

---

[94] En: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 193. Cfr. también el art. 13 (2) de la versión anterior de 1997: "The delegation of powers and criminal liability is only valid as a defence if it is partial, precise and specific […] and if the delegates are really in a position to be able to fulfil the functions delegated to them. Such delegation does not exclude the general responsibility of monitoring, supervision and selection of personnel, and does not include matters proper to the head of business such as general organisation of work within the business" (en: *Delmas-Marty* [ed.], Corpus juris [1997], p. 70). Cfr. también el § e (3) de la propuesta de *Tiedemann*, en: FS Nishihara (1998), p. 511.

[95] Esto debería suceder en el curso de una modificación del tratado de acuerdo con el art. 121 del ECPI.

requisitos muy exigentes a la relación de imputación entre la violación del deber de control y los crímenes base. Esto nos conduce al siguiente presupuesto de la responsabilidad del superior.

c) *Crímenes base* "*en razón de*" *la ausencia de control del superior*

Los incisos (a) y (b) del art. 28 exigen que los crímenes base hayan sido cometidos "en razón de no haber ejercido [el superior] un control apropiado". De modo similar, se expresa el § 41 WStG en el sentido de que "por medio de" la insuficiente vigilancia se "cause una consecuencia grave". El § 130 OWiG presupone una "infracción" que "habría sido evitada o en gran medida dificultada por medio de una debida vigilancia". En todos estos casos —como de modo general ocurre en los delitos de omisión[96]— en el plano de la mera causalidad la teoría dominante de la condición o de la equivalencia, y su fórmula de la *condicio sine qua non,*[97] se invierte en una *quasi causalidad*;[98] *según ésta si* el superior hubiera emprendido las medidas necesarias o hubiera satisfecho su deber de control —condición añadida mentalmente—, *el resultado* antijurídico *se habría suprimido*.[99] La jurisprudencia del ICTY rechaza como es sabido una exigencia de causalidad,[100] pasando por alto posiblemente la diferencia entre causalidad de la comisión (activa) y quasi causalidad de la

---

[96] Cfr. *Kühl*, AT (2002), § 18, nm. 35 ss.; *Gropp*, AT (2001), § 11, nm. 71; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), § 59 III., p. 618 s.; *Wessels/Beulke*, AT (2003), nm. 711; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 22; *Freund*, AT (1998), § 6, nm. 102 s.; *Köhler*, AT (1997), p. 228 s.

[97] Cfr. por ejemplo *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 5 ss. con otras referencias; *Gropp*, AT (2001), § 5, nm. 13 ss.

[98] Se trata de un mero concepto de trabajo sin importancia para el problema material, a saber, la necesaria relación conforme a leyes entre la omisión y la producción del resultado (acertadamente *Mitsch*, en: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT [1995], § 15, nm. 23; esta aserción no está contenida en la 11° edición de 2003). De modo general sobre la causalidad en el delito de omisión *Roxin*, AT II (2003), § 31 nm. 27 ss. A favor de una quasi causalidad o causalidad hipotética también: *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 233 s. (siguiendo a Mezger); *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 551 s.; *Velásquez*, Manual (2004), p. 335 s.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones PG (2003), p. 183; en favor de "un nexo de evitación" *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 451 s.; similar *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 190 ("nexo de 'não-impedimento'"). *Bustos*, Obras (2004), p. 981 ve la causalidad en la omisión como "criterio valorativo", "en el fondo, un criterio de imputación objetiva"; en este sentido también *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 322 s.; *Zugaldía et al.*, Derecho Penal (2002), p. 830 s.; en favor de "uma concepção naturalista-normativa" *Reale*, Instituições (2002), p. 258 ss.; todavía más naturalista *Bruno*, Direito penal (1967), t. 1, p. 320 (aplicación de la conditio sine qua non). Crít. sobre la *quasi* causalidad *Renzikowski,* Täterschaft (1997), p. 106 s.

[99] Cfr. *Schölz/Lingens*, Wehrstrafgesetz (2000), § 41, nm. 13; *Rogall*, ZStW 1986, 607 con otras referencias.

[100] *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra nota 37, para. 398 ss.; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, supra, en la nota 4, para. 447; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 4, para. 77; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 280. Cfr. también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 187. Sin embargo, en *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 48, para. 339 la Sala del ICTY reconoció la exigencia de la causalidad: "[…] it must be proved that the subordinates would not have committed the subsequent crimes if the commander had not failed to

omisión. Mientras que en los delitos de comisión la condición que no puede ser "suprimida mentalmente", es decir, la conducta activa del autor, existe, en los delitos de omisión esto no es así: La condición que debe ser "añadida mentalmente", esto es, la realización de una acción que impida el resultado, es ella misma un fenómeno hipotético, que recién *ex post* —desde el punto de vista *ex ante* del autor— puede ser constatado con base en el conocimiento general de la experiencia.[101] Reconocer la exigencia de la quasi-causalidad en cuanto a la responsabilidad del superior tiene la importante consecuencia de que el superior solamente puede ser responsable por los delitos cometidos bajo y *durante* su mando, pero no por delitos *anteriores*. Esto es reconocido incluso por la Sala de Apelación de la ICTY,[102] a pesar de que, como se ha mencionado hace un momento, el Tribunal rechaza el criterio de la causalidad.

En el derecho estadounidense, en el cual rige el "but for test",[103] se expresan objeciones en contra de la inversión de la causalidad en casos de omisión, ya que la causalidad no podría originar "causal energy".[104] Esto se corresponde con la búsqueda infructuosa en la ciencia jurídico-penal alemana de una "causa efficiens"[105] y recuerda a la controvertida fundamentación de la causalidad en el grupo de casos de la evitación de cursos causales salvadores, porque al respecto la acción del autor que impide un determinado curso causal no desplegaría una "fuerza efectiva" dinámica.[106] La discusión no era solamente "improductiva" (*v. Liszt*),[107] sino que sobre todo se basaba en un punto de vista exageradamente naturalista, que perdía de vista que el requisito de la causalidad debe ser entendido normativamente en el sentido de una sucesión de acontecimientos conforme a leyes.[108]

Desde luego, también en nuestro contexto vale la conocida crítica de la amplitud ilimitada de una causalidad basada en la fórmula de la *condicio* (o también en la teoría de la condición conforme a leyes[109]) y del proceso puramente hipotético y

---

punish the earlier ones". La Sala se basó, *inter alia*, en *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra nota 37, para. 400 donde se había considerado que una conexión causal es "not only possible but likely". A favor de causalidad también *Arnold*, CLF 2003, p. 149; *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 331 ("adressed explicitly").

101 Cfr. *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 22, quien sin embargo concibe también a la omisión como "acción"; cfr. también la instructiva exposición de *Freund*, AT (1998), § 6, nm. 105 ss. de la mano del caso del incendio del BGH MDR 1971, 361. Sobre la "estructura de condición ordenada de otro modo" en el delito de omisión, también *Köhler*, AT (1997), p. 229. Cfr. también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 24 s.

102 *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, supra nota 2, para. 45; opiniones disidentes de los jueces *Hunt* y *Shahabuddeen*. Sobre ello ver *Mundis/Gaynor*, JICJ 2004, p. 657 ss. En favor de la opinion de la mayoría con argumentos convincentes *Greenwood*, JICJ 2004, p. 603 ss.

103 Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 62 s.

104 Cfr. idem, p. 67.

105 *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 618; *Maurach-Zipf*, AT 1 (1992), § 18, nm. 6 s.; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 18 ss.; *Roxin*, AT II (2003), § 31 nm. 37 s. Cfr. también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 94.

106 Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 32 s. con otras referencias.

107 Citado según *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 618; también *Jakobs*, AT (1993), 29/15.

108 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT (1996), § 59 III., p. 618 s.; *Maurach-Zipf*, AT 1 (1992), § 18, nm. 6; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 20 ss.

109 Cfr. sobre esta teoría especialmente *Jescheck/Weigend*, AT (1996), § 28 II. 4. (p. 283); también *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 14; *Kühl*, AT (2002), § 4, nm. 22; *Gropp*, AT (2001), § 5, nm. 33 ss.

demasiado esquemático de la eliminación de causas y cursos causales alternativos que le es inmanente, el cual, como es sabido, puede conducir incluso a falsos resultados.[110] Imaginemos por ejemplo el siguiente caso de causalidad *alternativa*:[111] En una zona ocupada dos grupos diferentes de subordinados insuficientemente vigilados cometen al mismo tiempo determinados crímenes, de modo que el resultado ocurriría con independencia de la conducta respectiva de uno u otro grupo. El superior competente alegará en su defensa que los crímenes se habrían cometido de todas maneras (= concreta producción del resultado), aun cuando él hubiera vigilado suficientemente a sus subordinados (= condición añadida mentalmente). Él se remitirá al superior de los otros combatientes y éste replicará de modo análogo. En el resultado, ni la falta de vigilancia de uno de los superiores, ni la del otro sería quasi causal de los crímenes de los subordinados y los superiores serían impunes. A tal resultado desacertado llega la fórmula de la *condicio* invertida, si se reformula el caso de la siguiente manera: Uno de los grupos mencionados alcanza por casualidad primero el lugar del hecho y comete los crímenes; el otro grupo encuentra tan solo las víctimas muertas. También en este caso de causalidad hipotética el superior del primer grupo podría alegar que el resultado habría ocurrido de todas maneras —en razón de la causa hipotética de reserva de la comisión de los crímenes por el otro grupo— y que por ello su omisión no habría sido quasi causal. El otro superior podría ser penado, sin embargo, a lo sumo por tentativa de crímenes base, de modo que los crímenes consumados restarían impunes. En definitiva, en ambos casos faltaría la necesaria quasi causalidad y por tanto ¡se estaría de frente a resultados sin causas! Correctamente, en el primer caso de causalidad alternativa tendrían que ser penados ambos superiores, porque su ausencia de control se ha realizado en la comisión de los crímenes de los subordinados; en el segundo caso de causalidad hipotética debería ser penado el superior del primer grupo y la causa hipotética de reserva de la comisión de los crímenes por el segundo grupo no sería considerada —al menos en el plano de la mera causalidad—.[112] Si se contempla todo esto desde un punto de vista práctico se ha de constatar que la causalidad alternativa sólo existe en los manuales, pero no en la vida real. Fácticamente, siempre uno de los sucesos causantes del resultado es más rápido que el otro, tratándose sólo de una cuestión procesal si esto también puede ser probado.[113] Por consiguiente, también en el caso de la causalidad alternativa, al fin y al cabo, de lo que se trata es de si se ha de considerar una causa hipotética de reemplazo.

---

[110] Cfr. en general la crítica usual en *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 11 ss., 19 ss.; *Jakobs*, AT (1993), 7/8 ss., p. 186 ss.; *Kühl*, AT (2002), § 4, nm. 11 ss.; *Gropp*, AT (2001), § 5, nm. 18 ss.; *Köhler*, AT (1997), p. 140 ss. Cfr. también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 147 s.

[111] Cfr., por ejemplo, también *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 12, 24, así como *Fletcher*, Concepts (1998), p. 63.

[112] Sobre la falta de consideración de los cursos causales hipotéticos, ya supra § 8 III. 2.a) bb)(2).

[113] Con acierto *Jakobs*, AT (1993), 7/21; asimismo *Freund*, AT (1998), § 7, nm. 133.

Un resultado razonable proporciona la fórmula *condicio* invertida, en cambio, en los casos de causalidad *acumulativa*, esto es, cuando la producción del resultado se ha de atribuir a la actuación conjunta de varios acontecimientos que se complementan entre sí. Por ejemplo, se puede imaginar la situación, típica en un conflicto no internacional, de que la población civil se encuentre en medio de grupos enemigos y uno de estos grupos le cierre el camino de fuga, de modo que el otro la pueda aniquilar. En este caso, la conducta de ambos grupos y, con ello, el insuficiente control de ambos superiores sería quasi causal de los crímenes, porque el debido control de sólo *uno* de los superiores habría impedido la conducta criminal de un grupo y, por consecuencia, habría evitado la producción del resultado total.[114] Esto vale sin más en los casos de autoría paralela; en caso de actuación conjunta en coautoría de los grupos se le imputaría, de todos modos, a cada uno recíprocamente las acciones de ejecución del otro.[115]

Estos casos muestran que meras consideraciones de causalidad sobre la base de la teoría de la equivalencia, sea en la forma de causalidad directa o de quasi causalidad, sólo raras veces conducen a resultados satisfactorios. Como en los normales delitos de comisión, también aquí rige que la causalidad sólo representa una condición necesaria, pero de ninguna forma una condición suficiente de la imputación jurídico-penal.[116] Además, la naturaleza hipotética ya mencionada de la acción omitida debida en concreto[117] lleva forzosamente a un criterio de probabilidad,[118] que en el caso que aquí interesa adolece de una inseguridad adicional, porque la comisión de los crímenes base desencadenante de la responsabilidad depende de imponderabilidades humanas, a saber, de la conducta de los subordinados.[119] Por consecuencia, en un segundo nivel *normativo* se ha de preguntar si uno o más crímenes base —o el peligro de la comisión de estos crímenes[120]— le pueden ser realmente imputados al

---

[114] Cfr. para el caso normal *Jakobs*, AT (1993), 7/20; *Kühl*, AT (2002), § 4, nm. 21; *Jescheck/ Weigend*, AT (1996), p. 282; *Wessels/Beulke*, AT (2003), nm. 157; *Weber*, en: *Baumann/ Weber/Mitsch*, AT (2003), § 14, nm. 37; *Maurach-Zipf*, AT 1 (1992), § 18, nm. 56, quien señala sin embargo que la imputación del resultado podría ser problemática; *Freund*, AT (1998), § 7, nm. 133 ss. (135 s.), quien se funda en la "creación de peligro típicamente desaprobado".

[115] Cfr. ya supra § 8 II. 2. b) bb), así como *Jakobs*, AT (1993), 7/21; *Weber*, en: *Baumann/Weber/ Mitsch*, AT (2003), § 14, nm. 37; *Maurach-Zipf*, AT 1 (1992), § 18, nm. 6.

[116] *Roxin*, AT I (1997), § 11, nm. 10; *Gropp*, AT (2001), § 5, nm. 17; con la usual concisión *Jakobs*, AT (1993), 7/11: "Pero si es desconocido lo que puede entrar en el sistema como condición de remplazo (en el curso causal hacia el resultado), entonces en el output (en el resultado) se puede leer, a lo sumo, si la condición era *necesaria*, pero no si ella no habría sido *suficiente* (no habría surtido efecto)" (resaltado por el autor). Sobre la necesaria limitación de la fórmula de la condicio, ya supra § 8 III. 2. a) bb) (1).

[117] Cfr. supra, en la nota 98 y el texto correspondiente.

[118] Cfr. *Kühl*, AT (2002), § 18, nm. 37 s.; *Gropp*, AT (2001), § 11, nm. 72 s.; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 22.

[119] Cfr. *Rogall,* ZStW 1986, 611; también *Schünemann*, wistra 1982, 48; *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 22.

[120] Si no se quiere imputar, como hace *Rogall*, ZStW 1986, 609, la infracción misma.

superior como obra suya "causada" por la ausencia de control.[121] Al respecto, pueden ser de utilidad los conocimientos de la teoría de la imputación objetiva o de la teoría de la *proximate cause*[122] del common law.[123]

Una solución definitiva de esta difícil cuestión[124] debe reservarse a una investigación específica sobre el tema. En este lugar sólo se pueden realizar algunas observaciones preliminares relacionadas con la discusión en torno al § 130 OWiG. Ante todo, realizando una delimitación negativa respecto del § 130 OWiG se puede expresar que la violación del deber de control del superior debe originar más que un mero aumento del riesgo o bien su intervención más que una disminución del riesgo en cuanto a la producción del resultado, pues el art. 28 del ECPI —a diferencia del § 130 I 1 OWiG[125] que desde 1994 sigue la teoría del aumento del riesgo[126]— no se conforma con que el "debido control" haya "dificultado considerablemente" la infracción. Junto con este argumento más bien formal, en contra de la aplicación de la

---

[121] Sobre una problemática inversión de la carga de la prueba en este caso (debido a que la ignorancia negligente del superior es presumida con la existencia de los crímenes y por tanto a éste no le quedaría otra posibilidad que rebatirla) cfr. *Schabas*, en Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 66, nm. 21.

[122] Cfr., sobre esto, ya supra § 8 III. 2. a) bb) (1).

[123] Cfr., en general, sobre la imputación objetiva en la omisión *Kühl*, AT (2002), § 18, nm. 40; en contra de la causalidad y exclusivamente en favor de la imputación objetiva *Jakobs*, AT (1993), 29/15 ss. (18), 29/19 ss.

[124] Cfr. solamente *Schünemann*, comentario a BGH StV 1985, 229, donde señala respecto de la constatación general de la quasi causalidad en la omisión que "se trata de uno de los problemas más difíciles de la imputación del resultado […]".

[125] Sobre la fundamentación legislativa cfr. *Maschke*, Aufsichtspflichtverletzungen (1997), p. 84 ss. Con anterioridad, el BGH había rechazado la teoría del aumento del riesgo para los delitos de omisión (BGHSt 11, 1; cfr. también *Rogall*, ZStW 1986, 608) y aun para el § 130 OWiG (BGH, en wistra 1982, 34); el nuevo texto normativo crea sin embargo una situación clara al respecto (cfr. *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz [2002], § 130, nm. 17, 22; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz [1975], § 130, nm. 12; *Hilgers*, Verantwortlichkeit [2000], p. 32 ss., 42). Por lo demás, ya con anterioridad la mayor parte de la doctrina consideraba aplicable la teoría del aumento del riesgo: cfr. especialmente *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (1979), p. 206 ss., 260 s.; *el mismo*, wistra 1982, 45, quien sin embargo aboga al mismo tiempo por una "causalidad congruente con el fin de protección" (Unternehmenskriminalität [1979], p. 119 s. e infra en el texto); cfr. también *Rogall*, ZStW 1986, 607 ss. (612). De otra opinión, *Maschke*, Aufsichtspflichtverletzungen (1997), p. 74 ss., quien —por lo menos en ese lugar— despierta la falsa impresión de que la teoría del aumento del riesgo no había sido siquiera discutida con anterioridad a la reforma legislativa; por lo demás, este autor copia prácticamente a *Rogall*, loc cit., 608-10, en la p. 76-80 (cfr. también idem, p. 101 con *Rogall*, loc cit., 612 s., así como, p. 100 con *Schünemann*, Unternehmenskriminalität [1979], p. 119 respectivamente ¡*sin* las correspondientes referencias en las notas a pie de página!).

[126] Cfr. en general sobre la teoría del aumento o bien de la disminución del riesgo en el ámbito de la omisión *Kühl*, AT (2002), § 18, nm. 38 s.; *Gropp*, AT (2001), § 11, nm. 74; *Wessels/Beulke*, AT (2003), nm. 713; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 23; *Roxin*, AT II (2003) § 31 nm. 46 ss. (54 ss.) propone una "solución diferenciada" distinguiendo entre la situación ex ante y ex post; explícitamente en contra *Weber*, en: *Baumann/Weber/Mitsch*, AT (2003), § 15, nm. 24; *Freund*, AT (1998), § 6, nm. 111. Crít. también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 163 ss. *Langston*, ICLR 2004, p. 142, 146 habla de "risk management" refiriéndose a mis consideraciones en *Cassese/Gaeta/Jones* (eds.), Commentary (2002); sin embargo, en aquel lugar me he referido al "riesgo" en el marco de la teoría del aumento del riesgo, lo que parece desconocer la autora.

teoría del aumento del riesgo al art. 28 del ECPI habla también, desde un punto de vista material, el hecho de que la gran amplitud del tipo, el cual además en razón de la gravedad de los crímenes base contiene un reproche de culpabilidad mucho mayor que el del § 130 OWiG, sólo puede ser limitado a través de la exigencia de una relación causal o de imputación. Por ello, debe existir una relación especial de fin de protección o bien de realización del peligro, por ejemplo, en el sentido del principio formulado por *Rogall* para el § 130 OWiG[127] o de la "causalidad congruente con el fin de protección" de *Schünemann.*[128]

d) *La adopción de las medidas* "*necesarias y razonables a su alcance*"

A lo largo del proceso de codificación de la responsabilidad del superior la clase de las contramedidas a adoptar por el superior ha sido descripta de modo diferente: como "feasible" (art. 86 (2), PACG I; art. 12 Draft Code 1991), "necessary" (art. 87 (3), PACG I, art. 6 Draft Code 1996, art. 7 (3) EICTY, art. 6 (3) EICTR) o "reasonable" (EICTY y EICTR). Según la opinión de la CDI no existe una diferencia material entre los términos "feasible" y "necessary".[129] Esto se puede generalizar —a pesar de las diferencias puramente terminológicas— en el sentido de que lo único que importa es que el superior posea tanto la competencia *legal* ("*legal* competence"), como también la posibilidad *material* ("*material* possibility") de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes.[130] En similar sentido, el ICTY ha declarado que el superior carece de control si no cuenta con la capacidad material ("material ability") de evitar o sancionar la comisión de los crímenes.[131] De este modo, la objeción de la falta de competencia, posibilidad o capacidad de intervención se convierte en una de las objeciones defensivas más importantes del superior en un proceso penal.[132]

---

[127] Cfr. *Rogall* ZStW 1986, 613: "en consecuencia, la infracción debe aparecer como la realización del peligro que habría debido ser contrarrestado con el deber de control violado por el autor". Asimismo —textualmente (¡cfr. supra en la nota 121!)—, *Maschke*, Aufsichtspflichtverletzungen (1997), p. 101; también *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 33 s., 42; en general instructivo sobre la relación de fin de protección *Burgstaller*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 389 ss.

[128] *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (1979), p. 119 s.; aprob. *Rogall,* ZStW 1986, 613.

[129] Cfr. *Report ILC* 1996, p. 38, para. 5 y 6 = *YbILC* 1996 II 2, p. 26, para. 5 y 6.

[130] Cfr. idem, p. 38 s., para. 6. = *YbILC* 1996 II 2, p. 26, para. 6 (resaltado por el autor); similar *Partsch*, en: Bothe/Partsch/Solf (eds.), Commentary (1982), p. 525; en favor de una posibilidad material, también *Jia*, NILR 1998, 347.

[131] Cfr. *Prosecutor v. Delalic et al*., supra nota 37, para. 378; confirmado en *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 61, para. 256; ver también *Prosecutor v. Aleksovski*, supra nota 48, para. 81; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 277.

[132] Similar, *Green,* en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 196; cfr. también *Hessler*, YaleLJ 1973, 1285 ss., quien menciona a la "lack of pysical control or legal authority" como causa de exculpación.

Según *Fenrick*[133] el jefe tiene especialmente los siguientes deberes:

- debe asegurarse que los subordinados conozcan suficientemente el derecho internacional humanitario y que éste sea considerado en la toma de las decisiones operativas;
- debe asegurarse que exista un efectivo sistema de información, de modo que sea informado sobre eventuales violaciones al derecho internacional humanitario;
- debe controlar permanentemente la efectividad de este sistema de información y
- debe emprender contramedidas, si toma conocimiento de posibles violaciones.

En resumen se puede expresar, por tanto, que del superior sólo se pueden esperar las contramedidas que le son materialmente posibles (art. 86 (2), PACG 1), es decir, que se encuentran dentro de su mando y control (art. 87 (1), (3), PACG I). Las contramedidas concretas dependen también de la posición del superior en la estructura de mando respectiva.[134] En este sentido se puede partir —conforme a la dogmática general de la omisión— de un criterio mixto individual-general (concreto-abstracto): Si bien lo que importa es la capacidad individual o concreta del superior en cuestión, en el sentido de la capacidad de acción individual reconocida por la doctrina mayoritaria,[135] también se espera de él sin embargo un determinado rendimiento con base en un criterio general o abstracto, es decir, un rendimiento esperado "en razón de su posición social".[136] Por ello, se ha de efectuar un examen en dos niveles, en el del injusto y en el de la culpabilidad: El criterio *objetivo* abstracto, que está formulado en las conocidas disposiciones del derecho penal internacional y es concretizado por la jurisprudencia, decide sobre el *contenido de injusto* de derecho penal internacional

---

[133] *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 9.

[134] Cfr. *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 12.

[135] Así la doctrina mayoritaria en los delitos de omisión generales: *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 616; *Kühl*, AT (2002), § 18, nm. 30; *Maurach-Gössel*, AT 2 (1989), § 46, nm. 48 ss. (51); también *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 309 s.; *Cerezo*, Curso III [2001], p. 258, 270; *Bacigalupo*, Derecho penal (1999), p. 539 s.; para la doctrina latinoamericana ver *Velásquez*, Manual (2004), p. 335; *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 451; *Bustos*, Obras (2004), p. 982 s.; *Reale*, Instituições (2002), p. 264 s. De otra opinión *Maiwald*, JuS 1981, 479.

[136] *Maiwald*, JuS 1981, 479; en favor de una "capacidad abstracta de evitación", también *Jakobs*, 29/10 ss. (10, 13), quien, sin embargo, más que fundarse en la "posición social", aboga por un criterio abstracto-general —en oposición a uno concreto-individual— como un "paso hacia la investigación de la conducta típica de omisión". Un criterio abstracto presupone, sin embargo, que existe una expectativa general en el garante, eventualmente también asegurada por el de derecho positivo. Si éste no es el caso, como ocurre por ejemplo en los tipos de omisión del § 323 c, StGB que pueden ser realizados por cualquier persona, se muestra como más razonable un criterio individual. Sobre las medidas de vigilancia necesarias en el marco del § 130 OWiG, detalladamente *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 29 ss., 42.

de la omisión del superior, mientras que la capacidad o incapacidad *subjetiva* individual del superior entra en consideración en el examen de la *reprochabilidad* de su conducta en el marco de la *culpabilidad*.[137] De este modo, la estructura del crimen de derecho penal internacional —en consciente apartamiento de los lineamientos angloamericanos— se completa a la vez con el nivel de la reprochabilidad resultante del principio de culpabilidad. La diferenciación entre injusto objetivo y reprochabilidad subjetiva posibilita sin esfuerzos también la solución de los casos en los cuales el superior es responsable incluso cuando no contaba con la capacidad individual de tomar las contramedidas: La ausencia de control sobre los subordinados representa entonces el injusto (objetivo) y la reprochabilidad (subjetiva) de la conducta resulta de que el superior es responsable ya sólo por el hecho de que una situación así haya podido desarrollarse: "for allowing such a situation to develop".[138]

e) "*Prevenir", "reprimir" o "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes*"

El superior debe adoptar las medidas mencionadas para "prevenir" ("prevent") o "reprimir" ("repress") la comisión de los crímenes o para "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento" ("submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution"). Los conceptos "prevent" y "repress" se encuentran ya en el art. 86 (2), PACG I versión inglesa; el concepto de "prevent" se encuentra además en el art. 87 (1) y (3), PACG I. El art. 87 (1), PACG I emplea junto con éstos también los conceptos de "supress" y "report". La traducción oficial alemana del art. 28 (a)(ii) y (b) (iii) se corresponde casi textualmente a la versión *alemana* del art. 87 (1), PACG I, con la diferencia materialmente intrascendente de que allí respecto del deber de información del superior se habla de "denunciar" ("anzeigen") en lugar de "presentar" ("vorlegen"). N del T

En lo que respecta a las versiones originales inglesas, el concepto de "*supress*" proveniente del PACG I ha sido reemplazado ahora en el ECPI prácticamente con el término "repress". Esto resulta en primer lugar del hecho de que la traducción oficial alemana del ECPI ha traducido el término "repress" del mismo modo como en aquel entonces se había traducido el término "supress", esto es, como "reprimir" ("unterbinden"). En el PACG I no era posible una traducción textualmente idéntica de los términos "repress" y "supress", ya que ellos fueron empleados en los arts. 86 (2) y 87 (1) al mismo tiempo y con un sentido diferente —o sea como "sancionar" y "reprimir"—. En este sentido, el concepto de "repress" guardaba relación con una "breach" que debía ser sancionada ("geahndet"), mientras que en el art. 28 se trata de la "represión" ("Unterbindung") de la comisión de

---

137 Sobre esta bipartición, también *Maiwald*, JuS 1981, 479 s.

138 Cfr. *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 296.

N. del T. La versión oficial en lengua castellana del PACG I utiliza los verbos "impedir" y "reprimir" en el art. 86 (2), "impedir"; "reprimir" y "denunciar" en el art. 87 (1) y nuevamente "impedir" en el art. 87 (3). En este sentido, la versión castellana del ECPI coincide con el PACG I en cuanto a la utilización del verbo "reprimir" y se aparta terminológicamente de éste en cuanto emplea "prevenir" en lugar de "impedir" y "poner en conocimiento" en lugar de "denunciar".

crímenes ("repress their commission"). En un contexto sistemático diverso el concepto de "repress" adquiere, por tanto, también otro significado.

La formulación "*submit* […] *to the competent authorities*", aunque nueva desde el punto de vista terminológico, no implica ninguna modificación de contenido de los deberes del superior. Ella se corresponde en sustancia con la exigencia tradicional de información del superior, tal como está expresada en el art. 87 (1), PACG I con la frase "report to competent authorities". Este deber se dirige en especial a los superiores que no poseen por sí mismos de poder disciplinario para reprimir la comisión de un crimen, como por ejemplo el ya mencionado consejero militar, el cual sólo puede informar sobre los crímenes de los que ha tomado conocimiento, o también los superiores no militares en el sentido del art. 28 (b). Esto no significa, desde luego, que el deber de informar no incumba también a los superiores militares (ver art. 28 (a)(ii)).[139]

La circunstancia de si el superior tiene que "*prevenir*" la comisión de los crímenes, "*reprimir*[los]" o (sólo) informar sobre su comisión dependerá de las circunstancias concretas del caso particular. En todo caso es claro que una acción sólo será necesaria cuando la comisión de determinados crímenes resulte probable; no existe, por tanto, un deber de control general de las conductas sospechosas de los subordinados.[140] Por lo demás, se podrá diferenciar de la siguiente manera:[141] si los subordinados "estaban cometiendo" los crímenes ("were committing", "commettaient"; art. 28 (a)(i), alt. 1, (b)(i) alt. 1) y, por tanto, esos crímenes ya están consumados,[142] el superior sólo puede reaccionar *posteriormente* con contramedidas represivas; él puede, por ejemplo, hacer sancionar al autor, ordenar por sí mismo una investigación o someter el asunto a la autoridad competente. Todas estas posibilidades *a posteriori* están comprendidas por la alt. 3 del art. 28 (a)(ii) o bien (b)(iii) ("submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution", "référer aux autorités compétentes aus fins d'enquête et de poursuites", "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento").

Por el contrario, respecto del caso en el cual los subordinados precisamente "*se proponían cometer*" los crímenes ("about to commit", "allaient commettre"; art. 28 (a)(i) alt. 2, (b)(i) alt. 2)), de una interpretación teleológica basada en el deber y en la posibilidad de acción del superior resulta, ante todo, que esta formulación debe referirse a todo el ámbito que va desde la preparación del crimen (cfr. especialmente las versiones francesa y castellana) hasta una consumación aún no completamente ter-

---

[139] Esto parece pasar por alto *Fenrick* (en: Triffterer [ed.], Commentary [1999], art. 28, nm. 25), quien, por lo menos de modo explícito, sólo comenta esta formulación respecto de los superiores no militares.

[140] Cfr. *Bantekas*, AJIL 1999, 593 s.

[141] Cfr. *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 12 hasta 14; también *Bantekas*, AJIL 1999, 591 s.

[142] Si se considerara a los crímenes base como una condición objetiva de punibilidad, el art. 28 se consumaría ya con la violación del deber de control, independientemente de la consumación de los crímenes base (cfr. S/S-*Lenckner* [2001], comentario previo al § 13, nm. 124 ss. (126)). Sin embargo, como se mostrará inmediatamente (*sub* 2.), este punto de vista no es convincente.

minada. Pues el superior sólo puede "prevenir" o "reprimir" la comisión de un crimen por medio de las contramedidas respectivas, en tanto y en cuanto el hecho se encuentre aún en la etapa de ejecución. Por otra parte, él debe intervenir también preventivamente, cuando el hecho se encuentra aún en la etapa de preparación, esto es, cuando los subordinados precisamente iban ("allaient") o "se proponían" a cometer los crímenes. Su posibilidad y deber de reacción resulta, por tanto, de las alternativas 1 ("prevent", "empêcher", "prevenir") y 2 ("repress their commission", "réprimir l'exécution", "reprimir su comisión") del art. 28 (a)(ii) o bien (b)(iii).

Finalmente, una *situación mixta* existiría en caso de concurso real de varios crímenes, cuando algunos de ellos ya están consumados, mientras que otros aún se encuentran en la etapa de ejecución o de preparación. En este supuesto, el superior está obligado, por un lado, a hacer sancionar a los autores de los crímenes ya cometidos ("poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes […]"; "submit to the competent authorities […]"), pero, por el otro, también a prevenir ("prevent") o reprimir ("repress") las consecuencias de los hechos. Este caso muestra también que la posibilidad de tomar medidas preventivas de conformidad a las alternativas 1 y 2 no excluye nunca la toma de medidas represivas posteriores en el sentido de una investigación penal y, dado el caso, de la punición. Por el contrario, si los crímenes ya han sido perpetrados, las medidas preventivas están, por decirlo de algún modo, "pasadas de tiempo".

En conclusión, de esto se sigue que en el contexto de significación del art. 28 los conceptos "prevenir" ("prevent") y "reprimir" ("repress") no se diferencian desde el punto de vista práctico. Ellos se refieren siempre a medidas *preventivas* del superior dirigidas a la evitación del resultado; el término "repress" no se debe entender, por ello, en un sentido "represivo" como "reprimir" (tal como en el art. 86 (2), PACG I).[143] La reacción posterior *represiva* está expresada a través de la posibilidad y el deber de presentar el asunto ante las autoridades competentes.[144] En cuanto a esta interpretación es problemático sin embargo que con ella se abandona o al menos modifica la diferencia generalmente reconocida entre medidas preventivas y represi-

---

[143] Cfr. también la interpretación "oficial" de la CDI, según la cual los términos "prevent" y "repress" se refieren a la evitación de la preparación de la comisión de crímenes (*Report ILC* 1996, 36 s., para. 3, 4 = *YbILC* 1996 II 2, p. 25 f., para. 3, 4). Asimismo, *Van de Wyngaert*, en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 59 respecto del Draft Code de 1991. De otra opinión, *Parks*, MLR 1995, 524, en donde se expresa que sólo el concepto de "supress" tendría un significado preventivo, mientras que el concepto de "repress" se referiría claramente a medidas jurídico-penales.

[144] Cfr. en este sentido, también el ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Decision on the joint defence motion to dismiss for lack of jurisdiction portions of the amended indictment alleging "Failure to punish" liability, 2 March 1999 ‹http://www.un.org/ICTY/kordic/trialc/decision-e›. Allí se ha expresado, con acierto, que el deber *represivo* de punición del superior sería independiente y se habría de diferenciar de su deber *preventivo* de impedimento. De modo similar, la Sala de Apelación en *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 4, para. 78 ss. (85) afirma que la falta de castigo de los crímenes cometidos por los subordinados implica una responsabilidad autónoma del superior, la cual se encuentra reconocida por el derecho consuetudinario.

vas, que se refleja en los conceptos "prevent" y "repress"; pues el concepto "repress" es adjudicado a las medidas preventivas y el deber originario de información se refiere ahora exclusivamente a las posibilidades represivas de reacción del superior.

2. El tipo subjetivo (mens rea)

Haciendo uso de la autorización a una regulación especial ("salvo disposición en contrario"; "unless otherwise provided") prevista en el art. 30 ("elemento de intencionalidad"; "mental element"), el art. 28 establece requisitos subjetivos especiales del tipo. Los presupuestos subjetivos de la responsabilidad en general habrán de ser tratados más adelante.[145] En este lugar, se trata únicamente de los requisitos subjetivos especiales del tipo del art. 28. Ante todo, al respecto resulta que el art. 28 contiene requisitos subjetivos diferentes para el superior militar y para el no militar. En cuanto al superior no militar se presenta un criterio completamente nuevo (*sub* c). Mientras que el saber o el conocimiento del superior —en cierto modo como la exigencia subjetiva más rigurosa— no era controvertido en Roma, los delegados no podían ponerse de acuerdo sobre un criterio subjetivo que se asentara por debajo de este umbral. Por tal razón, en lo sigue se debe tratar de concretizar especialmente este criterio.

Antes de ello se debe aclarar, sin embargo, a qué se debe referir el saber o bien la ignorancia (negligente) del superior. Si se entendiera a los crímenes base —con sustento en el § 130 OWiG[146]— solamente como una condición objetiva de punibilidad, esto tendría como consecuencia que el aspecto interno del tipo no se tendría que referir a ellos, sino solamente —como en el § 130 OWiG[147]— a la omisión de vigilancia o violación del deber de control. En contra de esto habla, sin embargo, principalmente la letra del art. 28. Efectivamente, mientras que el § 130 (1) OWiG limita claramente el punto de referencia del dolo o de la imprudencia a las medidas de control omitidas del propietario de empresa, los incisos (a)(i) y (b)(i) del art. 28 exigen que el superior "hubiere sabido", "hubiere debido saber" o "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente" la existencia de los *crímenes*. Por consiguiente, el punto de referencia del dolo está constituido, al menos según el tenor literal, junto con la violación del deber de control, también por los mismos crímenes base. Esto era así también en las regulaciones anteriores de derecho penal internacional[148] y la judicatura penal internacional ha examinado, en

---

[145] Cfr. infra § 11 I. 1.

[146] Cfr. supra, en la nota 19.

[147] Cfr. *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 16a; *Rotberg*, Ordnungswidrigkeitengesetz (1975), § 130, nm. 16; también *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (1979), p. 117 s.; *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 34 ss., 42 s.; crít. *Rogall*, ZStW 1986, 591 ss. (595). Cfr. también respecto del art. 41 WStG: *Schölz/Lingens*, Wehrstrafgesetz (2000), § 41, nm. 2, 16.

[148] Cfr. supra § 4 I. 3., así como p. 452 s., 464 s. vers. al.

este sentido, si el superior sabía o hubiera debido saber de los crímenes base.[149] Una interpretación respetuosa de los límites del texto que, como es sabido, en el derecho internacional tiene especial importancia,[150] prohíbe considerar a los crímenes base como condición objetiva de punibilidad.

Además, desde el punto de vista teleológico se ha de señalar la importancia, ya reiterada con frecuencia, del *principio de culpabilidad* también y justamente en derecho penal internacional.[151] Frente a este trasfondo, merece atención la crítica general a las condiciones objetivas de punibilidad.[152] También en nuestro contexto se ha de tener presente que la responsabilidad del superior, así y todo muy amplia, se extendería más de lo debido, si se quisiera librar por completo de la exigencia de conocimiento de los crímenes base. Tal desacoplamiento de los crímenes base respecto de la parte interna del tipo tampoco es necesario. El reconocimiento de una ignorancia negligente consciente o inconsciente situada por debajo del umbral del saber positivo representa una garantía suficiente contra lagunas de punibilidad intolerables.

---

[149] Cfr. especialmente *Prosecutor v. Delalic*, supra nota 37, para. 379 ss.; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 278 Enger noch *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement 2.9.1998 (ICTR-96-4-t), para. 489: "negligence […] so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent".

[150] Cfr. supra § 3.

[151] Cfr. supra § 2 I.

[152] Cfr. sobre el § 130 OWiG *Rogall,* ZStW 1986, 591 ss.; en contra de Rogall, *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 36 s. (37).

Cfr. sobre los diferentes enfoques en la doctrina general, fundamental *Geisler*, Bedingungen der Strafbarkeit (1998), p. 130 ss.: según esto, la doctrina mayoritaria haría depender la compatibilidad de las condiciones objetivas de punibilidad con el principio de culpabilidad de la *relevancia de injusto* de la condición objetiva respectiva y sólo opiniones minoritarias las defenderían sin limitaciones o bien las rechazarían por completo. El propio *Geisler* sigue a la doctrina mayoritaria (idem, p. 139 ss.) y considera la admisibilidad de condiciones objetivas de punibilidad con *relevancia de injusto* como una escandalosa contradicción con los "principios de una justa atribución de responsabilidad" (p. 162) e incompatible con el principio de culpabilidad (p. 199 s.). Por el contrario, las condiciones objetivas de punibilidad *neutrales en cuanto al injusto* serían legítimas y la discreción del legislador encontraría su límite sólo en el principio de igualdad y en la prohibición de sancionar conductas insignificantes (p. 200 ss., 231). Con base en un minucioso análisis de ciertos tipos penales (p. 262 ss.) *Geisler* arriba a una diferenciación referida a la función entre condiciones objetivas de punibilidad con "función de demostración" y con "función de freno" (p. 570 ss.); mientras las primeras —en el sentido de la moderna "solución de tipo"— ya pertenecerían al tipo y, por tanto, habrían de entenderse como "condiciones de la *tipicidad* penal", las segundas tendrían que ser concebidas como "condiciones de punibilidad" en sentido tradicional de la cuarta categoría del delito (p. 573 ss., 578; resaltado en el original).

Cfr. sobre la doctrina moderna, también *Roxin*, AT I (1997), § 23, nm. 7 ss., 21 ss., quien reconduce la cuarta categoría del delito en general a la idea rectora de la prioridad de finalidades extrapenales frente a la necesidad de pena y quiere tener en cuenta el principio de culpabilidad mediante una referencia a la imprudencia en las condiciones objetivas de punibilidad. Según *Geisler*, loc cit., p. 563 ss. (570) esta idea rectora no podría sin embargo cumplir la pretensión de regulación que le es inherente, especialmente porque no todas las condiciones objetivas de punibilidad se habrían de reconducir a ella. Finalmente, crít. y con un "mal presentimiento" en relación con el principio de culpabilidad, también *Krause*, Jura 1980, 449 ss. (455). Sobre la semejanza entre las condiciones objetivas de punibilidad y la strict liability, con precisión *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 56 s.

Finalmente, tampoco desde un punto de vista *metódico* se puede justificar un desacoplamiento de los crímenes base respecto de la parte interna del tipo: para poder corregir por medio de una *reducción teleológica* el texto, de por sí inequívoco, del art. 28 (1)(a) y (2)(a) sería necesario una *laguna de regulación oculta*.[153] Ésta podría resultar, a lo más, si de una visión de conjunto emergiera una contradicción interna entre los requisitos subjetivos del art. 28 (1)(a) y (2)(a) y otras regulaciones del ECPI, la cual se pudiera resolver justamente mediante la supresión de aquel elemento subjetivo. En este sentido, únicamente aparece como problemática —y esto también sólo a primera vista— la relación entre el art. 28 y el art. 25. El art. 28 contiene tres expresiones de la parte interna del tipo, esto es, el conocimiento (párrafo 1(a) y párrafo 2(a)), la ignorancia negligente (párrafo 1(a)) y la desatención consciente (párrafo 1(b)). En caso de de los crímenes base es controvertido si efectivamente no existiría siempre también una autoría (mediata) o al menos una complicidad, tornando de este modo superfluo al art. 28 (1)(a) o (2)(a). Lo mismo se puede decir en el caso de la desatención consciente, como se habrá de mostrar más adelante. En caso de ignorancia negligente, sin embargo, los arts. 28 y 25 no se entrecruzan ya desde el punto de vista típico, pues quien no sabe nada de un hecho, aunque sea por mera negligencia, no puede siquiera prestar una ayuda psíquica. Por otra parte, una *contradicción* con el art. 25 —y tal contradicción (no detectada) sería necesaria para una reducción teleológica— no se desprende de ninguna de las tres modalidades subjetivas. Como ya fue expresado *supra*,[154] la punibilidad por omisión conforme al art. 28 puede operar, según sea el contenido de la *mens rea*, por un lado, junto con la punibilidad por participación —lo que plantea entonces el conocido problema del concurso—, pero, por el otro, también puede asumir un significado autónomo. Téngase presente que el art. 28 y el art. 25 poseen diferentes puntos de partida para la punibilidad. Por ello, no pueden surgir contradicciones que hayan de ser solucionadas por medio de la supresión del texto.

Un compromiso viable entre una pura "solución de tipo" y la aceptación de una condición objetiva de punibilidad parece encontrarse en el reemplazo —que se atribuye a *Rogall*[155]— de los crímenes base en sí mismos por el peligro concreto o el riesgo de su comisión como punto de referencia de la parte interna del tipo. Según esto, sería suficiente con que el superior haya sabido o bien haya ignorado por negli-

---

153 Cfr. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (1995), p. 191 ss. (198), 210 ss.

154 Cfr. supra a), en la nota 23 y el texto respectivo.

155 Cfr. *Rogall*, ZStW 1986, 595 ss. (597, 600 s.), quien sobre esta base exige "al menos congruencia o conexidad", "en el sentido de que la infracción concreta pertenezca al género de aquellos hechos cuya inminencia ha desencadenado el deber de emprender medidas de vigilancia"; aprob. *Achenbach*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 288 s.; *Göhler*, Ordnungswidrigkeitengesetz (2002), § 130, nm. 9; en cambio, crít. *Hilgers*, Verantwortlichkeit (2000), p. 35 s. Sobre la cuestión conexa de la relación de imputación cfr. ya supra, en la nota 123, así como *Krause*, Jura 1980, 454 s.

gencia el peligro concreto de la comisión de los crímenes. Esta "idea del riesgo"[156] parece hacer posible también la solución de la contradicción dogmática entre la aceptación de una condición objetiva de punibilidad y la inclusión de los crímenes base en el dolo típico o bien en la imprudencia típica. Sin embargo, las apariencias engañan. Pues, por un lado, en esta construcción no se puede hablar más en todo caso de que los crímenes base son "puras" condiciones objetivas de punibilidad. Por el otro, el aplicador del derecho tampoco estaría en condiciones de diferenciar entre el peligro concreto de un crimen base y el mismo crimen base como punto de referencia de la parte interna del tipo. ¿En realidad no existe siempre en el estadio previo del hecho (sólo) el conocimiento o bien la ignorancia negligente del superior respecto del peligro de su comisión, es decir, un mero "conocimiento del riesgo"? Conocimiento, ignorancia negligente o bien desatención consciente de información sobre el hecho realizado pueden existir en rigor como muy temprano recién a partir de la realización del resultado o bien —en los delitos de actividad— a partir del comienzo de la acción del hecho. En conclusión, el reemplazo de los crímenes base como punto de referencia de la parte interna del tipo por una relación especial de realización del peligro tampoco puede cambiar en nada el hecho de que (indirectamente) los mismos crímenes sean el punto de referencia del conocimiento del superior y, de este modo, fracasa su clasificación como condición objetiva de punibilidad en sentido tradicional.

a) *El superior militar y no militar:* "*hubiere sabido*"

De acuerdo con el art. 30 (3) el conocimiento significa "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos" ("awareness that a circumstance exists or consequence will occur in the ordinary cause of events"). Este criterio será analizado con más detalle más adelante.[157] En la jurisprudencia penal internacional el objeto de controversia no versó especialmente sobre su significado, sino más bien respecto de cómo puede ser *probado* el conocimiento positivo. Según el ICTY esto puede ocurrir por medio de prueba indiciaria, aunque no serían suficientes meras presunciones.[158] En similar sentido, del art. 86 y s. PACG I se deduce que frente a crímenes "notorios" y generalizados podría ser presumido el conocimiento del superior.[159] Esto convence, ya que,

---

[156] Cfr. *Krause*, Jura 1980, 452.

[157] Cfr. infra § 11 I. 1. c).

[158] Cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 37, para. 379, 383 s., 386. Sobre esto, también *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 10; *Bantekas*, AJIL 1999, 587 ss. Un indicio del conocimiento del superior es, por ejemplo, la propia posición de mando (*Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 4, para. 57).

[159] Cfr. *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3546, quien con referencia a la jurisprudencia sobre los crímenes de guerra expresa que: "taking into account the circumstances, a knowledge of breaches committed by subordinates could be *presumed*" (resaltado por el

por un lado, de los hechos auxiliares (indicios) en forma de circunstancias objetivas se pueden obtener, naturalmente, pruebas de la parte interna del tipo como parte del hecho principal;[160] por el otro, tales indicios necesitan de una base fáctica, la cual justamente puede consistir en la naturaleza y dimensión de los crímenes cometidos. El conocimiento efectivo constatado por medio de prueba indiciaria debe sin embargo ser diferenciado tajantemente del llamado "conocimiento constructivo" ("constructive knowledge"). Como se habrá de mostrar, el "constructive knowledge" no tiene nada que ver con el conocimiento efectivo, sino que pertenece al criterio más severo del "hubiere debido saber".

b) *El superior militar:* "*hubiere debido saber*"

El criterio del "hubiere debido saber" ("should have known") se remonta a una propuesta del ICRC durante las negociaciones del PACG I[161] y al derecho militar estadounidense y británico.[162] Éste se encuentra también en la jurisprudencia de Núremberg como ignorancia negligente[163] e indirectamente en el art. 86 (2) PACG I ("información que les permitiera concluir"; "information which should have enabled them to conclude") y en el criterio del "had reason to know" de la CDI y del ICTY.

---

autor). Cfr. también *Green*, Law (1993), p. 271; *Bantekas*, AJIL 1999, 589 s., 594. Este autor va aún más allá y ve en la presunción de conocimiento en caso de crímenes generalizados una "emerging rule of customary law"; por otra parte, sin embargo, él pretende exigir por debajo del conocimiento no sólo una simple imprudencia, sino una imprudencia grave (idem, 590).

[160] Cfr. con más detalles *Volk*, FS BGH IV (2000), p. 741, 744; sobre el problema de la normativización, idem, p. 749 ss.

[161] *ICRC*-Draft, art. 76 (2), que en aquel entonces fue rechazado por ser demasiado amplio (cfr. *De Preux*, en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3526; también *Levie*, JournLS 1997/98, 8; *Landrum,* MLR 1995, 249; *Crowe*, RichmondLR 1994, 225).

[162] El *U.S. Field Manual* 27-10 reza del siguiente modo: "Such a responsibility [of a commander] arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order […] The commander is also responsible if he has actual knowledge, or *should have knowledge, through reports* received by him *or through other means*, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or punish violators thereof" (*U.S.-Dept. of the Army*, Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare, 1956, para. 501; resaltado por el autor). El *Manual of Military Law británico* se diferencia de esto sólo en aspectos no esenciales a través de la formulación final "and if he fails to use the means at his disposal to ensure compliance with the law of war" (*Great Britain War Office*, The Law of War on Land: being Part 3 of the Manual of Military Law, para. 631 (1958); cfr. también el para. 507 b., así como *Röling*, RBDI 1976, 16 y *Green*, TransLCP 1995, 343). El Field Manual estadounidense no tiene, sin embargo, efecto vinculante, sino que sólo sirve como una "authoritative guidance" (U.S.-Dept. of the Army, loc. cit.). El mismo ejército de los Estados Unidos ha designado también al criterio del "should have known" como demasiado amplio (*U.S. Dept. Of Army*, Pamphlet No. 27-1-1, Protocols to the Geneva Conventions of 12 August 1949, p.65; también *Eckhardt*, MLR 1982, 18).

[163] Cfr. ya p. 108 ss. vers. al.

Estos criterios no se diferencian esencialmente del criterio del "hubiere debido saber" ("should have known").

Respecto del art. 86 (2), PACG I es suficiente también, como ya fue arriba señalado,[164] una ignorancia consciente en el sentido de la "ceguera intencional" ("wilful blindness"). El comentario oficial al PACG I habla de una imprudencia "tantamount to malicious intent".[165] El criterio del "had reason to know" no se diferencia por otra parte esencialmente de la formulación del art. 86 (2), PACG I. La CDI ha preferido aquel criterio frente al del PACG I, porque permitiría una valoración más objetiva; sin embargo, ella lo ha explicado con las palabras del criterio del PACG I, remitiéndose expresamente al comentario del art. 86 (1), PACG I.[166] La semejanza entre ambos criterios resulta también del hecho de que el criterio del "had reason to know" del EICTY se basa en una propuesta estadounidense fundada en el posible conocimiento "through reports to the accused person or through other means"[167] y esta propuesta se remonta por su parte a la sentencia de los rehenes de Núremberg y al PACG I.[168] Por último, también la formulación "hubiere debido saber" ("should have known") del ECPI se atribuye a una propuesta estadounidense. En resumidas cuentas, de lo dicho resulta que existe una *concordancia* de contenido, asentada ya en los antecedentes históricos,[169] de los criterios mencionados, que hace superfluos ulteriores intentos de diferenciación y exige una interpretación del "criterio del hubiere debido saber" a la luz del PACG I —como fuente original de la responsabilidad del superior— y de los principios generales del derecho penal. Este enfoque se justifica también por el hecho de que todos los problemas de interpretación posteriores se han de atribuir a la imprecisa formulación del PACG I. En este sentido, *Wu/Kang*[170] en una minuciosa investigación han distinguido cuatro posibles interpretaciones del art. 86 (2), PACG I:

- Un superior tiene la obligación de observar las acciones de sus subordinados y tiene que poseer el conocimiento que tendría una persona "razonable" en su posición.
- Para la suposición del conocimiento, el superior debe haber actuado con "ceguera intencional", ya que se habría de equiparar la ignorancia dolosa con el conocimiento positivo.

---

164 § 4 I. 2. b).

165 *De Preux,* en: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (eds.), Commentary (1987), art. 86, nm. 3541.

166 Cfr. *UN*, Report ILC (1996), p. 38, para. 5 = *YbILC* 1996 II 2, p. 26, para. 5, así como ya p. 464 s. vers. al.

167 Citado según *Crowe*, RichmondLR 1994, 229 s.

168 Cfr. idem, 230.

169 También la doctrina mayoritaria, cfr. *Levie*, JournLS 1997/98, 10 según la cual ambos criterios serían "strikingly similar". Similar *Landrum*, MLR 1995, 300, quien califica a ambos criterios como "quite similar". De otra opinión, probablemente ahora *Vetter*, YaleJIL 2000, 122 s.

170 *Wu/Kang*, HarvILJ 1997, 284 s.

- Cuando es imposible que el superior no haya podido saber nada, el conocimiento debe ser imputado "constructivamente" en razón de la posición del superior.
- El conocimiento efectivo debe ser probado; esta prueba puede lograrse también de modo indiciario, por ejemplo, con base en la posición del superior.

Mientras que en las dos primeras interpretaciones se trata de criterios abstractos de imprudencia o bien de imprudencia grave ("recklessness"), en los dos últimos casos el conocimiento del superior se "construye" sobre la base de acontecimientos objetivos o por medio de una prueba indiciaria. Sin embargo, los autores no analizan con mayor precisión los criterios mencionados, ya que ellos parten de que

> the specification of a single, rigorously defined, unambiguous mens rea requirement […] would be a fruitless exercise as it is almost impossible to discern the precise holdings of derivative liability cases with respect to mens rea in practice.[171]

De este modo, ellos capitulan ante consideraciones prácticas, sin siquiera haber intentado proponer una solución teórica abstracta que sea menos ambigua que la existente. Es sin dudas correcto que cada caso se decide "largely on its particulars",[172] pero esto no debería impedir reflexiones más profundas sobre el desarrollo de una teoría que proporcione resultados más previsibles. Si se observan más atentamente las interpretaciones de *Wu/Kang*, resulta que en nuestro contexto los dos últimos criterios no desempeñan ningún papel. El tercer criterio se refiere a la ya mencionada teoría del "constructive knowledge" y viola el principio de culpabilidad, porque efectúa una presunción de conocimiento exclusivamente sobre la base de circunstancias objetivas.[173]

La teoría del "constructive knowledge" puede ser considerada conforme al principio de culpabilidad sólo si es exigida información confiable, precisa y concreta que permita al superior tomar conocimiento de la comisión de determinados crímenes. Al respecto, *Hessler* ha expresado con acierto que el "conocimiento constructivo" fundamenta el deber de extraer ciertas conclusiones de determinados hechos y en presencia de determinados "hechos sospechosos" ("suspicious facts") el deber de iniciar una investigación.[174] Sobre esta base *Hessler* formula su regla (3), según la cual el superior tiene el deber de reconocer, con base en tales hechos, determinados crímenes y una política criminal. El "conocimiento constructivo" es definido aquí en relación con el objeto del dolo en las reglas (1) y

---

[171] Idem, 286.

[172] Idem, 287.

[173] Crít. también *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 293, nm. 6, quienes ven en el "constructive intent" una vinculación con la responsabilidad por el resultado. Por el contrario, *Lippman*, DickinsonJIL 1996, 90 ve justamente en esto una mejora en comparación con el estándar de la "strict liability" de la sentencia Yamashita. En general, sobre la presunción del dolo en el common law *Jung*, Einfluß (1973), p. 111 s.; crít. sobre la strict liability en el derecho inglés *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 51 ss.

[174] *Hessler*, YaleLJ 1973, 1278 s., 1298 s. Cfr. también la definición similar de la comisión de expertos de la ONU, citado en *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 437; cfr. también *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 124.

(2), a saber, en cuanto a las políticas o crímenes conocidos que deben ser impedidos.[175] Además, el superior tendría el deber de eliminar los riesgos no despreciables de crímenes futuros, por lo cual *Hessler* considera a los riesgos como su tercer objeto del dolo.[176] En definitiva, de esto se sigue que el "conocimiento constructivo" no permite una atribución de conocimiento al menos con base en hechos puramente objetivos, por ejemplo, el carácter de generalizado de determinados crímenes.[177] Tal criterio sería una ficción, porque presume el conocimiento, aunque éste no exista o no pueda ser probado. Correctamente, en un caso semejante el superior puede ser penado sólo a causa de una ignorancia negligente de los crímenes, es decir, porque él *hubiera debido saber*.[178] De este modo, existe una concordancia con el criterio previsto en el art. 28 y el principio de culpabilidad queda en este sentido salvaguardado.

El cuarto criterio de *Wu/Kang* no guarda relación alguna con los presupuestos subjetivos de la responsabilidad, sino con la cuestión de derecho probatorio relativa a si el conocimiento también puede ser probado con prueba indiciaria. En lo que respecta a los dos primeros criterios, el criterio del "hubiere debido saber" ("should have known") representa más un criterio de imprudencia que uno de recklessness. En cuanto a la precisa diferenciación de estos dos criterios se volverá más adelante.[179] Aquí baste con señalar que también en numerosas opiniones oficiales y privadas se sostiene que el tipo de la responsabilidad del superior crea una *responsabilidad por imprudencia*.[180] Respecto del PACG I esto ya fue señalado.[181] También el criterio del "had reason to know" es descripto en el informe de la Secretaría General de la ONU sobre la implementación del ICTY como "imputed responsibility of criminal negligence".[182] De este modo el art. 28 es más riguroso que la disposición estructuralmente similar del § 357 (1) alt. 3, StGB, pues éste requiere un dejar suceder a sabiendas en el sentido del dolo eventual.[183]

Un análisis de derecho penal material confirma este resultado y conduce a una diferenciación ulterior. De acuerdo con el § 2.02 (2) (d) MPC una persona actúa *imprudentemente*, si "he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from its conduct".[184] Según esto, la impru-

---

175 Cfr. *Hessler*, YaleLJ 1973, 1295 ss.

176 Idem, 1299 ss. Sin embargo, *Hessler* considera al respecto el derecho aún como muy impreciso (1282); cfr. también su crítica general en cuanto a los objetos de referencia del dolo mencionados (1281 ss.).

177 Cfr. *Parks*, MLR 1995, 90; similar *Rogers*, Law (1996), p. 139.

178 En este sentido, se puede decir siguiendo a *Lippman*, LJIL 2000, 163 que el "should have known standard" está abarcado por el conocimiento constructivo. Ver recientemente *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 278 empleando el término "constructive knowledge" en nuestro contexto.

179 Cfr. infra, en la nota 182.

180 *Hessler*, YaleLJ 1973, 1284: "type of criminal negligence"; ver también su regla 3 "duty to eliminate non negligible risks"; *Schabas*, Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J. 1998, 417: "liability for negligence"; *el mismo*, HRLJ 1999, 164: "should have known" como "negligence"; también *Bantekas*, AJIL 1999, 590.

181 Cfr. supra, en la nota 160 s. y el texto respectivo.

182 Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU nro. 827 (1993), 25.05.1993, en: *ILM* 1993, 1203, para. 56.

183 S/S-*Cramer* (2001), § 357, nm. 7; LK-*Jescheck* (1988), § 357, nm. 1. Cfr. ya supra, en la nota 31.

184 *American Law Institute,* MPC I (1985), p. 226. Sobre la imprudencia en el derecho inglés *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 50 s.

dencia se ha de diferenciar de las otras formas de la *mens rea* ("purpose", "knowledge" o "recklessness"), por el hecho de que ella no exige una acción consciente en el sentido de un "state of awareness". Una persona actúa con imprudencia si crea un riesgo del cual no es consciente, pero *debía* serlo.[185] La persona es responsable si la falta de conciencia del riesgo "involves a gross deviation from the standard of care that the reasonable person would observe in the actor's situation" (§ 2.02 (2) (d) MPC). Por consiguiente, el criterio decisivo de delimitación entre imprudencia y "recklessness" es la *conciencia del riesgo* del autor —medido según un criterio abstracto—:[186] Un autor que actúa imprudentemente no percibe el riesgo, es decir, él no es consciente en absoluto del riesgo; un autor que actúa en el sentido de la "recklessness" desatiende "conscientemente" el riesgo (§ 2.02 (2) (c) MPC), es decir, él percibe el riesgo, pero lo ignora.[187] En este sentido, desde un punto de vista estructural la "recklessness" (subjetiva) y la "negligence" son comparables con la imprudencia consciente e inconsciente.[188]

Sin embargo, por lo menos en el derecho inglés se diferencia entre una forma objetiva y una forma subjetiva de recklessness.[189] Ésta, también denominada *Cunningham recklessness*, presupone que el autor actúe con *conocimiento* de un riesgo (injustificado) y se ubica entre el dolus eventualis y la imprudencia consciente.[190] Por el contrario, en la *Caldwell* recklessness u *objetiva* el autor hubiera debido reconocer el riesgo debido a que éste es manifiesto; ésta se corresponde con la forma agravada de la imprudencia inconsciente o temeridad (Leichfertigkeit).[191]

La diferencia entre "recklessness" *consciente* y "negligence" *inconsciente* con frecuencia es ignorada, lo que se demuestra, por ejemplo, con la utilización de términos tan imprecisos como "wilful", "wanton" o incluso "conscious negligence". Esta ignorancia e imprecisiones terminológicas se han de atribuir a la falta de conocimiento de las bases dogmáticas, lo que constituye asimismo la explicación principal de la

---

185 *American Law Institute,* MPC I (1985), p. 240.

186 Idem, p. 242.

187 Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 115; *Weigend*, ZStW 1981, 693; también *Burkhardt*, IsLR 1996, 89 ss., quien se funda en la "conscious risk creation". Cfr. también el § 5.4 y 5.5 del CCA australiano www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/cca1995115, así como la "implementing provision" de la disposición sobre la mens rea (art. 9) del Corpus juris (2000): Aquel que actúa "recklessly" sería "aware of the risk", aquel que actúa "with gross negligence", "not aware", pero el riesgo sería "obvious" (*Delmas-Marty/Vervaele* [eds.], Implementation I [2000], p. 192). Cfr. también ya supra p. 107 ss. vers. al.

188 Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 115. Cfr. también *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 184, así como *Pradel*, Droit penal comparé (2002), 298 ss., quien diferencia entre "insouciance" y "négligence", comprendiendo aquél a la "recklessness" y éste a la imprudencia consciente e inconsciente. Igualmente la *PrepCommis* que sigue a la concepción estadounidense, ICRC paper mental element (1999), p. 5 s., 8.

189 Sobre la diferenciación objetiva-subjetiva *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 151 s.; *Low*, RLJ 1988, 548 s.

190 Cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 46; *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 236 ss.; *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 151 s.; cfr. también *Weigend*, ZStW 1981, 657, 674 ss. (687), quien en el resultado la ve más cerca del dolo que de la imprudencia inconsciente grave.

191 *The Law Commission*, Commentary (1989), p. 193 s.; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 47 s.; *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 151 s.; *Fletcher*, Concepts (1998), p. 115.

confusión terminológica en relación con el tipo subjetivo de la responsabilidad del superior (¡y en general del tipo subjetivo en derecho penal internacional![192]).[193] Con todo, luego de estas consideraciones tendría que ser claro que el criterio del "hubiere debido saber" ("should have known") debe ser entendido en el sentido de la imprudencia *inconsciente* y diferenciado de la imprudencia *consciente* —que se corresponde más bien con la "recklessness"—: El criterio del "hubiere debido saber" ("should have known") no exige, por un lado, la conciencia del autor,[194] pero tampoco, por el otro, la imputación del conocimiento con base en hechos puramente objetivos. Si esto último es una consecuencia directa del principio de culpabilidad,[195] la renuncia a la conciencia del autor entra en conflicto con tal principio y la teoría de la responsabilidad del superior, así entendida, choca con los límites impuestos por la idea de un Estado de Derecho.

El denominador común de todos los intentos por establecer un criterio subjetivo generalmente aceptable por debajo del conocimiento puede resumirse, según todo lo dicho, en el sentido de que el superior debe *poseer información que le permita concluir* que los subordinados están cometiendo o están a punto de cometer crímenes.[196] Similarmente, también el ICTY se refiere a informaciones que pongan en conocimiento del superior el riesgo de la comisión de determinados delitos y le expliciten la necesidad de investigaciones adicionales.[197] En *Blaskic* se ha basado, además, en si el superior ha puesto el cuidado suficiente en el cumplimiento de sus deberes. Si este es el caso, la falta de conocimiento de los crímenes de sus subordinados no podría utilizarse en su contra.[198] De este modo, al superior no se le reprocha otra cosa que su imprudencia: si él actúa sin cuidado en el marco de su esfera de organización, es decir, sin el "standard of care" en el sentido del § 2.02 (2) (d) MPC, responde por las

---

[192] Cfr. sobre esto, infra § 11 I.

[193] Un buen ejemplo en este sentido lo ofrece el estudio, citado con frecuencia, de *Parks*, MLR 1995, quien habla en favor de una "wanton negligence", que define como "doing of an inherently dangerous act or omission with a heedless disregard of the probable consequences" (S. 97); además él aboga por una imprudencia "so great as to be tantamount to the possession of the necessary mens rea to so become such an active party to the offense". (p. 99).

[194] Como se deduce por ejemplo del art. 87 (2), (3) PACG I. Para *Rogers*, Law (1996), p. 142, este criterio abarca el conocimiento efectivo y "constructivo". Sin embargo, esto es correcto sólo si se entiende por conocimiento "constructivo" la "construcción" de conocimiento sobre la base de hechos, los cuales posibilitan al superior tomar conocimiento acerca de determinados delitos.

[195] Cfr. ya supra, en la nota 169 y en el texto.

[196] Cfr. por ejemplo *Landrum*, MLR 1995, 301: "'had reason' to know appears to mean 'have the information from which to conclude' […]"; cfr. también *Levie*, JournLS 1997/98, 12, quien se refiere a informaciones sobre violaciones al derecho de la guerra que estén a disposición del superior; cfr. también *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 11.

[197] Cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra, en la nota 37, para. 379 ss., 383, 386, 393. Aprob. *Prosecutor v. Delalic et al.*, supra nota 61, para. 223, 241; *Prosecutor v. Kvocka et al.*, Judgement 2.11.2001 (IT-98-30/1-T), para. 318; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 4, para. 62; *Prosecutor v. Brdanin*, supra nota 48, para. 278.

[198] *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 48, para. 332.

consecuencias que de allí se originen. Por tanto, lleva razón la Sala de Apelación cuando anula la decisión de la Primera Instancia en este aspecto, ratificando el criterio de la Sala de Apelación en Delalic et al.[199] y rechazando explícitamente la imprudencia ("negligence") como base de la responsabilidad del superior.[200]

Fenrick considera dado el criterio del "hubiere debido saber" ("should have known") cuando el superior "fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates […]"[201] *Crowe* diferencia entre "reports made to the commander" y "widely published press accounts of the atrocities".[202] Esta diferenciación es sin embargo poco pertinente porque la posibilidad de toma de conocimiento de determinados delitos depende de la cualidad de la información, pero no de su fuente. También un comunicado de prensa basado en minuciosas investigaciones puede llamar la atención del superior sobre ciertas irregularidades y forzarlo a ocuparse del problema. El hecho de que el superior, como alega *Rogers*, no "vea" los informes a él dirigidos o no tenga conocimiento "de su existencia",[203] no lo exime automáticamente de responsabilidad jurídico-penal, ya que él es responsable dentro de su esfera de mando de la existencia de un sistema de información efectivo.[204]

Si el superior dispone de información suficiente, pero no la analiza suficientemente y llega *por tal razón* a una falsa conclusión, el reproche de imprudencia consiste en la falta de minuciosidad; él hubiera debido saber y, por tanto, ha de responder jurídico-penalmente. Más complicadas son las posibles constelaciones de error. Éstas se han de investigar, sin embargo, en otro lugar.[205]

c) *El superior no militar:* "*deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente*"

Este nuevo criterio ("deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente"; "consciously disregarded information which clearly indicated") se corresponde en esencia con la figura conocida en el common law y en la jurisprudencia penal internacional de la "ceguera intencional" ("wilful blindness").[206] Ella fue discutida también en el PrepCom de la mano de

---

[199] Ver supra nota 194 y texto.

[200] *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 4, para. 63 refiriéndose a *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement 3.7.2002 (ICTR-95-1A-A), para. 34 s.

[201] *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 11.

[202] *Crowe*, RichmondLR 1994, 226.

[203] *Rogers*, Law (1996), p. 139: "[t]he fact that a report is addressed to a commander does not mean that he sees it or is even aware of its existence […]".

[204] Cfr. ya supra, en la nota 129.

[205] Cfr. infra § 11 II.

[206] Cfr. ya supra p. 107 ss. vers. al., así como el caso canadiense *Imre Finta en p. 203 ss.* vers. al. Cfr. también *Eckhardt*, MLR 1982, 14 (respecto del jefe militar): "no room for a 'stick your head in the sand' approach"; también *Vetter*, YaleJIL 2000, 124.

una formulación similar, pero en definitiva no fue incorporada en el ECPI.[207] La wilful blindness se diferencia del conocimiento positivo o saber, debido a que ella ya está dada —respecto de la existencia de un hecho concreto— "if a person is *aware* of a high *probability* of its existence, *unless* he actually believes that it does not exist" (§ 2.07 MPC).[208] La ceguera intencional se ubica por ello entre el conocimiento y la "recklessness".[209] A la luz de las negociaciones del ECPI y del hecho de que el conocimiento ya está comprendido, respectivamente, por la alternativa primera del art. 28 (a)(i) y (b)(i), se deberá decir, sin embargo, que la ceguera intencional se encuentra más cercana a la recklessness que al conocimiento. Esto se sigue también de la formulación similar —ya mencionada— del § 2.02 (2)(c) MPC, según la cual la recklessness es entendida como la desatención "consciente" de un riesgo. También según el segundo criterio de *Wu/Kang* la ceguera intencional se corresponde con la recklessness.[210] Por otra parte, la ceguera intencional requiere al menos más que el criterio de imprudencia del "hubiere debido saber" ("should have known"), el cual rige sólo para el superior militar.[211]

En conclusión, de esto se sigue que en caso de un superior no militar la existencia del tipo subjetivo es más difícil de probar que en el caso de un superior militar.[212] Para *Fenrick* los indicios producidos para la suposición del conocimiento[213] pueden considerarse también respecto de superiores no militares. Por lo demás, se debe constatar:[214]

---

[207] Cfr. *UN*, Report of the Preparatory Committee II (1996), p. 92: "[…] deliberately to avoid taking steps to confirm whether that circumstance exists".

[208] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 248; *LaFave*, Criminal Law (2003), p. 247 s.

[209] Diferente el § 18 (a) DCCB, así como *The Law Commission*, Code 2 (1989), p. 191 s., según lo cual el derecho inglés tradicionalmente habría equiparado la wilful blindness al conocimiento: "commonly treated a person as knowing something if, being pretty sure that it is so, he deliberalety avoids making an examination or asking questions that might confirm the fact […]". En este sentido también ya supra p. 107 ss. vers. al., así como *Burkhardt*, IsLR 1996, 87 s., quien comenta el DCCB y el proyecto de CP israelí.

[210] Cfr. supra, en la nota 166 y en el texto.

[211] Cfr. *Fenrick,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 21. Cfr. también *Schabas*, Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J. 1998, 419, quien considera al nuevo criterio como un "full knowledge requirement".

[212] Por tal razón, del todo crít. *Vetter*, YaleJIL 2000, 94, 96, 103, 116, 141, quien sostiene que con ello el efecto disuasivo del art. 28 y del ECPI en general sería sensiblemente disminuido (cfr. sin embargo también la discusión del punto de vista contrario en la nota 171). Así, por ejemplo, el diplomático japonés Hirota condenado por el IMTFE (p. 135 con nota 22 vers. al.) no podría ser condenado según esta situación jurídica (*Vetter*, loc cit., 126 s.; asimismo sobre los casos Röchling, Akayesu y Milosevic, en la p. 128 ss.).

[213] Ver ya nota 158 ss. y en el texto, así como *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 20 referiéndose al informe de la Comisión de Expertos de la ONU (UN-Doc. S/1994/674 del 25.5.1994, también citado en *Bassiouni*, Crimes [1999], p. 437 s.).

[214] *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 28, nm. 21.

- que existía información, de la cual resultaba claramente un riesgo significativo de que los subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer crímenes;
- que esa información estaba a disposición del superior;
- que el superior no se ocupó profundamente de esa información, aunque conocía su existencia.

III. RESUMEN

El superior omite —en el sentido de un delito de omisión "*propia*"— la realización de determinadas acciones debidas, con la consecuencia de que no impide el resultado del crimen causado por el o los subordinados o por lo menos no lo sanciona. Este resultado delictivo le es imputado, porque él tenía conocimiento de los crímenes base o los desconocía por negligencia, y porque no ha tomado ninguna contramedida, teniendo posibilidad de hacerlo. La contradicción dogmática que se encuentra en la responsabilidad del superior de una comisión *imprudente* de un delito *doloso* no se puede solucionar, sino solamente explicar.[215] En caso de conocimiento del superior su conducta se corresponde con una complicidad por omisión de los crímenes base, porque la punibilidad por participación requiere al menos dolo en la forma de conocimiento; en el caso de ignorancia negligente se trata de un delito autónomo de una violación del deber de control —cometida con dolo o con imprudencia— o de una omisión de denunciar; la construcción de la complicidad fracasa ante la ausencia de dolo. Para tener en cuenta el *principio de culpabilidad* en este caso se debe imponer una pena considerablemente menor que respecto del caso de conocimiento del superior.

Los requisitos *objetivos* de la responsabilidad del superior del art. 28 pueden resumirse del siguiente modo:[216]

- El autor es el jefe militar (de hecho) u otro jefe de "tropas" o de otros subordinados; es suficiente cualquier relación superior-subordinado caracterizada por la autoridad y el control efectivo.
- El "mando y *control*" ("command and control") o bien la "autoridad y control" ("authority and control") sobre los subordinados debe existir de modo "*efectivo*"; el superior no militar debe poseer, además, "responsabilidad y control efectivo" sobre las acciones de los subordinados que conducen a los crímenes.

---

[215] Cfr. también *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1397: "fricciones" que no se pueden solucionar ni con una "gran sagacidad dogmática".

[216] Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 185 ss.; *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 208 s.

- Los crímenes de los subordinados deben ser el "resultado" ("result") de la ausencia de control del superior; más allá de una mera relación causal se exige una específica *relación de realización del peligro o bien una relación de fin de protección.*
- El superior omite la realización de las *contramedidas* "necesarias y razonables a su alcance" ("necessary and reasonable measures within his or her power"); la posibilidad de emprender tales contramedidas se relaciona con el modo y forma del control efectivo.
- Las contramedidas deben "*prevenir*" ("prevent") o "*reprimir*" ("repress") la comisión de los crímenes o el superior debe "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento" ("submit […] to the competent authorities for investigation and prosecution"); mientras que las dos medidas nombradas en primer término se dirigen contra crímenes aún no consumados y, por ello, son de naturaleza *preventiva*, el deber de información y de presentación opera recién con posterioridad y es, por tanto, de naturaleza *represiva*.

Desde el punto de vista *subjetivo* existen tres criterios, los cuales o se dirigen por igual a los superiores militares y no militares o bien se dirigen a sólo uno de ambos:[217]

- El superior (militar y no militar) sabía ("knew") de los crímenes; se exige, por tanto, el conocimiento efectivo en el sentido del *dolus directus* de segundo grado.
- El superior (militar) "hubiere debido saber" de los crímenes ("should have known"); se trata de un criterio de imprudencia.
- El superior (no militar) "deliberadamente" hace "caso omiso de información que indicase claramente" la existencia de los crímenes ("consciously disregarded information which clearly indicated"); él actúa, por tanto, con imprudencia grave y consciente similar a la recklessness.

[217] Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 183 s.; *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 209 ss.

§ 10. Tentativa *

I. PANORAMA GENERAL: IMPORTANCIA Y REGULACIÓN DE LA TENTATIVA Y DEL DESISTIMIENTO

1. La tentativa en el derecho penal internacional existente y en el art. 25 (3)(f) oración 1, primera parte

En la jurisprudencia penal internacional una punibilidad independiente de la tentativa no ha desempañado, hasta hoy, ningún papel. Sin embargo, un adelantamiento de la punibilidad análogo a una tentativa había sido reconocido desde siempre, indirectamente, con la punibilidad de la preparación y planificación de crímenes contra la paz, así como de la intervención en un plan común o conspiración para cometer tales crímenes.[1] Esto tuvo importancia también en los procesos por crímenes de guerra de Núremberg y Tokio.[2] Explícitamente, una punibilidad de la tentativa ha sido codificada por primera vez en el art. III (d) de la Convención contra el Genocidio[3] y, luego, en posteriores tratados de derecho penal internacional.[4] Sin embargo, estos tratados no fueron más allá de la mera mención de la tentativa. En cambio, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU se ha ocupado profundamente de la materia.[5] Mientras que en el art. 2 (13)(iv) del Draft Code de 1954 la tentativa estaba aún solamente mencionada, en el art. 3 (3) del Draft Code de 1991 y en el art. 2 (3)(g)

---

* Traducción del § 20 de la vers. al. revisado, actualizado y complementado.

[1] Cfr. art. 6 (a), EIMT; art. II (1)(a), KRG nro.10; art. 5 (a), EIMTFE. Cfr. también *Triffterer*, en: Hankel/Stuby (eds.), Strafgerichte (1995), p. 232 s.

[2] Cfr. ya p. 101 s., 136 ss. vers. al.

[3] Cfr. supra § 5 I. 3 b). Asimismo, el art. 4 (3)(d), EICTY y el art. 2 (3)(d), EICTR.

[4] Cfr. p. 436 s. vers. al., así como el cuadro en p. 426 ss.

[5] Cfr. p. 453 s., 465 s. vers. al.

del Draft Code de 1996 ella ha sido definida como "principio [de] ejecución" de un crimen sin que llegue a consumarse por circunstancias ajenas a [la] voluntad" del autor.[6] En suma, se puede partir con ello de un reconocimiento de la tentativa en derecho penal internacional —sea con base en la costumbre internacional o como principio general de derecho.[7]

La definición del *comienzo de la tentativa* de la CDI se basa en la doctrina tradicional francesa,[8] mientras que los proyectos de privados han seguido la doctrina del "substantial step" del MPC.[9] La ILA se ha decidido incluso expresamente en contra de la formulación francesa.[10] Así, para el art. IV (9) del Draft International Criminal Code, el art. 33-8 del Siracusa Draft II y el art. III (1) del proyecto de la ILA lo que cuenta es que el autor haya efectuado una conducta que represente un "paso sustancial" hacia la realización del tipo.[11]

El ECPI ha unido estas formulaciones en una solución mixta franco-estadounidense en la oración 1 del art. 25 (3)(f)[12] —"actos que supongan un paso importante para su ejecución"; "action that commences its execution by means of a substantial step"—.[13] Esta fórmula que describe el tipo de tentativa necesita de un profundo análisis —a pesar de la escasa importancia práctica que la tentativa tuvo hasta ahora

---

[6] "[…] any commencement of execution of a crime that failed or was halted only because of circumstances independent of the perpetrator's intention".

[7] Cfr. *Triffterer*, en: Hankel/Stuby (eds.), Strafgerichte (1995), p. 233; ver también Ambos, en Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 31; *Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, p. 166 s. 430; *Eser*, en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), Rome Statute (2002), p. 807; *Cassese*, International Criminal Law (2003), p. 194 ss.; *el mismo*, JICJ 2004, p. 266 ss., donde fundamenta convincentemente —refiriéndose al caso *Vasiljevic* (IT-98-32-T)— la punibilidad internacional de la tentativa de un asesinato (como crimen de guerra o contra la humanidad); crít. *Tomuschat*, en: Hankel/Stuby (eds.), Strafgerichte (1995), p. 288.

[8] Cfr. el § 2 del *CP francés* de 1810 y el art. 121-5 del CP francés vigente: "La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un *commencement d'exécution* […]" (resaltado por el autor; traducción alemana en *Bauknecht/Lüdicke*, Code pénal [1999]); asimismo el art. 16 (1) del *CP español* 1995 (idéntico el art. 16 (1) del CP reformado de 2004): "principio a la ejecución del delito"; el art. 33 (1) del *CP croata*: "[…] commences to execute […]"; en inglés en CACLP 1999, 23 ss.); ahora también el art. 11bis (2) del *Corpus juris* (2000), en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 193; al respecto también *Delmas-Marty*, en: idem, p. 73; otras referencias en *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 280 s. Sobre la importancia de la doctrina francesa, también *Jescheck*, ZStW 1987, 116; *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 432; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 139; *el mismo*, Concepts (1998), p. 171 s.

[9] Cfr. el § 5.01 (1)(c) del MPC: "does or omits to do anything, that […] is an act or omission constituting a *substantial step* in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime" (resaltado por el autor).

[10] Cfr. p. 488 vers. al.

[11] Art. IV (9), Draft International Criminal Code: "[…] unequivocal and direct conduct which constitutes a substantial step towards the commission […]" (cfr. P. 479 vers. al.); art. 33-8 apartado 1, Siracusa Draft II: "[…] conduct constituting a substantial step towards the accomplishment of that crime". (cfr. p. 484 vers. al.); art. III (1) del proyecto de la ILA: "[…] substantial step which […] advances directly towards the accomplishment of the crime […]" (cfr. p. 488 vers. al.).

[12] Las disposiciones sin indicación de fuente pertenecen al ECPI.

[13] Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 32. Aprob. *Jescheck, JICJ* 2004, p. 51.

en el derecho penal internacional[14]—, pues su interpretación y clasificación dogmática (*sub* II.1.) posibilitará la obtención de conocimientos ulteriores en cuanto a la delimitación entre actos preparatorios y tentativa (II.2.) y al desarrollo de una fórmula de aproximación de derecho penal internacional (II.3.) que, por su parte, contribuirá a la determinación del comienzo del injusto de derecho penal internacional. La aplicación de esta fórmula de aproximación a los tipos concretos de derecho penal internacional proporcionará, además, otros importantes reconocimientos acerca de la relación entre los principios generales de derecho penal internacional (de la "parte general") y los crímenes internacionales (de la "parte especial"), así como sobre su estructura típica. Desde luego, al igual que en los capítulos precedentes de esta investigación, también aquí sólo podrán ser ofrecidas algunas primeras consideraciones básicas, recurriendo a conocimientos de derecho comparado y a las teorías generales y considerando las realidades especiales del derecho penal internacional. Por ello, se debe partir del "caso normal" del autor individual, dejando conscientemente sin analizar la problemática de la tentativa de varios intervinientes.[15]

2. El art. 25 (3)(f) oración 1, segunda parte y oración 2: ¿combinación consciente de una regulación negativa y positiva del desistimiento o simple "descuido de redacción"?

La aún menor importancia práctica del desistimiento en derecho penal internacional[16] en comparación con la tentativa, incluso hasta hoy fácticamente sin repercusión alguna, justifica la limitación de las siguientes consideraciones a lo imprescindible, a saber, a la interpretación y clarificación del significado de la regla del desistimiento del art. 25 (3)(f), oración 1, segunda parte *y oración* 2. Además, se puede ya adelantar en este lugar, el art. 25 (3)(f), oración 2 se corresponde sustancialmente con el § 24 (1), oración 1, StGB, de modo que se puede recurrir, sin problemas, a la doctrina alemana.

El desistimiento ha sido regulado por primera vez en el art. 33-8 del Siracusa Draft II y en el art. III (3)(a) del proyecto de la ILA. La formulación del Siracusa Draft II[17] que, por su parte, se basa en el § 5.01 (4) del MPC,[18] ha servido de modelo para la redacción

---

[14] Por tal motivo, crít. sobre la existencia misma de una regulación de la tentativa *Tomuschat*, en: Hankel/Stuby (eds.), Strafgerichte (1995), p. 288; *el mismo*, EuGRZ 1998, 4.

[15] Al respecto, desde una perspectiva de derecho comparado *Jescheck*, ZStW 1987 130 ss.

[16] Esto se corresponde con la escasa importancia práctica en el derecho angloamericano, cfr. especialmente infra, nota 22.

[17] "If the person abandons his efforts to commit the crime or otherwise prevents the accomplishment of the crime, he is not punishable if he completely and voluntarily has given up his criminal purpose *before the crime was committed*" (cfr. ya p. 484 vers. al.). La parte de la oración resaltada en cursiva es superflua y, por ello, tampoco estaba contenida en el proyecto originario de parte general de *Eser et al.* (sobre el proyecto similar de la ILA, cfr. ya p. 488 vers. al.).

[18] "[…] it is an *affirmative defense* that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose" (*American Law Institute*, MPC I [1985], p. 296 s.; resaltado por el autor).

de la *oración 2* del art. 25 (3)(f). Allí se encuentra también, en la *oración 1 segunda parte*, la formulación tomada del derecho francés[19] y ya adoptada por la CDI: "aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad" ("the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions"). De este modo, se ha proseguido con el modelo de regulación franco-estadounidense ya identificado en relación con el tipo de tentativa y se ha confirmado, al mismo tiempo, el reconocimiento general del desistimiento existente en los derechos nacionales.[20] La cuestión discutida acerca de si el desistimiento debe tener el efecto de una plena "defence" en la forma de una causa (personal) de supresión de la punibilidad[21] o sólo el de permitir una atenuación (facultativa) de la pena[22] ha sido decidida en el primer sentido. Es poco comprensible, sin embargo, la circunstancia de que el desistimiento sea regulado prácticamente de manera doble "negativa" y "positiva".

Sobre la base de una formulación análoga a la de la *segunda parte* del art. 25 (3)(f), oración 1 en la doctrina francesa se distingue entre tentativa suspendida o interrumpida ("tentative suspendue" o "interrompue") y tentativa frustrada ("tentative manqué" o "infructueuse").[23] La suspensión o frustración deben producirse por circunstancias "independientes de la voluntad del autor". Del mismo

---

[19] Aún hoy el art. 121-5, CP francés reza: "La tentative […] n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur". Cfr. sobre el trasfondo histórico-dogmático *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 35 ss. (37 ss.): De acuerdo con esto, la solución francesa originaria tenía una función limitadora del tipo y por motivos procesales —inteligibilidad de la disposición para los jurados, inversión de la carga de la prueba en perjuicio del autor— fue transformada en una disposición separada de desistimiento; esto, por otra parte, preparó el terreno de la extensión orientada a la voluntad de la punibilidad de la tentativa. El significado de esta formulación es desconocido aparentemente por *Laurenzo Copello*, JPD 7/2000, 98.

[20] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 185; *el mismo*, Concepts (1998), p. 181; *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 280; *Jescheck*, ZStW 1987, p. 120; también *Weigend*, en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 117. Cfr. también una presentación de las regulaciones de la tentativa y el desistimiento (en lengua castellana) en *Rojas Vargas*, Actos (1997), p. 377 ss.

[21] Cfr. para la doctrina mayoritaria en el derecho comparado *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 227 ss. Crít. sin embargo ya *Roxin*, FS Heinitz (1972), p. 273 ss., quien considera al desistimiento —sobre la base de su comprensión dilatada de la culpabilidad como "responsabilidad" (fundamental *el mismo*, AT I [1997], § 19, nm. 1 ss.)— como una causa de exclusión de la culpabilidad (ver también *Roxin*, AT II [2003], § 30 nm. 29); crít. de la doctrina mayoritaria también *Jäger*, Rücktritt (1996), p. 126 ss., quien caracteriza al desistimiento como un "tipo independiente con consecuencia de eximición de pena" o bien como un "tipo de eximición de pena". Desde una perspectiva histórico-dogmática *Bloy*, Bedeutung (1976), p. 147 ss.

[22] Cfr. *Jescheck*, ZStW 1987, p. 123 s. Especialmente en el derecho inglés se pretende reconocer al desistimiento sólo un efecto atenuante de la pena cfr. *Ashworth*, Principles (2003), p. 482 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 342 s.; *Duff*, Attempts (1996), p. 66 s. A esto se refiere probablemente *Heintschel-Heinegg*, ZStW 1997, 47, nota 68, cuando expresa, yendo demasiado lejos, que el derecho angloamericano "no conoce" en absoluto "un desistimiento de la tentativa eximente de pena". Por el contrario, es acertado hablar de la falta de reconocimiento del desistimiento "*como defence*", si éste no incluye la posibilidad, reconocida al menos en la literatura, de una atenuación de pena (cfr. *Watzek*, Rechtfertigung [1997], p. 287 ss.)

[23] Cfr. *Desportes/Le Guhenec*, Droit pénal (2003), p. 394, 395 ss.; *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 628 ss. (637 s.), 640 ss. Sobre el derecho italiano al respecto ver *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 211 s.

modo rezan la formulación francesa del ECPI,[24] el art. 16 (1), última parte del CP español y la versión castellana del ECPI.[25] De ello se sigue, *a contrario*, que la suspensión o frustración operan en favor del autor si se basan en una decisión *voluntaria* de éste; de este modo, se reconoce el desistimiento voluntario.[26] El art. 25 (3)(f), oración 1, segunda parte implica, por tanto, el reconocimiento del desistimiento voluntario en el sentido de una *solución implícita negativa*, puesto que el desistimiento (voluntario) se transforma en un *elemento negativo del tipo* de la definición de tentativa y su falta en un presupuesto implícito del tipo de tentativa.[27]

Por el contrario, la *oración 2* del art. 25 (3)(f) sirve de base a una *solución explícita positiva* —también designada en la doctrina estadounidense como "affirmative defense"[28]—, al excluir la punibilidad de aquel autor de tentativa "who *abandons* the effort to commit the crime or otherwise *prevents the completion* of the crime […] if that person *completely* and *voluntarily* gave up the criminal purpose".[29] Esta disposición recompensa al autor de tentativa que —desde el punto de vista objetivo— *abandona* la continuación de la ejecución del hecho o *impide* su *consumación* y —desde el punto de vista subjetivo— renuncia a su propósito criminal *completa* y *voluntariamente*.[30] La referencia expresa al "criminal purpose" tiene sólo una función clarificadora, pues naturalmente el abandono o impedimento objetivo del hecho se debe basar, subjetivamente, en una renuncia (completa) al propósito criminal perseguido. Si el autor no hubiera querido tomar distancia del hecho, habría continuado con su ejecución. Así, pues, el art. 25 (3)(f), oración 2 se corresponde *sustancialmente* también, como se ha indicado al comienzo, con la regulación alemana del desistimiento de acuerdo con el § 24 (1), oración 1, CP: Ante todo, en las exigencias a la acción de desistimiento del art. 25 (3)(f), oración 2, primera parte se puede ver la diferenciación entre tentativa acabada e *inacabada*.[31] Ade-

---

[24] Art. 25 (3)(f), oración 1, segunda parte: "en raison de circonstances indépendantes de sa volonté".

[25] El art. 16 (1), CP español 1995 (y 2004) reza: "por causas independientes de la voluntad del autor"; el art. 25 (3)(f), oración 1, segunda parte: "debido a circunstancias ajenas a su voluntad".

[26] Cfr. *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 637; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 396 s.; *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 349.

[27] *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 349. Cfr. también *Jescheck*, ZStW 1987, 121, 123; *Fletcher*, Concepts (1998), p. 181 s.; *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 285.

[28] Cfr. ya supra nota 18, así como *Duff*, Attempts (1996), p. 67; *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 298; sobre el (importante) derecho de Nueva York en este sentido *Stauder*, Defenses (1999), p. 188 ss. Según *Fletcher*, Concepts (1998), p. 182 esta es la "modern trend". Igualmente, cfr. también el art. 11bis (3) del *Corpus juris* (2000), en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 193: "[…] voluntarily desists from completion or voluntary forestalls completion".

[29] Resaltado por el autor.

[30] Cfr. la traducción oficial alemana: "[…] abandona la continuación de la ejecución del crimen o impide de otra manera su consumación, […] si él ha abandonado completa y voluntariamente el objetivo criminal". Ver *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 35; también *Laurenzo Copello*, JPD 7/2000, 98.

[31] Cfr. en este sentido, con más detalles, S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 6, 12, 37 ss., 58 ss., con otras referencias. Sobre el derecho español *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 352 s., con referencias. Desde luego, así como la diferenciación entre tentativa acabada e inacabada no se sigue forzosamente de la letra del § 24 (1), StGB, tampoco ella es indispensable para la cuestión del desistimiento (acertadamente al respecto *Heintschel-Heinegg*, ZStW 1997, 33 ss. [35]; también *Roxin*, FS Hirsch [1999], p. 327 ss. muestra que la cuestión material decisiva en este sentido, a saber, con relación a cuándo se puede partir de un impedimento de la consumación del hecho, resulta ya del § 24 (1), oración 1, alt. 2, StGB y que las propuestas de solución son desarrolladas con independencia de la diferenciación entre tentativa acabada e inacabada). En el derecho angloamericano, el momento del desistimiento no desempeñaría en todo caso un rol comparable (cfr. *Duff*, Attempts [1996], p. 69 sobre el § 5.01 (4), MPC).

más, la exigencia de la renuncia completa al hecho[32] se compadece con el distanciamiento *definitivo* de la ejecución del hecho exigida por la tentativa inacabada.[33] También el *criterio de la voluntariedad* —al igual que (en parte) en el derecho alemán,[34] a pesar de la disputa dominante en nuestro ambiente entre los puntos de vista psicologizante y normativizante[35]— es considerado satisfecho sobre la base de la diferenciación entre motivos autónomos y heterónomos del desistimiento,[36] en caso de que estén presentes aquéllos.[37] Por último, también la fundamentación del desistimiento proporcionada por el *American Law Institute* y también válida para la formulación del ECPI —idéntica a la del § 5.01 (4), MPC— coincide con las teorías sostenidas en la doctrina alemana:[38] Según esto, el desis-

---

[32] Según la definición negativa del § 5.01 (4), MPC el desistimiento no es "complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to transfer the criminal effort to another but similar objective or victim". Dicho de modo positivo esto significa que no es suficiente el detenerse momentáneamente en espera de una mejor ocasión para cometer el hecho, del mismo modo que tampoco lo es la continuación del hecho sobre un objeto o víctima similar. De modo similar el § 40.10, apartado 5 del New York Penal Law, cfr. *Stauder*, Defenses (1999), p. 191.

[33] Cfr. S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 37, 38, con otras referencias. Según esto, las formas de desistimiento no completo mencionadas en el § 5.01 (4), MPC (nota 32) tampoco podrían representar un distanciamiento definitivo del hecho. Igual en el resultado, *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 195, quien, sin embargo, también advierte la diferencia fundamental entre el derecho alemán y el angloamericano (idem, p. 195 ss.). Cfr. también *Stauder*, Defenses (1999), p. 196, quien ve una diferencia en el hecho de que la jurisprudencia alemana exige sólo un distanciamiento del hecho *concreto*.

[34] Cfr. S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 42 ss. (43); *Roxin*, AT II (2003), § 30 nm. 354 ss.

[35] Cfr. la exposición del estado de la discusión en *Jäger*, Rücktritt (1996), p. 21 ss. Decididamente en contra de un punto de vista psicologizante y en favor de uno normativizante *Roxin*, Kriminalpolitik (1973), p. 36 s.; *el mismo*, FS Heinitz (1972), p. 252 ss., 255 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 30 nm. 365 ss., 379 ss. La doctrina mayoritaria sigue a este autor (*Schünemann*, GA 1986, 323 s.; SK-*Rudolphi* [1993], § 24, nm. 25; en el resultado probablemente también S/S-*Eser* [2001], § 24, nm. 43; fundamental *Maiwald*, GS Zipf [1999], p. 263 ss., quien demuestra convincentemente que también el punto de vista psicologizante debe recurrir, en definitiva, a criterios normativos —por medio de la referencia a la persona ficticia de comparación (hombre modelo) [268 ss.]— y de este modo la voluntariedad sólo puede ser determinada [269 s.] por medio del fundamento del desistimiento [en este sentido, infra nota 38]). En contra de una normativización y a favor de una involuntariedad (psicológica) en el sentido de una situación de coacción *Küpper*, Grenzen (1990), p. 179 ss. (190 ss.).

[36] Del todo crít. *Schünemann*, GA 1986, 322 s. ("ni siquiera un rendimiento semántico").

[37] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 356: "[…] change in the actor's purpose that is not influenced by outside circumstances."; ver también la definición negativa del § 5.01 (4), MPC: "[…] not voluntary if it is motivated […] by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor's course of conduct, that increase the probability of detection or apprehension or that make more difficult the accomplishment of the criminal purpose" (idem, p. 297). Cfr. también *Duff*, Attempts (1996), p. 68 s.; *Stauder*, Defenses (1999), p. 190 s., 194 s. Para el similar derecho francés *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 396 s.

[38] Sin que sea necesario en este lugar analizar estas teorías con más detalle y, sobre todo, críticamente, cfr. en este sentido la instructiva exposición de *Jäger*, Rücktritt (1996), p. 3 ss., quien ve por su parte la causa determinante de eximición de punibilidad en la "inversión del peligro al menos intencionada" (p. 126) (su maestro *Roxin*, AT II (2003), § 30 nm. 34, ve en ello una "caracterización del desistimiento útil en cuanto a su contenido". Crít. sobre las teorías tradicionales ("puente de oro", ideas premiales, teoría de la gracia) ya *Roxin*, FS Heinitz (1972), p. 271 ss., quien por su parte sigue la teoría del fin de la pena (idem, p. 269 s.; del mismo modo SK-*Rudolphi* [1993], § 24, nm. 4; S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 2b).

Ciertamente, aún más radical es la crítica de *Jakobs*, AT (1993), 26/5 ss., quien (26/1 ss.) —sobre la base de su teoría "normativa" de la tentativa (sobre esto, infra nota 123 ss.)— considera al desistimiento como la retractación del quebrantamiento de la norma ocasionado con la tentativa y *en este sentido* como un comportamiento posterior al hecho *especial*, por cuanto puede aún modificar la conducta (de tentativa) no

timiento negaría, por un lado, la "peligrosidad" del autor;[39] esto es, suprimiría la conmoción al derecho causada por la voluntad criminal en el sentido de la teoría alemana del fin de la pena o del indicio ("Strafzweck- oder Indiztheorie").[40] Por otro lado, la supresión de punibilidad crearía un estímulo para desistir del hecho,[41] con lo cual se evoca indirectamente el pensamiento del "puente de oro" para quien se repliega y el premio de la conducta del autor.[42] Sin embargo, el ECPI no regula ni el desistimiento de la tentativa presuntamente consumable (§ 24 (1), oración 2, StGB)[N. de T.] ni el de varios intervinientes (§ 24 (2), StGB).

De lo dicho hasta aquí resulta que la diferencia entre una regulación negativa y otra positiva del desistimiento es, ante todo, de naturaleza *jurídico-material*: si se concibe al desistimiento como un elemento negativo del tipo de tentativa, su presencia conducirá a la "anulación" del tipo[43] y, por consecuencia, no tendrá lugar en absoluto una tentativa. Si, por el contrario, el desistimiento es regulado "positivamente", esto es, de modo separado y en principio de forma independiente del tipo de tentativa, con su presencia perdurará el injusto típico de la tentativa —siendo por tanto punible la intervención en un crimen tentado[44]— y el desistimiento constituirá sólo un motivo para la supresión de la pena, para la exclusión de la culpabilidad o

---

concluida. Por consiguiente, el desistimiento sería una *modificación del hecho*, que, sin embargo, no podría hacer desaparecer del mundo retroctivamente "el hecho de la tentativa una vez que ha ocurrido", sino que le podría "quitar su inequivocidad sólo para el futuro" (26/2). Siguiéndolo *Heintschel-Heinegg*, ZStW 1997, 43 s. Fundamental también *Murmann*, Versuchsunrecht (1998), p. 28 s.: debilitamiento del quebrantamiento de confianza cometido y fundamentación de la confianza existente en la relación jurídica en la existencia de un reconocimiento mutuo; restablecimiento del derecho mediante una prestación razonable del autor (para más detalles sobre la teoría de la tentativa de *Murmann,* infra por la nota 168 ss.).

[39] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 359, 360; *Duff*, Attempts (1996), p. 71.

[40] Cfr. S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 2b; también SK-*Rudolphi* (1993), § 24, nm. 25; *Roxin*, AT II (2003), § 30 nm. 4 ss.; *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 225 ss. Esta teoría muestra claramente el reflejo entre fundamento de la tentativa y fundamento del desistimiento, puesto que ella representa la contracara lógica de la teoría de la impresión (sobre esto, con más detalles, infra nota 107) (*Schünemann*, GA 1986, 323 s.; LK-*Vogler* [1985], § 24, nm. 20; LK-*Lilie/Albrecht* [2002], § 24, nm. 38; sobre el "reflejo" también S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 2b; *Heintschel-Heinegg*, ZStW 1997, 37).

[41] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 359 s.; *Duff*, Attempts (1996), p. 70 ss.

[42] Cfr S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 2, 2 a; *Roxin*, AT II (2003), § 30 nm. 14 ss.; *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 222 ss. Sobre la crítica cfr. ya supra nota 38.

[N. del T.] § 24 Desistimiento: (1) "No será penado por tentativa, quien renuncie voluntariamente a seguir ejecutando el hecho o impida su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención de quien desiste, entonces no será punible si él se esfuerza voluntaria y seriamente por evitar la consumación".

(2) Si en el hecho intervienen varias personas, no será penado por tentativa quien impide voluntariamente la consumación. Sin embargo, si el hecho no se consuma sin su intervención o se comete independientemente de su aporte anterior, es suficiente para la impunidad su esfuerzo serio y voluntario por impedir la consumación."

[43] Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 67; *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 350. A causa de este efecto de la solución *negativa*, la calificación del desistimiento en el sentido del § 24, StGB como "anulación de lo que en sí es punible" (*Heintschel-Heinegg*, ZStW 1997, 43) se presta a equívocos, pues no se trata en la solución *positiva* del § 24, StGB de eliminar la tentativa con el desistimiento, sino sólo de la causa para la terminación del estadio de tentativa (con acierto *Jakobs*, AT (1993), 26/2). Al respecto, también enseguida en el texto.

[44] Correctamente *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 168.

para la terminación del estadio de la tentativa.[45] Esta diferencia dogmático-sistemática no se traduce, sin embargo, en el resultado, ya que en ninguno de ambos casos se pena al autor. Sólo desde el punto de vista *procesal* pueden resultar consecuencias prácticas relevantes si el proceso penal está estructrurado en el sentido del proceso de partes adversarial angloamericano.[46] Tal modelo procesal está caracterizado —dicho de manera simplificada— por la dicotomía entre pruebas de cargo de la acusación y pruebas de descargo de la defensa.[47] En principio, pesa sobre la acusación la *carga de la prueba* ("burden of proof" o "persuasion") respecto de las circunstancias de cargo y de descargo. Ella debe *probar* la culpabilidad del acusado "beyond reasonable doubt".[48] Frente a esto, la defensa debe al menos *exponer* los hechos que fundamentan la existencia de las objeciones defensivas ("defences").[49]

En el derecho procesal penal estadounidense se diferencia, además, entre defensas simples o completas y "affirmative defenses"; respecto de estas últimas en algunos estados se impone al acusado no sólo la carga de la exposición, sino también la de su prueba.[50] En este caso tiene lugar, por tanto, una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado. Por consecuencia, si se entiende al desistimiento como un elemento negativo del tipo, la carga de la prueba residirá siempre en la acusación, pues la falta de desistimiento constituye una circunstancia de cargo que ha de ser expuesta y probada por la acusación. En cambio, si se entiende al desistimiento posi-

---

[45] Cfr. sobre la (discutida) *ratio* del desistimiento ya supra notas 21 y 43.

[46] Aquí —como ya en ZStW 1998, 226— sigo a *Perron* (en: el mismo [ed.], Beweisaufnahme [1995], p. 560 ss.): Este autor diferencia desde el punto de vista del derecho probatorio tres modelos procesales, a saber: el modelo *instructorio*, en el cual el tribunal (co)determina la recepción de la prueba, ya que existe un amplio deber de investigación de oficio y es posible una preparación sobre la base de las actas de investigación (Alemania, Francia, Holanda, Austria y Portugal); el modelo *adversarial*, en el cual las partes procuran por sí mismas las pruebas y las presentan en la audiencia principal contradictoria referida a la cuestión de culpabilidad (que en la práctica rara vez tiene lugar) (Estados Unidos, Inglaterra); y el modelo *mixto*, que reúne elementos del modelo procesal instructorio y del adversarial (Italia, Japón y Suecia). Sobre las diferencias estructurales ver también *Ambos*, DPC 7 (2004), 5 ss.

[47] Cfr. sobre el desarrollo del proceso y la recepción de la prueba en el proceso penal inglés y estadounidense, con detalles *Huber*, en: Perron (ed.), Beweisaufnahme (1995), p. 23 ss., 36 ss.; también *Thaman*, en: idem, p. 498 ss., 506 ss.; *Perron*, Beweisantragsrecht (1995), p. 127 ss.; *Etzel*, Notstand (1993), p. 85; *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 70, 153, 216. Sobre el proceso penal internacional ver *Ambos*, DPC 7 (2004), 32 ss.

[48] *Huber*, en: Perron (ed.), Beweisaufnahme (1995), p. 38 s., 42; *Thaman*, en: idem, p. 506; también *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 70; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 61 s.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 136, 204.

[49] Cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 60 s. El concepto utilizado en este sentido en el derecho inglés de "*evidential* burden" (Watzek, loc. cit.) es sin embargo confuso, porque "evidence" evoca a una regla de carga *probatoria*. Para *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 153, 216 incumbe a la defensa, al menos, la carga de la persuasión ("burden of persuasion") o bien el deber de producir la prueba de mayor peso.

[50] *Thaman*, en: Perron (ed.), Beweisaufnahme (1995), p. 507; *Etzel*, Notstand (1993), p. 85 ss.; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 516 ss.; también *Stauder*, Defenses (1999), p. 57 ss., en donde se expresa que el derecho de Nueva York diferencia entre defenses completas y affirmative defenses y en estas últimas al acusado le incumbiría la carga de la prueba.

tivamente como una "affirmative defense", a la defensa le incumbirá al menos su exposición, pero posiblemente también la carga de la prueba en caso de que se ordene una inversión de la carga de la prueba. El American Law Institute propone, de todos modos, excluir la posibilidad de tal inversión de la carga de la prueba e imponer al acusado solamente la carga de la alegación de la cuestión probatoria ("burden of raising the issue").[51] Según esta interpretación, aquí relevante —a causa del basamento del art. 25 (3)(f), oración 2 en el § 5.01 (4), MPC—, la diferencia entre la solución negativa y la positiva consiste desde el punto de vista procesal —incluso en una estructura procesal adversarial— solamente en que en el caso de una regulación negativa del desistimiento la acusación debe verificar de oficio —como de ordinario en la estructura procesal instructoria continental europea— un posible desistimiento y en caso de una regulación positiva sólo debe reaccionar con base en la correspondiente alegación de la defensa. Conforme a esto es en todo caso inadmisible imponer al acusado la carga de la prueba de la existencia del desistimiento. Esto se sigue también del deber absoluto impuesto a la acusación por el art. 66 (2) de probar las circunstancias que fundamentan la culpabilidad del acusado, así como de la prohibición de la inversión de la carga de la prueba contenida expresamente en el art. 67 (1)(i).[52] Con esto, el ECPI se pronuncia en favor de una carga de la prueba plena en cabeza de la acusación —en el sentido de un modelo procesal de un Estado de derecho orientado al principio de la presunción de inocencia— respecto de todas las circunstancias que fundamentan la culpabilidad.

Estas consideraciones permiten extraer algunas conclusiones en cuanto a la regulación negativa-positiva del desistimiento en el ECPI. Por un lado, esta regulación no crea una contradicción irreconciliable de derecho procesal o material; por el otro, sin embargo, ella tampoco tiene mucho sentido, ya que en ambos casos se le abre al autor la posibilidad de un desistimiento eximente de pena. Sus presupuestos, especialmente la voluntariedad del desistimiento, resultan de la regulación positiva. Ésta se corresponde con el § 24 (1), oración 1, StGB, razón por la cual se puede echar mano, sin problemas, a la discusión alemana. En cuanto concierne a la "naturaleza doble" de la regulación, ella sólo se puede explicar como un descuido de redacción atribuible a la enorme presión existente en Roma durante las negociaciones. Esta interpretación se compadece también con el desarrollo real de las negociaciones: La

---

[51] *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 298, 358 s., 360 s.; *Duff*, Attempts (1996), p. 67, 72. Cfr. también la regla básica en el § 1.12 (1), MPC, según la cual la autoridad de acusación debe probar cada elemento típico "beyond a reasonable doubt". En caso de las "affirmative defenses" la carga de la prueba le incumbe a la autoridad de persecución penal sólo si "there is evidence supporting such defense", es decir, si el acusado alega determinadas pruebas (§ 1.12 (2)(a), MPC).

[52] El art. 67 (1)(i) establece, además, la prohibición de que le sea impuesta al acusado la carga de presentar contrapruebas ("onus of rebuttal"). Esta prohibición se basa en la presunción de inocencia normada en el art. 66, especialmente en la regla de la carga de la prueba establecida allí en el apartado 2 (cfr. para más detalles *Schabas*, en Triffterer [ed.], Commentary [1999], art. 66, nm. 18 ss., art. 67, nm. 51).

oración 2 del art. 25 (3)(f) fue introducida recién "en el último minuto" por la delegación japonesa[53] con la fundamentación de que a la disposición de la tentativa de la oración 1 le faltaría una regulación sobre el desistimiento. Al hacer eso se ha pasado por alto llanamente —al autor incluido— la regulación (francesa) del desistimiento contenida ya en la oración 1, segunda parte.[54]

II. PROFUNDIZACIÓN: LA DELIMITACIÓN ENTRE PREPARACIÓN Y TENTATIVA

1. Basamentos: La interpretación y clasificación dogmática del art. 25 (3)(f), oración 1, primera parte

A primera vista, la fórmula del comienzo ("Beginn-Formel") del art. 25 (3)(f), oración 1, primera parte, basada en el derecho francés,[55] parece exigir una realización parcial del tipo en el sentido de la teoría tradicional objetiva-*formal*[56] de delimitación. Esto es correcto sólo en su núcleo *material*, esto es, en cuanto a que el comienzo de la tentativa no puede ser determinado *únicamente* de modo subjetivo con referencia a la representación del autor[57] —sobre la base de la teoría subjetiva tradicional del fundamento de la tentativa[58] orientada a la actitud—,[59] sino que *también* deben considerarse las acciones objetivas del hecho —en el sentido de las teorías

---

[53] Cfr. ya *Ambos*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 34.

[54] Crít. también *Mantovani*, JICJ 2003, p. 34: "unclear".

[55] Cfr. ya supra nota 8.

[56] Cfr. S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 26; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 9, en ambos casos con otras referencias. Sobre la evolución histórico-dogmática y su recepción en la jurisprudencia alemana: *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 40 s., 90 ss.

[57] Cfr. S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 29/30; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 12, en ambos casos con otras referencias.

[58] Cfr. S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 21; SK-*Rudolphi* (1993), previamente al § 22, nm. 12; LK-*Vogler* (1985), previamente al § 22, nm. 46 ss.; LK-*Hillenkamp* (2002), previamente al § 22, nm. 60 ss. sigue ahora la teoría subjetiva, considerándola consagrada en la ley; crít. *Roxin*, FS Nishihara (1998), p. 164 ss.; *el mismo*, AT II (2003), § 30 nm. 32 ss.; también *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 113 ss.; *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 110 ss. (que, sin embargo, sigue la teoría objetiva, infra notas 75 y 105). Sobre la evolución histórico-dogmática y su recepción en la jurisprudencia alemana: *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 58 ss., 105 ss.

[59] Por cierto, el *elemento* subjetivo de la tentatitva, esto es, la resolución a cometer el hecho o "fault element" se ha de diferenciar de la *fundamentación* subjetiva de la tentativa (acertadamente *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 194). Expresado de otra forma: De la necesidad, incluso imprescindibilidad, de un elemento subjetivo de la tentativa no se puede concluir nada para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa. Ésta puede ser determinada —del mismo modo que en el delito consumado— absolutamente con vistas al peligro concreto de la conducta para el bien jurídico (sobre la contradictoriedad de la concepción subjetiva en este sentido *Weigend*, en: Hirsch/Weigend [eds.], Strafrecht [1989], p. 126; también *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze [1988], p. 194 ss.).

objetivas orientadas al bien jurídico[60]—; en este sentido, pertenecen a estas acciones y, con ello, a la tentativa, también las acciones *inmediatamente* anteriores a la realización formal del tipo que, según una concepción natural, aparecen —en el sentido de la fórmula de *Frank*— como integrantes de la acción típica (teoría de la delimitación objetiva-*material*).[61]

La tesis reza, por tanto, que la fórmula del comienzo del art. 25 (3)(f), oración 1, primera parte —y, con esto, la concepción de la tentativa de derecho penal internacional— no ha de ser entendida ni de modo estrictamente subjetivo, ni objetivo-formal, sino en uno mixto en el sentido de una teoría individual o subjetiva-objetiva (-material). Esta tesis encuentra confirmación en consideraciones de derecho comparado y de derecho penal internacional. Si comenzamos con aquellas consideraciones, debemos centrar la atención, ante todo, en *Francia,* en su calidad de país de proveniencia de la fórmula del comienzo. En este ámbito, la fórmula es entendida en el sentido de la teoría objetiva-material y se sostiene, además, de modo absolutamente mayoritario una teoría mixta de la tentativa.

En la doctrina francesa —fuertemente influida por el pensamiento liberal y acorde a un Estado de derecho de la ilustración[62]— tan solo los partidarios de un objetivismo estricto exigen una realización parcial del tipo.[63] La doctrina absolutamente mayoritaria rechaza este punto de vista —al igual que la doctrina predominante en el derecho penal de lengua alemana[64]— a causa de la extensísima impunidad que entraña respecto de acciones merecedoras de pena desarrolladas aun antes de la propia etapa de ejecución. La doctrina interpreta esta fórmula en el sentido de que con ella no se aludiría al comienzo de la propia ejecución del tipo, sino solamente al *comienzo de ejecución de la tentativa*.[65] Al respecto, una línea de pensamiento dentro de la teoría objetiva se funda en la amenaza directa al bien jurídico por parte de la acción y otra en el hecho de que el autor utilizaría y "pondría en funcionamiento" las fuerzas y los medios reunidos en la fase preparatoria.[66] Las teorías mixtas pretenden

---

[60] Cfr. S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 18 ss.; SK-*Rudolphi* (1993), previamente al § 22, nm. 11; LK-*Vogler* (1985), previamente al § 22, nm. 39 ss.; *Roxin*, FS Nishihara (1998), p. 163 s.; *el mismo*, AT II (2003), § 30 nm. 25 ss.; también *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 105 ss.; *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 107 ss.

[61] Cfr. S/S-*Eser* (2001), § 22 , nm. 27/28; SK-*Rudolphi* (1993), § 22 nm. 9; *Roxin*, JuS 1979, 3 s. Sobre la evolución histórico-dogmática y su recepción en la jurisprudencia alemana: *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 42 ss., 94 ss.

[62] Cfr. al respecto sobre el conflicto entre el pensamiento liberal y el absolutista *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 10 ss.

[63] *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 629.

[64] Cfr. ya *Bockelmann*, JZ 1954, 471; también S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 26; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 9; *Jakobs*, AT (1993), 25/56. Por otra parte, según la concepción absolutamente dominante en caso de una realización parcial del tipo existe siempre tentativa (cfr. *Vogler*, FS Stree/Wessels [1993], 297 ss. [300, 301]; crít. sin embargo *Küper*, JZ 1992, 338 ss. [340 s., 344 s., 347], quien por medio de los casos problemáticos especiales de la tentativa de estafa mediante una secuencia de acciones de engaño "extendida en el tiempo" llega a una crítica de principio a la teoría de la realización parcial, pretendiendo reemplazarla, sin embargo, sólo en los casos de estafa con el criterio material del ataque a la libertad de disposición de la víctima; contra este autor, nuevamente *Vogler*, loc. cit., p. 298 ss., así como *Murmann*, Versuchsunrecht [1999], p. 13 ss.).

[65] Cfr. *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 630: "[…] le commencement d'exécution de la tentative".

[66] Idem, p. 630.

relacionar la resolución a cometer el hecho del autor con las acciones objetivas que éste ha efectuado. En este contexto, se trata, por un lado, de la teoría del acto parcial o intermedio ("Zwischen- oder Teilaktslehre")[67] y, por el otro, de la teoría italiana de la univocidad o ambivalencia de la acción. El comienzo de la ejecución tendría un carácter unívoco, porque sólo se podría explicar con la intención criminal de su autor; por el contrario, los actos preparatorios serían ambivalentes, pues ellos también podrían ser realizados sin tal intención.[68] También la jurisprudencia sigue una teoría mixta de este tipo, al exigir desde el punto de vista objetivo una acción encaminada a la realización del tipo y desde el punto de vista subjetivo la intención irrevocable de comisión del autor.[69]

Tampoco la adopción de la fórmula del comienzo en el CP *español* de 1995 —de idéntica redacción en el CP reformado de 2004— ha conducido al reconocimiento de la teoría objetiva-formal, aunque sí ha sido interpretada como un giro hacia el objetivismo.

El art. 16 (1), CP español 1995 (y 2004) le otorga a la fórmula del comienzo francesa un contenido más objetivo, por cuanto se lo hace depender de la existencia de "hechos exteriores" y de que el autor haya practicado las acciones que "*objetivamente* deberían producir el resultado".[70] En comparación con el art. 3 (3) del anterior CP español de 1983, la innovación esencial de esta regulación consiste en la exigencia de que las acciones sean *objetivamente* apropiadas para causar el resultado.[71] Además, el art. 62, CP español 1995 prevé que la pena de tentativa, *inter alia*, debe ser medida "atendiendo al peligro [objetivo] inherente al intento". Frente a esta situación jurídica en España ha sido rechazada tanto una teoría de delimitación puramente subjetiva,[72] como también una objetiva-formal.[73] La regulación confirma la teoría objetiva(-material) sostenida por la doctrina mayoritaria, siendo absolutamente discutido, sin embargo, su enriquecimiento con elementos subjetivos.[74] Esta

---

[67] En *Garraud*, en idem, p. 631.

[68] Idem, p. 631. Sobre esto también *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 287, con otras referencias; también *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 68 ss.

[69] *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 395 s.; también *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 632 ss.

[70] El art. 16 (1), CP español 1995 (de igual manera la versión reformada de 2004) expresa: "Hay tentativa cuando el sujeto da *principio a la ejecución* del delito directamente por *hechos exteriores*, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor" (resaltado por el autor). Sobre su génesis cfr. *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 381 ss. Sobre el derecho chileno similar al respecto *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 109 s., 167, 177 ss.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones (2003), p. 375 ss.

[71] El art. 3 (3), CP español 1983 expresa: "Hay tentativa cuando el culpable da *principio a la ejecución* del delito directamente por *hechos exteriores* y no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento" (resaltado por el autor).

[72] *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 339; *Sola Reche*, Tentativa (1996), p. 144 ss.; *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 227 ss., en ambos casos con otras referencias.

[73] *Cobo/Vives*, Derecho Penal (1999), p. 715 s.; *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 339 s.; *Sola Reche*, Tentativa (1996), p. 146; *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 230 s., en ambos casos con otras referencias.

[74] Cfr. las referencias en *Sola Reche*, Tentativa (1996), p. 146 ss., 250 ss.; *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 231 ss., ambos acentuando de la misma manera la referencia al tipo de la tentativa y la importancia de los criterios materiales de delimitación, aunque *Moreno-Torres* parece considerar más fuertemente elementos subjetivos en el sentido de una teoría mixta de delimitación (idem, p. 233 ss.; y consecuentemente en favor de una fundamentación mixta subjetiva-objetiva del injusto de tentativa, idem, p. 335 ss.). En favor de una teoría mixta también *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 474 ss.; *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 603; *Velásquez*, Manual (2004), p. 432; *Bustos*, Obras (2004), p. 659, 1052 s.

teoría ha sido defendida tradicionalmente por los "objetivistas", por ejemplo *Cobo/Vives*[75] y *Mir Puig*.[76] Ahora, a raíz de la más fuerte objetivización producida con el art. 16, CP español a ella se ha adherido también *Cerezo Mir*.[77] Este último considera excluidas con la nueva regulación no sólo la tentativa supersticiosa y el delito putativo, sino también —como toda la doctrina mayoritaria[78]— todas las formas de tentativa inidónea.[79] Este autor quiere escapar, sin embargo, a este resultado que considera indeseable, ateniéndose a la peligrosidad *ex ante* de la *acción*. Ésta tendría que hacer aparecer "no absolutamente improbable" la producción del resultado. De todos modos, no debería producirse un *resultado* de peligro en el sentido de un peligro efectivo al bien jurídico. Una tentativa inidónea tendría lugar, por tanto, solamente si la inidoneidad fuera objetivamente reconocible *ex ante*. Si esto no es así, se estaría de frente —precisamente desde un punto de vista *ex ante*— a una tentativa idónea y, por ello, punible.[80] Por el contrario, *Bacigalupo*[81] persevera con una teoría mixta de la tentativa, al entender la expresión "objetivamente" del art. 16 (1), CP español en el sentido de que el plan del autor debería ser realizable no sólo en la representación de éste, sino también con un fundamento racional.

En derecho penal internacional no se encuentra una discusión teórica comparable sobre el fundamento de la tentativa, como tampoco consideraciones que profundicen sobre su comienzo; de todos modos, la CDI se ha ocupado de la cuestión abogando por una teoría mixta de la tentativa.[82] Con la expresión "comienzo de la ejecución" la CDI entiende que "the individual has performed an act which constitutes a significant step towards the completion of the crime".[83] Similarmente, la versión

---

[75] *Cobo/Vives*, Derecho Penal (1999), p. 713 s.; 728 s.

[76] *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 330, con referencias en la nota 6, p. 332 s., 341. A favor de la teoría objetiva también *Bruno*, Direito penal (1967), t. 2, p. 243 s.; *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 11, 107 ss.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones (2003), p. 375; *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 368 (citando Bruno); *Reale*, Instituições (2002), p. 291.

[77] Cfr. *Cerezo Mir*, FS Hirsch (1999), p. 135 ss.

[78] Cfr. la exposición de las posiciones y fundamentaciones en *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 384 ss., quien, por cierto, no comparte esta posición, sino que ve confirmada su postura (sobre esto, enseguida nota 78) (idem, p. 386 ss., 387, 390).

[79] Cfr. al respecto el art. 52 (2) del CP español 1983 que preveía una disposición de determinación de la pena para la tentativa inidónea, la cual sin embargo fue suprimida. Completamente en contra de la categoría de la tentativa inidónea y especialmente de la diferenciación entre tentativa inidónea absoluta y relativa la nueva investigación de *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 27 s., 260 ss., 293 ss., 300 ss. Esta autora diferencia entre "tentativa" y "delito irreal": Mientras éste, que comprendería a la tentativa supersticiosa y también a la tentativa absolutamente inidónea, *debería ser impune* por falta de contenido de injusto (p. 260 ss., 343 ss., 367 ss.; sobre la delimitación con el "delito putativo", especialmente p. 350 ss.), los otros casos de "tentativa", inclusive la tentativa relativamente inidónea, deberían permanecer *punibles* (p. 252 ss., 263 ss.). De manera similar, en contra de la figura de la tentativa inidónea y por la impunidad de la "tentativa irreal", ya *Sola Reche*, Tentativa (1996), p. 241 ss. (249 s.) y passim.

[80] Precisamente, todos los intentos son *ex ante* —desde el punto de vista del autor de tentativa— idóneos (de otro modo el autor ni siquiera "intentaría"), al igual que todos ellos son *ex post* —visto desde la no producción del resultado propuesto— inidóneos (acertadamente *Jakobs*, AT [1993], 25/36; cfr. también las recientes investigaciones españolas citadas supra en la nota 78).

[81] *Bacigalupo*, Principios (1997), p. 339 s.; *el mismo*, Derecho Penal (1999), p. 467 ss.

[82] De otra opinion *Mantovani*, JICJ 2003, p. 34: "more in line with a subjective conception of attempt […]"

[83] *UN*, Report of the ILC (1996), p. 27, para. 17 = *YbILC* 1996 II 2, p. 22, para. 17. Cfr. ya p. 465 vers. al.

castellana del art. 25 (3)(f), oración 1 se refiere a acciones "que supongan un paso importante para su ejecución". En ambos casos, no se exige por tanto la realización parcial del tipo,[84] sino solamente una acción que represente un paso importante hacia la realización del delito; con esto, quedan comprendidas también las acciones que ocurren con anterioridad a la propia realización del tipo.[85] Esto se asienta en el convencimiento de que la punibilidad de la tentativa se puede fundamentar con consideraciones subjetivas y objetivas:

> First, a high degree of *culpability* attaches to an individual who attempts to commit a crime and is unsuccessful only because of circumstances beyond his control rather than his own decision to abandon the criminal endeavour. Second, the fact that an individual has taken a significant step towards the completion of one of the crimes […] entails a *threat* to international peace and security because of the very serious nature of these crimes.[86]

La tentativa es sancionada por tanto porque al autor —en sentido subjetivo— se le tendría que hacer un grave reproche de culpabilidad y porque su acción —en sentido objetivo— representa una amenaza para la paz y la seguridad.

En estas formulaciones está contenido indirectamente también el otro requisito del art. 25 (3)(f), oración 1 de la realización de un "*substantial step*". Aunque con este requisito se resalta aparentemente sólo el lado objetivo del injusto de tentativa, tal paso sustancial no se ha de determinar con independencia de la representación del autor. El concepto del "substantial step" proviene del § 5.01, MPC y allí es concretizado por medio de los grupos de casos desarrollados por la jurisprudencia.[87] Sin embargo, un "substantial step" no tiene lugar automáticamente con la presencia de uno de los casos mencionados, sino sólo si confirma o refuerza el "propósito criminal" perseguido por el autor ("it is strongly corroborative of the actor's criminal purpose", § 5.01 (2), MPC). Las acciones objetivas deben significar, por tanto, la confirmación del propósito u objetivo criminal perseguido por el autor; de otra forma, se excluye la punibilidad: "[…] conduct that does not itself strongly corrobate the actor's criminal objective should be excluded from liability".[88] En este sentido, esta concepción de la tentativa es cercana a la teoría subjetiva, ya que parte de la representación del autor, esto es, de su carácter peligroso, y no de la peligrosidad objetiva de sus acciones.[89] Por otra parte, la exigencia de un paso sustancial objetivi-

---

[84] Por otro lado, el umbral de la tentativa punible es naturalmente sobrepasado con la realización parcial del tipo (así también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 167; *Eser*, en: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), Rome Statute (2002), p. 812.

[85] Cfr. también *Weigend*, en: Bassiouni (ed.), Commentaries (1993), p. 117.

[86] *UN*, Report of the ILC (1996), p. 28., para. 17 = *YbILC* 1996 II 2, p. 22, para. 17. Cfr. ya p. 466 con nota 167 vers. al.

[87] Cfr. el § 5.01 (2), MPC; con más detalles, infra por la nota 223.

[88] *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 299.

[89] Cfr. idem, p. 298: "[…] the proper focus of attention is the actor's disposition". Cfr. también *Fletcher*, Concepts (1998), p. 177, 180, quien ve en esto una "radical departure from a basic principle of liberal jurisprudence".

za la representación del autor, ya que ésta se debe manifestar exteriormente. No es suficiente con que el autor se *sienta subjetivamente* fortalecido con el "substantial step", sino que, más bien, este paso debe representar también un *acercamiento objetivo* a la meta perseguida. La tentativa es, de acuerdo con esto, la *voluntad* criminal del autor *manifestada objetivamente*. La doctrina del substantial step confirma la concepción mixta de la tentativa del ECPI.

Por lo demás, la teoría de la tentativa angloamericana se compadece con aquella continental europea por el hecho de que también está caracterizada por la discusión fundamental entre "objetivistas" y "subjetivistas".[90]

Para la *teoría subjetiva* ("fault-" o "culpability-cent[e]red approach")[91] la esencia del injusto de tentativa consiste en la intención criminal del autor y en el carácter malvado que con ella se pone de manifiesto, en lo cual residiría una inobservancia intolerable de las normas jurídicas que le daría al Estado el derecho de una intervención jurídico-penal preventiva. Esta intención podría manifestarse por medio de toda acción externa-objetiva ("any overt act"), a la cual le correspondería solamente una función probatoria.[92] En esta teoría se basa el "unequivocality test" que ya fue mencionado.[93] Por el contrario, la *teoría objetiva* ("harm-" o "act-cent[e]red approach")[94] acentúa el significado autónomo

[90] Para una exposición diferenciada y orientada a los fundamentos de las posiciones cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 63 s., 145 ss. Este autor diferencia entre dos clases de *subjetivismo*: Uno que se basa en la libre decisión del individuo ("choice", p. 147 ss.) y el otro en el carácter del autor ("character", p. 173 ss.). Dentro del *objetivismo* habría que diferenciar entre dos clases: Uno basado en la realidad y el otro en la "reasonable person" (p. 194 ss.). Además, existiría un objetivismo ("intrinsic") que tiene como punto de referencia la concreta responsabilidad jurídico-penal y un "extrinsic objectivism" que incluiría además otros aspectos (p. 196 ss.). El mismo *Duff* aboga por un "derecho de la tentativa objetivista" (p. 348 ss.), que, sin embargo, en sustancia, acaba sólo en un rechazo de una teoría de la tentativa puramente subjetiva y en una defensa de una mixta-dualista: El tipo subjetivo de tentativa ("fault element", p. 362 ss.) —definido como "intention such that the person would necessarily commmit an offence" (p. 374, 378, 398)— es completado y concretado por medio de un tipo objetivo de tentativa ("conduct element") *autónomo* y *constitutivo* para un derecho de la tentativa (p. 385 ss.). No se trata, por tanto, de un dualismo alternativo en el sentido de *Schmidhäuser* y *Alwart* (sobre esto S/S-*Eser* [2001], previamente al § 22, nm. 23; SK-*Rudolphi* [1993], previamente al § 22, nm. 13 a); cfr. la propuesta normativa, loc. cit., p. 398. Sobre las consecuencias para la punibilidad de la tentativa inidónea, infra nota 101; para mayores detalles sobre el "conduct element" infra por la nota 239 ss. Cfr. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 135, 139 ss., 166 ss., quien también aboga por una teoría objetiva (157 ss.). Para este autor, la conducta de tentativa debería ser entendida —en cierto modo como un tipo objetivo de tentativa— como una acción visible, exterior y separada de la resolución a cometer el hecho y, al mismo tiempo, como un criterio de imputación. Las acciones socialmente adecuadas o neutrales (las cuales "not violate any preannounced standard") no realizarían el tipo objetivo de tentativa (p. 158 s.). La atendibilidad de errores dependería en la tentativa, según la doctrina de la "motivación racional" (161 ss.) de que éstos influyan el motivo de acción del autor. Esta influencia existiría si el hecho de haber reconocido el error, hubiera inducido al autor a modificar su conducta. En este caso, el autor sería punible por tentativa. Por el contrario, si el autor no habría modificado su conducta en caso de que hubiera reconocido el error, esto es, si habría igualmente actuado, no sería punible (161 s.).

[91] Cfr. *Ashworth*, Principles (2003), p. 450; *el mismo*, RLJ 1988, 735 s., 752; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 138, 166 ss.; *el mismo*, Concepts (1998), p. 173; *Duff*, Attempts (1996), p. 64, 165, 167 s., 237.

[92] Esto recuerda a la teoría del *dolus ex re* (al respecto, fundamental, *Volk*, FS Arth. Kaufmann [1993], p. 613 ss.; en contra, en el caso de la tentativa ya *Bockelmann*, JZ 1954, 471; también *Jakobs*, AT [1993], 25/59); sobre esta teoría se volverá en el marco del análisis del tipo subjetivo (cfr. infra § 11 I. 2. a) cc) por la nota 154).

[93] Cfr. ya supra por la nota 28, así como, para más detalles, infra por la nota 217 s.

[94] Cfr. *Ashworth*, Principles (2003), p. 450 s.; *el mismo*, RLJ 1988, 735, 758 s.; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 138 ss., 170; *el mismo*, Concepts (1998), p. 173; *Duff*, Attempts (1996), p. 64, 237.

de la acción objetiva[95] frente a la resolución subjetiva a cometer el hecho y, por consecuencia, la lesión al bien jurídico efectivamente producida o el perjuicio para la víctima del delito. Para salvaguardar la libertad de acción del individuo y un proceso penal leal, así como para impedir un derecho penal de la actitud interna sería necesario un "unambigous act close to the commission of the crime".[96] En esto se funda el "*proximity test*"[97] y en general todos los esfuerzos que pretenden llevar la acción decisiva para el comienzo de la tentativa lo más cerca posible del tipo.

Si se quiere *clasificar* a las *codificaciones* existentes en el ámbito angloamericano dentro de una de estas teorías, resultaría claro, ante todo, que el MPC se basa más bien en la teoría subjetiva.[98] Por el contario, aquellas codificaciones que como la Criminal Attempts Act inglesa de 1981,[99] el § 4 (3) del proyecto de reformas canadiense[100] y el § 11.1 (2) de la Criminal Code Act australiana (CCA)[101] se basan en acciones que excedan de los "meros" actos preparatorios, se han de clasificar, al menos según el tenor de su texto, más bien dentro de una teoría mixta de la tentativa. Ciertamente, también aquí el dolo continúa siendo el "principal ingredient" del delito de tentativa,[102] pero la acción necesaria objetivamente no parece depender tanto de la representación del autor como en el MPC. Sin embargo, estas diferencias terminológicas tienen en sustancia escasa importancia, como ya lo demuestra el hecho de que, en principio, se pena la tentativa inidónea ateniéndose a las circunstancias del hecho tal como el autor se las ha representado (criterio *ex ante*).[103] De este modo, en el resultado es rechazada tanto una teoría estrictamente objetiva, como una estrictamente subjetiva.

---

[95] *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 139 considera esto como la diferencia determinante entre la teoría subjetiva y objetiva.

[96] *Ashworth*, Principles (2003), p. 451.

[97] Cfr. con más detalles, infra por la nota 213.

[98] Asimismo *Duff*, Attempts (1996), p. 64; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 160, 167 s.

[99] Citado en *Ashworth*, RLJ 1988, 729 s., aquí sect. 1 (1): "If, with intent to commit an offence […], a person does an act which is more than merely preparatory to the commission of the offence, he is guilty of attempting the offence". Igualmente el § 49, DCCB.

[100] *Law Reform Commission of Canada*, Report 31 (1987), p. 45: "Everyone is liable for attempt who, going beyond mere preparation, attempts to commit a crime […]"

[101] § 11.1 (2): "the person's conduct must be more than merely preparatory to the commission […]" ‹www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/cca1995115›.

[102] Per Lord Goddard CJ, en Whybrow (1951) 35 CrApp R 141 (147), citado según *Ashworth*, Principles (2003), p. 448. Cfr., sin embargo, supra nota 58, sobre la diferencia entre elemento subjetivo de la tentativa y fundamento subjetivo de la tentativa.

[103] Cfr. el § 5.01 (1)(c), *MPC*: "[…] under the circumstances as he believes them to be". El § 1 (2) *Criminal Attempts Act 1981*, supra nota 97, contempla la punibilidad "even though the facts are such that the commission of the offence is impossible"; el § 1 (3) se basa —como el MPC— en los hechos tal como se los representó el autor ("as he believed them to be"). El proyecto *canadiense* no contiene una reulación al respecto (*Law Reform Commission of Canada*, Report 31 [1987], p. 45 s.). Cfr. Sobre todo esto *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 297, 307 ss.; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 146 ss. (especialmente también sobre la evolución histórica); *el mismo*, Concepts (1998), p. 176 ss.; *Ashworth*, RLJ 1988, 757 ss., *el mismo*, Principles (2003), p. 453 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 343 ss.; *Duff*, Attempts (1996), p. 76 ss. (106 ss.), 154 ss., 206 ss., también *Jescheck*, ZStW 1987, 119. Sobre la base de su teoría objetiva (supra nota 88) *Duff*, Attempts (1996), p. 378 ss. (384) quiere, sin embargo, eximir de pena también en caso de aquellas tentativas inidóneas en las cuales la conducta del autor "failed to engage with the world", es decir, cuando no se dirigía directamente contra una víctima u objeto típico o que era abiertamente inidónea para causar el resultado.

Predominantemente se niega la punibilidad del *delito putativo* (la llamada imposibilidad"*legal*" en oposición a la "*factual* impossibility"; similarmente la doctrina alemana tradicional habla de "carencia de tipo"; al respecto S/S-*Eser* [2001], previamente al § 22, nm. 19; *Weigend*, en: Hirsch/Weigend [eds.], Strafrecht [1989], p. 114) y de la tentativa irreal o supersticiosa, llamada "superstitious attempt" (cfr.

También los sistemas jurídicos que han abandonado la terminología francesa —como el derecho alemán[104]— o que siquiera nunca la han recepcionado —como el derecho angloamericano— siguen sustancialmente el modelo francés. Aquí se sostienen preponderantemente teorías mixtas de la tentativa (teoría individual/subjetiva-objetiva"), las cuales exigen, junto con la representación del autor, el requisito objetivo de un 'ponerse directamente a' en el sentido de la teoría del acto intermedio, esto es, si las acciones realizadas por el autor son inmediatamente anteriores a la realización del tipo y desembocan en ésta *sin otro acto intermedio*.[105] En este sentido, *Pradel* considera ampliamente dominante la exigencia de una acción objetiva y externa o de un elemento objetivo del tipo ("élément matériel") —como expresión de un sistema jurídico liberal y en oposición a uno autoritario—.[106] De modo similar, *Politoff* pretende "reivindicar los principios liberales clásicos" destacando "la función de garantía de los criterios objetivos en materia de actos preparatorios y tentativa punible […]".[107] Sin embargo, con esto no se decide la cuestión acerca de si la acción objetiva representa —así los "objetivistas"— un elemento autónomo del in-

---

Ashworth, RLJ 1988, 731 s., 760 ss.; *Fletcher*, Rethinking [1978], p. 165 s., 174 ss.; *el mismo*, Concepts [1998], p. 180 s.; *Duff*, Attempts [1996], p. 106 ss., 219 ss.). Sin embargo, a falta de una clara regulación legal estos casos se encuentran librados a la discreción judicial o del fiscal. Al respecto, el § 5.05 (2), MPC prevé una atenuación de pena y, en casos extremos, una clausura del proceso (sobreseimiento) en la "attempt, solicitation or conspiracy", "so inherently unlikely to result or culminate in the commission of a crime that neither such conduct nor the act presents a public danger […]" (aquí existe un acercamiento a la teoría objetiva; para una diferenciación sobre la base de la teoría objetiva y subjetiva cfr. *Duff*, Attempts [1996], p. 154 ss., 206 ss.; *Ashworth*, Principles [2003], p. 453 ss.; crít. sobre la teoría subjetiva *Fletcher*, Rethinking [1978], p. 174 ss.).

[104] Cfr. sobre la evolución del derecho alemán a partir del objetivismo de los § 42 y 44, StGB versión antigua ("comienzo de la ejecución") hacia la acentuación subjetivista de la representación del autor en los § 22 y 23, StGB, instructivo *Weigend*, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht (1989), p. 113 ss. Sin embargo, con esto no se ha abandonado, como muestra la fórmula del 'ponerse a' del § 22, StGB, la exigencia de la puesta en marcha objetiva de la resolución a cometer el hecho, sino que ella ha sido conservada para impedir una desmesurada extensión subjetiva de la punibilidad de la tentativa (cfr. en este sentido *Vogler*, FS Stree/Wessels [1993], p. 284; *Streng*, GS Zipf [1999], p. 329 s., con referencias).

[105] Jurisprudencia constante en Alemania a partir de BGHSt 35, 6; cfr. S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 42; *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 286. El concepto también utilizado de "teoría del acto parcial" ("Teilaktstheorie") (por ejemplo LK-*Vogler* [1985], § 22, nm. 39; diferenciando LK-*Hillenkamp* [2002], § 22, nm. 92 ss. [95, 99]) es confuso, ya que de lo que se trata es de que *entre* las acciones y la realización del tipo no exista ningún otro acto *intermedio* (con acierto *Weigend*, en: Hirsch/Weigend [eds.], Strafrecht [1989], p. 117 Fn. 24). Desde una perspectiva de derecho comparado *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 432; *Jescheck*, ZStW 1987, 116 s., cfr. también el art. 30 III del *CP ruso*: "se consideran tentativa […] las acciones dolosas […], que se encaminan *directamente* a la comisión del delito" (según *Schroeder/Bednarz*, Strafgesetzbuch [1998], p. 54); el art. 13 § 1 del *CP polaco*: "es punible por tentativa, quien […] dirige su conducta *directamente* a su ejecución […]" (*Weigend*, Strafgesetzbuch [1998], p. 41); en ambos casos resaltado por el autor. Cfr. también el panorama de las regulaciones de la tentativa (en lengua española) en *Rojas Vargas*, Actos (1997), p. 377 ss.

[106] *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 280 s.

[107] *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 11.

justo de tentativa o si sólo se ha de interpretar —así los "subjetivistas"— como una objetivización de la representación del autor.[108]

En cuanto a la *situación jurídica alemana*, son perfectamente conciliables —en cuanto a la *fundamentación* del injusto de tentativa— el art. 25 (3)(f), oración 1, primera parte con el § 22, StGB. Es cierto que ambas disposiciones se diferencian en el texto, pues el § 22, StGB —al contrario que el art. 25 (3)(f)— se basa en la representación del autor y contiene, de este modo, una subjetivización que contrasta con el tenor objetivo del ECPI. Sin embargo, esta diferencia terminológica no se muestra determinante en atención a la fundamentación de la tentativa que está a la base de ambas disposiciones. Pues, por un lado, la concepción alemana de la tentativa se ha de entender como una concepción mixta individual/subjetiva-objetiva[109] y, por el otro, el art. 25 (3)(f) está caracterizado por el componente subjetivo arriba resaltado de la concepción de la tentativa de derecho penal internacional. El diferente texto de ambas disposiciones no excluye, por tanto, su común clasificación dentro de una teoría mixta de la tentativa. Por el contrario, si en la doctrina del substantial step se ve, como aquí se hace, el fundamento de una teoría de la tentativa como manifestación objetiva de la voluntad criminal del autor, entonces esto se corresponde con la interpretación dominante del § 22, StGB como voluntad accionada en enemistad al derecho.[110] De todos modos, del texto "objetivado" del art. 25 (3)(f) se puede deducir una más fuerte acentuación del elemento objetivo de la tentativa.[111]

Como *resultado parcial* se puede constatar, de este modo, que la concepción de la tentativa de derecho penal internacional codificada en el art. 25 (3)(f), oración 1, segunda parte no ha de ser clasificada ni como una teoría objetiva-formal, ni como una estrictamente subjetiva. El derecho penal internacional sigue, más bien, una *teoría mixta objetivo-subjetiva*. Esta clasificación dogmática constituye la base para analizar ahora la cuestión que realmente interesa de la delimitación en derecho penal internacional entre preparación y tentativa.

---

[108] Últimamente, decididamente en favor de esto y en contra especialmente de las tendencias objetivistas de la jurisprudencia alemana, *Streng*, GS Zipf (1999), p. 327 ss., 337, 349 s. De todos modos, este autor exige en el plano subjetivo completar la resolución al hecho por medio de una resolución de ejecución separada (p. 341 s., 344); cfr. también ya *el mismo*, ZStW 1997, 866.

[109] Cfr. *Streng*, GS Zipf (1999), p. 325 s., con otras referencias. Cfr. al respecto sobre la mayoritaria *teoría de la impresión*, la cual partiendo de la voluntad criminal exige su efecto de conmoción del derecho sobre la generalidad, S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 22; SK-*Rudolphi* (1993), previamente al § 22, nm. 13 ss.; LK-*Vogler* (1985), previamente al § 22, nm. 52 ss.; crít. LK-*Hillenkamp* (2002), previamente al § 22, nm. 77 ss.; *Roxin*, JuS 1979, 1; crít. ahora *el mismo*, FS Nishihara (1998), p. 169 s.; *el mismo*, AT II (2003) § 29 nm. 46 ss.; también *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 200 ss.; *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 120 ss. *Schünemann*, GA 1986, 311 califica a esta teoría con el estilo incisivo que lo caracteriza como "reconstrucción racional del plan de regulación ideado por el legislador […]". Crít. sobre esta teoría por ejemplo *Weigend*, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht (1989), p. 121 ss.; *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 4 s., en ambos casos con otras referencias. Ahora, más fuertemente inclinado a un punto de vista objetivo *Roxin*, FS Nishihara (1998), p. 158 ss., con una "teoría de la unión" que atribuye el fundamento de la tentativa, por un lado (primariamente), al peligro típico y, por el otro (subsidiariamente), al quiebre de la norma que conmociona el derecho (ver también *el mismo*, AT II (2003) § 29 nm. 10 ss.; crít. *Murmann*, Versuchsunrecht [1999], p. 6 s.; S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 22). Crít. sobre el derecho alemán *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 117 ss., 167.

[110] Cfr. ya supra nota 102, así como *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 3, con otras referencias; también *Streng*, GS Zipf (1999), p. 325.

[111] Cfr. también, infra por la nota 263.

2. Intentos generales de delimitación

El punto de partida de toda consideración sobre la delimitación entre preparación impune y tentativa punible —que para *Bockelmann* representa el "problema más difícil de la tentativa punible"[112]— es el reconocimiento, extendido por sobre las fronteras nacionales, de que "el comienzo de la tentativa punible no puede ser comprendido con una fórmula manejable en abstracto que al mismo tiempo pueda implementarse sin problemas en soluciones prácticas".[113] Esto se puede fundamentar con los "elemento[s] del sentimiento jurídico y la orientación político-jurídica" de importancia en la cuestión de delimitación.[114] Es más convincente, sin embargo, la referencia a la estructura de la tentativa como tipo dependiente ("inchoate offence"): no existe ni un injusto de tentativa, ni una tentativa *en sí*; la tentativa se concretiza, más bien, con el tipo de la parte especial de la ley penal[115] pertinente en el caso concreto o —en el ámbito del derecho penal internacional— con los crímenes internacionales codificados en los arts. 5-8. La *referencia o adscripción al tipo* ("*Tatbestandsbezogenheit"*) de la tentativa es, a la vez, también el principio más prometedor para determinar el comienzo de la tentativa. Sobre esto se volverá más adelante.[116] En primer lugar, es necesario fundamentar aún con mayor profundidad la tesis de partida recurriendo a los recientes intentos de delimitación de la doctrina alemana y a la discusión pragmática angloamericana.[117]

a) *Ámbito jurídico de lengua alemana*

En el ámbito de lengua alemana la tesis de partida es confirmada en los trabajos monográficos de *Papageorgiou-Gonatas*[118] y *Vehling,*[119] así como en las investigaciones, más orientadas a los fundamentos*,* de *Zaczyk*[120] y *Murmann.*[121] Pues ninguna

---

[112] *Bockelmann*, JZ 1954, 468.

[113] *Weigend*, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht (1989), p. 117. Similar ya *Bockelmann*, JZ 1954, 473; también SK-*Rudolphi* (1993), § 22 nm. 13; LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 58; *el mismo*, FS Stree/Wessels (1993), p. 287; LK-*Hillenkamp* (2002), § 22, nm. 86; *Roxin*, JuS 1979, 4. Para la doctrina española cfr. *Sola Reche*, Tentativa (1996), p. 144, 149; *Moreno-Torres*, Tentativa (1999), p. 227, 233, en ambos casos con otras referencias. Cfr. también ya supra § 5 I. 3. a).

[114] *Weigend*, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht (1989), p. 117.

[115] Fundamental *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 290. Crít. *Moreno-Torres,* Tentativa (1999), p. 200 ss. (205), quien, sin embargo, también rechaza la posición según la cual la tentativa sería un delito que ha de diferenciarse del delito consumado y parte de un "único tipo penal". En el resultado también esta autora parte de la referencia al tipo de la tentativa (cfr. ya supra nota 73).

[116] Cfr. infra 3 por la nota 256 ss.

[117] Sobre la discusión en los Países Bajos, Italia y España ver *Politoff*, Actos preparatorios (1999), p. 170 ss.

[118] *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988).

[119] *Vehling*, Abgrenzung (1991).

[120] *Zaczyk*, Unrecht (1989).

[121] *Murmann*, Versuchsunrecht (1999).

de estas investigaciones ofrece una "fórmula manejable en abstracto que pueda implementarse sin problemas en soluciones prácticas".[122] Mientras *Papageorgiou-Gonatas* luego de una minuciosa investigación de las posiciones existentes se conforma con la insuficiencia de una fórmula general de delimitación y se inclina hacia la teoría de la impresión,[123] *Vehling,* si bien llega al mismo resultado, critica las teorías materiales de delimitación "porque éstas sólo desplazan el problema en la parte especial del CP",[124] oponiéndoles una teoría "normativa" de la tentativa basada en el pensamiento *jakobsiano*[125] y desarrollada sobre la base de la teoría de la imputación objetiva.[126] Esta teoría, sin embargo, no va más allá de lo ya alcanzado y no aporta ninguna ganancia en certeza.[127]

Vehling identifica las primeras bases de tal teoría normativa de la tentativa ya a comienzos del siglo XX con la valoración generalizante de la conducta (*Hold-Ferneck*) y la construcción de un resultado de tentativa entendido como daño a la vigencia de la norma agredida (*v. Gemmingen*).[128] Estas bases servirían "para desarrollar una fórmula idónea para la delimitación entre preparación y tentativa". Al respecto, *Vehling* parte ante todo, como su maestro *Jakobs*, de la *prevención general positiva*.[129] De ésta resultaría que el desvalor de resultado constituyente del injusto de la tentativa —como del delito consumado— consiste en la *decepción de expectativas normativas*.[130] Además, de esto se seguiría que la tentativa es un "quebrantamiento de la norma" "*completo*" y no sólo uno tentado,[131] pues ella ya presupondría la decepción de expectativas normativas. Se trataría de expecta-

---

[122] Esta fórmula tampoco ha de esperarse de una fundamentación *subjetivista* de la tentativa, pues ella ya no explica "por qué no se comprende simplemente toda puesta en marcha de una preparación" (*Jakobs*, AT [1993], 25/17; del mismo modo *Roxin*, FS Nishihara [1998], p. 165; *el mismo*, AT II (2003) § 29 nm. 35 ss.; una crítica fundamental al subjetivismo también en *Hirsch*, FS Köln [1988], p. 409 ss.; *el mismo*, FS Spendel [1992], p. 51 s.). La réplica de *Sancinetti* (Unrechtsbegründung [1995], p. 52 ss.) no convence ya que, en el resultado, en la cuestión que aquí interesa él llega, por un lado, a la constatación banal, también acertada desde un punto de vista objetivo-subjetivo, de que "el 'ponerse directamente a' se juzga en función de la imagen del hecho *representada actualmente por el autor*" (idem, p. 62; resaltado en el original) y, por el otro, sigue a *Jakobs*, al entender la tentativa como quebrantamiento de la norma (al respecto, supra nota 38 e infra nota 123). Crít. del subjetivismo de Sancinetti *Modolell*, Bases (2001), p. 282 ss., 320 ss.

[123] *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 37 s., 177 s., 200 ss. (209 ss.).

[124] *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 53.

[125] *Jakobs*, AT (1993), 25/21 s.: Tentativa como quiebre expresivo y cercano al tipo de una norma realmente existente; también ya *el mismo*, ZStW 1985, 762 ss. (762, 765), en donde se expresa que el ciudadano recién se convertiría en autor si "se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos"; en cuanto a la tentativa él debe "comenzar a arrogarse la organización también de acuerdo con su conducta externa; pues sólo por medio de la conducta externa de arrogación se convierte en vinculante lo que subjetivamente quiere significar". Asimismo, en favor de la protección de la vigencia de la norma, pero acentuando la justicia de la pena: *Kindhäuser*, Gefährdung (1989), p. 113, 132 ss., 171 s., 266. Sobre estos autores *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 76 ss., 80 ss.; la crítica principal en idem, p. 132 ss., 137 ss. En favor del quebrantamiento de la vigencia de la norma *Lesch*, Verbrechensbegriff (1999), p. 200 ss. (202 s.). Sobre la crítica fundamental a la concepción puramente funcional de *Jakobs* cfr. ya supra § 1 III. 5.

[126] *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 87 ss.

[127] Del mismo modo crít. *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 288; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 12 b.

[128] *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 50 s.

[129] Idem, p. 87 ss.

[130] Idem, p. 87, 127.

[131] Idem, p. 87, 123.

tivas a fundamentar de modo general,[132] cuya decepción significaría la comisión de un injusto ya antes del comienzo de la realización formal del tipo.[133] Visto de este modo, el injusto de tentativa sería para *Vehling* una clase de "*responsabilidad aparente de injusto*" *("*Unrechtscheinhaftung") en forma de una presunción de realización del tipo fundamentable jurídicamente o bien de una pérdida de expectativa en la reproducción de la vigencia de la norma.[134] El concepto utilizado en este contexto del *desvalor de resultado* no habría de entenderse en sentido natural como lesión de un bien jurídico, sino normativamente como daño a la vigencia de la norma o superación del *riesgo permitido*. El desvalor de resultado se convertiría de este modo en el fundamento material del injusto de tentativa.[135] El riesgo permitido habría de ser concretizado, por otra parte, por medio de reglas formales e informales del contacto social y, por tanto, objetivamente.[136] Los riesgos *no permitidos* serían, de acuerdo con esto, aquellos que no son de esperar y, por ello, socialmente inadecuados.[137] La tentativa punible tendría como presupuesto, por tanto, la comunicación del sentido subjetivo de una conducta determinada y su interpretación objetiva y social.[138] La tentativa consistiría en la "superación del riesgo permitido por medio de la creación de un desvalor de resultado entendido como *decepción de expectativas normativas*".[139] La fundamentación del injusto de tentativa según la teoría de la imputación objetiva-normativa[140] explicitaría la diferencia *cualitativa* entre preparación y tentativa. Así, la expectativa normativa y con ello también la delimitación entre riesgo permitido y no permitido estaría ligada al *rol* social específico del agente.[141] Según esto, el injusto de tentativa comenzaría en el momento en el cual la expectativa normativa a que no se produzca la realización del tipo no pudiera fundamentarse más por medio del rol y de la posición social del agente. Este sería —en caso de relevancia comunicativa de la conducta[142]— el caso, siempre que el autor con su conducta *in*adecuada al rol haya puesto un *riesgo jurídicamente desaprobado* (en el sentido de "*ponerse a*" la realización del tipo)[143] que indique la realización del tipo que se tiene en vista ("*inmediatez*" del 'ponerse a' como indicador típico del *contexto de riesgo*);[144] esto es, si la no producción de la realización del tipo apareciera tan solo como una mera *casualidad* o si la conducta inadecuada al rol no pudiera más ser distanciada del delito que se tiene en vista.[145]

---

[132] Idem, p. 111, 114. En general, sobre el fundamento, función y límites de las expectativas normativas idem, p. 91 ss.

[133] Idem, p. 112.

[134] Idem.

[135] Idem, p. 87, nota 3, p. 89

[136] Idem, p. 111.

[137] Idem, p. 113 ss. (113).

[138] Idem, p. 116 ss., 124.

[139] Idem, p. 123.

[140] Idem, p. 124 ss. (141).

[141] Idem, p. 126, 135 ss. (137).

[142] No se trata aquí del "poder de lesión" natural de la conducta, sino normativamente de la "valoración social de la conducta de la mano de las normas por medio de las cuales la sociedad se define" (idem, p. 130, también 134). No se trata, por tanto, de la situación fáctica y empírica, sino de la jurídica o normativamente esperada, con lo cual la figura de la tentativa inidónea deviene superflua, pues, desde el punto de vista ex ante del autor ni la víctima tendida en la cama estaría muerta (y con ello objeto inidóneo de un homicidio) ni la tarta presuntamente envenenada habría sido solamente condimentada con sal (y con ello medio inidóneo); cfr. los ejemplos en idem, p. 131 s., 133 s.

[143] Idem, p. 126 ss. (127 s.), 135 ss.

[144] Idem, p. 126, 138 ss.

[145] Idem, 138, 140; sobre la "casualidad", también ya p. 117.

La utilidad del esfuerzo de fundamentación desplegado por *Vehling* es más que modesta si se pretende aplicar su teoría a casos concretos. Aquí, él llega mayormente a los mismos resultados que la doctrina tradicional,[146] a veces incluso remitiéndose a sus mismas fundamentaciones.[147] Así, especialmente también la teoría de la impresión[148] puede ser conciliada con una teoría de la tentativa funcionalista o normativa, si se entiende, como hace ésta, al "efecto que conmociona el derecho" como "hacer expresivo un quebrantamiento de la norma".[149] De hecho ha sido la teoría de la impresión la que ha introducido por primera vez en la discusión de la tentativa el aspecto generalpreventivo de la confianza general en el derecho y la que ha acentuado —como el funcionalismo de cuño *jakobsiano*— el aspecto de la estabilización de la norma. Entonces, cuando *Vehling* rechaza la doctrina tradicional por ser "naturalista",[150] sirviéndose para ello de un reproche estándar del repertorio del neonormativismo,[151] no se puede dejar de tener la sensación de que para él no se trata tanto de la fundamentación adecuada de resultados convincentes, como de la prueba de la superioridad de principio de una teoría de la tentativa puramente normativa. Estas disputas de principio, libradas en un plano de alto nivel de abstracción y que en definitiva son sólo de naturaleza terminológica, no interesarán, sin embargo, a una futura CPI, del mismo modo que ya tampoco hoy interesan a la naciente doctrina de derecho penal internacional. A ello se agrega que la no consideración de datos empíricos propagada por un punto de vista puramente normativo, por ejemplo, en los casos de tentativa inidónea,[152] no es sostenida por nadie más que por los mismos neonormativistas. Tampoco el criterio de la expectativa normativa brinda siempre resultados claros. Ya la afirmación de que habría que partir de modo general de que "el hombre que está tendido en la cama (aún) vive",[153] de ningún modo es siempre correcta. Si se trata, por ejemplo, de un paciente internado en una unidad de cuidados intensivos podría ser más probable incluso el caso contrario. Además, con tales ejemplos también una teoría normativa presuntamente pura pierde su pureza, ya que tales afirmaciones no se basan en otra cosa que en consideraciones empíricas de probabilidad, es

---

[146] Cfr. idem, p. 145 ss., por ejemplo, sobre el "caso de las bolsas de pimienta" siguiendo a la doctrina mayoritaria en contra del BGH (148) o sobre el caso del HIV como el BayObLG (153); también sobre la tentativa inidónea (129 ss.), donde no se cuestiona su punibilidad, sino sólo su fundamentación (crít. al respecto *Roxin*, FS Nishihara [1998], p. 162; *el mismo*, AT II (2003) § 29 nm. 155). El propio *Jakobs* (AT [1993], 25/63 ss., 63) no ve entre su formación de tipos para la delimitación entre preparación y tentativa y las otras teorías ninguna diferencia fundamental desde el punto de vista "material".

[147] Cfr. por ejemplo *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 150 remitiéndose a *Rudolphi* e idem, p. 156 a *Roxin*.

[148] Cfr. supra nota 107.

[149] Con acierto SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 14; similar S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 22.

[150] Por ejemplo *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 156.

[151] Sobre este concepto ya supra § 8 II. 2. b) aa) en la nota 65.

[152] Cfr. ya supra nota 140.

[153] *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 132.

decir, en relaciones naturales. Sea como fuere, los criterios de delimitación entre preparación y tentativa ofrecidos por la teoría normativa de la tentativa no son más precisos que aquellos orientados al tipo y al bien jurídico de las teorías materiales.[154] De qué modo las "expectativas fundamentadas jurídico-penalmente" deberían poder determinarse de modo "relativamente preciso" con remisión al criterio necesitado de complementación del riesgo permitido, "el cual por su parte ha de ser concretizado por medio de reglas formales e informales del contacto social",[155] debe restar un misterio no sólo para aquel que es escéptico de la capacidad de precisión de un neonormativismo entendido (en sentido de derecho positivo) de manera abstracta o concreta. Al menos para el derecho penal internacional, con su sistema de normas aún poco desarrollado y su concepción internacional, no es idónea una teoría de la tentativa basada esencialmente en expectativas normativas intrasociales. En definitiva, el trabajo de *Vehling* no va más allá de la idea del riesgo proveniente de la teoría de la imputación objetiva.[156] Su afirmación esencial —comienzo de la tentativa con la colocación de un riesgo jurídicamente relevante— es reconocida ya desde hace tiempo; ella se fundamenta sin embargo también en la idea de la puesta en peligro del bien jurídico. Sobre esto se volverá más adelante.

Tampoco las teorías orientadas a la libertad fundadas en la relación de reconocimiento de los ciudadanos y en la lesión de esta relación que existe en el injusto (de tentativa)[157] aportan una ganancia en certeza para el problema de delimitación que aquí interesa.

Dado que *Zaczyk*[158] entiende al injusto como la lesión de las condiciones de existencia de libertad en sus diferentes manifestaciones, debe representarse también al injusto de tentativa como una "intervención en la libertad jurídicamente constituida".[159] La tentativa se situaría entre la constitución del bien jurídico, por un lado, y la lesión completa del bien jurídico, por el otro. La clasificación dentro de uno de estos dos ámbitos no podría ser determinada únicamente de modo subjetivo, sino que debería serlo también sobre la base de la "clasificación jurídico-externa de [las] acciones".[160] Al respecto, toda acción habría de ser considerada en primer lugar como una acción de un sujeto de derecho y "neutral en relación con el injusto".[161] La realización del injusto material contenido en el tipo se presentaría como "la transformación causada por el autor de la existencia en libertad en falta (parcial) de libertad".[162] En cuanto concierne in concreto a la delimitación entre preparación y tentativa, *Zaczyk* reconoce, ante todo, que la acción descripta en el tipo —ya a causa del mandato de determinación o certeza— debería estar en primer plano.[163] Sin embargo, esto no debería conducir a

---

154 Crít. sobre la falta de precisión también SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 12 b.

155 *Vehling*, Abgrenzung (1991), p. 111.

156 Sobre la idea del riesgo también *Weigend*, en: Hirsch/Weigend (eds.), Strafrecht (1989), p. 127.

157 Cfr. sobre la teoría del reconocimiento orientada a la libertad ya supra § 8 II. 3. c) aa) por la nota 378.

158 *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 299 ss. (310 s.). Siguiendo a Zaczyk en lo esencial también *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 184 ss. y passim

159 *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 308.

160 Idem, p. 309.

161 Idem.

162 Idem, p. 310.

163 Idem, p. 310 y ya p. 300 s.

un punto de vista unilateral —en el sentido de una teoría objetivo-formal[164]—, pues el "autor como figura central de la transformación entre constitución en libertad, de un lado, y producción de falta de libertad, del otro, puede *controlar* la situación y el *bien jurídico* de tal modo que la ejecución de la acción descripta en el tipo a causa de la superioridad creada por el autor tiene tan solo importancia accidental.[165] El autor, pues, ya habría sometido las relaciones a su dominio y sería ajeno a la realidad exigir para el comienzo de la tentativa una realización formal del tipo, puesto que la acción típica describe "justamente la producción de falta de libertad que el autor ya ejerce".[166] Por tanto, el autor se 'pondría directamente a' realizar el tipo si comenzara con la ejecución de una acción típica o bien si con su acción "controlara de tal modo" el bien jurídico agredido "que se colocara ya en una posición superior respecto de la posición inferior del respectivo elemento de existencia de libertad agredido".[167] En la tentativa acabada, el criterio de Roxin de la pérdida de dominio[168] del autor se tendría que complementar en el sentido de que el autor con su acción haya creado circunstancias que penetren en la esfera autónoma de acción de la víctima.[169]

En el marco de una nueva definición del injusto de tentativa *Murmann*[170] ha recientemente asegurado teóricamente la doctrina de Zaczyk, utilizando las teorías de la imputación objetiva y de la conducta típica. Ante todo, *Murmann* critica la teoría dominante de la impresión en cuanto teoría general-preventiva sobre la necesidad de pena que se orienta a consideraciones finales y hace depender la punibilidad esencialmente de las "*necesidades de confirmación del derecho*" de la comunidad jurídica.[171] Así, ella se fundaría en un "fenómeno secundario", a saber, en un "*reflejo* del injusto cometido por el autor como aparece en el entendimiento de los otros miembros de la comunidad jurídica (como efecto que conmociona el derecho)".[172] Por el contrario, el injusto de tentativa —como todo injusto— debería ser interpretado a la luz de la *relación jurídica de reconocimiento* entre el autor y la víctima, en el sentido de que la tentativa lesionaría esta relación.[173] Esta lesión existiría al menos con la realización de la *acción típica*. Respecto de las acciones que preceden inmediatamente a ésta y que estructuralmente habrían de caracterizarse como actos preparatorios sería necesaria, sin embargo, una fundamentación adicional.[174] La lesión de la relación de reconocimiento producida con esta acción preparatoria "cercana al tipo" no sería (aún) "evidentemente […] idéntica al deber de no realizar la acción típica".[175] En cuanto al *tipo objetivo de tentativa* que aquí interesa,[176] se ha de diferenciar en este sentido entre los casos en los cuales el autor ya ha efectuado la *acción típica* y aquellos en los cuales se encuentra aún en la *etapa de preparación* —efectuando una *acción prepatatoria cercana al tipo*—.[177] En aquel caso el tipo objetivo de la tentativa estaría siempre reali-

---

164 Sobre la crítica de *Zaczyk* a la teoría objetiva-formal, también ya idem p. 300 s., donde acentúa que el tipo de tentativa "debe ser 'abierto' en dirección a su lado material de injusto" (p. 302).

165 Idem, p. 310 (resaltado por el autor).

166 Idem.

167 Idem, p. 311.

168 Cfr. infra por la nota 251 s.

169 *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 321.

170 *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 3 ss.

171 Idem, p. 4.

172 Idem, resaltado en el original.

173 Idem, p. 5.

174 Idem, p. 6.

175 Idem.

176 Respecto del tipo subjetivo de tentativa *Murmann* (idem, p. 9 ss.) exige —en cuanto a la acción típica— la creación dolosa de un peligro jurídicamente desaprobado o bien —en cuanto a la acción de preparación "cercana al tipo"— el dolo respecto de ésta y *adicionalmente* una intención de emprender la acción de lesión.

177 Idem, p. 12 ss.

zado, pues el autor efectúa una acción "que con base en sus representaciones se presenta como una creación de peligro jurídicamente desaprobado —como una acción típica—".[178] Por ello, también en la *tentativa acabada* valdría que sólo es típica la acción "que ya crea un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico".[179] Esto podría suceder, por ejemplo, cuando el autor —aquí se muestra claramente la analogía con el comienzo de la tentativa en la autoría mediata[180]— "ha perdido por completo el dominio del suceso o se ha desentendido de tal manera de él que el riesgo escapa de su poder de decisión en una dimensión que fundamenta la desaprobación jurídica de su conducta".[181] Desde luego, *Murmann* no pretende concebir este resultado —que se corresponde perfectamente con la doctrina mayoritaria[182]— como teoría del comienzo de la tentativa, sino como "contribución para la interpretación del tipo".[183] En todo caso, no sería necesario un peligro concreto para el bien jurídico por medio de la conducta de la víctima o del ejecutor que vaya más allá de la pérdida de dominio del autor.[184] Mientras *Murmann* le dedica un amplio desarrollo al caso —calificado por él mismo como no problemático[185]— de la realización de una acción típica, es muy breve con el análisis del caso verdaderamente problemático de la *acción prepatatoria cercana al tipo*.[186] Luego de una crítica a la teoría mayoritaria del acto intermedio, cuyo basamento en "pasos intermedios" sería demasiado naturalista, este autor constata, con razón, que sustancialmente se trataría de la cuestión acerca de "en qué medida puede ser realizado un injusto merecedor de pena (el hecho tentado) antes de la ejecución de la acción típica".[187] Para responder a esto, él se remite nuevamente a su teoría del reconocimiento[188] y a la teoría y los ejemplos de *Zaczyk*.[189]

El mérito de estas doctrinas con altas pretensiones teóricas reside, sin duda alguna, en su sólida fundamentación del injusto (de tentativa) recurriendo a criterios materiales. Sin embargo, ellas son problemáticas en un doble sentido: *Por un lado*, no logran transformar sus axiomas, desarrollados en un alto nivel de abstracción, en criterios para determinar el comienzo de la tentativa que sean lo suficientemente concretos como para encontrar también un campo de confirmación en el terreno de la aplicación práctica del derecho.[190] Es cierto que *Murmann* se remite a los ejemplos

---

178 Idem, p. 13.

179 Idem, p. 16 ss. (17).

180 Sobre esto también advierte *Murmann* (idem, p. 16); cfr. también *Roxin*, JuS 1979, 9*; el mismo*, JZ 1998, 212.

181 *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 17.

182 Cfr. las referencias en idem, p. 18 nota 63; fundamental *Roxin*, FS Maurach (1972), p. 218 ss., 227 ss.; también *el mismo*, JuS 1979, 9 s.; *el mismo*, JZ 1998, 211, con referencias en la nota 3.

183 *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 18.

184 Idem, p. 19 ss., analizando convincente el caso "*Bayerwaldbärwurz*" del BGH y con otras referencias en la nota 71; sin embargo, aquí también básicamente como *Roxin*, JZ 1998, 211 s.

185 *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 12, aunque probablemente alude sólo al caso básico de la realización parcial del tipo.

186 Idem, p. 24-26.

187 Idem, p. 25.

188 Idem, en donde se expresa que existiría una acción de tentativa jurídicamente desaprobada, si "con su realización, la voluntad encaminada hacia la lesión adquiere ya, en relación con la víctima, el poder de lesionar el bien jurídico protegido en la manera específica del tipo".

189 Idem, p. 25 s., donde también señala que sólo habrían sido "esbozadas las líneas fundamentales" y que una aplicación a casos concretos excedería el marco del trabajo.

190 Así también la crítica usual a *Zaczyk* cfr. S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 24; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 12 a; *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 288 s.

jurisprudenciales de *Zaczyk,*[191] pero éste no se dedica en absoluto al desarrollo de una (nueva) fórmula de delimitación, sino a la compatibilización de las fórmulas de delimitación existentes con su teoría del injusto[192] y, en este sentido, sólo a una confirmación de éstas.[193] Su criterio del dominio orientado a la libertad no colabora en nada por sí solo a la cuestión de la delimitación; éste se debe demostrar recién en el marco de una "apreciación de conjunto" del caso concreto, recurriendo nuevamente a las fórmulas tradicionales.[194] Los casos jurisprudenciales discutidos por *Zaczyk*[195] tampoco conducen a una concretización de su teoría, puesto que al ser examinados sólo en cuanto a su plausibilidad no confirman o rechazan los resultados a los que arriba la doctrina o jurisprudencia.[196]

Esto conduce al *segundo problema* de estas doctrinas: ellas acaban esencialmente en una confirmación de los conocimientos y resultados de la teoría tradicional y de la opinión dominante, aunque utilizando otra terminología. Esto puede observarse del modo más llamativo probablemente en cuanto a la acentuación de la descripción del tipo o de la acción típica para la determinación del comienzo de la tentativa.[197] Este pensamiento se encuentra ya sustancialmente en *Vogler*[198] en la forma del requisito de la *referencia al tipo* del 'ponerse directamente a'. También el entendimiento de *Murmann* de su posición sobre la determinación del comienzo de la tentativa en la tentativa acabada como "contribución a la interpretación del tipo",[199] se puede conciliar absolutamente con la comprensión de *Vogler* del problema de delimitación como "problema normativo de interpretación", pues —aunque para *Murmann* se trate de la interpretación concreta del tipo y para *Vogler* del 'ponerse directamente a' en sí mismo— lo determinante para ambas posiciones es la interpretación del tipo de referencia de la tentativa. Del mismo modo pueden coinciliarse con la opinión mayoritaria las posiciones de *Zaczyk* y *Murmann* sobre la importancia para el comienzo de la tentativa de la realización parcial del tipo. *Zaczyk* le otorga a la opinión mayoritaria una base teórica más fundada, al mostrar, de la mano de su concepción del dominio orientada a la libertad, por qué la teoría objetiva-formal es insuficiente;[200] por otra parte, este autor reconoce —¡con razón!— la importancia de esta teoría para la limitación de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro y en las acciones de preparación (independientes).[201] *Murmann* sigue sustancialmente la

---

191 *Murmann*, Versuchsunrecht (1999), p. 25 s.
192 *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 304.
193 Idem, p. 308.
194 Cfr. idem, p. 311.
195 Idem, p. 313 ss.
196 Cfr. idem, p. 314, con referencias en la nota 253 y p. 315, con referencias en la nota 257.
197 Cfr. supra por la nota 161 y nota 172 ss.
198 Cfr. infra por la nota 257 ss.
199 Cfr. supra por la nota 178 ss.
200 Cfr. supra, por la nota 162.
201 Cfr. *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 322 s., 323 ss. (324). Al respecto, también infra por la nota 296.

teoría de la realización parcial y la defiende de sus críticos,[202] al partir siempre de un comienzo de tentativa en caso de creación de un peligro jurídicamente desaprobado.[203] Finalmente, también en la tentativa acabada *Zaczyk* y *Murmann* siguen, esencialmente, el criterio mayoritariamente reconocido de la pérdida de dominio.[204]

b) *Ámbito jurídico angloamericano*

Si se deja el ámbito del derecho alemán y se dirige la atención hacia el derecho angloamericano, se encontrará con números teorías para la determinación del comienzo de la tentativa que se vinculan con las consideraciones arriba expuestas sobre el fundamento de la tentativa[205] y recuerdan a los intentos de delimitación hallables en el derecho alemán.[206] Se trata de las teorías de los "first" y "last acts", de la teoría de los "proximate acts", del "unequivocality test", de la doctrina del "substantial step" y del "preparatory act test".

La *teoría de los* "*first acts*"[207] es expresión de una concepción puramente subjetiva de la tentativa, porque, según ella, toda acción basada en una resolución a cometer el hecho ("any overt act") es suficiente para fundamentar el comienzo de la tentativa. La acción serviría solamente para probar la resolución al hecho. Esta teoría extiende excesivamente la punibilidad de la tentativa y se expone a la crítica de un derecho penal de la actitud interna.[208] Por el contrario, la *teoría de los* "*last acts*"[209] se funda en la última acción que —desde el punto de vista del autor— se encuentra inmediatamente antes de la realización del tipo. Según la famosa fórmula del caso *Eagleton,* representan una tentativa punible sólo aquellas acciones que están "inmediatamente conectadas" con la realización del tipo ("immediately connected with") y no aquellas que sólo "conducen remotamente a él" ("remotely leading towards it").[210] Complementariamente se pregunta si el autor ha cometido una "acción irrevocable" ("irrevocable act") o si aún es posible una interrupción del curso de los sucesos ("possible intervention test").[211] Esta teoría se corresponde con la *teoría* alemana *de los actos intermedios*[212] y,

---

[202] Cfr. idem, p. 14 ss., en contra de *Küper* y *Burkhardt* y, de este modo, en definitiva siguiendo a *Vogler* (cfr. ya supra nota 63).

[203] Cfr. supra por la nota 176.

[204] Cfr. supra por la nota 167 y 177 ss. Sobre este criterio, con más detalles infra por la nota 251 s.

[205] Cfr. supra por la nota 88 ss.

[206] Cfr. para el derecho alemán, el panorama en *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 286 s.; S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 25 ss., en ambos casos con otras referencias.

[207] Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 36 s.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 451.

[208] Acertadamente *Duff*, Attempts (1996), p. 35 ss.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 451.

[209] Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 37 ss.; *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 321; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 140; *Ashworth*, Principles (2003), p. 451; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 333 s.

[210] Citado según *Duff*, Attempts (1996), p. 38; también en *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 336 (sin embargo como "proximity test"). Lord Diplock ha completado esta fórmula de modo gráfico en *Stonehouse*: "the offender must have crossed the Rubicon and burnt his boats" (citado según *Duff*, loc. cit., p. 39).

[211] *Duff*, Attempts (1996), p. 40.

[212] A esta teoría se asemeja también el "*probable desistance test*", el cual se basa en si según el curso normal de los acontecimientos la acción hubiera conducido sin interrupción externa del curso causal

al igual que ésta, se expone a la objeción de que un curso de los sucesos que conduce a la realización del tipo no siempre puede ser descompuesto en actos individuales formalmente separables.[213] Además, esta teoría es considerada demasiado restringida, porque también ciertas acciones que no desembocan en la realización del tipo sin otro acto intermedio pueden estar lo suficientemente cercanas a éste como para justificar una punibilidad de la tentativa.[214]

En la cercanía al tipo se funda también la teoría de los "*proximate acts"* ("proximity test").[215] Esta teoría se puede diferenciar sólo con dificultad de la teoría de los "last acts", pues con frecuencia para su precisa determinación se recurre a la fórmula del caso *Eagleton*.[216] Por lo demás, se diferencia entre una cercanía al tipo espacio temporal ("physical proximity") y una cercanía en cuanto a la inmediatez del peligro para el bien jurídico ("dangerous proximity").[217]

Según el "*unequivocality test"* ("res ipsa loquitur test",[218] "manifest criminality principle"), ya mencionado,[219] lo que importa es que la acción manifieste *inequívocamente* la voluntad criminal del autor. En palabras de *Salmond* esto se puede expresar del siguiente modo: que la acción "lleve en la frente la intención criminal".[220] La acción inequívoca indicaría, por tanto, la resolución criminal a cometer el hecho y el test formularía la regla de una prueba de primeras apariencias (o *prima facie*).[221] Lo problemático de esto es que sobre la "inequivocidad" de una determinada acción se puede discutir largamente.[222]

Según la *doctrina del substantial step* del American Law Institute,[223] también ya mencionada, la peligrosidad existente en la voluntad criminal del autor se debe manifestar en acciones objetivas. Sin embargo, al respecto es suficiente con un "substantial step" y, con ello, con una acción que no excluya que puedan ser necesarios otros pasos sustanciales hacia la realización del tipo.[224] A modo de ejemplo, el § 5.02 (2), MPC menciona el acechar, buscar o perseguir a la víctima en el lugar del hecho, el persuadir o buscar persuadir a la víctima a ir al lugar del hecho, así como el entrar antijurídicamente en el recinto o lugar de comisión del hecho.[225] Las acciones que marcan el comienzo de la

---

a la realización del tipo (cfr. *Duff*, Attempts [1996], p. 44 ss.; *American Law Institute*, MPC I [1985], p. 324 s.).

213 Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 140 s., así como la doctrina alemana infra nota 267.

214 Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 41 s.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 451; *el mismo*, RLJ 1988, 751.

215 Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 42 ss.; *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 321 ss. Cfr. ya supra por la nota 95.

216 Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 42; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 333, 336.

217 Sobre esta teoría que se remonta a *Holmes,* también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 141.

218 "Res ipsa loquitur": "la cosa habla por sí misma".

219 Cfr. supra por la nota 67 y 91, así como *Duff*, Attempts (1996), p. 48 ss.; *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 326 ss.; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 141 ss. Sobre el "dolus ex re" en este contexto cfr. ya supra nota 90.

220 Citado según *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 142: "an act that shows criminal intent on the face of it".

221 *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 143 s. le asigna a esta teoría no sólo este significado procesal, sino también uno de *derecho material* —en el sentido de su enfoque objetivo (supra nota 88)—, al considerar la inequivocidad de la acción como un elemento independiente del tipo de tentativa y al ver en la teoría una "objectivist theory about the act required to constitute an attempt".

222 Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 144 s., quien resalta la dependencia de esta decisión de los miedos y los sentimientos de la sociedad; crít. también *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 70 s.

223 Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 329 ss.; *Duff*, Attempts (1996), p. 53 ss. Crít., por ejemplo, *Fletcher*, Concepts (1998), p. 172, 179 s. Ya supra por la nota 85 ss.

224 Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 329.

225 *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 347; cfr. con más detalles y referencias jurisprudenciales en idem, p. 332 ss.

tentativa no se acercan, por consiguiente, "demasiado a la frontera de la acción típica",[226] sino que esta teoría conduce —según la voluntad declarada de los autores del proyecto[227]— a una extensión de la punibilidad de la tentativa. Debido a su amplitud e indeterminación ella ha sido rechazada por la *Law Commission* británica.[228]

En lugar de ello, la Law Commission se orienta a las acciones preparatorias, exigiendo para afirmar una tentativa "más que *meros* actos preparatorios". Sin embargo, esta teoría de los "*more than merely preparatory acts"* ("preparatory act test")[229] no es más precisa —debido a la falta de grupos de casos que la concreten— que el test del substantial step.[230] Así, según esto, una acción es considerada tentativa si bajo una consideración natural —recordamos la fórmula de Frank— es parte de la comisión del hecho, esto es, si ha sido cometida por el autor "on the job".[231] Además, esta teoría conduciría también a una responsabilidad por tentativa más amplia que la del test del substantial step y especialmente que la de la teoría de la proximity, ya que no se excluirían todas las acciones, sino sólo las "meras" acciones preparatorias.[232] Desde luego, esto puede ser considerado también como una ventaja —a la luz de la crítica a la teoría del "last act"—, pues para la punibilidad por tentativa serían suficientes aquellas acciones que se encuentran entre la preparación y la "última acción".[233]

A pesar de las diferencias en cuestiones particulares todas estas teorías comparten el común convencimiento de que no es posible desarrollar una fórmula general de delimitación suficientemente precisa, en el sentido de una "magic formula".[234] La cuestión del comienzo de la tentativa sería, en definitiva, una cuestión de hecho a decidir por el Jury con la ayuda de las fórmulas de *aproximación* mencionadas o que entraría en la discreción del ministerio público fiscal.[235] Mientras que en la praxis se resaltan más bien las ventajas de una solución flexible de este tipo,[236] en la literatura a veces se critica su indeterminación, exigiéndose criterios más precisos.[237] Sin embargo, la exigencia de precisión se agota por lo general en la referencia a la teoría —al menos concretizada por medio de los grupos de casos mencionados—[238] del

---

[226] *Roxin*, JuS 1973, 329; *el mismo*, JuS 1979, 4. Cfr. por ejemplo sobre los casos del acecho la posición restrictiva de la teoría del acto intermedio dominante en Alemania, en *Streng*, GS Zipf (1999), p. 344 s., con referencias.

[227] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 329.

[228] Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 56 s.; *Ashworth*, RLJ 1988, 752.

[229] Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 57 ss. Sobre la codificación ya supra nota 97 ss.

[230] Cfr. *Ashworth*, RLJ 1988, 753; *el mismo*, Principles (2003), p. 451; *Duff*, Attempts (1996), p. 58, 60 s.

[231] *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 335.

[232] Certeramente *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 334 s.

[233] Así *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 334 s.

[234] Así la posición de la Law Commission británica, citada según *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 334 s.; similar *Fletcher*, Concepts (1998), p. 176 y *Ashworth*, Principles (2003), p. 451, cuando reconoce la "inevitable flexibility" en la cuestión de delimitación.

[235] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 321 s.; también *Fletcher*, Concepts (1998), p. 179; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 334 s.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 451; *Duff*, Attempts (1996), p. 61 ss., quien afirma que la cuestión acerca de cuándo una determinada conducta excedería una mera preparación es una "question of fact". Cfr. también el § 11.1 (2) oración 2, *CCA*, supra nota 99.

[236] Cfr. por ejemplo las manifestaciones de Sheriff Gordon en *Ashworth*, RLJ 1988, 753; cfr. también las referencias en *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 334 s.

[237] Cfr. por ejemplo *Ashworth*, RLJ 1988, 753; *el mismo*, Principles (2003), p. 452 s.

[238] Cfr. supra por la nota 223.

substantial step del American Law Institute.[239] De todos modos, tampoco esta teoría aporta —más allá de los grupos de casos— mayor precisión pues, por un lado, considera la cuestión misma de la determinación del "substantial step" como una "matter of degree", siguiendo con ello el enfoque flexible y conscientemente indeterminado de las otras teorías, y, por el otro, debido a que el "substantial step" no es determinado objetivamente, sino subjetivamente desde el punto de vista del autor.

Tampoco la fundamental investigación de *Duff* [240] brinda *en este sentido* conocimientos ulteriores. Su modelo de un "derecho objetivista de tentativa"[241] no va más allá en la cuestión concerniente al tipo objetivo de la tentativa ("conduct element") —que aquí interesa— de las teorías objetivas ya conocidas, sino que solamente las vincula, al concretizar el test del "preparatory act", bendecido legislativamente con la Criminal Attempts Act de 1981, recurriendo al criterio de la inmediatez proveniente de las teorías de los "last acts" y de los "proximate acts". La formulación finalmente propuesta, en el sentido de que una persona actuaría más que meramente preparando "if he has embarked on the commission of the offence",[242] tampoco aporta una ganancia en determinación. Es cierto que *Duff* admite esto,[243] pero lo atribuye en definitiva al hecho de que un derecho *general* de la tentativa debería permanecer necesariamente general,[244] siendo posible una concretización solamente, como se propone en el MPC, mediante una tipificación a través de grupos de casos ejemplificativos. La indeterminación de la solución propuesta tendría que ser tolerada también a la luz del "'thin ice' principle": "[…] those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where (they) will fall in".[245] Por último, un derecho de la tentativa que conminara con pena a aquel que llevase su proyecto criminal lo suficientemente lejos daría una "advertencia suficientemente justa" ("fair enough warning").[246]

3. Una fórmula de aproximación de derecho penal internacional

Lo dicho hasta aquí prueba la tesis de partida y puede resumirse positivamente de la siguiente manera: Una determinación del comienzo de la tentativa que vaya más allá de la formación de determinados grupos de casos[247] es sólo posible con una *fórmula de aproximación*. Si esto se sigue ya de un análisis de derecho comparado de los derechos nacionales, entonces aún con más razón vale para el derecho penal inter-

---

239 *Ashworth*, RLJ 1988, 753.

240 *Duff*, Attempts (1996), aquí p. 385 ss. (390, 393 s., 398).

241 Cfr. ya supra nota 88.

242 Idem, p. 390, así como el apartado 3 del proyecto de norma en idem, p. 398.

243 Idem, p. 391, 393.

244 Idem, p. 393: "The problem of providing an adequately determinate specification of the conduct element faces anyone who wants to keep a general law of attempts".

245 Lord Morris citado según idem, p. 394.

246 Idem.

247 Cfr. por un lado, las propuestas del MPC —sin embargo, no siempre convincentes—, supra nota 223; por el otro SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 14 ss.; LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 67 ss.; LK-*Hillenkamp* (2002), § 22, nm. 105 ss.; *Roxin*, JuS 1979, 5 ss.; también S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 44 s. *Jakobs*, AT (1993), 25/63 ss. propone directivas de decisión obligatorias (negativas) y móviles (positivas); siguiéndolo *Bacigalupo*, Principios (1997), p. 344 s.; *el mismo*, Derecho Penal (1999), p. 473 s.

nacional en su calidad de ordenamiento jurídico de derecho internacional que recoge los principios generales de derecho provenientes de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Tal fórmula de aproximación debe desarrollarse a la luz del art. 25 (3)(f) y en vista de los tipos concretos del ECPI (arts. 5-8). En cuanto concierne al art. 25 (3)(f) arriba ya fue afirmado que esta disposición se asienta en una concepción mixta de la tentativa. Además, ella se corresponde —como la fórmula del 'ponerse a' del § 22, StGB[248]— con la tentativa inacabada: La fórmula del comienzo no exige una realización parcial del tipo en el sentido de la teoría objetivo-formal, sino que considera también como tentativa punible a las acciones que se encuentran inmediatamente antes de la realización del tipo.[249] La doctrina del substantial step no excluye que puedan ser necesarios otros pasos sustanciales hacia la realización del tipo y, por consiguiente, no acerca la acción que marca el comienzo de la tentativa "demasiado a la frontera de la acción típica".[250] Todo sumado, de la singular combinación de la fórmula del comienzo y la doctrina del substantial step resulta que no es necesario que el autor, desde su punto de vista, haya realizado —como en la tentativa acabada— todas las acciones necesarias para la realización del tipo, sino que éstas —como en la tentativa inacabada— pueden ser aún necesarias.

Mientras está fuera de discusión que la tentativa acabada e inacabada se diferencian estructuralmente,[251] la cuestión de si esta diferencia repercute en la determinación del comienzo de la tentativa requiere de un análisis diferenciado. El siguiente ejemplo debe servir para explicitar la cuestión:

- Variante 1: El autor programa el dispositivo de tiempo para el explosivo y se aleja del lugar del hecho, de manera que no puede evitar más la producción del resultado.
- Variante 2: El autor programa el dispositivo de tiempo y permanece en las inmediaciones del lugar del hecho, de manera que conserva la influencia sobre los acontecimientos.
- Variante 3: El autor conecta el dispositivo de tiempo con el explosivo.

Las primeras dos variantes representan una tentativa acabada, pues la sustancia explosiva explotará luego del transcurso del tiempo programado, sin que sea necesaria ninguna otra acción del autor. El autor ha hecho, por consiguiente, todo lo que era necesario para la realización del tipo. La tercera variante, en cambio, se trata de una

---

[248] *Roxin*, JuS 1979, 4.

[249] Cfr. ya supra por la nota 60.

[250] Cfr. ya supra por la nota 224.

[251] *Roxin*, FS Maurach (1972), p. 215 s., 224 s.; *el mismo*, JuS 1979, 4. Para la delimitación en particular cfr. S/S-*Eser* (2001), § 24, nm. 13 ss.

tentativa inacabada, ya que el autor debe aún realizar una acción, esto es, programar el dispositivo de tiempo, antes de que el suceso pueda desembocar directamente en la realización del tipo. La diferencia entre esta variante y las dos primeras reside manifiestamente en que aquí el ingreso en la etapa de tentativa depende aún de otro paso intermedio, mientras que en las dos primeras la realización del tipo es inminente. Para la opinión tradicional, según la cual el ingreso en la etapa de tentativa punible dependería de si la tentativa es acabada o inacabada, en las dos primeras variantes se estaría de frente a un tentativa punible.[252] Sin embargo, visto más atentamente se observa que las dos primeras variantes se diferencian entre sí por el hecho de que en la primera el autor se desentiende por completo del suceso, mientras que en la segunda conserva aún el dominio de éste, ya que puede desconectar el dispositivo de tiempo en cualquier momento. Como es conocido, *Roxin* ve en la falta de dominio del suceso el punto de vista decisivo del comienzo de la tentativa en la tentativa acabada[253] y exige por lo demás, alternativamente, que el autor haya "dejado de custodiar el curso causal" o bien que exista un peligro inmediato para el bien jurídico protegido por el tipo.[254] Es correcto, sin lugar a dudas, que la "tentativa" acabada no puede ser equiparada con el comienzo de la tentativa, con lo cual resulta claro, a su vez, que la terminología de la tentativa acabada e inacabada proveniente del derecho del desistimiento sólo tiene un valor informativo limitado en la problemática que aquí interesa.[255] La cuestión material decisiva para el comienzo de la tentativa se refiere a cuándo el autor ha hecho todo lo necesario para la realización del tipo y si, con ello, ha traspasado el umbral de la preparación impune entrando en el campo de la tentativa punible. ¿Puede realmente la existencia o no existencia del dominio del autor hacer una diferencia en cuanto al comienzo de la tentativa en el caso de la tentativa acabada? ¿En la segunda variante de nuestro ejemplo, la circunstancia de que el autor todavía *puede* intervenir en el suceso (ya que aún se encuentra en el lugar del hecho) debería realmente excluir su punibilidad por tentativa? ¿No se podría, al respecto, también partir de un peligro inmediato para el bien jurídico desencadenado por la conducta del autor —¡es necesaria realmente una intervención activa del autor para impedir la producción del resultado!— y este peligro no debería ser suficiente para el comienzo de la tentativa, independientemente de si el autor posee o no el dominio sobre el suceso? En el resultado, esto probablemente se ha de negar, pues justamente si se hace depender de un peligro para el bien jurídico o de la creación de un riesgo por medio de la conducta en cuestión, no se podrá negar que la pérdida de dominio

---

[252] Cfr. LK-*Busch* (1970), § 43, nm. 33 a.

[253] Cfr. fundamental *Roxin*, FS Maurach (1972), p. 215 ss. (217 s.); *el mismo*, AT II (2003) § 29 nm. 195 ss. Aprob. SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 19; probablemente también S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 42.

[254] Cfr. *Roxin,* FS Maurach (1992), p. 226; *el mismo*, JuS 1979, 10; *el mismo*; JZ 1998, 211; *el mismo*, AT II (2003) § 29 nm. 46 ss. Sobre la crítica cfr. *Krüger*, Versuchsbeginn (1994), p. 61 ss. Para los paralelos en la autoría mediata, ya supra por la nota 178 ss.

[255] Cfr. al respecto, ya supra por la nota 31.

del autor aumenta notoriamente el peligro para el bien jurídico o el riesgo para la víctima. Pues sólo si el autor aún domina el suceso, puede existir realmente la posibilidad de que sea cumplida, por medio de su intervención, la expectativa normativa de una conducta fiel al derecho; por el contrario, si el autor ya se ha alejado del lugar del hecho, esta expectativa normativa se convierte en una mera ficción.[256] De este modo, no se puede negar que el criterio de la pérdida de dominio presta una valiosa contribución para la determinación del comienzo de la tentativa en el caso de tentativa acabada. Además, *desde este punto de vista* también cobra sentido la diferenciación entre tentativa acabada e inacabada. A ésta sólo se le puede reprochar su escasa utilidad práctica,[257] por cuanto los casos verdaderamente problemáticos se han de caracterizar como tentativa inacabada. Sea como fuere, en el resultado el criterio de la *pérdida de dominio* representa un *primer elemento de una fórmula de aproximación de derecho penal internacional* para los casos de la tentativa acabada.

Por lo demás, una fórmula general de aproximación sólo puede ser desarrollada en vista de tipos concretos. La ya mencionada *referencia al tipo* tiene por consecuencia que el injusto de acción específico de la tentativa se debe orientar al injusto del tipo penal que en concreto se ha tentado. Rige el principio de la *cercanía al tipo* de la acción de ejecución en el sentido de un actuar dirigido hacia la realización del tipo.[258] La cuestión del comienzo de la tentativa, como resalta con acierto *Vogler*, se convierte en un problema normativo de interpretación del tipo penal de referencia,[259] porque la tentativa "se corresponde ya *en cuanto al contenido* con el injusto expresado en el tipo del delito concreto" y "la acción a juzgar se encuentra comprendida *materialmente* en el sentido de la prohibición inherente al tipo".[260] La exigencia de una relación específica de inmediatez[261] o de una correspondencia (material) de injusto[262]

---

[256] Desde luego, a una argumentación que se funda en la expectativa *normativa* se le puede objetar que en el fondo siempre es ficticia, ya que se refiere al "deber ser" y no al "ser". Esto no cambia en nada por el hecho de que también la expectativa normativa se debe medir en el "ser" y, en este sentido, existen expectativas normativas más o menos "realistas". Cuanto más irreal es una expectativa normativa, tanto más se aleja el derecho de la realidad, y con ello se pone en tela de juicio —al menos según la concepción político criminal del derecho penal que aquí se sostiene (sobre esto, ya supra § 1 III. 5.)—.

[257] Cfr. LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 71, quien, por lo demás, critica especialmente la falta de base legal (idem, nota 73, con referencias). Sin embargo, este es un argumento meramente formal que no resuelve el problema material de base —la determinación del comienzo de la tentativa en la tentativa acabada estructuralmente distinta—; similar LK-*Hillenkamp* (2002), § 22, nm. 131 ss.

[258] S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 35; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 9; *Roxin*, JuS 1979, 4; similar también *Jakobs*, AT (1993), 25/64, 70.

[259] LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 58, 60; LK-*Hillenkamp* (2002), § 22, nm. 86; aprob. en parte *Roxin*, AT II (2003) § 29 nm. 104 ss. quien, sin embargo, opina que "la mera interpretación del tipo no es suficiente" (nm. 109).

[260] *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 291, 292 (resaltado por el autor). Para la similar doctrina española cfr. ya supra, nota 73.

[261] LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 60 s.; con otra nomenclatura LK-*Hillenkamp* (2002), § 22, nm. 86 ss.

[262] *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 293; también LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 59.

entre tentativa y delito de referencia encuentra también un paralelo en la teoría de la conducta típica, transportada por *Murmann* a la tentativa, en el sentido de que también esta teoría parte de la descripción concreta del tipo para la determinación del injusto jurídico-penal.[263] Naturalmente, la exigencia de la referencia al tipo rige de igual modo para la tentativa acabada e inacabada. Esta exigencia constituye el verdadero *fundamento de punibilidad* de la tentativa[264] si, como el ECPI, se considera sólo indirectamente la representación del autor —por medio de la doctrina del substantial step— y si, por lo demás, se parte de una concepción de la tentativa al menos *objetivada*, fundada en el "comienzo de la ejecución". Según esta concepción, la acción exterior de tentativa es más que como para una teoría de la tentativa subjetivada sólo la objetivización o la manifestación de la voluntad criminal del autor, esto es, ella constituye un elemento autónomo del tipo de tentativa.[265] Esto se compadece con la conclusión de *Papageorgiou-Gonatas* de que en la cuestión de delimitación el elemento objetivo de la tentativa es el que asume importancia decisiva.[266]

Además, el enunciado básico de la *teoría del acto intermedio*[267] no rige en un sentido formal, sino en uno *material*. Una comprensión meramente formal, basada en el acto parcial o en el paso de acción inmediatamente antepuesto a la acción típica,[268] presupone que el suceso se pueda descomponer en numerosos actos individuales formalmente dinstinguibles y que se pueda determinar claramente el comienzo de la tentativa. Sin embargo, esto no siempre es así.[269] Así, por más que el cargar, el apuntar, el quitar el seguro y el apretar el gatillo de un arma en una ejecución ilegal pueda aparecer para un recluta inexperto como un suceso que se puede descomponer en muchos actos individuales, para un soldado profesional experimentado esto aparecerá como *un* acto, cuya descomposición en varios actos individuales no sería algo normal.[270] La dificultad de una delimitación puramente formal es aún más evidente en el caso de macrocrímenes de derecho penal internacional, pues regularmente su preparación y ejecución se presenta como *un suceso* unificado, controlado conforme a un plan, siendo bastante difícil atribuir a los intervinientes individuales un ámbito

---

263 Cfr. ya supra por la nota 168 ss.

264 La criminalización anticipada se justifica, por tanto, por la referencia al tipo de la acción de tentativa y con ello por la peligrosidad para el bien jurídico protegido por el tipo en cuestión.

265 Cfr. ya supra por la nota 109; Para la exposición de las posiciones subjetivistas y objetivistas cfr. especialmente en el texto por las notas 89 ss. y 106.

266 *Papageorgiou-Gonatas*, Grenze (1988), p. 186. Del todo diferente, sin embargo, por ejemplo, *Bockelmann*, JZ 1954, 471 ss. (473), quien quiere efectuar la delimitación preponderantemente según criterios subjetivos, basándose en cuando "el dolo del crimen ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica" o bien en que "la determinación general del autor se prueba en el momento de la crisis".

267 Cfr. supra por la nota 103.

268 Jurisprudencia constante desde BGH 26, 204: "desembocan sin un acto intermedio en la realización del tipo […]".

269 Cfr. *Jakobs*, AT (1993), 25/62; S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 40 s.; *Roxin*, JuS 1979, 4; crít. también *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 287.

270 Un ejemplo similar en *Jakobs*, AT (1993), 25/62.

preciso de organización o de responsabilidad. Por estos motivos, en lugar de efectuar una descomposición terminológico-formal de la acción es más convincente fundarse en una *consideración del peligro valorativa-material*, esto es, en si la acción en cuestión ha alcanzado ya el estadio de inmediato peligro para el bien jurídico.[271] Al respecto, otros aspectos tales como la proximidad espacio-temporal de la acción de ejecución[272] o la presunta intromisión del autor en la esfera de protección del agredido[273] pueden *indicar* el comienzo de la tentativa. La objeción de la falta de precisión del criterio del peligro,[274] si bien no puede ser descartada, afecta, como se ha mostrado, a todos los intentos de delimitación por medio de una fórmula abstracta. Así y todo, también los críticos de la idea del peligro reconocen su mérito de haber conectado normativamente la preparación con la tentativa —y no sólo desde un punto de vista fáctico espacio-temporal—.[275] Por lo demás, también aquí rige el principio de la *referencia al tipo*: La peligrosidad de una conducta para un determinado bien jurídico se ha de determinar, naturalmente, con relación al tipo concreto que protege a ese bien jurídico. En derecho penal internacional esto sería más fácil que en los derechos nacionales, porque los tipos del ECPI (arts. 5-8) protegen por lo general bienes jurídicos clásicos, esto es, la vida, la integridad corporal, la libertad de movimiento y la propiedad. Con esto, se ha conseguido reducir a determinados bienes jurídicos esenciales los bienes jurídicos de la paz, de la seguridad y del bienestar de la humanidad[276] que recorren la historia de la codificación de derecho penal internacional y que por su extrema vaguedad hacen casi imposible una identificación orientada al bien jurídico de los límites del tipo y con ello también una determinación del comienzo de la tentativa.[277] De hecho, los bienes jurídicos tradicionales de gran amplitud encuentran un sostén normativo tan solo en el tipo de guerra de agresión (art. 5 (1)(d))

---

[271] S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 41 s., con otras referencias. Igual en el resultado para el derecho austríaco *Fuchs*, FS Triffterer (1996), p. 79, al exigir un "criterio normativo" y una "*valoración del suceso* en su dinámica y peligrosidad a través del ordenamiento jurídico" (resaltado en el original).

[272] S/S-*Eser* (2001), § 22, nm. 41; *Jakobs*, AT (1993), 25/66; *Roxin*, JuS 1979, 4 s.; *Fuchs*, FS Triffterer (1996), p. 78 s.

[273] *Roxin*, JuS 1979, 4, 5; *Jakobs*, AT (1993), 25/68; *Fuchs*, FS Triffterer (1996), p. 80.

[274] Crít. en este sentido *Jakobs*, AT (1993), 25/57; SK-*Rudolphi* (1993), § 22, nm. 10; también *Vogler*, FS Stree/Wessels (1993), p. 287.

[275] LK-*Vogler* (1985), § 22, nm. 58.

[276] Cfr., por último, el tercer párrafo del preámbulo del ECPI: "Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad" ("Recognizing that such grave crimes threaten the peace, security and well-being of the world").

[277] Detalladamente sobre el bien jurídico *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 123 ss. (125 s.), 159 ss. (177 ss.); *ella misma*, ZStW 2000, 382 ss., 393 s. Según esta autora el genocidio protege un bien jurídico colectivo, esto es, el grupo como tal, y los crímenes contra la humanidad los bienes jurídicos individuales contenidos en las acciones individuales (cfr. también *Ambos/Wirth*, en: Klip/Sluiter (eds.), Cases (2001), p. 703 s.; también infra § 11 I. 2. c) aa), nota 172). En favor de un bien jurídico mixto colectivo-individual en los casos de crímenes contra la humanidad *Vest*, ZStW 2001, 463 s.; *el mismo,* SchwZStr 2001, 243.

—por ello también problemático—. En consecuencia, el comienzo de la tentativa se puede determinar más fácilmente en el derecho penal internacional con un criterio "naturalista" como el de la proximidad a la lesión del bien jurídico, que en el caso de los bienes jurídicos poco precisos del derecho penal económico o del derecho penal del medio ambiente. De todas maneras, en principio no se han de fijar exigencias demasiado estrictas a la inmediatez o a la cercanía al tipo de la acción objetiva de tentativa, pues con el derecho penal internacional se trata de un derecho penal nuclear que comprende sólo el injusto más grave, así que las usuales diferenciaciones[278] orientadas al tipo y al bien jurídico existentes en los derechos nacionales sólo excepcionalmente son materialmente necesarias. Desde luego, no se debe pasar por alto, por otra parte, que por medio de las extensiones de responsabilidad existentes de la "contribución de algún otro modo" del art. 25 (3)(d) y de la incitación al genocidio del art. 25 (3)(e)[279] se alcanza una criminalización anticipada análoga a una tentativa.

4. Aplicación a los tipos de derecho penal internacional y particularidades

Las siguientes consideraciones se limitan al genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra (arts. 6-8). En cuanto al crimen de *agresión* (art. 5 (1)(d))[280] recién tendrá sentido reflexionar sobre la tentativa cuando la comunidad de los Estados se haya puesto de acuerdo en una definición típica definitiva.[281] Las propuestas de definición realizadas en el pasado muestran, de todos modos, que la punibilidad se encuentra tan ampliamente adelantada por el tipo que queda muy poco espacio para una punibilidad por tentativa.[282]

---

[278] Cfr. *Duff*, Attempts (1996), p. 385, quien compara, en este sentido, el asesinato con el daño material y en el primer caso parte de una tentativa en un momento más temprano que en el segundo.

[279] Cfr. supra § 8 III. 2. c) y 3. b).

[280] Cfr. *Ferencz*, en: McDonald/Swaak-Goldmann (eds.), International Criminal Law I (2000), p. 37 ss. (57 ss.). La "Working Group on the Crime of Aggression" de la PrepCommis que opera con base en el art. 5 (2) del Estatuto de la CPI ha elaborado varias propuestas pero no logró una definición consensuada (ver el "Discussion paper proposed by the Coordinator", in: Report PrepCommis del 24 de julio de 2002 [Addendum. Part II. Proposals for a provision on the crime of aggression, UN-Doc. PCNICC/2002/2/Add.2] así como <www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm>). Cfr. sobre el tipo de agresión y con más referencias *Ambos*, FS Eser (2005), en castellano en RDPC 15 (2005).

[281] Conforme al art. 5 (2) en conexión con los arts. 121 y 123 tal definición puede ser aprobada por la Asamblea de los Estados Partes o por una Conferencia de Revisión.

[282] Cfr. ya supra por la nota 1 s., con referencias.

a) *Genocidio* (*art. 6*)*, con inclusión de la incitación y de la participación general*

El comienzo de la tentativa en el genocidio se ha de determinar a la luz de los antecedentes históricos de la Convención contra el Genocidio.[283] De esto resulta, por una parte, que los meros actos preparatorios del genocidio no deberían ser criminalizados,[284] sino que, por el contrario, la tentativa debería llevarse lo más cerca posible del tipo. Por otra parte, la misma Convención prevé una amplia criminalización anticipada por medio de la criminalización de la incitación y de la conspiración al genocidio,[285] de modo que *de facto* se comprenden actos preparatorios y se experimenta, así, una considerable limitación del ámbito práctico de aplicación de la tentativa. En definitiva, la Convención no brinda, por tanto, un verdadero aporte a la cuestión que aquí interesa. Ella ha dejado conscientemente en los Estados partes, de acuerdo con la técnica de legislación general del derecho penal internacional,[286] también la concretización del comienzo de la tentativa.[287] De este modo, deben aplicarse las *reglas generales* aquí desarrolladas.

De acuerdo con esto, existe una tentativa de genocidio, en el sentido de la *teoría objetiva-formal,* al menos cuando ya se ha comenzado con la realización del tipo. Si el autor al agredir a una determinada persona se representa erróneamente que ella pertenece a uno de los grupos protegidos por el tipo y que él quiere destruir, aunque objetivamente falte una agresión a un miembro del grupo y, por ello, el tipo no pueda consumarse, desde el punto de vista subjetivo sin embargo el autor ha intentado un genocidio. Del mismo modo, existe tentativa si el autor intenta sólo una de las acciones previstas en el art. 6, por ejemplo, el homicidio de un miembro del grupo,[288] ya que para la consumación del tipo basta con la comisión de uno de estos hechos individuales con la correspondiente intención de destrucción.[289] Por lo demás, según la *consideración material del peligro* aquí sostenida se puede formular la regla de que ya sobrepasa el umbral de la tentativa toda acción que hace peligrar inmediatamente la existencia de uno de los grupos protegidos. Naturalmente, aquí se ha de tener presente que el carácter de delito de peligro abstracto del genocidio consumado y su semejanza estructural con la tentativa (inacabada)[290] conduce a un adelantamiento de la punibilidad de la consumación que limita notoriamente el ámbito de aplicación de la tentativa del genocidio. Un ejemplo: está fuera de duda que la sola construcción de

---

283 Cfr. ya supra § 5 I. 3. a).
284 Cfr. ya supra § 5 I. 3. b).
285 Cfr. ya supra § 5 I. 2. b) y 3. b).
286 Cfr. p. 424 ss. (§ 12) vers. al.
287 Cfr. ya supra § 5 I. 3. a).
288 Acertadamente *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 328.
289 Sobre el tipo objetivo, ya supra § 5 I. 1. a); ver también en detalle *Ambos*, Crímenes (2004), p. 21 ss.
290 Cfr. ya supra § 5 I. 1. a).

un campo de concentración no sobrepasa aún el umbral de una tentativa punible; pero si el campo de concentración es construido para un determinado grupo protegido y, al mismo tiempo, se comienza con el transporte de los miembros de este grupo, entonces existirá allí una acción que hace peligrar inmediatamente la existencia del grupo y se habrá de afirmar al menos una tentativa de genocidio.[291] Si esta conducta puede ser encuadrada en una de las alternativas típicas de genocidio, por ejemplo, la lesión grave a la integridad física y mental de los miembros del grupo (art. 6 (b)), incluso se podrá partir de un genocidio consumado.

Un problema especial resulta del hecho de que el ECPI introduce el tipo de *incitación* al genocidio en el art. 25 (3)(e). Ante todo, se pregunta si también es punible la *tentativa* de incitación al genocidio. Sólo si esto es afirmado, surge la cuestión ulterior acerca del comienzo de la tentativa. La respuesta de la primera cuestión depende de la naturaleza jurídica del tipo de incitación. Esta disposición ha sido caracterizada arriba como un tipo de peligro *independiente*.[292] Según la opinión corriente en la doctrina alemana, que hace depender la punibilidad por tentativa de las acciones de preparación de su independencia jurídica,[293] habría de afirmarse sin más una punibilidad por tentativa. Sin embargo, esta opinión es demasiado formal, en el sentido de que hace depender la decisión sobre la punibilidad de la regulación legislativa de una conducta determinada. Justamente nuestro caso muestra que esta decisión regularmente está determinada más por consideraciones de *política* criminal que *jurídico*-materiales o —aún peor— que el legislador no conoce en absoluto las consecuencias jurídicas de su decisión. Así se explica también el hecho de que el ECPI no haya regulado la incitación al genocido, concebida como un tipo independiente, en la "parte especial" de los arts. 5-8, sino en la disposición general sobre la responsabilidad penal individual.[294] Esta ubicación sistemática del tipo parecería hablar, aparentemente, en contra de una punibilidad por tentativa, pues el art. 25 (3)(f) aplica la tentativa a "ese crimen" ("such a crime"), significando con ello "un crimen de la competencia de la Corte" ("a crime within the jurisdiction of the Court") (cfr. art. 25 (3), oración 1), es decir, los crímenes codificados en los arts. 5-8. Sin embargo, esta formulación no dice nada acerca de cómo "ese crimen" se ha de entender desde el punto de vista del derecho de la intervención de personas en el delito, esto es, si no se comprende también, más allá de la autoría, una extensión de la intervención como la incitación o la participación general.[295] Por ello, lo decisivo es si del *contenido de*

---

[291] Cfr. también los ejemplos de *Graven*, Crimes (1950), p. 504 ss.

[292] Cfr. supra § 8 III. 3. b).

[293] Cfr. por todos S/S-*Eser* (2001), previamente al § 22, nm. 28 s., con referencias.

[294] Esto refleja también las interpretaciones absolutamente opuestas sobre la naturaleza jurídica de la incitación en el desarollo de la codificación de derecho penal internacional y en los sistemas jurídicos nacionales.

[295] Cfr. al respecto, por ejemplo, la discusión sobre el concepto de la acción punible de acuerdo con el § 12, CP austríaco en *Friedrich*, FS Triffterer (1996), p. 44 ss.

injusto de las aciones preparatorias se puede fundamentar la admisibilidad jurídica y la necesidad político-criminal de su punibilidad por tentativa.[296] Lo que interesa es si la acción de preparación respectiva posee un contenido o núcleo de injusto independiente, que se refiera concretamente al bien jurídico protegido por el "hecho principal" —en cierta manera que lo "aborde" ("anspricht")—,[297] y si por tanto representa una extensión razonable y necesaria del ámbito de protección establecido en el tipo. Aquí, esto ha de afirmarse. La praxis de derecho penal internacional muestra que la comisión de un genocidio regularmente es precedida por acciones de incitación. Estas acciones sirven para dar el empujón inicial a un curso de sucesos a cuyo fin se encuentra la destrucción (parcial) de un determinado grupo; ellas se refieren por tanto concretamente al bien jurídico protegido por el tipo de genocidio y realizan un injusto independiente. Desde luego, esto no les quita el carácter de acciones preparatorias y como tales su criminalización representa en cuanto al bien jurídico protegido en concreto, *scil.* la existencia o subsistencia del grupo en cuestión, un adelantamiento de la punibilidad. De este modo, la tentativa de esta acción preparatoria representa un adelantamiento *ulterior* de la punibilidad. El grupo es realmente puesto en peligro inmediato sólo con el comienzo de la acción preparatoria más próxima al hecho, esto es, la incitación. Por ello, la tentativa de incitación —como segunda acción preparatoria (aún) lejana al hecho— debería comenzar lo más tarde posible, a saber, sólo cuando el autor ya ha realizado parcialmente el tipo de incitación, por ejemplo, cuando ha comenzado con el discurso provocador. Por tanto, para la determinación del comienzo de la tentativa se ha de sostener en estos casos una *concepción objetivo-formal*.[298]

Con ayuda de estas consideraciones se puede responder el siguiente interrogante acerca de si el ECPI sanciona —más allá de la tentativa de incitación al genocidio— también la *tentativa de participación* (*general*). El Estatuto no responde por sí mismo esta cuestión, especialmente allí donde esto se podría esperar, esto es, en las disposiciones generales sobre la participación (art. 25 (3)(b)-(d)). Por consiguiente, otra vez lo decisivo son las consideraciones materiales. Estructuralmente, las disposiciones generales sobre participación del ECPI —al contrario de la incitación— son comparables con las acciones preparatorias *dependientes*, ya que su punibilidad depende de la (tentativa de) comisión —al menos fáctica— de uno de los crímenes comprendidos en los arts. 5-8;[299] en este sentido, ellas *pueden* ser consideradas como extensiones de la punibilidad dependientes de la punibilidad del autor. La punibilidad de la *tentativa* de participación —análogamente a la de la tentativa de incitación— conduciría, por tanto, a una doble anticipación de la punibilidad, a saber, una

---

296 Convincente *Zaczyk*, Unrecht (1989), p. 324.

297 Idem.

298 Asimismo idem, p. 322 s., 325 para los delitos de peligro y las acciones preparatorias.

299 Sobre la accesoriedad (fáctica), ya supra § 8 III. 1.

vez en cuanto a la participación de frente al hecho principal del autor y, la otra, en cuanto a la tentativa de frente a la participación consumada. Sin embargo, tal punibilidad por tentativa, al menos en el caso de tentativa de *inducción* a cometer un crimen, es reconocida también más allá de las fronteras alemanas.[300] Las reglas sobre la inducción de los derechos nacionales exceden en todo caso a las previsiones del ECPI, pues ellas no limitan la punibilidad de la tentativa de inducción a los crímenes nucleares contenidos en el ECPI. Por otra parte, la especial gravedad de estos crímenes de derecho penal nuclear aminoran las objeciones formuladas en los derechos nacionales en contra de la punibilidad de la tentativa de inducción y de la tentativa de participación en general. Además, también estas objeciones pueden ser atendidas determinando el comienzo de la tentativa lo más restrictivamente posible mediante la utilización de la *teoría objetivo-formal*. Sin embargo, también aquí lo decisivo es el *contenido de injusto* de las conductas en cuestión. Cuanto menor sea el contenido de injusto, tanto más contundentes serán las objeciones en contra de una punibilidad de la tentativa. Al respecto, entra en consideración una doble diferenciación.

En primer lugar, en cuanto concierne propiamente a las *acciones de participación*, el injusto de la inducción es más grave que el de la complicidad o que el de la contribución de algún otro modo a uno de los crímenes mencionados en los arts. 5-8. Por consiguiente, la tentativa de inducción debería ser en principio punible, mientras que las demás tentativas de participación no deberían serlo. Esta conclusión encuentra un sostén no sólo en las consideraciones de derecho comparado que recién se han efectuado, sino también, especialmente, debido a la semejanza estructural entre la inducción —como forma básica de provocación a otro a cometer delitos[301]— y la incitación (al genocidio). El argumento podría rezar: Si ya es punible la tentativa de incitación dirigida a un círculo de autores indeterminado e indominable, entonces con más razón debería serlo la tentativa de inducción que actúa de modo esencialmente más determinado y más directo sobre la resolución a cometer el hecho. Naturalmente, a esto se le puede objetar que el fundamento de punibilidad de la incitación y, con ello, también el de su tentativa reside justamente en la peligrosidad que resulta de la imposibilidad de dominar el curso causal.[302] Sea como fuere, la incitación se corresponde estructuralmente con la inducción y esta semejanza estructural justifica el tratamiento igualitario de ambas formas de participación.

Este resultado puede ser sometido aún a una ulterior diferenciación en cuanto a los *tipos penales de los crímenes internacionales*. En este sentido, el hecho de que los crímenes contra la humanidad, entre los cuales se cuenta también el de genocidio, acusen *en principio* un contenido de injusto mayor que el de los crímenes de gue-

---

[300] Cfr. el § 30 (1), StGB, así como *Jescheck*, ZStW 1987, 136 ss.; *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 432.

[301] Cfr. ya supra § 8 III. 2.

[302] Cfr. supra § 8 III. 2. b).

rra,[303] sugeriría una solución diferenciada de estos casos en el sentido de considerar punible la tentativa de inducción a cometer crímenes contra la humanidad y *en principio* impune la tentativa de inducción a cometer crímenes de guerra. Además, tampoco serían punibles todas las formas de tentativa de complicidad del art. 25 (3)(c) y de tentativa de una contribución de algún otro modo al hecho de acuerdo con el art. 25 (3)(d). Sin embargo, el principio de la impunidad de la tentativa de inducción a cometer crímenes de guerra debe sufrir una *excepción* en el caso de los tipos penales que, a la vez, son punibles como crímenes contra la humanidad. Esto vale, por ejemplo, para los hechos de homicidio,[304] tortura[305] o para determinados delitos sexuales graves.[306] En estos casos de identidad típica sería una contradicción valorativa el tratar diferentemente tipos *en sí* iguales, considerando punible la tentativa de inducción a cometer un tipo determinado en cuanto crimen contra la humanidad e impune en cuanto crimen de guerra. El diferente contexto de comisión —en un caso, el ataque sistemático o generalizado contra una población civil y, en el otro, el conflicto armado— no puede justificar un tratamiento diferenciado en caso de identidad típica. De ello se sigue, a la vez, que el principio arriba constatado relativo al diferente contenido de injusto de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra también debe ser relativizado: El contenido de injusto no se determina únicamente según el contexto de comisión más o menos extendido, sino también según las manifestaciones típicas individuales de la figura delictiva; en caso de identidad típica la diferencia puede ser tan solo de grado.

---

[303] Mientras que la clasificación del genocidio como un crimen contra la humanidad con tendencia interna trascendente especial es generalmente reconocida (cfr. *Prosecutor v. Jelisic*, Judgement 14.12.1999, IT-95-10-T, para. 66, 68, 79 ss.; también *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Judgement IT-95-16-T, para. 636; sobre la exigencia de intención, con más detalles, infra § 11 I. 2. c) aa)), es muy discutida la aceptación de un mayor contenido de injusto de los crímenes contra la humanidad de frente a los crímenes de guerra: como aquí *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgment 7.10.1997, IT-96-22-A, Joint seperate opinion McDonald/Vohrah, para. 20 ss.; aprob. Stephen, loc. cit., para. 5; *Prosecutor v. Kambanda*, Judgement and Sentence 4.9.1998, ICTR 97-23-S, para. 14; *Prosecutor v. Tadic*, Sentencing Judgement 11.11.1999, IT-94-1-S/T*bis*-R117, para. 28; por el contrario, en principio por una equivalencia valorativa *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement 2.9.1998, ICTR-96-4-T, para. 470; *Prosecutor v. Tadic*, Judgement in Sentencing Appeals 26.1.2000, IT-94-1-A*bis,* para. 69. Sobre todo esto, también *Bohlander*, CLF 2000, 234 ss. (247 s.), quien con razón advierte que el ECPI privilegia los crímenes de guerra (cfr. art. 31 (1)(c), 33, 124), de lo que se deduce un mayor contenido de injusto de los crímenes contra la humanidad; en el resultado, igualmente *Kreß*, IYHR 2000, 128 s.; similar, pero dudando a la luz del "present stage of evolution in international criminal law" *Frulli*, EJIL 2001, 329 ss.; nuevamente en favor de la equivalencia valorativa *Lattanzi*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 497 ss. (503 s.).

[304] Cfr. por un lado, el art. 7 (1)(a) y, por el otro, el art. 8 (2)(a)(i) o (c)(i). Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 65 s., 171 ss.

[305] Cfr. por un lado, el art. 7 (1)(f) en conexión con el (2)(e) y, por el otro, el art. 8 (2)(a)(ii) o (c)(i). Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 71 s., 199 ss.

[306] Cfr. por un lado, el art. 7 (1)(g) y, por el otro, el art. 8 (2)(b)(xxii) o (e)(vi). Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 72 ss.

b) *Crímenes contra la humanidad* (*art. 7*)

En caso de crímenes contra la humanidad se debe diferenciar según las acciones concretas. Ciertamente, una conducta puede ingresar en el estadio de tentativa sólo si, *según la representación del autor*, se encuentra en relación con un "ataque generalizado o sistemático contra una población civil", esto es, si las acciones objetivas de tentativa se insertan subjetivamente en el *contexto sistemático de comisión* (cfr. art. 7 (1) en conexión con (2)(a)).[307] Esto es una consecuencia del hecho de que los elementos estructurales contenidos en el "*chapeau*"[308] de los arts. 6-8 han de ser entendidos como elementos del tipo y no solamente como condiciones objetivas de punibilidad.[309] Por tanto, si según la representación del autor una conducta se dirige sólo a la comisión aislada de un homicidio, una tortura u otra acción típica del art. 7, fracasará una tentativa de crimen contra la humanidad, ya porque la resolución a cometer el hecho se dirigió solamente a un crimen común. Sin embargo, si el autor cree que su resolución "común" a cometer uno de los hechos mencionados en el art. 7 (esto es, sin abarcar el elemento contextual) es suficiente para cometer un crimen contra la humanidad, él se halla *estructuralmente* en un error de prohibición al revés (delito putativo): Él cree que una conducta se encuentra prohibida y es punible como crimen contra la humanidad, cuando, en realidad, ella sólo es punible como crimen común según el derecho nacional aplicable. Con un ejemplo: el homicidio de mi vecino "para saldar viejas cuentas" no se transforma en un crimen contra la humanidad, porque yo *crea* que los homicidios para saldar viejas cuentas acusan un contenido de injusto tan alto que deberían ser considerados crímenes contra la humanidad. Se debe tratar, más bien, de un homicidio en el contexto de comisión previsto en el art. 7, pues, de lo contrario, la punibilidad se sujetaría a las reglas del derecho penal nacional (por ejemplo, el § 212, StGB). Del mismo modo, tampoco la *tentativa* de homicidio de mi vecino fundada en el motivo indicado se convierte en una *tentativa* de crimen contra la humanidad por el hecho de que yo crea que se trata de tal tipo de crimen y quiera justamente cometerlo. En este sentido, caigo en la representación *putativa* de que mi conducta es más grave de lo que en realidad es, es decir, creo que representa un crimen internacional en lugar de sólo un "simple" crimen nacional. En definitiva, un caso así podrá ser penado como tentativa —si se dan los demás presupuestos— sólo con base en el tipo penal nacional, pues tampoco en el derecho penal internacional, al igual que en el nacional, un delito putativo es merecedor de pena.[310]

---

[307] Cfr. recientemente sobre el tipo objetivo del crimen contra la humanidad *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 360 s. y *Werle*, JZ 2000, 756 s. (757), quien diferencia convincentemente entre "hecho total" y "hecho(s) individuales". Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 51 ss., 111 ss.

[308] El concepto "chapeau" se ha arraigado como término para designar la frase superior común de los arts. 6-8 aplicable a todas las acciones típicas.

[309] Sobre esta problemática especialmente controvertida en los crímenes de guerra, con más detalles, infra § 11 I. 2. a).

[310] Sobre el fundamento de derecho comparado de esta posición cfr. ya supra por las notas 78 y 101.

Estas consideraciones que resultan de la estructura especial de los crímenes internacionales nos han alejado un poco del verdadero tema que aquí nos ocupa de la determinación del comienzo de la tentativa. En cuanto concierne a los *tipos individuales* del crimen contra la humanidad, debido a las grandes diferencias que existen entre ellos, más allá de la fórmula general de aproximación, no se puede decir nada que sea vinculante de modo general. Si, por ejemplo, se parte de un *homicidio* según el art. 7 (1)(a) para la determinación del comienzo de la tentativa se puede recurrir, sin más, a los principios de derecho nacional que se han expuesto. Por lo demás, se ha de efectuar una apreciación de conjunto de las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, si en el marco de un fusilamiento de masas el autor ya ha apuntado, sería una sofisticación excesiva que desconoce el contenido de injusto del crimen contra la humanidad exigir aún, en el sentido de la teoría formal de los actos intermedios, el accionar el gatillo o incluso el disparar y no dar en la víctima para aceptar una tentativa punible (art. 7 (1)(a), 25 (3)(f)). Más difícil es, sin embargo, la determinación del comienzo de la tentativa en los tipos que no encuentran una correspondencia en el derecho nacional o que no tienen una base sólida de derecho comparado o de derecho penal internacional y cuya descripción típica (por tal razón) es sumamente discutida. Un claro ejemplo de esto es la *desaparición forzada de personas* (art. 7 (1)(i) y (2)(i)). Los intentos nacionales de codificación de esta figura, hasta ahora existentes, no han proporcionado resultados convincentes[311] y su definición en el ECPI plantea, asimismo, más interrogantes que respuestas. ¿La tentativa debería comenzar aquí ya cuando el o los autores vigilan y persiguen a la víctima con el fin de capturarla y finalmente aprehenderla o recién con la realización parcial del tipo, por ejemplo, con la aprehensión de la víctima? Aquí, un comienzo más temprano de la tentativa no puede fundamentarse simplemente con la referencia al rechazo fundamental de la teoría de la realización parcial, especialmente porque ésta se ha mostrado del todo útil para limitar una criminalización anticipada demasiado amplia en el caso de la tentativa de incitación al genocidio y en el de la tentativa de participación.[312] También aquí el punto de vista decisivo sólo lo puede proporcionar, por un lado, el contenido de injusto especial de la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad *y*, por el otro, su concreta configuración típica. Mientras que el primer aspecto hablaría en favor de un temprano comienzo de la tentativa y en contra de una teoría objetiva-formal, el segundo tendría que ser analizado en vista del tipo concreto. Cuantas más acciones confluyan en el tipo y cuanto más ampliamente estas acciones conduzcan a una anticipación en cuanto a la lesión efectiva del bien jurídico —en el caso de la desaparición forzada de personas, el homicidio de la víctima—, tanto más dudosa será una determinación del comienzo de

---

311 Cfr. por ejemplo el proyecto de ley colombiano de 1998 y la ley peruana 26.926, que introduce el art. 320 en el CP, en: *Ambos*, Impunidad (1999), p. 403 ss. De modo aún más general, el art. 212-1 del CP francés codifica sólo el "enlèvements des personnes suivis de leur disparition" ("secuestro de personas seguido de su desaparición"); traducción alemana en *Bauknecht/Lüdicke*, Code pénal [1999], p. 88). Ver también sobre el tipo *Ambos*, Crímenes (2004), p. 77 ss.

312 Cfr. supra, por la nota 296 y antes de la nota 301.

la tentativa desvinculada de la realización parcial del tipo. En concreto: si la realización del tipo de desaparición forzada de personas comienza, como en el ECPI, ya con la *aprehensión* ("arrest") o la *detención* ("detention") de la víctima, entonces una determinación del comienzo de la tentativa puramente material y desvinculada de la realización del tipo despierta muchos más reparos que si fuera necesario para la realización del tipo un secuestro o una privación grave de la libertad. En aquel caso, la aplicación de la teoría objetivo-formal sería insostenible sólo si condujera a lagunas de punibilidad intolerables. Pero esto se ha de negar: si en el marco del contexto de comisión presupuesto por el art. 7 el autor intenta aprehender a una persona con la intención de hacerla desaparecer, esta conducta no será punible, por cierto, si se aplica la teoría objetivo-formal —según ésta sería necesaria una *aprehensión consumada—,* pero tampoco se crearía con esto una laguna de punibilidad *intolerable.* Esto se desprende de una interpretación teleológico-sistemática del art. 7: de acuerdo con el art. 7 (1)(e) es punible la "*encarcelación*" ("imprisonment") u otra "*privación grave de la libertad física*" ("severe deprivation of physical liberty") y conforme al art. 25 (3)(f) también su tentativa. Por el contrario, ni la tentativa, ni la consumación de una (simple) "*aprehensión*" ("arrest") es punible; evidentemente, para los redactores del ECPI ella no posee la cualidad de injusto de un crimen contra la humanidad. Se incurriría, por tanto, en una contradicción valorativa respecto del art. 7 (1)(e), si se declarase punible la tentativa de aprehensión de una persona, en realidad *impune* —como crimen contra la humanidad—, cuando estuviera en relación con la desaparición forzada de personas. Naturalmente, contra esto se puede objetar que existiría precisamente una diferencia entre una mera aprehensión y una aprehensión con el fin de hacer desaparecer a una persona y que, por ello, en este último caso ya la tentativa tendría que bastar para la punibilidad. Al fin y al cabo, ésta es una *cuestión de valoración*, cuya respuesta depende en gran medida —como en el caso de muchos crímenes de derecho penal internacional— de si la persona que juzga pertenece al grupo de las víctimas o al de los autores del delito en cuestión. De todos modos, se deben conocer claramente las consecuencias: Si se considera suficiente para la tentativa del crimen de desaparición forzada de personas ya una tentativa de aprehensión, entonces se sancionaría una tentativa de preparación. Pues, respecto del bien jurídico protegido *en última instancia* por el crimen de desaparición forzada de personas —la vida de la víctima—, la aprehensión representa sólo una acción preparatoria —aunque incorporada en el tipo—.

Aún más problemático es establecer el comienzo de la tentativa en el caso de *tipos* relativamente *indeterminados*, tales como el "exterminio" ("extermination"), la "esclavitud" ("enslavement"), la "deportación" ("deportation") o el "crimen de apartheid".[313] Si bien estas figuras son en parte reconocidas en el derecho internacio-

---

[313] Art. 7 (1)(b), (c), (d), (j) en conexión con (2)(b), (c), (d), (h). Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 66 ss., 79, 190 ss.

nal[314] y, por tanto, ya por razones de política de derecho internacional deben ser declaradas punibles, no satisfacen sin embargo las exigencias de precisión o determinación de los tipos penales del derecho nacional y, por ello, su implementación en el derecho interno estatal crea serias dificultades en cuanto a su conformidad constitucional.[315] Tampoco el principio de la referencia al tipo ayuda en estos casos a la determinación del comienzo de la tentativa, pues éste requiere que se pueda partir de un tipo más o menos determinado. Con un ejemplo: si la comisión de "actos inhumanos" destinados a mantener un régimen racista en el sentido del art. 7 (1)(k), constituye —simplificadamente[316]— un crimen de apartheid, entonces la determinación del comienzo de la tentativa deberá partir de estos actos inhumanos. Sin embargo, éstos no están definidos con precisión en ninguna parte,[317] de modo que el comienzo de la tentativa ni siquiera podrá ser establecido claramente por medio de la teoría objetivo-formal. A ello se suma que en estos casos tampoco promete mucho una determinación del comienzo de la tentativa orientada al bien jurídico, pues los bienes que estos tipos protegen no se pueden determinar con facilidad. Para permanecer en el ejemplo del apartheid: manifiestamente el tipo sirve a la protección de un grupo racial minoritario que se encuentra sometido, o incluso mayoritario —piénsese en la antigua Sudáfrica—, pero ni sus miembros pueden ser determinados concluyentemente, ni son mencionados los bienes jurídicos protegidos en concreto.

c) *Crímenes de guerra* (*art. 8*)

También en cuanto a los crímenes de guerra se debe diferenciar entre los presupuestos generales de aplicación y los tipos concretos. Así, la tentativa de un crimen de guerra presupone que la acción se encuentre, según la representación del autor, en relación con un *conflicto armado* (internacional o no internacional) (art. 8 (2)(a), (b), (c), (e)). Esto resulta ya desde el punto de vista terminológico del concepto de "crímenes de guerra" como crímenes de la guerra, esto es, como crímenes cometidos en o durante la guerra, debiéndose tener en cuenta al respecto sin embargo que el clásico concepto de guerra, debido a los cambiados usos de los conflictos modernos, ya hace mucho tiempo se ha desprendido del concepto neutral de conflicto armado.[318] En

---

[314] Cfr. ya p. 424 ss. (§ 12) vers. al. y el cuadro correspondiente en p. 426 ss.

[315] Este es un conocimiento obtenido de la participación del autor en el grupo de trabajo para la elaboración del VStGB, cfr. *BMJ* (ed.), Arbeitsentwurf (2001).

[316] Cfr. el texto del art. 7 (2)(h).

[317] Tampoco en la norma residual del art. 7 (1)(k), pues allí sólo se habla de "actos inhumanos de carácter similar", los cuales nuevamente deben determinarse en vista de los tipos —ellos mismos poco determinados(!)— previstos en las letras (a)-(j) del apartado 1 y teniendo en consideración las consecuencias de la lesión. Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 79 s., 224 ss.

[318] Cfr. con más detalles, especialmente sobre la delimitación entre conflictos internacionales/no internacionales e internos en el sentido del art. 1 (2), PACG II *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider (eds.), Humanitäres Völkerrecht (2001), p. 326 ss.; *el mismo*, Crímenes (2004), p. 83 ss.

definitiva, aquí como en el caso del art. 7 la (tentativa de) comisión aislada de los hechos mencionados en el art. 8 sólo es punible según el derecho penal nacional.

En cuanto concierne a los *tipos individuales*, el art. 8 contiene una mezcla de tipos típicamente del derecho nacional y/o también ya previstos en el art. 7,[319] así como tipos clásicos del derecho internacional de la guerra tradicional. En el primer grupo, lógicamente, el comienzo de la tentativa debe determinarse del mismo modo que en el art. 7. Arriba ya ha sido afirmado que el contenido de injusto en principio diferente de los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra no justifica en caso de identidad típica una diferente punibilidad de la tentativa de participación.[320] Esto rige en general para la punibilidad de la tentativa.

En cuanto a los *demás tipos* del art. 8, la determinación del comienzo de la tentativa no es posible con criterios abstractos por razones similares a las del art. 7. Por un lado, el art. 8 contiene numerosos tipos indeterminados, en los cuales la implementación en el derecho interno y la determinación del comienzo de la tentativa plantea los mismos problemas que en el caso de los tipos correspondientes del art. 7. Aquí se trata sin excepción de tipos del derecho internacional de la guerra clásico, por ejemplo, el forzar a un prisionero de guerra a servir en las fuerzas de una potencia enemiga (art. 8 (2)(a)(v)),[321] el privar deliberadamente a un prisionero de guerra de su derecho de ser juzgado legítima e imparcialmente (art. 8 (2)(a) (vi))[322] o el cometer atentados contra la dignidad humana (art. 8 (2)(b) (xxi)).[323] Además, el art. 8 contiene tipos que, por su estructura, representan *delitos de actividad*, especialmente aquellos que sancionan el empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra (art. 8 (2)(b)(xvii)-(xviii)), es decir, tipos cuyo fundamento de punibilidad reside en la peligrosidad de tales medios. En este sentido, es posible hablar de delitos de actividad con carácter de peligro. También es un delito de actividad el "declarar que no se dará cuartel" (art. 8 (2)(b)(xii) o bien (e) (x)), pues la declaración como tal es suficiente para la realización del tipo.

En todos estos casos el comienzo de la tentativa puede ser determinado sólo en relación con las acciones típicas concretas. Desde luego, al respecto debe examinarse si una punibilidad de la tentativa no conduciría a una criminalización anticipada demasiado amplia. Si esto es así, se debe recurrir una vez más a la teoría objetivo-formal, con el fin de llevar el comienzo de la tentativa lo más cerca posible de la lesión efectiva del bien jurídico. Esto parece ser necesario, por ejemplo, en el caso del art. 8 (2)(a)(vi): si ya la *privación del derecho* a un proceso penal regular (justo e

---

[319] Cfr. ya supra nota 302 ss. Sobre los tipos individuales del art. 8 *Ambos*, Crímenes (2004), p. 98 ss. con mas referencias.

[320] Cfr. el texto posterior a la nota 304.

[321] Similar el art. 8 (2)(b)(xv): Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país.

[322] Cfr. para el conflicto no internacional el similar art. 8 (2)(e)(viii).

[323] Cfr. también el § 31, WStG.

imparcial) es sancionada,[324] entonces, con esto, estarán comprendidas también las acciones que se encuentran antes de la verdadera condena "irregular", por ejemplo, la negación de la asistencia de un abogado o del examen judicial de la decisión de encarcelamiento preventivo. La punibilidad de la tentativa conduciría a un adelantamiento de la punibilidad aún mayor. Estas argumentaciones son consistentes sin embargo sólo si se limita el fin de protección de la norma al impedir una condena sin las debidas garantías y se exceptúan las medidas judiciales anteriores a ésta.

III. RESUMEN

La ***regulación vigente*** de la tentativa de derecho penal internacional, inclusive el desistimiento, se basa en el derecho francés y estadounidense.[325] La regulación del *tipo de tentativa* del art. 25 (3)(f), oración 1, primera parte no se ha de clasificar ni en la teoría objetivo-formal, ni en una estrictamente subjetiva. Ella sigue, más bien, una *teoría mixta objetiva-subjetiva*, según la cual la tentativa es la *voluntad* criminal del autor *objetivamente manifestada*. Esto se corresponde con la interpretación del § 22, StGB como voluntad accionada en enemistad al derecho. Se ha de tener en cuenta, sin embargo, que la combinación peculiar de la fórmula del comienzo ("Beginn-Formel") y la doctrina del substantial step entraña una objetivización del tipo de tentativa que revaloriza la acción externa de tentativa frente a la representación del autor que constituye la base de la tentativa. En este sentido la acción objetiva de tentativa es un elemento autónomo del tipo de tentativa.[326]

La doble *regulación del desistimiento*, negativa-positiva, del art. 25 (3)(f), oración 1, segunda parte y oración 2 puede explicarse sólo como un "descuido de redacción", pues tanto la oración 1, segunda parte, como también la oración 2 posibilitan la eximición de pena en caso de desistimiento de la tentativa. En lo que concierne a los presupuestos del desistimiento rigen las reglas y principios discutidos también en el derecho alemán.[327]

En relación con la ***delimitación entre preparación y tentativa***, las consideraciones dogmáticas de derecho comparado confirman ante todo que la determinación del comienzo de la tentativa no es posible con una fórmula general.[328] Se debe desarrollar, por tanto, una *fórmula de aproximación* de derecho penal internacional. El primer elemento de tal fórmula es —para los casos de tentativa acabada— el criterio de

---

[324] La disposición se refiere sólo a un proceso penal y no a cualquier proceso judicial. Esto resulta de la relación material con los crímenes de guerra, del art. 75 (4) del PACG I que se refiere al proceso penal y del concepto francés "juger".

[325] Cfr. supra I.

[326] Cfr. supra II. 1. y 3., por la nota 263.

[327] Cfr. supra I. 2.

[328] Cfr. supra II. 2.

la *pérdida de dominio*. Por lo demás, se ha de basar en el tipo tentado en concreto (principio de la *referencia al tipo*) y en el *peligro material para el bien jurídico* causado con la conducta. En este sentido, se puede hablar de una *consideración material de conjunto referida al tipo y al bien jurídico*. Sin embargo, en vista del alto contenido de injusto de los crímenes internacionales no se deben fijar exigencias demasiado rigurosas a la inmediatez o cercanía al tipo de la acción de tentativa.[329] La aplicación de esta fórmula de aproximación a los tipos concretos de los crímenes internacionales confirma el escepticismo frente a una fórmula general y la necesidad de un punto de vista flexible y referido al caso concreto; éste podría ser satisfecho de la mejor manera justamente con la fórmula de aproximación desarrollada.[330]

Una determinación más concreta del comienzo de la tentativa en los crímenes internacionales no puede ser efectuada en este lugar. Ésta debe reservarse a trabajos específicos sobre la base de casos hipotéticos o a la jurisprudencia penal internacional. Sin embargo, a la luz de la escasa relevancia actual de la tentativa en el *case law* de derecho penal internacional, la posibilidad mencionada en último término no producirá seguramente resultados concretos en un tiempo previsible.

---

[329] Cfr. supra II. 3. Crít. LK-*Hillenkamp* (2002), previamente al § 22 nm. 152 con nota 205.

[330] Cfr. supra II. 4.

§ 11. Presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual, con inclusión del error *

En las dos primeras partes de este trabajo[N. del T.] el error ha sido clasificado como defence y, con ello, se ha tenido en cuenta la dicotomía *offence-defence* del derecho angloamericano, que desde hace tiempo domina también en el derecho penal internacional.[1] Ese punto de vista deber ser aquí relativizado. Desde la perspectiva del derecho penal continental europeo el error pertenece, al menos en cuanto error de hecho o error de tipo, a la parte cognitiva del dolo, pues su presencia excluye el conocimiento del tipo y con ello el dolo. Su clasificación entre las "defences" se justifica, por tanto, solamente si se sostiene un concepto de defence completamente amplio, en el cual se subsuma simplemente todo aquello que "de algún modo" elimina la responsabilidad jurídico-penal. En este lugar se trata sin embargo de diferenciaciones cualitativas, cuya implementación a largo plazo también es deseable en el derecho penal internacional. En este sentido, se le ha de dar la razón a aquellos representantes del common law que consideran "technically incorrect" la denominación de "defence of mistake" y en su lugar hablan de argumentos referidos a "failure of proof", porque en los casos de error la acusación no habría logrado producir la prueba del dolo del tipo.[2] Este punto de vista más diferenciado justifica el hacer seguir a las consideraciones sobre los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual la investigación del error.[3]

---

* Traducción del § 21 de la vers. al., revisado, actualizado y complementado.

N. del T. Aquí, sólo traducidas parcialmente; al respecto, ver introducción del traductor.

1 Sobre el concepto de defences, ya supra § 1 IV. 2. a).

2 Acertadamente *Ashworth*, Principles (2003), p. 204; cfr. sobre el empleo general del concepto de "failure of proof"-defence *Schopp*, Justification (1998), p. 3, 19, 34.

3 Cfr. también ya p. 115 vers. al.; ver también *Eser*, en: Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute (2002), p. 889, 934; *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1390 s.

I. LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

La problemática del art. 30[4] se puso enteramente de manifiesto recién en la discusión de los elementos de los crímenes[5] en la Preparatory Commission.[6] Allí cobró vigencia práctica la cuestión de qué requisitos subjetivos se han de exigir en los crímenes establecidos en los arts. 6-8. Al respecto, se trató especialmente de tres interrogantes: ¿A qué "elementos" de los arts. 6-8 se debe referir el dolo del autor? ¿Qué requisitos se han de exigir respecto de los elementos normativos del tipo? ¿Se prevén en los arts. 6-8 exigencias de dolo que se apartan del art. 30? Si bien estas cuestiones fueron discutidas, no se ha llegado aún de ningún modo a respuestas satisfactorias. Esto deberá ser intentado en este lugar. Antes de ello, sin embargo, se ha de efectuar una interpretación del art. 30.

1. El punto de partida problemático: el art. 30 del ECPI

a) Consideraciones generales

El art. 30 (1) prevé como regla general que el autor haya actuado ("committed") en relación con los "elementos materiales" ("material elements") de un crimen con "intención y conocimiento" ("intent and knowledge", "intention et connaissance").[7] El concepto "committed" es equívoco, pues el art. 30 no se refiere solamente a la comisión en calidad de autor, sino a todas las formas de intervención en el delito en el sentido del art. 25.[8] Éstas deben ser realizadas con intención *y* conocimiento, habiendo sido finalmente rechazada la formulación alternativa ("intent *or* knowledge")[9] discutida en el Preparatory Committee.

---

[4] Las disposiciones sin indicación de fuente corresponden al ECPI.

[5] Los elementos de los crímenes elaborados por la Comisión Preparatoria (*Preparatory Commission*, PrepCommis) y aprobados por la Asamblea de los Estados (cfr. ya § 1 nota 18) partes deben "ayudar" a la CPI en virtud del art. 9 solamente en la interpretación; ellos no poseen, por tanto, un efecto vinculante directo; antes bien, su compatibilidad con el Estatuto ha de ser examinada por la CPI (cfr. *Gadirov*, en: Triffterer [ed.], Commentary [1999], art. 9, nm. 30; *Dörmann/Kreß*, HuV 1999 203; *Lindenmann*, HuV 1999, 213; *von Hebel/Robinson*, en: Lee [ed.] Court [1999], p. 87 s.). Ellos fueron aprobados en primera lectura en la tercera sesión del PrepCom (29.11.-17.12.1999) (sobre las dos primeras sesiones cfr. *Schabas*, HRLJ 1999, 164 s.; *Dörmann/Kreß*, HuV 1999, 203 ss.; sobre la tercera sesión cfr. UN-press release L/2939 ‹www.un.org/icc›).

[6] Cfr. en general, ya p. 501 s. vers. al.

[7] Sobre la génesis de la disposición *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 1 ss.

[8] *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 7 s.

[9] *UN*, Report of the Preparatory Committee II (1996), p. 92.

Si se transportara el art. 30 al derecho alemán, entonces con esto se aludiría a una comisión *dolosa* del hecho en el sentido del § 15, StGB[N. del T.], esto es, a una acción con conocimiento y voluntad.[10] La traducción oficial alemana de "mental element" como "elementos subjetivos del tipo" (*subjektive Tatbestandsmerkmale*) no es del todo correcta, pues según la comprensión alemana existen elementos subjetivos especiales del tipo independientes del dolo, los cuales sólo pueden resultar directamente de los tipos de la "parte especial", aquí, por tanto, de los arts. 6-8.[11] Sin embargo, el concepto de "mental element" o bien "mens rea" es absolutamente impreciso —por no decir: ambiguo—.[12] Él se basa en el conocido dicho "actus non facit reum nisi mens sit rea"[13] del juez Edward Coke (1552-1634).[14] Es claro que con este concepto se entiende en el common law —al igual que en el derecho francés con el término "élément psychologique" o "moral"— el aspecto interno del hecho, subjetivo, en oposición al aspecto externo, objetivo (*actus reus,* "élément matériel").[15] Más allá de esto, mucho es controvertido.[16] La opinión sostenida en repetidas ocasiones y también absolutamente obvia por la frecuente referencia a la "guilty mind" de que la *mens rea* conllevaría a la vez el reproche de culpabilidad,[17] no está libre de objeciones, ya que en el derecho angloamericano no se diferencia en principio entre dolo (genérico) y elementos subjetivos especiales del tipo,[18] ni se reconoce a la conciencia

---

N. del T. § 15 Actuar doloso e imprudente: "Es punible únicamente la conducta dolosa, a menos que la ley expresamente conmine con pena la conducta imprudente".

[10] Sobre la definición francesa clásica del "dol général" como conocimiento y voluntad cfr. *Elliott*, CLF 2000, 36. Crít., sin embargo, *Herzberg*, FS BGH IV (2000), p. 64 ss. (82: "lingüísticamente cuestionable" e "imprecisa"). La Sala de Apelación del ICTY parece aceptar también esta interpretación del elemento subjetivo porque exige, por un lado, "awareness of a higher likelihood of a risk" y, por el otro, "a volitional element" (*Prosecutor v. Blaskic*, Judgement 29.7.2004 (IT-95-14-A), para. 41 s.; ver ya supra § 2 II. 3. a)).

[11] Cfr. sobre esto, infra 2 c).

[12] Instructivo sobre los diferentes significados *Etzel*, Notstand (1993), p. 58 ss.; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 41 ss.

[13] "Una acción no hace culpable (a una persona), si el espíritu no es culpable".

[14] *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung (1995), p. 383, con otras referencias; también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 38.

[15] Cfr. ya supra § 7 III.

[16] Especialmente la comprensión amplia de la *mens rea*, según la cual —con prescindencia del actus reus— habrían de abarcarse todos los presupuestos de la punibilidad (cfr. *Etzel*, Notstand [1993], p. 58; *Watzek*, Rechtfertigung [1997], p. 41 s.).

[17] Así, los defensores de un "sistema del delito común europeo occidental": *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 421: "caracterizada entre otras cosas similares como culpabilidad […] responsabilidad". *Vogel*, GA 1998, 146: "al mismo tiempo portador del reproche de culpabilidad". Cfr. también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 291; *Schopp*, Justification (1998), p. 3, quien califica a las formas de dolo como "culpability element"; en el resultado también *Etzel*, Notstand (1993), p. 58 ss. (61). El *Sub-Committee canadiense*, Principles (1993), p. 19 considera como "morally blameworthy" a aquellos "who purposely cause harm". Diferenciando sobre el derecho francés *Vogel*, GA 1998, 133, con otras referencias, así como *Manacorda*, GA 1998, 126 ("criterios de imputabilidad subjetiva").

[18] Cfr. *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 421; *Vogel*, GA 1998, 129, 136, 140 s.; *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 291.

de la antijuridicidad[19] como elemento independiente del delito o *explícitamente* —en el sentido de la teoría del dolo[20] del derecho alemán— como elemento integrante de la *mens rea*.[21] Cuando en este ámbito se habla alguna que otra vez también de conciencia de la antijuridicidad en relación con el dolo,[22] esto ocurre más bien incidentalmente o de modo absolutamente casual; en todo caso, no es objeto de una profunda reflexión dogmática.[23] De hecho y predominantemente la mens rea es equiparada a las usuales formas de dolo.[24] También el contenido y la estructura del art. 30 dejan en claro que allí el concepto de "mental element" ha de entenderse en el sentido de dolo

[19] En el sentido supra mencionado: § 7 III., nota 170. Sobre la comprensión del derecho penal del common law de la doctrina clásica, instructivo también *Korte*, Befehl (2004), p. 169 con otras referencias.

[20] Cfr. *Weber*, en: Baumann/Weber/Mitsch, AT (2003), § 21, nm. 37 ss. (40 s.), quien —a pesar del § 17, StGB— sigue convencido de que la "teoría del dolo estricta es la que mejor satisface al principio de culpabilidad" y quiere perseverar con ésta al menos en el derecho penal accesorio y en el derecho penal administrativo. En este sentido, también *Roxin*, AT I (1997), § 21, nm. 10.

[21] Según *Vogel*, GA 1998, 133, sin embargo en el derecho *francés* la conciencia de la antijuridicidad es atribuida al dolo. En este sentido, está en vigor por tanto la "teoría del dolo", mostrándose con esto que la disputa entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad, en todo caso internacionalmente, aún no está resuelta. Desde el punto de vista *chino*, por ejemplo, *Gao* aboga por una "teoría del dolo limitada" en el sentido de Reinhard *Franks*, al considerar al conocimiento de la dañosidad social de la conducta como parte integrante del dolo (en: Eser/Nishihara [editores], Rechtfertigung [1995], p. 397 ss.; sobre esto *Burkhardt*, en: idem, p. 405 ss.). Sobre la falta de resolución de la cuestión en el derecho *japonés*, por ejemplo *Nishida* (en: idem, p. 431 ss.). Sobre el derecho inglés "tradicional" ver *Watzek*, infra, nota 24.

[22] Detalladamente, por ejemplo, en *Fletcher,* Rethinking (1978), p. 742 ss., aunque refiriéndose a las teorías alemanas del dolo y de la culpabilidad; también *el mismo*, Concepts (1998), p. 157, con referencia a los casos *Tolson* y *Vogel* en la nota 20. Cfr. también *Kaplan*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1127 ss., quien acentúa fuertemente la "blameworthiness". En cambio, la opinión usual en *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 69 ss., quienes, por un lado, se basan en lo moralmetnte correcto, pero, por el otro, entienden con *mens rea* a las formas usuales de dolo y las distinguen de la reprochabilidad de la conducta (idem, p. 53: "A person may […] have mens rea though neither he nor any reasonable person would regard his state of mind as blameworthy"). Por lo demás, la *mens rea* tendría que determinarse solamente en relación con el tipo en cuestión (idem, p. 69). Cfr. también *Vogel,* GA 1998, 140 s., con otras referencias, quien se funda en este sentido en los "viejos puntos de vista" y en el sentido literal del término *mens rea*.

[23] *Ashworth,* ZStW 1998, p. 467 expresa que la discusión inglesa parte de la "suposición ficticia" de que "el principio de culpabilidad sería la piedra fundamental del sistema del hecho penal". Para *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 347, 349, falta en la doctrina inglesa una concepción amplia de la culpabilidad.

[24] Cfr. por ejemplo el § 18, *DCCB*, donde "fault" es definido como "knowingly", "intentionally" y "recklessly"; también el § 2.02 (2), *MPC*, el cual nombra como especies de "culpability" al "purposely", "knowingly", "recklessly" y "negligently"; el § 2 (4) del Draft Bill *canadiense* (*LRC*, Report 31 [1987], p. 21 ss. define las mismas formas de dolo; sobre esto *Weik*, ZStW 1994, 859); cfr. finalmente también el art. 9 del *Corpus juris* 2000, en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), Implementation I (2000), p. 192, según el cual la "mens rea" abarca en principio a la "intention"; sobre esto también *Delmas-Marty*, en: idem, p. 73. Cfr. también *LaFave*, Criminal Law (2003), p. 239 ss.; *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 182 s.; *Ashworth*, Principles (2003), p. 4 s., 87, 158 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 69 ss. (ya supra nota 22); *Vogel*, GA 1998, 140 s., así como *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 41, 43, 268 ss., 349, en donde se expresa que la doctrina tradicional —confirmada con la decisión de la *House of Lords* en el caso *Kingston*— equipararía la mens rea con el tipo subjetivo y, de este modo, la reprochabilidad personal no constituiría un presupuesto de la punibilidad.

(genérico). Se trata sólo de la realización a sabiendas e intencional de los elementos del tipo y no de la antijuridicidad de la acción.

Otra imprecisión de la traducción oficial alemana consiste en que ella menciona dos veces el elemento cognitivo: Los elementos del tipo deben ser realizados "dolosamente" ("vorsätzlich") y "a sabiendas" ("wissentlich").[25] Sin embargo, también aquí se debe ser comprensivo con los traductores, debido a la ambivalencia del término en cuestión. En efecto, en el derecho angloamericano el término "intent" es utilizado con un doble sentido —sea como "doloso" o bien como "intencionalmente" o "con voluntad"—. Si bien esto ya ha sido advertido,[26] proponiéndose la diferencia-

---

[25] Cfr. también *Triffterer*, FS Roxin (2001), p. 1436.

[26] Cfr. p. 107 y p. 480 vers. al. En nuestro contexto, recientemente también *Greenawalt*, ColLR 1999, 2266 ss. y *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 382, quienes se lamentan de la indeterminación del concepto de "intent". Sobre la controvertida terminología también *Clark*, ZStW 114 (2002), p. 379.

[N. del T.: En lo siguiente se traducen las partes pertinentes de las p. 107/108 de la vers. al., a las que hace referencia el autor (las notas correspondientes fueron insertadas entre corchetes en el texto a continuación de la parte respectiva):

El derecho penal estadounidense *moderno* diferencia en la parte interna del hecho (*mens rea en oposición al actus reus) entre* "purpose", "knowledge", "recklessness" y "negligence" (§ 2.02 MPC). Al respecto, "purpose" (anteriormente "intent") se asemeja al elemento volitivo del dolo en el sentido de la intención como tendencia interna trascendente [cfr. § 2.02 (2)(a) MPC, según el cual el autor actúa "purposely", cuando: "(i) it is his conscious object" realizar una conducta típica determinada y (ii) él respecto de las posibles circunstancias típicas concomitantes "is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist"] y "knowledge" al elemento cognitivo en el sentido de conocimiento [cfr. § 2.02 (2)(b) MPC, según el cual actúa "knowingly", quien (i) respecto de una conducta típica determinada: "is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist" y (ii) respecto de un resultado típico determinado "is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result"]. Según el punto de vista tradicional, "intent" significa conocimiento y voluntad de la realización del tipo y representa, por tanto, el dolo (*dolus*) [cfr. *LaFave*, Criminal Law (2003), § 5.2., p. 224 s.; cfr. también *Honig*, Strafrecht (1962), p. 106 ss.; *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 183 s.]; en este sentido es utilizado el concepto también hoy y precisamente en derecho penal internacional [cfr. por ejemplo *Fletcher*, Concepts (1998), p. 112. Por el contrario, *LaFave*, Criminal Law (2003), § 5.2., p. 224, 246 ss. diferencia entre "intent" en sentido restringido (querer) y "knowledge" (conocimiento); si bien no existe un concepto de dolo, no se quiere acudir al concepto —aún más general— de *mens rea.*]. Por el contrario, con frecuencia se utilizan los términos "specific intent" o "intention" para el concepto de intención ("Absicht") [Sobre "general" y "specific intent" cfr. p. 110 vers. al.; cfr. también p. 480 vers. al.] En *concreto*, el significado querido deberá ser extraído del contexto de regulación.

La "*recklessness*" [cfr. § 2.02 (2) (c) MPC, según el cual una persona actúa "recklessly", "when he *consciously disregards* a substantial and unjustifiable *risk* that the material element (of an offense) exists or will result from his conduct". Al respecto, el riesgo debería ser de tal naturaleza, que su menosprecio por el autor "involves a *gross deviation* from the standard of *conduct* that a *law-abiding* person would observe in the actor's situation" (resaltado por el autor)] fue introducida como un grado intensificado de la imprudencia en el sentido de la imprudencia consciente en delimitación de la "*negligence"* (imprudencia inconsciente) [cfr. § 2.02 (2) (d) MPC, según el cual una persona actúa "negligent", "when he *should be aware* of a substantial and unjustifiable *risk* that the material element (of an offense) exists or will result from his conduct". Al respecto, el riesgo debería ser de tal naturaleza, que su inobservancia por el autor "involves a *gross deviation* from the standard of *care* that a *reasonable* person would observe in the actor's situation" (resaltado por el autor)] que viene originariamente del ilícito de derecho civil [cfr. *LaFave*, Criminal Law (2003), § 5.4. (p. 261 ss.); *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 442 ss.; *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 184 s., 186. Cfr. también § 9 II. 2. b) por la nota 180].

ción entre "intent" (dolo) e "intention" (intención), ella no ha logrado imponerse en el derecho penal internacional. El propio ECPI utiliza estos conceptos de manera no uniforme. Así, por ejemplo, la *intención* especial de destrucción en el genocidio (art. 6) es expresada como "*intent* to destroy", el actuar *doloso* en el sentido del art. 25 (3)(d) como "*intentional*" y el *dolo* del grupo en el sentido del art. 25 (3)(d)(ii) como "*intention*". El mismo art. 30 es poco claro desde el punto de vista terminológico, pues, por una parte, con "intent" se alude en el apartado 1 —en contra de la traducción oficial alemana— al elemento volitivo y, por la otra, en el apartado 2 se utiliza este concepto —en consonancia con la traducción alemana— en el sentido de dolo (genérico).[27] Contradicciones similares se pueden constatar al examinar las versiones auténticas francesa y española.[28] Este *caos terminológico* confirma sólo que los conceptos "intent", "intention" o "intentional" no tienen un significado preciso y seguro, sino que ellos deben ser interpretados en su contexto sistemático, teniendo en cuenta consideraciones históricas y teleológicas.

A pesar de estas disputas terminológicas, resta seguro que el requisito de un componente volitivo (de la voluntad) y otro cognitivo (intelectual) del dolo también es reconocido en otros ordenamientos jurídicos.[29] El art. 30 establece en este sentido

El *dolus eventualis* no existe en el derecho estadounidense; sin embargo, en algunos tipos concretos se encuentran criterios de delimitación similares, por ejemplo, en el asesinato [*Fletcher*, Rethinking (1978), p. 445 ss.]

En las sentencias aquí analizadas, la "wilful blindness" constituye una importante excepción a la exigencia del conocimiento positivo [cfr. *LaFave*, Criminal Law (2003), § 5.2. (p. 247 s.); *American Law Institute*, MPC (1985), p. 248; *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 184]. Con esto se alude a la situación en la cual el autor ha omitido conscientemente todas las medidas para obtener conocimiento de la existencia de los presupuestos fácticos de un delito. Instructivo en este sentido es el caso *U.S. v. Jewell*, en el cual el acusado se había negado "deliberadamente" (deliberately) a examinar la carga del camión con el cual debía cruzar la frontera entre México y los Estados Unidos, y que, a la postre, resultó que transportaba drogas. En general, en un caso semejante se plantea la cuestión de si ha de partirse *anzunehmen ist* de una imprudencia consciente en el sentido de la *recklessness* o de conocimiento positivo en el sentido del *knowledge*. En el caso mencionado, la "deliberate ignorance" del acusado fue equiparada al *conocimiento positivo*. También el § 2.02 (7), MPC parte en los casos de "wilful blindness" del conocimiento positivo, si el acusado es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un hecho determinado y no cree realmente en que éste no existe [§ 2.02 (7) MPC: "When knowledge of the existence of a particular *fact* is an element of an offence, such knowledge is established if a person is *aware* of a high *probability* of its existence, *unless* he actually believes that it does not exist" (resaltado por el autor)]. Por consiguiente, de la alta probabilidad de la existencia de un hecho determinado se deduce el conocimiento de su existencia.]

[27] Cfr. también *Kreß*, Nutzen (2000), p. 35.

[28] La intención de destrucción en el sentido del art. 6 es designada como "intention de détruire" e "intención de destruir", el dolo (genérico) del grupo en el sentido del art. 25 (3)(d)(ii) asimismo como "intention" e "intención". Esto es asombroso también, porque en los idiomas románicos con "intention" o "intención" es entendido por lo general el elemento volitivo del dolo; del latín *intendere:* dirigirse a, aspirar a, proponerse a (cfr. por ejemplo *Laurenzo Copello*, Dolo [1999], p. 204 ss.; esta autora entiende sin embargo [JPD 7/2000, 100] al art. 30 también en el sentido del dolo (genérico); sobre la comprensión volitiva, referida al resultado, del "dol spécial" cfr. *Elliott*, CLF 2000, 38 ss.). Sobre las imprecisiones conceptuales en los ordenamientos jurídicos europeos, especialmente respecto de la imprudencia grave, cfr. *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 146 s.

[29] Cfr. para el common law: el § 2.02, MPC, así como *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 235 s.; el § 18, DCCB, así como *The Law Commission*, Commentary (1989), p. 190; también *Williams*,

una regla *general* que conoce excepciones, dado que el ECPI contiene formas de dolo más débiles, por ejemplo en el marco de la responsabilidad del superior,[30] pero también exigencias subjetivas más intensas, como la especial intención de destrucción en el genocidio (art. 6).[31] La formulación "[s]alvo disposición en contrario" ("[u]nless otherwise provided") procura tener en cuenta estas regulaciones especiales. De esta manera se creyó poder ahorrar una mención expresa de las exigencias subjetivas especiales;[32] sin embargo, con ello no se ha hecho más que plantear otra cuestión, a saber, si las exigencias subjetivas que se apartan de la regla general del art. 30 pueden resultar sólo del Estatuto o también de los elementos de los crímenes[33] con base en el art. 9.[34] Sobre el punto se volverá más adelante.[35]

b) *Los* "*elementos materiales*" *como punto de referencia del dolo:* "*conducta*", "*consecuencia*", "*circunstancia*"

aa) *Sobre el objeto del dolo*

La determinación más precisa de aquello que el art. 30 entiende por dolo hace necesaria, en primer lugar, una clarificación en cuanto al objeto del dolo. Según el art. 30 (1) el dolo se refiere a los "elementos materiales" ("material elements") de un crimen. Con esto se ha procurado ante todo evitar confusiones, porque en el texto presentado origina-

---

Criminal Law (1983), p. 71; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 70 s. Cfr. también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 44 s., quien señala el significado volitivo y cognitivo de la "intention". En este sentido, también *Weigend*, ZStW 1981, 674, nota 60, quien constata que en la doctrina estadounidense también se equipara "intention" con "conocimiento". *Burkhardt*, IsLR 1996, 84 s. finalmente quiere diferenciar entre "intention" en sentido amplio y restringido. Para la doctrina francesa (clásica) *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 729 ss., en donde sin embargo se entiende "intention" de manera más bien volitiva (cfr. también *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal [2003], p. 420 ss., así como infra, nota 28). Para la doctrina española: *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 259 ss.; *Cerezo*, Curso II (1998), p. 131 ss.; *Zugaldía et al.*, Derecho Penal (2002), p. 496 ss. Para la doctrina latinoamericana cfr. *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 360 ss.; *Bruno*, Direito penal (1967), t. 2, p. 64 ss.; *Bustos*, Obras (2004), p. 823 ss.; *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 400 ss.; *Velásquez*, Manual (2004), p. 282 ss.; *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 212 ss.; *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones (2003), p. 256 ss, 270 ss. Cfr. también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 292 s.; *Vogel*, GA 1998, 133, 140 s.; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 293, nota 6; *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 149.

[30] Cfr. ya supra § 9 II. 2.

[31] Cfr. infra 2. c) aa).

[32] Cfr. *UN*, Report of the Preparatory Committee I (1996), p. 45 (para. 199): "There was no need […] to distinguish between general and specific intention, because any specific intent should be included as one of the elements of the definition of the crime". Cfr. también *Schabas*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 1998, 420; *Kreß*, IYHR 2000, 122 s.; *Arnold*, CLF 2003, p. 132 s. ("default rule").

[33] Cfr. ya supra, nota 5.

[34] En el primer sentido (restrictivo) *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 3; dejando abierta la cuestión *Clarke*, Notes (2000), p. 12 ss.

[35] Cfr. infra 2 c).

riamente al Comité de Redacción de la Conferencia de Roma había sido utilizado el concepto de "*physical* elements" y sólo los redactores han reemplazado la palabra "physical" por "material". Esto fue fundamentado con que la traducción del concepto "physical" a los otros idiomas de la ONU crearía dificultades y que "material" significaría lo mismo.[36] Sin embargo, esto no es del todo convincente, pues el concepto "material" posee más sustancia que el término, más bien insípido, de "physical". En efecto, tal concepto deja al menos en claro que se trata de elementos de derecho material —y no de derecho procesal—. Así, el § 1.13 (10), MPC —seguramente conocido por los redactores— define como "material element of an offence"

> […] an element that does not relate exclusively to the statute of limitations, jurisdiction, venue or to any matter similarly unconnected with (i) the harm or evil, incident to conduct, sought to be prevented by the law defining the offence, or (ii) the existence of a justification or excuse for such conduct.

Con "material elements" se aludiría por tanto a todos los presupuestos *jurídico-materiales* de la punibilidad, inclusive las causas de justificación y exculpación ("circunstancias eximentes de responsabilidad penal"; "grounds for excluding criminal responsibility"), pero no a los presupuestos *procesales* de persecución. De este modo, el dolo no se debería referir solamente a los elementos del tipo objetivo —como deja suponer la traducción oficial alemana—, sino también a los elementos de las causas materiales de exclusión de la punibilidad. El autor debería haber actuado por tanto —en el sentido de la doctrina también reconocida en Alemania de los elementos subjetivos de la justificación[37]— al menos con conciencia de la causa de exclusión de la punibilidad.

Sin embargo, en contra de esta comprensión amplia del concepto de "material elements" habla su utilización en codificaciones anteriores y en general en el common law. El mismo *American Law Institute* utiliza —en otro lugar— un concepto más restringido del "material element", al entender con éste las características ("conduct, circumstances, result") de la conducta, que distinguen al delito.[38] En el art. VI (2) del Draft International Criminal Code el concepto de "material element" fue equiparado al de *actus reus*, esto es, fue entendido en el sentido de elementos objetivos del tipo.[39] En favor de una comprensión más restringida del concepto "material element" habla también el concepto originario de "physical element", con el cual se aludía solamente a los elementos objetivos del tipo. También una interpretación de la *versión francesa* del art. 30 corrobora la posición más restringida. En la doctrina francesa clásica, el concepto de "élément matériel" era entendido como la manifesta-

[36] Así, por ejemplo *Cherif M. Bassiouni*, presidente del Comité de Redacción en el encuentro de expertos *intersessional* de Siracusa (31.1.-6.2.2000). Cfr. también *Clarke*, Notes (2000), p. 11. Así probablemente también *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 8, cuando coloca los términos "physical or material" uno al lado del otro.

[37] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 91 ss.

[38] *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 229, nota 1.

[39] Cfr. sobre el actus reus ya p. 477 s. vers. al., así como § 7 III.

ción visible de la voluntad delictiva del autor.[40] Regía la regla "pas d'infraction sans activité matérielle", regla que, sin embargo, es entendida de manera menos estricta desde el reconocimiento de los delitos de peligro y de la punibilidad de la tentativa. De este modo, la conducta exterior (acción u omisión) es considerada hoy como élément matériel, sin que importe el resultado.[41] El élément matériel podría incluir sin embargo también la antijuridicidad o la falta de causas de justificación, si es que no se le concede a este presupuesto una colocación propia en el marco del "élément légal".[42] De todos modos, el élément matériel podrá ser equiparado más bien con el tipo objetivo,[43] que concebido como un concepto que comprende todos los presupuestos jurídico-materiales de la punibilidad en el sentido del § 1.13 (10), MPC. Por el contrario, el sentido de "elementos materiales" de la *versión española* va más allá del tipo objetivo. El concepto "objektive Tatbestandsmerkmale" debería ser traducido como "elementos objetivos del tipo" o "elementos del tipo objetivo". El concepto "elementos materiales" parece estar pensado como un contra-concepto de elementos formales o procesales. Éste se correspondería, sin embargo, con la mencionada definición del MPC e incluiría a todos los presupuestos jurídico-materiales de la punibilidad. Por último, la traducción oficial *alemana* del art. 30 con "elementos objetivos del tipo" ("objektive Tatbestandsmerkmale") se corresponde nuevamente con una comprensión más restringida de "material elements".

En conclusión, el punto de vista decisivo debería ser que los "material elements" ("conduct", "consequence", "circumstance") definidos en el art. 30 (2) y (3) pertenecen al *actus reus*, esto es, al tipo objetivo. Al respecto, *Weigend* ya ha advertido que el *actus reus* representaría una combinación de "act, circumstances and consequences";[44] si se equipara "act" con "conduct", esto se correspondería con los "material elements" contenidos en el art. 30 (2) y (3). Por consecuencia, con el concepto "material elements" se ha de entender el *actus reus*, esto es, el tipo objetivo.

bb) *Puntos de referencia del dolo:* "*conducta*", "*consecuencia*", "*circunstancia*"

Los puntos de referencia del dolo introducidos por el art. 30 (2) y (3) pertenecen desde el punto de vista sistemático a los "elementos materiales" ("material elements"): el art. 30 (1) refiere el dolo a los "elementos materiales", el apartado 2 a la "conducta ("conduct") y a la "consecuencia" ("consequence") y el apartado 3 define

[40] *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 604 ss.; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 379 ss.

[41] *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 199 ss.; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 381 ss.

[42] Así, *Merle/Vitu*, Traité (1997), p. 506 ss.; De otra opinión *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 199.

[43] Asimismo *Vogel*, GA 1998, 132.

[44] *Weigend*, RIDP 1981, 503. Asimismo *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 39 ss.

el conocimiento con referencia a la "circunstancia" ("circumstance") y a la "consecuencia" ("consequence"); con esto, sólo se puede haber querido aludir razonablemente a formas concretas de los "elementos materiales" ("material elements").[45] La formulación se basa en codificaciones anteriores. Así reza el art. 25 del *Model-Draft-Statute* (alternativo):

> Unless otherwise provided, a person is criminally responsible and liable to punishment for a crime under this Statute only if that person is aware of the nature of his or her *conduct* and of the possible existence of *circumstances* or the possible occurrence of *consequences* constituting elements of the crime as defined in this Statute, and accepts the risk that those *circumstances* exist or that those *consequences* will occur.[46]

También esta disposición se basa en última instancia en el § 2.02, *MPC*.[47] Éste no sólo diferencia entre cuatro formas de culpabilidad ("purpose", "knowledge", "recklessness", "negligence"), sino que menciona como puntos de referencia de estas formas de culpabilidad —del mismo modo que el art. 30— a la conducta ("conduct"), al resultado ("result") y a las circunstancias concomitantes ("attendant circumstances"). Similarmente, el § 18, *DCCB* define las formas de dolo mencionadas con referencia a "results" y "circumstances" y el § 2 (4) del Draft Bill *canadiense* con referencia a "conduct", "consequence" y "circumstances".[48] El § 4.1 del CCA australiano divide el tipo objetivo ("physical elements") en "conduct", "circumstance" y "result of conduct", entendiendo a la "conduct" como un hacer positivo, una omisión o un "estado" ("state of affairs"); como "fault elements" están previstas "intention, knowledge, recklessness or negligence" (§ 5).[49]

Ahora, ¿qué significan concretamente los "material elements" introducidos por el art. 30 (2) y (3)? El art. 30 (2)(a) se refiere a una "*conducta*" ("conduct", "comportement"), el apartado 2 (b) a una "consecuencia" ("*consequence",* "conséquence"). Con ello, se parte, por un lado, de la *conducta* (acción y omisión) inherente a todo tipo penal y, por el otro, de las *consecuencias* conectadas (también) a la mayoría de los tipos. El término "consequence" se ha de entender aquí en el sentido de "resultado". Esto resulta también del § 18 (b)(ii), DCCB, el cual define a la "intention" con referencia a "results", evidenciando con ello que este concepto se corresponde con el de "consequence".[50] Expresado en términos dogmáticos, la letra (a) se refiere, de este modo, a la *actividad* inmanente a todo delito y la letra (b) al *resultado* que se produce solamente en los delitos de resultado. El punto de vista expresado en el

---

[45] Asimismo *Ministry of Justice*, Memorandum (2000), p. 1; *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 6. En contra de una diferenciación entre consequences y circumstances *Burkhardt*, IsLR 1996, 84.

[46] *Sadat Wexler* (ed.), Model Draft Statute (1998), resaltado por el autor.

[47] Sobre su gran importancia justamente en el ámbito de la mens rea cfr. *Kadish*, CalLR 1999, 947 ss. (952 s.); también ya *Low*, RLJ 1988, p. 539 ss.

[48] Cfr. ya supra, nota 24.

[49] Cfr. ‹www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/cca1995115›.

[50] Asimismo el § 5.2 (1) CCA (idem).

marco de la discusión de la Preparatory Commission, en el sentido de que con "conducta" ("conduct") sólo se aludiría a la acción humana voluntaria[51] —en oposición a movimientos corporales involuntarios—, no puede recibir aprobación. Pues tal aclaración habría debido realizarse en una disposición general sobre el concepto de acción o sobre el tipo objetivo (*actus reus*), sobre lo cual en Roma no se ha podido llegar a un acuerdo.[52] Una conducta dolosa tan solo puede tener lugar, si existe una acción humana voluntaria; ésta es, por consecuencia, el presupuesto necesario de la existencia del dolo.

Finalmente, la interpretación de "conducta" ("conduct") y "consecuencia" ("*consequence")* con referencia a los delitos de actividad y de resultado tiene también sentido desde el prisma de consideraciones dogmáticas generales y, por cierto, desde un doble punto de vista: Por un lado, también en el common law se diferencia entre delitos de actividad y de resultado y, por cierto, con los conceptos "conduct-crime" y "result-crime".[53] Del mismo modo, la doctrina francesa hace una diferenciación entre "infraction matérielle" e "infraction formelle"[54] que se corresponde estructuralmente con la de delitos de actividad y de resultado. La doctrina española diferencia entre "delito de mera actividad" y "delito de resultado",[55] lo que se corresponde con la referencia a "conducta" y "consecuencia" en el art. 30. Por otro lado, el ECPI no contiene solamente delitos de resultado, sino también delitos de actividad, encontrándose éstos en el ámbito de los crímenes de guerra.[56] Así, por ejemplo, es punible según el art. 8 (2)(b)(xii) y (e)(x) la declaración de que no se dará cuartel y según el art. 8 (2)(b)(xvii) el empleo de veneno o de armas envenenadas en un conflicto armado internacional. Además, numerosos tipos diferencian muy claramente entre una determinada actividad y el resultado producido por ésta, combinando actividad y resultado. Así, por ejemplo, el art. 8 (2)(b)(iv) habla de "lanzar un ataque" que "causará" pérdidas de vidas, lesiones a civiles, etc. Según el art. 8 (2)(b)(vii) es punible la utilización de modo indebido de ciertas banderas o insignias, si con ello se provoca "la muerte o lesiones graves".

---

[51] Cfr. *Clarke*, Notes (2000), p. 9; asimismo *Ministry of Justice*, Memorandum (2000), p. 2 s.; también *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 19, quien sin embargo ve allí además el elemento volitivo.

[52] Cfr., al respecto, también el art. VI (2) del *Draft International Criminal Code,* donde fueron definidos los conceptos de actus reus y de acción (cfr. p. 477 vers. al.). Ver al respecto la crítica de *Weigend*, RIDP 1981, 503, según la cual la definición de acción ("act") de la que parte el proyecto en el sentido de movimiento corporal ("bodily movement") no puede ser equiparada con el actus reus. Cfr. también *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 17 s.

[53] *Williams*, Criminal Law (1983), p. 78; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 30 s.; *Alldridge*, CLF 1990, 54 s. Cfr. también el § 1.13 (5) MPC, según el cual conduct significa "action or omission".

[54] *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 369, 381 ss.; *Stefani/Levasseur/Bouloc*, Droit pénal (2003), p. 209 s.

[55] *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 219 ss.; *Zugaldía et al.*, Derecho Penal (2002), p. 403 ss.; *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (2002), p. 262. Para la doctrina latinoamericana cfr. *Velásquez*, Manual (2004), p. 266 s.; *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 (2003), p. 148 s.

[56] Cfr. también los ejemplos de *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 20.

Junto con los conceptos de "conducta" ("conduct") y "consecuencia" ("*consequence"*) el art. 30 (3) introduce además el de "*circunstancia*" ("circumstance", "circonstance"). En el common law con este concepto se entienden los hechos que resultan de los requisitos del tipo de un determinado delito establecidos en la ley,[57] por ejemplo, en un delito sexual, el sexo y la edad de la víctima o en un hurto, el carácter ajeno de la cosa.[58] Desde la perspectiva alemana se puede recurrir al § 16, StGB,[N. del T.] del cual, formulado positivamente, resultan como objeto del dolo las circunstancias que pertenecen al tipo legal, esto es, normalmente la acción, el objeto del hecho, el resultado del hecho y las circunstancias exteriores del hecho.[59] Aquí no se alude sin embargo a un concepto abstracto de circunstancia, sino a uno referido a las realidades que están descriptas en los elementos del tipo legal.[60] Si se entiende al tipo como tipo de injusto,[61] figurarán especialmente entre estos elementos aquellos que caracterizan el contenido de injusto específico de un delito.[62]

No obstante estas definiciones, en concreto es muy discutido qué elementos de los arts. 6-8 han de ser cualificados como circunstancias del hecho en el sentido del art. 30 (1). La disputa viene de que la clasificación de un elemento determinado como "circunstancia" ("circumstance") implica la necesidad de su conocimiento; en palabras del art. 30 (3): "conciencia de que existe una circunstancia" ("awareness that a circumstance exists").[63] Por tanto, si un "elemento" determinado de los arts. 6-8, especialmente uno de los presupuestos contenidos en la frase superior común ("chapeau"), es considerado como "circunstancia" ("circumstance"), entonces el autor deberá al menos haberlo conocido. Sobre esta problemática de extrema importancia práctica se habrá de volver con mayores detalles más adelante.[64]

---

[57] *Williams*, Criminal Law (1983), p. 115: "[…] facts specified in law as conditions of the offence". Cfr. también el § 4.1 (1)(b) CCA (supra nota 49): "[…] circumstance in which conduct occurs".

[58] Ejemplos según idem y *The Law Commission*, Commentary (1989), p. 192.

[N. del T.] § 16 Error sobre circunstancias de hecho: "(1) Quien, en el momento de la comisión del hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, actúa sin dolo. La punibilidad por comportamiento imprudente queda inalterada. (2) Quien, en el momento de la comisión del hecho, supone erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna, sólo podrá ser penado por comisión dolosa según la ley más benigna".

[59] *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 13 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 274 s.; *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 120.

[60] *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 13.

[61] S/S-*Lenckner* (2001), previamente al § 13, nm. 18; *Roxin*, AT I (1997), § 10, nm. 10 ss.

[62] S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben* (2001), § 16, nm. 8; *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 13.

[63] En este sentido "intention" implica conocimiento, cfr. *Williams*, Criminal Law (1983), p. 116 s. Sobre la "negligence" y la "recklessness" respecto de las "circumstances" cfr. idem, p. 128 ss. De otra opinión, sin embargo, *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 75 s., quienes también en este sentido quieren entender a la "intention" de modo volitivo y cognitivo.

[64] Cfr. 2 a).

c) *El grado del dolo*

Las exigencias concretas del dolo establecidas por el art. 30 (2) y (3) respecto de los mencionados "elementos materiales" ("material elements") no son fácilmente comprensibles y necesitan, por ello, de algunas observaciones aclaratorias.

aa) *En cuanto a la* "*conducta*"

En cuanto a la conducta ("*conduct*"), el autor se debe proponer incurrir en ella (art. 30 (2)(a): "means to engage"; "entend adopter"). Es claro que con ello no se refiere en primera línea, como ya ha sido expresado arriba,[65] a la voluntariedad de la conducta, sino que se acentúa el elemento volitivo del dolo. Pero, ¿esta acentuación del elemento volitivo ha de entenderse como una exigencia de intención en el sentido de un *dolus directus* de primer grado?; ¿la realización de la conducta debe haber sido la meta de la acción del autor? Si bien el texto en inglés, francés y castellano de la disposición habla en favor de esta interpretación,[66] ella es sin embargo problemática, dado que según la doctrina generalizada una intención en el sentido de un *dolus directus* de primer grado debe referirse regularmente a un resultado determinado.[67] Sin embargo, es difícilmente imaginable una acción intencional dirigida finalmente, cuando el autor no persigue un fin concreto, sino solamente una actividad determinada. Esto no significa sin embargo que sea impensable la comisión intencional de un delito de (pura) actividad.[68] Al contrario de los delitos de resultado, la intención no se refiere aquí al resultado deseado, sino a la actividad en sí. Así, en un conflicto armado internacional un soldado puede emplear veneno o armas envenenadas (art. 8 (2)(b)(xvii)) también de modo intencional, si él *quiere* justamente este empleo; y esto significa también: proponerse incurrir en la conducta ("means to engage in the conduct"). No tiene importancia que este soldado se proponga además una determinada consecuencia o un determinado resultado, pues lo único que es determinante es que él se haya propuesto la actividad en cuestión.[69] Se podría objetar a esta interpreta-

---

[65] Cfr. supra, por la nota 51.

[66] Cfr., en este sentido, también el § 2.4 (b)(i) del Draft Bill canadiense, según el cual una persona actúa "purposely as to conduct" "if he means to engage in such conduct […]", es decir, la persona "must do the act on purpose" (*LRC*, Report 31 [1987], p. 23 s.). Como ya fue expresado supra, "purpose" significa intención (cfr. § 8 III. 2.b)). También probablemente *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 19.

[67] Cfr. por todos *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 7 ss.; fundamental *von Selle*, JR 1999, 309.

[68] Cfr. también *Williams*, Criminal Law (1983), p. 76 s., donde habla de "intention" en el sentido de *Absicht* (intención) sin referencia a una consecuencia.

[69] *Von Selle*, JR 1999, 310 s. (310) quiere hablar, en este sentido, de "intención de acción" —en oposición a "intención previa" referida al resultado—, aunque no la entiende en el sentido de intención jurídico-penal, scil. como voluntad de resultado dirigida finalmente.

ción, que con ella se crea una exigencia dolosa demasiado alta en los delitos de actividad. Este argumento sin embargo no puede ser atendido, pues la interpretación de principio de la letra (a) como una exigencia de intención no excluye una diferenciación según el tipo delictivo. Si la "intención" se debe entender siempre como *dolus directus* de primer grado o si con este término no puede aludirse también al entero ámbito del dolo directo, depende de si la ella tiene o no un significado caracterizador del tipo delictivo.[70]

Tal debilitación de la exigencia de intención se encuentra indirectamente también en el § 2.02 (2)(a)(ii), MPC, cuando allí en cuanto a las circunstancias concomitantes del hecho en el marco del elemento volitivo del dolo se considera suficiente el conocimiento del autor.[71] Esto se corresponde con la apreciación constatada para el derecho penal europeo occidental de que también son consecuencias queridas aquellas cuya producción el autor "tiene por seguro o al menos como muy probable, si es que su acción transcurre conforme al plan".[72] En el ECPI, tal comprensión amplia de la intención encuentra un sostén en el art. 30, el cual entiende al "intent" también de manera cognitiva (art. 30 (2)(b)), reconociendo, así, también un elemento cognitivo en los "(specific) intent crimes".[73]

Todo esto parece hablar también en favor de la posición que se está abriendo paso en la doctrina alemana y española, según la cual el dolo se limita al elemento intelectual, esto es, al conocimiento del riesgo de la conducta para la producción del resultado.[74] Esta postura es correcta al menos en cuanto a que el elemento cognitivo

---

[70] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 14 ss. (15). Fundamental sobre el entendimiento del concepto de intención *Gehrig*, Absichtsbegriff (1986), p. 27 ss., con otras referencias, 162; también *von Selle*, JR 1999, 309, 310 ss.

[71] Cfr. también el § 5.2 (2) CCA (supra nota 49), según el cual también es suficiente la creencia en la existencia de la circunstancia. Aún yendo más allá en el § 5.2 (3), CCA (con relación a un "result") y en el § 18 (b), DCCB son reconocidos elementos volitivos y cognitivos como "intention". Acerca de este doble significado de "intention" en el derecho inglés, también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 44 ss.

[72] Cfr. *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 150.

[73] En este sentido también *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 12.

[74] Cfr. en el último tiempo *Frisch*, Vorsatz (1983), p. 101 s. (conocimiento de la conducta adecuada al tipo), 255 ss., 300 ss. (300: "[…] el sustrato psíquico del dolo se agota […] en el *conocimiento*"; resaltado en el original), 341 ss. (341: "necesario es el *conocimiento del riesgo* que es adecuado a la conducta y que fundamenta (normativamente) su tipicidad […]"; *Jakobs*, AT (1993), 8/7 ss. (8: "dolo es conocimiento de la acción incluidas sus consecuencias"), 21 ss. (23: "conocimiento de que la realización del tipo no es improbable"); también *Vogel*, Unterlassungsdelikte (1993), p. 71; en el resultado también *Herzberg*, FS BGH IV (2000), p. 64 ss. (81, 82), a pesar de sus dudas respecto del lenguaje cotidiano (p. 71 s., 79). Para la doctrina *española* cfr. en general *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 255; *Bacigalupo,* Principios (1997), p. 227; *el mismo*, Derecho Penal (1999), p. 319 s.; en particular *Laurenzo Copello*, Dolo (1999), p. 237 ss. (245, 248) y *Feijoo*, CPC 1998, 277 ss., 356, quienes siguen esencialmente a *Frisch*; yendo más allá *Ragués i Vallés*, Dolo (1999), quien, si bien también acentua el elemento cognitivo (p. 175, 519), a causa de la indemostrabilidad del dolo se pronuncia por una normativización y objetivización (p. 275 ss.), queriendo hacer del sentido social de la conducta el único criterio de determinación del conocimiento (p. 323 ss., 520 s.) e imputar a éste por medio de determinadas reglas (357 ss., 529: "reglas sociales de atribución" (también ya *Hruschka*, FS Kleinknecht [1985], p. 201 s.). No se trata ya de la prueba procesal del dolo,

es irrenunciable, pues el actor debe conocer lo que quiere.[75] En este sentido, en el *conocimiento* de la producción del resultado se puede ver una regla probatoria, que permite concluir acerca de la existencia de la *intención*.[76] La problemática no puede ser profundizada en este lugar; sin embargo, valdría la pena reflexionar más profundamente acerca de la aplicación de este punto de vista a la discusión del dolo en el ámbito del derecho penal internacional. Sin embargo, si el cognitivismo considera al dolus eventualis como forma básica del dolo,[77] entonces según la posición que aquí se sostiene esto sería incompatible con el texto del art. 30.[78]

En conclusión, esto significa que, por lo general, respecto de una actividad es suficiente el dolo en el sentido del *dolus directus* (de primer o segundo grado). Pues, difícilmente se podrá decir que la exigencia de la intención en los pocos delitos de actividad de los arts. 6-8 asume un significado caracterizador del tipo delictivo.

bb) *En cuanto a la* "*consecuencia*"

En cuanto al resultado o la "*consecuencia*" ("consequence") el art. 30 (2)(b) prevé dos formas de dolo. La primera se corresponde con el texto de la formulación recién mencionada en relación con la conducta: el autor se debe proponer causar la consecuencia ("means to cause"; "entend causer"), esto es, debe actuar con dolo directo en cuanto al curso causal y al resultado. Al contrario que en la letra (a), el objeto del dolo —un delito de resultado— habla aquí decisivamente en favor de interpretar la exigencia de dolo como intención en el sentido de un *dolus directus* de primer grado.[79] Además, el autor debe ser consciente de que la consecuencia se producirá "en el curso normal de los acontecimientos" ("in the ordinary course of events").

---

sino, en última instancia, tan solo de la imputación de un hecho en el sentido de la responsabilidad objetiva. Así, cualquiera debería aceptar ser condenado también ¡sin haber tenido siquiera el conocimiento requerido por el dolo! (*Ragués i Vallés*, Dolo (1999), p. 521; de manera resumida, recientemente en GA, 2004, p. 257/271). Esta teoría se basa en la teoría de la posibilidad o de la representación (sobre esto *Roxin*, AT I [1997], § 12, nm. 38 ss.). Crít. al respecto, por ejemplo, también *Ramos Tapia*, ZStW 113 (2001), 413 s., 417 s., quien, por lo demás, constata en España un vuelco hacia un concepto cognitivo de dolo —incluso en el marco de las teorías volitivas del dolo— (404, 412 y passim). En contra de esto y en favor de la conservación del elemento volitivo, por ejemplo *Roxin*, loc. cit., § 12, nm. 39, 54 (sobre *Frisch*: "reformulación conceptual, que en sustancia no modifica en nada la coincidencia"), nm. 58 (sobre *Jakobs*); *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 85; siguiendo a *Roxin*, *Díaz Pita*, Dolo (1994), p. 300 ss., 349 ss.; también *Velásquez*, Manual (2004), p. 287 s.

[75] Éste no es sin embargo un conocimiento nuevo, como lo demuestra *Volk*, FS Arth. Kaufmann (1993), p. 616, nota 30 (refiriéndose a la frase expresada por *Temmes* ya en 1854: "lo que no se ha conocido, no se puede querer").

[76] Así el derecho inglés, cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 45, nota 32.

[77] Cfr. *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 61 ss.

[78] Cfr. infra bb), por la nota 83 ss.

[79] Asimismo *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 21.

Al respecto, se plantea ante todo la pregunta de si los elementos volitivo y cognitivo deben existir alternativa o cumulativamente. Si bien el apartado 2 (b) parece pronunciarse en favor de una interpretación alternativa ("or"), el apartado 3 vuelve a mencionar al elemento cognitivo respecto de la "consecuencia" ("consequence") y el apartado 1 exige "intención *y* conocimiento" ("intent *and* knowledge"). De la combinación de los apartados 1 y 3 se sigue, por tanto, que el autor debe actuar en cuanto a una consecuencia con intención *y* conocimiento en el sentido mencionado.

La formulación "en el curso normal de los acontecimientos" ("in the ordinary course of events") proviene del derecho inglés y se encuentra en el § 18 (b)(ii), DCCB.[80] Con esto, deben serle imputados al autor los resultados intermedios o secundarios necesarios para el resultado final, que sean prácticamente seguros ("a virtual certainty") y que no se basen en un acontecimiento fuera de lo normal ("wholly improbable supervening event").[81] Por ejemplo, si el autor hace saltar por los aires una aeronave para obtener la suma del seguro (objetivo final), entonces se corresponde con el "curso normal de los acontecimientos" que también mueran allí los pasajeros (resultado intermedio o secundario).

Para la imputación basta por tanto con el conocimiento de la producción del resultado fundado en la experiencia general de la vida; el conocimiento necesario es objetivado por medio del criterio del "curso normal de los acontecimientos". Tales consecuencias secundarias pueden considerase también como "queridas", porque el autor cuenta con seguridad con su producción.[82] En todo caso, con esto se exige más que en el *dolus eventualis*, pues allí el tener seriamente por posible la producción del resultado se funda en una base fáctica insegura,[83] mientras que aquí se puede partir de un modo relativamente seguro de la producción del resultado.[84] Este criterio se

---

[80] Cfr. también el § 5.2 (3) y 5.3 CCA (supra, nota 49).

[81] *The Law Commission*, Commentary (1989), p. 192. El § 2 (4)(b)(ii) del proyecto de reforma canadiense exige al respecto sin embargo un actuar con "purpose" (*LRC*, Report 31 [1987], p. 23 s.). Cfr. sobre la jurisprudencia inglesa, la cual se pronuncia más bien en contra de esto *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 45 s., 197 ss.

[82] Cfr. *Perron*, FS Nishihara (1998), p. 150; cfr. ya supra, nota 72. Esto se corresponde con la concepción finalista de que la voluntad de realización no se extiende sólo a las consecuencias que se han tenido por meta, sino también a las consecuencias secundarias previstas (aprob. S/S-*Cramer/Sternberg-Lieben* (2001), § 15, nm. 66; crít. *Gehrig*, Absichtsbegriff [1986], p. 73 ss.; *Eser/Burkhardt*, AT I [1992], p. 34, 36). Sobre la diferenciación entre objetivo intermedio fundamentador de la intención y consecuencia secundaria no fundamentadora de la intención, con detalles *von Selle*, JR 1999, 309 s.

[83] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 21 ss. (24, 27), con otras referencias; *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 59, 85.

[84] En el mismo sentido la fundamentación del art. 1 § 2 c), VStGB, en: *BMJ* (editor), Arbeitsentwurf (2001), p. 27; contra dolus eventualis tambien *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 120; *Merkel*, ZStW 114 (2002), 444; *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 324, 326 s.; antes ya *Ambos*, CLF 1999, p. 21 s.; también *PrepCommis*, ICRC paper mental element (1999), p. 8, cuando allí se equipara "intention" con dolus directus y se considera al dolus eventualis como parte de la "recklessness". Equívoco *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 22, al equiparar el estándar objetivo del curso normal de los acontecimientos con el dolus eventualis y con ello parece pasar por alto que el art. 30

corresponde más bien con el propuesto en Noruega y Finandia de la "conciencia" de "que la acción realice con seguridad o con alta probabilidad ('sikkert eller mest sannsynlig') los elementos del tipo".[85] También habla en contra de considerar suficiente el dolo eventual el hecho de que tal concepto había sido suprimido ya antes de la Conferencia de Roma.[86] También se exige más que la *recklessness*, pues ésta presupone que el autor haya desatendido conscientemente el riesgo de la producción del resultado.[87] Además, en contra de un recklessness-standard se pronuncia el hecho de que una disposición del "Draft Statute" en este sentido no fuera incorporada.[88]

cc) *En cuanto a la* "*circunstancia*"

En relación con la circunstancia, el art. 30 (3) exige la "conciencia" ("awareness") del autor de que ella existe. Si se equiparase —en contra de la posición aquí sostenida[89]— la *wilful blindness* al conocimiento, ella podría verse también en el art. 30 (3), y entonces el autor también sería punible de haber actuado "voluntariamente ciego" respecto de una determinada circunstancia del hecho.[90]

Por lo demás, esta disposición plantea el interrogante acerca de la naturaleza de la conciencia del autor: ¿Es suficiente con un mero conocimiento de los hechos en el sentido de un "factual awareness" o el autor debe posser también ciertos conocimientos jurídicos ("legal" o "normative awareness")? Sobre este punto se volverá al analizar los elementos normativos del tipo.[91]

---

exige el conocimiento positivo; también *Laurenzo Copello*, JPD 7/2000, 100 y *Mantovani*, JICJ 2003, p. 32 consideran comprendido el dolus eventualis.

[85] Capítulo 3, § 30 (1) nro. 2 del proyecto de reformas noruego de 1992. Similar, el capítulo 3, § 6 nro. 2 del proyecto finlandés de 2000: que el autor lo tenga por "seguro o muy probable" (agradezco a *Jussi Pekka Matiiala*, licenciado en derecho de Helsinki, por haberme hecho presentes estas disposiciones). Estas propuestas recuerdan sin embargo a la teoría de la probabilidad, con la cual también se puede fundamentar el dolus eventualis (cfr. *Roxin*, AT I [1997], § 12, nm. 42 ss.).

[86] Cfr. *Clark*, ZStW 114 (2002), p. 378.

[87] Aprob. *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 120; crít. al respecto *Cassese*, EJIL 1999, 153 s. Cfr. sobre la "recklessness" ya p. 480 vers. al., así como § 9 II. 2. b), por las notas 184 ss.

[88] Cfr. el art. 29 (4) del *Draft Statute,* en: *Bassiouni* (ed.), ICC (1998), p. 7 ss.; cfr. también *Schabas*, Introduction (2004), p. 108 ss.

[89] Cfr. ya supra § 9 II. 2. b).

[90] Dejando abierta la cuestión *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 26. Así, *Burkhardt*, IsLR 1996, 87 s. respecto del DCCB y del proyecto de CP israelí.

[91] Infra 2. b).

2. Cuestiones particulares

a) *¿A qué elementos de los arts. 6-8 se debe referir el dolo del autor?*

En principio, el dolo se debe referir a todos los elementos objetivos del tipo. En el lenguaje del art. 30 éstos son, según la opinión aquí sostenida, los "elementos materiales" ("material elements") en la forma de "conducta" ("conduct"), "consecuencia" ("consequence") y "circunstancia" ("circumstance"). La particularidad de los arts. 6-8, especialmente de los arts. 7 y 8, consiste sin embargo en que, junto con los tipos individuales, ellos contienen respectivamente una frase superior común ("chapeau"), cuya relación con la regla general del dolo del art. 30 es problemática. Este chapeau contiene el elemento que hace de los tipos penales de los arts. 6-8 crímenes internacionales (el llamado elemento internacional). Es controvertido sin embargo, si este o estos elementos representan "elementos materiales" ("material elements") en la forma de circunstancias del hecho. Si éste fuera el caso, el autor debería conocerlos (art. 30 (3)).

aa) *Genocidio* (*art. 6*)

En el caso del art. 6, el dolo (genérico) se refiere a las acciones allí indicadas en contra de uno de los grupos mencionados.[92] Así, el autor debe saber por ejemplo que el objeto de ataque de sus acciones es uno de los grupos nombrados en el art. 6, pues éstos constituyen una circunstancia del hecho en el sentido del art. 30 (3). Conforme a ello, en los "elementos" respecto del art. 6 —aprobados en primera lectura— se había diferenciado desde el punto de vista subjetivo entre la intención de destrucción[93] y el conocimiento del efecto destructor de la conducta en cuanto a un grupo determinado.[94] Sin embargo, al respecto también fue considerado suficiente —en contra del art. 30— un criterio de imprudencia ("hubiera debido saber", "should have known"). Más allá de ello, se ha exigido que el autor sepa que "[…] the conduct was part of a pattern of similar conduct directed against that group".[95] La versión final de los "elementos" ha implicado aquí algunos cambios y se ha limitado a lo indispensa-

---

[92] Cfr. ya supra § 5 I. 1. b), con otras referencias. Sobre los grupos protegidos *Ambos*, Crímenes (2004), p. 21 ss.

[93] Respectivamente, el tercer elemento: "Genocide by killing": "The accused *intended* to destroy […] a […] group, as such" (*PrepCommis*, Elements [1999], p. 5 ss. ; resaltado por el autor).

[94] Respectivamente, el último elemento (3 o 4): "Genocide by killing": "The accused *knew* […] that the conduct would destroy […] such group […]" (*PrepCommis*, Elements [1999], p. 5 ss.; resaltado por el autor).

[95] Respectivamente, el último elemento (3 o 4) del "genocide by killing" (*PrepCommis*, Elements [1999], p. 5 ss.).

ble. Ahora se exige de manera expresa tan solo la intención de destrucción;[96] la exigencia de conocimiento respecto de las circunstancias del hecho o respecto del contexto genocida de comisión es comprendida por medio de la disposición general del art. 30 y el juez debe decidir al respecto caso por caso en el marco de la prueba de la intención de destrucción.[97]

De este modo, se exige —con el art. 30 (3)— que el autor tenga conocimiento de que participa en un plan genocida de exterminio y no sólo de que actúa como autor individual aislado. Desde luego, no se debe exagerar con las exigencias. Así, el autor —de acuerdo con Kayishema/Ruzindana[98]— no debe concocer todas las particularidades de un plan semejante o de la política que se dirige a ello.

La exigencia especial de la intención de destrucción contenida en el *chapeau* representa un elemento subjetivo del tipo que se añade al dolo. Ésta será analizada abajo con más profundidad.[99]

bb) *Crímenes contra la humanidad* (*art. 7*)

El art. 7 presupone que las acciones individuales sean realizadas "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil" ("as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population").[100] Desde el punto de vista subjetivo, el *chapeau* exige que el autor tenga "conocimiento" de dicho ataque. La ubicación dogmática de este elemento subjetivo, como parte del dolo (genérico) o como elemento subjetivo del tipo, es problemática. Sin embargo, con la exigencia del actuar del autor como "parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil" se hace referencia a las circunstancias de su actuar ("attendant circumstances").[101] Con otras palabras: su acción es puesta en un determinado contexto de comisión, que la convierte en un crimen contra la humanidad (el llamado elemento internacional). Por consiguiente, el dolo se debe referir también a esto[102] y, por cierto, de acuerdo con el art. 30 (3): el autor debe conocer este contexto de comisión y, de este modo, también el ataque. La explícita referencia al conocimiento en el art. 7 (1) tiene solamente carácter declarativo, pues ella no va más allá que el art. 30 (3);[103] por otra parte, tampoco se puede exigir menos sin em-

---

[96] Respectivamente, el tercer elemento, cfr. *PrepCommis*, Elements (2000), p. 6 ss.

[97] Cfr. *PrepCommis*, Elements (2000), p. 6.

[98] *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana,* Judgement 21.5.1999 (ICTR-95-1-T), para. 94 (cfr. ya § 6 III. 4. c) aa) vers. a.).

[99] Cfr. 2. c) aa).

[100] Sobre el tipo objetivo cfr. ya supra § 10 II. 4. b). Ver también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 51 ss., 111 ss.

[101] Cfr. también *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 398 s.; *Vest*, ZStW 2001, 474.

[102] De otra opinión, *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 312: condición objetiva de punibilidad.

[103] Asimismo *Robinson*, AJIL 1999, 51 s.

bargo que la "conciencia" ("awareness") prevista en el art. 30 (3).[104] En contra del carácter declarativo del elemento del conocimiento podría hablar que el conocimiento *del ataque* no tiene nada que ver con las verdaderas acciones individuales del art. 7, por ejemplo, homicidio, tortura, violación. En cierto modo, éste se encontraría fuera de tales acciones, estableciendo una referencia sujetiva del marco de referencia característico del crimen contra la humanidad. Sin embargo, esta argumentación pasa por alto que el marco de referencia del crimen contra la humanidad es parte del tipo y, de este modo, objeto del dolo del art. 30 (3). El "conocimiento del ataque" no representa por consecuencia un elemento subjetivo (especial) del tipo, sino que integra el dolo (genérico) en el sentido del art. 30.[105]

Resta el interrogante acerca de a qué debe referirse en concreto el conocimiento del autor: ¿Al hecho de un ataque contra la población civil? ¿A la modalidad del ataque (generalizado o sistemático)? ¿A los fundamentos político-ideológicos que convierten al ataque en sistemático? La cuestión fue sumamente discutida ya en el seno del Preparatory Committe, pues ella decide sobre la vigencia práctica del art. 7. Su respuesta se dificulta además por la relación contradictoria entre los apartados 1 y 2: el apartado 1 exige un ataque generalizado *o* sistemático; el apartado 2 define dicho ataque con referencia al "policy element".[106] Según la opinión tradicional, este elemento se encuentra sin embargo sólo en el concepto "sistemático",[107] no siendo por tanto necesario cuando, según la formulación alternativa del apartado 1, el ataque fuese sólo generalizado. Sin embargo, tal interpretación pondría literalmente patas para arriba la voluntad de las partes contratantes que justamente querían concederle especial importancia al *policy element*. Por tal razón, este elemento sólo puede ser considerado como una exigencia adicional, lo que sin embargo conduce por su parte a una tautología en cuanto a la definición del concepto de "sistemático". Tal tautología puede evitarse solamente diferenciando la sistematicidad del ataque de la *policy* en el sentido de que, si bien todo ataque sistemático parte de una *policy*, ésta no siempre debe expresarse en un ataque semejante.[108]

Si se exige un conocimiento preciso por parte del autor de la política o plan sobre el que se basan los crímenes contra la humanidad, entonces difícilmente se

---

[104] Esto pasa por alto *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 388 ss., 394 ss. (399 s.), quien, si bien rechaza acertadamente la exigencia de un "specific intent", considera suficiente sin embargo refiriéndose al MPC una "wilful blindness" o un "constructive knowledge". En contra del elemento volitivo del dolo, con acierto *Vest*, ZStW 2001, 474 s.

[105] Cfr. más detalladamente *Ambos*, Crímenes (2004), p. 61 ss., 158 ss.

[106] Cfr. sobre este requisito del tipo, en especial sobre su extensión a actores no estatales, ya supra § 1 II. 2.

[107] Cfr. por ejemplo *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement 3.3.2000 (IT 95-14-T), para. 203, con otras referencias.

[108] Cfr. sobre todo esto, también *Robinson*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 152 ss., así como *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 371 ss. (374), quien también llega a la conclusión de que el "policy element cannot be interpreted as the equivalent of systematicity".

podrá demostrar el conocimiento de alguno de los interviniente en tales crímenes. La planificación de una política criminal está reservada típicamente al pequeño grupo de conducción, el cual cuidará de que los ejecutores exteriores de esa política conozcan sólo lo estrictamente necesario para su misión. Pero, por otra parte, el contentarse con el mero conocimiento del ataque en cuanto tal es pasible de la objeción de que un requerimiento de dolo tan escaso no satisface la importancia del "policy element" como caracterizador de la naturaleza delictiva del crimen contra la humanidad. La solución propuesta en los "elementos" según la primera lectura reza del modo siguiente:

> Consistent with the general principles of law defined in article 30, it is presumed that all conduct described in the elements must be intentionally committed and the elements do not repeat the general intent implied in each action. […]
>
> The first two elements for each crime against humanity describe the context in which the conduct must take place. These elements clarify the requisite participation in and knowledge of a widespread or systematic attack against a civilian population. However, this element should not be interpreted as requiring proof that the accused had knowledge of all characteristics of the attack or the *precise* details of the plan or policy of the state or organization. In the case of an emerging widespread or systematic attack against a civilian population, the intent clause of the second element indicates that the mens rea is satisfied if the accused *intended to further such an attack*. As always, existence of knowledge or intent can be inferred from relevant facts and circumstances.[109]

En sustancia, esta propuesta ha pasado también la segunda lectura; sólo que se ha trasladado el primer párrafo y la última oración del segundo párrafo a la introducción general a los "elementos" y el denominado *context-element* al segundo punto de la introducción al art. 7.[110] Además, en la versión definitiva esta referencia al elemento de contexto ha sido incorporada también en los dos últimos "elementos" de cada una de las conductas individuales del art 7. De la formulación definitiva se pueden extraer muchas conclusiones ulteriores. En primer lugar, ella confirma en

---

[109] *PrepCommis*, Elements (1999), p. 7 (resaltado por el autor).

[110] El primer párrafo citado en el texto se corresponde en sustancia —aunque no literalmente— con la primera parte del punto 2 de la introducción general que reza del siguiente modo: "Como lo señala el artículo 30, salvo disposición en contrario una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizaron con intención y conocimiento"; la última oración del segundo párrafo se corresponde casi textualmente con el punto 3 de la introducción general: "La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso"; el segundo párrafo citado en el texto a excepción de su última frase se corresponde con el punto 2 de la introducción a los elementos del art. 7: "Los dos últimos elementos de cada crimen de lesa humanidad describen el contexto en que debe tener lugar la conducta. Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento 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. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole".

principio la aplicación del art. 30. Además, introduce el concepto de los "contextual elements" para las circunstancias del hecho mencionadas en la frase superior común del art. 7. Por último, intenta reducir los requerimientos subjetivos, no exigiendo, por un lado, el conocimiento de los detalles *precisos* de la política que está a la base del ataque y proclamando, por el otro —como resultado—, una suerte de presunción del dolo cuando la conducta es parte de un "ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando" ("emerging widespread or systematic attack against a civilian population"). En este caso, el autor debería promover el ataque, pudiendo inferirse su voluntad de promoción, al igual que su conocimiento, de los hechos y circunstancias relevantes.[111] Según el último elemento es suficiente que el autor haya actuado a sabiendas o voluntariamente respecto del ataque generalizado o sistemático. De este modo, es evidente que lo decisivo es que el autor sepa que no actúa aisladamente, sino en el marco de un ataque generalizado o sistemático, sin que deba tener, sin embargo, un conocimiento detallado de ese ataque.[112]

Esta interpretación se corresponde en el resultado también con la jurisprudencia penal internacional. El *OGHBrZ*, al menos en sus primeras decisiones, ha considerado suficiente de manera general que el autor de un "crimen de inhumanidad" ("Unmenschlichkeitsverbrechen") sea consciente de que su conducta está en relación con el régimen tirano del nacionalsocialismo y que él pone a la víctima a merced de este régimen.[113] La Supreme Court canadiense en el caso *Imre Finta* exigió el *conocimiento* del autor de las "*factual qualities*", que hacían de su conducta un crimen contra la humanidad (o un crimen de guerra).[114] El ICTY ha exigido ya en la decisión de primera instancia en el caso *Tadic,* que el autor sepa que los hechos "eran cometidos de manera generalizada y sistemática".[115] El ICTR *en Kayishema/Ruzindana* ha exigido "actual or constructive knowledge of the broader context of the attack", lo que incluiría que el acusado sepa que los crímenes fueron cometidos "pursuant to *some* policy or plan".[116] La Sala de Apelación de los Tribunales Ad-Hoc no se refiere

[111] Similar también *Robinson*, AJIL 1999, 52: "Given the inescapable notoriety of any widespread or systematic attack […], it is difficult to imagine a situation where a person could commit a murder (for example) as part of such attack while credibly claiming to have been completely unaware of that attack".

[112] Asimismo *Dixon*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 15; *Sunga*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 1998, 388; al respecto, en el resultado también *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 381 ss. (402); aprob. *Vest*, ZStW 2001, 475. Ver también Ambos, Crímenes (2004), p. 61 ss., 164 s.

[113] Cfr. para mayores detalles, p. 171 vers. al. con múltiples referencias.

[114] Cfr. p. 203 s. vers. al.

[115] *Prosecutor v. Tadiæ*, Opinion and Judgment 7.5.1997 (IT-94-1-T), para. 656, 659 ("were occurring on a widespread or systematic basis").

[116] Cfr. *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, supra nota 98 , para. 133 s., resaltado por el autor; asimismo *Prosecutor v. Rutaganda,* Judgement and Sentence 6.12.1999 (ICTR-96-3-T), para. 70; *Prosecutor v. Kupreskic et al.,* Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T), para. 556 ss. (557). Cfr. también *Prosecutor v. Musema,* Judgement and Sentence 27.1.2000 (ICTR-96-13-T), para. 206; *Prosecutor v. Blaskic,* supra nota 107, para. 244; *Prosecutor v. Ruggiu,* Judgement and Sentence 1.6.2000 (ICTR-97-32-I), para. 20; *Prosecutor v. Kunarac et al.,* Judgement 22.2.2001 (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), para. 434; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez,* Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T), para. 185.

a la política o plan que está a la base de los crímenes, sino que exige solamente que el acusado sepa que su conducta se encuentra dentro de un "pattern" de crímenes generalizado y sistemático y en relación con ataques contra la población civil.[117] La Sala de Primera Instancia en *Blaskic* introdujo lo que podría denominarse un "*enfoque orientado al riesgo*", según el cual el conocimiento también incluye la asunción de "un riesgo deliberado con la esperanza de que éste no cause perjuicios".[118] Este planteamiento fue confirmado por la Sala de Apelaciones en el caso *Kunarac,*[119] al dar por bueno el punto de vista de la Sala de Primera Instancia de que el autor debe "correr el riesgo de que su acto forme parte del ataque".[120]

De este modo, parece claro también que no habría que ser muy exigente con el grado de conocimiento de una política ("policy") o de un plan.[121] Las Salas de primera instancia exigen sólo un conocimiento muy general y no detallado ("some").[122] Esto se encuentra en la línea de la ya citada sentencia *Kayishema/Ruzindana* en donde expresamente se considera innecesario un conocimiento detallado respecto del plan de destrucción genocida.[123] En *Ruggiu* la Sala se remite al mismo tiempo al criterio del caso *Tadic* y al expuesto en *Kayishema/Ruzindana* y no parece ver allí ninguna diferencia.[124] Además, con "policy" o "plan" no se alude a una política o plan en sentido restringido, esto es, programático y establecido por escrito, sino que estos conceptos han de entenderse en sentido amplio, como comisión del hecho planeada, dirigida y organizada —en oposición a una comisión espontánea y aislada[125]—. En este sentido, en *Tadic* se ha afirmado:

> […] there must be some form of policy to commit these acts. […] Importantly, however, such a policy need not be formalized and can be deduced from the way in which the acts occur. Notably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not. […][126]

---

[117] *Prosecutor v. Tadic*, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), para. 248, 271.

[118] *Prosecutor vs. Blaskic,* supra nota 107, para. 254: "[…] a deliberate risk in the hope that the risk does not cause injury" (citando a *Desportes y Gunehec* en la nota 483).

[119] *Prosecutor vs. Kunarac*, Judgement 12.6.2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), para. 102; aprob. *Prosecutor vs. Vasiljevic,* Judgement 29.11.2002 (IT-98-32-T), para. 37.

[120] *Prosecutor vs. Kunarac, supra* nota 116, para. 434: "[…] take the risk that his act is part of the attack". Véase asimismo *Mettraux*, Harv. Int'l. J 2002, 261. Sobre la compatibilidad del criterio del riesgo con el art. 30 (3), ver *Ambos*, Crímenes (2004), p. 62 ss.

[121] Va demasiado lejos sin embargo *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 402, quien, si bien también considera al ataque generalizado y sistemático como objeto del dolo, excluye de éste sin embargo al requisito de la policy, no exigiendo al respecto ningún conocimiento (cfr. ya supra, nota 108).

[122] Cfr. *Prosecutor v. Kunarac et al.,* supra nota 116 para. 434.

[123] Cfr. ya supra, nota 98 y el texto correspondiente.

[124] *Prosecutor v. Ruggiu*, supra nota 116, para. 20.

[125] Cfr. *Robinson*, AJIL 1999, 48 s.; 50 s.; *el mismo*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 156 ss. (161 ss.); *von Hebel/Robinson*, en: Lee (ed.), Court (1999), p. 97: "flexible test"; también *Boot*, en: Klip/Sluiter (eds.), Cases (1999), p. 455; *HRW*, Commentary (2000), p. 5; *Vest*, ZStW 2001, 469.

[126] *Prosecutor v. Tadic*, supra, nota 115 para. 653. Cfr. también Prosecutor v. Kupreškic *et al., supra*, nota 116, para. 551 ss., 556 ss.; Prosecutor *v. Blaskic, supra,* nota 107, para. 204: "This plan […] need not necessarily be declared expressly or even stated clearly and precisely. It may be sumised from the occurence

Por último, la formulación "con conocimiento de dicho ataque" ("with knowledge of the attack") fue entendida por los redactores del ECPI como una limitación de la exigencia de dolo frente a una propuesta canadiense más amplia ("[…] when *knowingly* committed […]"), con la cual el conocimiento se habría referido a la entera acción del hecho.[127] En *conclusión*, el autor debe tener un conocimiento *general* de que los hechos han formado parte de un ataque generalizado y basado en una política *en sentido amplio* contra una población civil.[128]

cc) *Crímenes de guerra* (*art. 8*)

Mientras que en el art. 7 la exigencia de dolo respecto del chapeau surge ya del tenor de su texto, el art. 8 (1) no contiene ninguna indicación en este sentido. No existen dudas en cuanto a que la existencia de un crimen de guerra depende de la presencia de un conflicto armado de determinada gravedad[129] y que los hechos se deben dirigir contra personas u objetos protegidos.[130]

Por el contrario, el requisito adicional contenido en el art. 8 de que la comisión sea "parte de un plan o política o como parte de la comisión […] en gran escala" representa una limitación no exigida por el derecho internacional humanitario consuetudinario y contractual.[131] Sin embargo, éste es inofensivo, dado que la expresión "en particular" ("in particular") —al contrario de la formulación "sólo" ("only") favorecida por algunos Estados— deja en claro que no se trata de un requisito imprescindible, sino solamente de "factors which should be taken into account".[132] Tampoco se trata aquí, por lo demás, de elementos del tipo, sino únicamente de una norma de competencia judicial.

---

of a series of events […]" (las notas fueron omitidas); para. 205: "Nor must the plan necessarily be conceived at the highest level of the State machinery"; aprob. *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 10, para. 99.

[127] Cfr. *Robinson*, AJIL 1999, 51 s.; *von Hebel/Robinson*, en: Lee (ed.), Court (1999), p. 98, nota 55; sobre otra propuesta cfr. idem, p. 95, nota 47.

[128] *Prosecutor vs. Kunarac,* supra nota 119, para. 102-104. Asimismo *von Hebel/Robinson*, en: Lee (ed.), Court (1999), p. 98, nota 55; cfr. también *Robinson*, AJIL 1999, 51 s.; *el mismo*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 164 s.

[129] Cfr. en este sentido la cláusula del umbral de gravedad del art. 1 (2), PACG II, así como el art. 8 (2)(d) y (f).

[130] Cfr. sobre los requisitos en particular *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider, Humanitäres Völkerrecht (2001), p. 330 ss., 338 s.; ver también *el mismo*, Crímenes (2004), p. 80 ss.

[131] *Sunga*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 1998, 392; *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 8, nm. 4; *Fischer*, FS Ipsen (2000), p. 85; crít. probablemente también *Askin*, CLF 1999, 50, cuando afirma que esa exigencia "should not be a constituent element of the crime which must be established by the prosecution".

[132] Cfr. *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 8, nm. 4; similarmente, ya *Ambos*, ZStW 1999, 193.

Resta incierto sin embargo cómo han de entenderse los requisitos antes mencionados: de manera puramente objetiva en el sentido de reglas de atribución de la competencia ("jurisdictional elements") o subjetivamente como circunstancias del hecho en el sentido del art. 30 (3), con la consecuencia, en este caso, de que el dolo del autor se deba referir a ellas. Sólo si esto último es afirmado, se planteará el interrogante *sucesivo* relativo a qué exigencias concretas de dolo se han de requerir en cuanto a estos elementos.

Esta cuestión, eminentemente práctica, fue discutida por primera vez en el encuentro de trabajo *intersessional* de la Preparatory Commission de Siracusa, Italia, en febrero de 2000. En el centro de la discusión se encontraba la cuestión de si el requisito de un conflicto armado debería estar abarcado por el dolo. Al respecto, se han manifestado dos posiciones antagónicas —en correspondencia con la dicotomía arriba descripta—: una posición —aquí llamada— *objetiva-de derecho internacional*, fue sostenida, entre otros, por Bélgica, Francia, los representantes del ICRC, la autoridad de persecución penal del ICTY e ICTR y por algunas NGO.[133] Esta posición se funda en la finalidad del derecho internacional de la guerra, que consistiría en contraponer al riesgo intensificado de ausencia fáctica de persecución de delitos graves durante un conflicto armado un régimen de derecho penal de derecho internacional, que ocuparía el lugar de la persecución penal nacional faltante. Este régimen de derecho internacional de la guerra representaría por tanto solamente un régimen jurisdiccional paralelo respecto del derecho nacional.[134] En este sentido, la jurisprudencia de los tribunales Ad-hoc habría entendido al conflicto armado hasta ahora siempre sólo como un "jurisdictional element". Finalmente, ha de señalarse que si los redactores del ECPI lo hubieran deseado, habrían incorporado en el chapeau —al igual que en el art. 6 y especialmente en el art. 7— una exigencia de dolo.[135]

A este punto de vista se opone una posición —aquí llamada— *subjetiva-de derecho penal*, sostenida entre otros por Alemania, Italia, Argentina, Canadá y los Estados Unidos, y fundada en la diferente naturaleza delictiva de los crímenes comunes y los crímenes de guerra. El mayor reproche de culpabilidad propio de los crímenes de guerra estaría justificado sólo si el autor también era consciente de haber actuado en el marco de un conflicto armado y, por ello, de haber cometido un crimen de guerra. Ambas posiciones estaban enfrentadas, y lo siguen estando, de manera irreconciliable. Por ello, en el informe final de Siracusa se puede leer:

---

[133] Cfr. por ejemplo *HRW*, Commentary (2000), p. 3. En el resultado, igualmente en favor de un "jurisdictional element": *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 8, nm. 4; en general *Zimmermann*, en: idem, art. 5, nm. 9; también *Arsanjani*, AJIL 1999, 33 y *Ahlbrecht*, Geschichte (1999), p. 316; dejando abierta la cuestión *Boot*, en: Klip/Sluiter (eds.), Cases (1999), p. 456.

[134] La argumentación se corresponde a aquella de la delimitación de la jurisdicción entre los Estados que forman parte de un Estado federal y que poseen leyes penales individuales, por ejemplo los Estados Unidos de América (cfr. *Fletcher*, Rethinking [1978], p. 690 s., 714 ss.; *el mismo*, Concepts [1998], p. 149).

[135] *ICRC*, Non Paper (2000), p. 3; igualmente *HRW*, Commentary (2000), p. 3 s.

> For Genocide and Crimes against humanity, a particular mental element will be listed. For War crimes, no mental element as to the context will be listed. The issue is left open […][136]

Por consecuencia, la problemática se ha mostrado demasiado complicada como para llegar (de momento) a una solución consensuada. La versión final de los "elementos" se ha decidido sin embargo en favor de un conocimiento fáctico limitado de la existencia de un conflicto armado, independientemente de su carácter internacional o no internacional.[137] Esta solución puede convencer sólo parcialmente.

En sustancia, aparece preferible la posición subjetiva-de derecho penal.[138] La solución objetiva-de derecho internacional transforma al "contextual element" en una condición objetiva de la punibilidad, entrando de este modo en conflicto con el principio de culpabilidad.[139] Si se parte, siguiendo a la doctrina mayoritaria, de la relevancia de injusto de las condiciones de punibilidad,[140] entonces dependerá de si el "contextual element" del conflicto armado influye sobre el contenido de injusto de los crímenes de guerra contenidos en el art. 8. Si esto es así, esto es, si tal elemento intensifica el contenido de injusto de las acciones en cuestión, entonces el dolo del autor se deberá referir también a ello; de lo contrario se vulneraría el principio de culpabilidad.

La respuesta a este interrogante resulta de una comparación entre los comportamientos que son punibles tanto según el derecho penal común, como también por el art. 8. Este es el caso, por ejemplo, del homicidio (§ 212, StGB; art. 8 (2)(a) (i)), la apropiación y destrucción de bienes (§ 242, 303, StGB; art. 8 (2)(a)(iv)) o la violación (§ 177 (2), StGB; art. 8 (2)(b)(xxii)-1). La punibilidad de estos hechos según el derecho penal nacional común o según el derecho de la guerra depende de la existencia de un conflicto armado y de la caracterización de los objetos del hecho como personas u objetos protegidos. Estos elementos actúan por tanto como intensificadores del injusto, al menos si se parte de la base de que un crimen de guerra posee un contenido de injusto mayor que el tipo correspondiente del derecho penal común. Ya este efecto intensificador del injusto de los elementos mencionados prohibiría su caracterización como condiciones objetivas de punibilidad. En cuanto concierne ahora a la punibilidad *in concreto*, se pueden diferenciar tres situaciones:

- Los hechos tienen lugar en tiempos de paz.
- Los hechos tienen lugar durante un conflicto armado, pero no guardan rela-

---

[136] *PrepCommis*, Intersessional (2000), p. 6 (resaltado por el autor).

[137] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 18.

[138] Asimismo *Kreß,* IYHR 2000, 126 s.

[139] Como por lo demás también la tendencia tradicional del derecho penal estadounidense de objetivar la responsabilidad individual en el sentido de una "strict-liability" (cfr. por último crít. *Kadish*, CalLR 1999, 954 ss.).

[140] Cfr. ya supra § 9 II. 2.

ción alguna con ese conflicto; ellos tienen lugar por tanto sólo *ocasionalmente* durante el conflicto.

- Los hechos tienen lugar durante un conflicto armado y guardan relación con ese conflicto.

Es evidente que en la primera situación sólo entra en consideración una punibilidad según el derecho penal común. En la segunda y tercera situación, es decir, durante un conflicto armado, se aplica tanto el derecho penal común nacional, como el derecho penal de la guerra. También durante un conflicto armado pueden ser cometidos delitos comunes. Ni siquiera durante un conflicto internacional el ordenamiento jurídico-penal de los tiempos de paz es desplazado íntegramente por el ordenamiento jurídico-penal de la guerra, como se desprende de la posición objetiva-de derecho internacional, sino que éste se superpone sólo parcialmente, en el sentido de que determinados hechos son abarcados por el derecho penal de la guerra[141] de derecho internacional. Por consiguiente, en principio siempre entra en consideración una situación de concurso entre el ordenamiento jurídico-penal nacional y el ordenamiento jurídico-penal de la guerra, debiendo delimitarse ambos ordenamientos jurídicos.[142] Al respecto, los "elementos" se basan en si la conducta ha "tenido lugar en el contexto de un conflicto armado [internacional] [que no era de índole internacional] y haya estado relacionada con él" ("took place in the context of and was associated with an [international] armed conflict [not of an international character]").[143] Por consiguiente, parece existir unanimidad en que la mera comisión de un delito *ocasionalmente* en un conflicto armado no la convierte aún en un crimen de guerra.[144] Por ejemplo, si el autor se aprovecha del caos general causado por el estallido de una guerra para "saldar viejas cuentas" y da muerte a su vecino, este hecho no sólo no es un crimen de guerra, porque el vecino no es una persona protegida en el sentido del derecho de Ginebra,[145] sino tampoco porque tal homicidio no guarda relación con el conflicto armado; el autor quería dar muerte al vecino, y así lo hizo, con independencia de este conflicto. Esto es aún más claro en el caso siguiente: si un grupo de jóvenes vándalos hinchas de fútbol destruye varios automóviles, los daños materiales causados por ellos no se convierten en el crimen de guerra de la destrucción de bienes del art. 8 (2)(a)(iv), sólo por el hecho de haber tenido lugar durante un conflicto armado. Del

---

[141] Cfr. supra § 4 I.

[142] La problemática es demasiado compleja como para que pueda ser analizada concluyentemente en este lugar; una primera aproximación respecto del crimen de guerra del art. 85 (4) (b), PACG I brinda de todos modos *Kreß*, IYHR 2000, 133, cuando considera concebible una persecución penal *nacional* de rebeldes al finalizar un conflicto no internacional.

[143] Respectivamente, el penúltimo elemento, cfr. por ejemplo el elemento 4 del art. 8 (2)(a)(i) o bien del art. 8 (2)(c)(i)-1.

[144] En el resultado, también *Kreß*, IYHR 2000, 122 s.

[145] De acuerdo con el art. 4, CG IV están protegidas las personas civiles "que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditos". Cfr. sobre la discutida interpretación de esta disposición *Ambos*, en: Hasse/Müller/Schneider, Humanitäres Völkerrecht (2001), p. 336 s.

mismo modo, tampoco una violación que aún ayer en tiempos de paz era punible según el derecho penal común, hoy constituye el crimen de guerra de violación del art. 8 (2)(b)(xxii)-1, porque en la noche ha estallado la guerra. En todos estos casos, el autor de delitos comunes se transformará más bien en un "criminal de guerra" sólo si su conducta, como exige también el penúltimo elemento del crimen de guerra respectivo, se encuentra en relación con un conflicto armado. Esta relación no puede ser determinada sin embargo de modo meramente objetivo, sino que resulta de la *actitud interna* del autor hacia el hecho. Si el autor actúa de manera completamente independiente del conflicto armado, sea porque de todos modos quiere cometer el hecho, sea porque ni siquiera sabe que tiene lugar un conflicto armado, entonces su conducta no está en relación con ese conflicto, sino que tiene lugar por casualidad, en ocasión del conflicto. En cambio, si el autor actúa con conciencia de que está teniendo lugar un conflicto armado, aprovechándose posiblemente de éste, esta conciencia construye la relación entre su conducta y el conflicto armado. La relación con el conflicto armado se construye por tanto por medio de la *representación* del autor y no sin embargo con base en meras realidades objetivas. Es suficiente al respecto con que el autor sea consciente de las circunstancias fácticas de un conflicto armado. Así dice también la introducción a los "elementos" de los crímenes de guerra:

> Únicamente se exige el conocimiento de las *circunstancias de hecho* que hayan determinado la existencia de un *conflicto armado*, implícito en las palabras "haya tenido lugar en el contexto de […] y que haya estado relacionada con él.[146]

De modo similar debe formularse la exigencia de dolo en cuanto a la *naturaleza del conflicto* como internacional o no internacional, pues existen comportamientos que son punibles en un conflicto internacional, pero no en uno no internacional.[147] La diferente punibilidad en una u otra categoría de "crímenes de guerra" sólo puede justificarse con el conocimiento del autor de actuar en uno u otro conflicto. A pesar de esto, en los "elementos" se prescinde por completo de una exigencia de dolo:

> En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional.[148]

Esta regla tendría sentido solamente si el art. 8 no insistiera en la diferenciación entre crímenes en un conflicto internacional y en un conflicto no internacional. Pero mientras esta diferenciación sea mantenida, ella debe repercutir también sobre la

---

[146] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 18 (resaltado por el autor). La versión en inglés reza: "There is only a requirement for the awareness of the *factual circumstances* that established the existence of an *armed conflict* that is implicit in the terms 'took place in the context of and was associated with'" (resaltado por el autor).

[147] Así, por ejemplo, el empleo de veneno o de armas envenenadas es punible en un conflicto internacional, pero no en uno no internacional (Art. 8 (2)(b)(xvii)). Cfr. además la lista mucho más larga del art. 8 (2)(a) y (b) con el (c) y (e).

[148] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 18 (resaltado por el autor). La versión en inglés reza: "In that context there is no requirement for *awareness* by the perpetrator of the *facts* that established the *character* of the *conflict* as international or non-international" (resaltado por el autor).

exigencia de dolo, si es que se exige el conocimiento fáctico de la existencia de un conflicto armado, como con razón hacen los "elementos".

En favor de una exigencia de dolo habla también una consideración paralela referida al elemento típico de las personas y objetos protegidos. Se trata aquí de los objetos del hecho a los cuales indiscutiblemente se debe referir el dolo. En el lenguaje del art. 30 se trata de una "circunstancia" ("circumstance") que debe ser conocida por el autor. Así, en los "elementos" respectivos se exige que el autor sea consciente de las "circunstancias de hecho que establecían esa protección" (como persona u objeto protegido).[149] Pero, si se exige al respecto el conocimiento del autor de las circunstancias de hecho, entonces esto implica un conocimiento similar respecto de la existencia de un conflicto armado, ya que personas y objetos protegidos tan solo pueden existir —por ser conceptos típicos del derecho de la guerra— durante un conflicto de este tipo.

Por último, el punto de vista subjetivo-de derecho penal aparece más convincente también en relación con la intrepretación del art. 7. En ambos casos, la conducta típica adquiere el carácter de crimen internacional por medio del contexto especial de comisión. En el art. 7 se habla de un actuar como "parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil" y en el art. 8 se relaciona el actuar con un conflicto armado (internacional o no internacional). Así pues, representaría una contradicción valorativa poco comprensible, si el dolo fuera necesario en aquel caso y en éste sin embargo ni siquiera se exigiese el conocimiento fáctico de las circunstancias del hecho.

La *jurisprudencia* de los Tribunales Ad-hoc tampoco contradice tal interpretación.[150] Es cierto que el ICTY ha interpretado hasta ahora la exigencia de un conflicto armado sólo como una regla de atribución de la competencia ("jurisdictional element"). Así se expresa por ejemplo en la sentencia *Tadic*:

> For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal, a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to the applicability of international humanitarian law.
>
> […] this Trial Chamber needs to be satisfied that each of the alleged offences was in fact closely related to the hostilities. It would be sufficient to prove that the crime was committed in the course of or as part of the hostilities […][151]

Esta jurisprudencia se refiere sin embargo únicamente a la cuestión de la competencia ("jurisdiction") y sólo constata al respecto algo que está fuera de discusión

---

[149] Cfr. por ejemplo el elemento 3 del art. 8 (2)(a)(i), con las notas 32 y 33 en *PrepCommis*, Elements (2000), p. 20 s.; similar también, por ejemplo, el elemento 5 del art. 8 (2)(a)(iv) respecto de los bienes protegidos.

[150] Sin embargo, ella ha sido alegada con tal sentido por los defensores de la posición objetiva-de derecho internacional (cfr. por ejemplo *HRW*, Commentary (2000), p. 4).

[151] *Prosecutor v. Tadic*, supra, nota 115 para. 572, 573. Asimismo, *Prosecutor v. Tadic*, supra nota 117, para. 249, 252; *Prosecutor v. Delalic et al.,* Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T), para. 193, 195; *Prosecutor v. Furundzija,* Judgement 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), para. 60; *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 107, para. 68.

y que resulta también del precitado penúltimo elemento del crimen referido al art. 8,[152] esto es, que la conducta incriminada debe estar en relación con un conflicto armado. La cuestión verdaderamente discutida es, sin embargo, si más allá de la caracterización como "jurisdictional element" los elementos en cuestión tienen que ser entendidos también como circunstancias del hecho en el sentido del art. 30 (3), con la consecuencia de que sea necesario su conocimiento. Esta cuestión tendría que ser discutida por la jurisprudencia en el marco de la responsabilidad personal por crímenes de guerra. Sin embargo, allí se encuentran solamente —si es que se encuentran— consideraciones sobre los presupuestos objetivos y subjetivos de los actos típicos individuales de crímenes de guerra.[153] Por tanto, de hecho la jurisprudencia —al igual que la Preparatory Commission— no responde esta cuestión.

En la *praxis de persecución* la posición subjetiva-de derecho penal —conocimiento de las circunstancias fácticas de la existencia de un conflicto armado (internacional o no internacional)— apenas debería implicar una diferencia con respecto a la postura objetiva-de derecho internacional —afirmación de una condición objetiva de punibilidad—. Pues, la jurisprudencia penal internacional de todos modos deduce el dolo, especialmente su elemento cognitivo, de los hechos y circunstancias constatadas objetivamente. Ella se sirve de la clásica prueba indiciaria.[154] Esta jurisprudencia ha encontrado acogida también en los "elementos", en cuya introducción general se expresa: "La existencia de la intención y el conocimiento puede inferirse de los hechos y las circunstancias del caso" ("Existence of intent and knowledge can be inferred from relevant facts and circumstances").[155] Así, si en un caso concreto se constata que la conducta del acusado estaba en relación con un conflicto armado, por ejemplo, porque él había formado parte de la dirección de un campo de detención de prisioneros[156] o había participado en vejaciones en un cuartel general militar,[157] entonces la objeción de que él no habría tenido conocimiento del conflicto armado podrá ser rechazada, sin más, como una mera afirmación defensiva. Aun si la posición subjetiva-de derecho penal condujera a problemas de prueba y de persecución insuperables, como ha sido alegado especialmente del lado de las ONG,[158] esto debería ser tolerado en el interés de un derecho penal internacional orientado al principio

---

[152] Cfr. supra, nota 143.

[153] Cfr. *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra, nota 151 para. 419 ss.; *Prosecutor v. Furundzija, supra,* nota 151, para. 134 ss. Por el contrario, no se encuentran consideraciones al respecto en *Prosecutor v. Tadic*, supra, nota 151.

[154] Cfr. por ej. *Prosecutor v*. *Naletilic/Martinovic,* Judgement 31.3.2003 (IT-98-34-T), para. 72 con más referencias. Sobre su originaria derivación del "dolus ex re", esto es, del dolo que resulta de una determinada ejecución del hecho cfr. *Volk*, FS Arth. Kaufmann (1993), p. 613 ss., 619. Cfr. también *el mismo*, FS BGH IV (2000), p. 739 ss. Sobre este aspecto cfr. también *Ambos*, Crímenes (2004), p. 40 ss.

[155] Cfr. *PrepCommis*, Elements (2000), p. 5.

[156] *Prosecutor v. Tadic*, supra, nota 115 para. 575; *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra, nota 151 para. 196 s.

[157] *Prosecutor v. Furundzija,* supra, *nota* 151, para. 65.

[158] Cfr. por ejemplo *HRW*, Commentary (2000), p. 4.

de culpabilidad y en la idea de un Estado de derecho. ¡No se puede tratar de la condena de sospechosos cueste lo que cueste![159] Por consiguiente, una exigencia de dolo sería criticable en definitiva sólo si se exigiera algo más que el mero conocimiento de hechos. Esto nos conduce a la problemática de la exigencia de dolo en los elementos normativos del tipo.

b) *Sobre la exigencia de dolo respecto de los elementos normativos del tipo*

Sin referirnos a la cuestión extremamente discutida, aunque sólo terminológica, de si un determinado elemento del tipo es descriptivo o normativo,[160] aquí se trata sustancialmente de saber qué exigencias se tienen que fijar al dolo del destinatario de la norma, para que sea alcanzado por la *función de advertencia* ("Warnfunktion") del tipo. Esta cuestión difícilmente pueda ser decidida satisfactoriamente de modo general, pues en definitiva el objeto del dolo —así como la definición de un elemento del tipo como (más bien) descriptivo o (más bien) normativo— resulta del tipo que entra en consideración en el caso concreto.[161] Es claro que cualquier persona puede comprender aquellos elementos del tipo (más bien descriptivos) que permiten su percepción por medio de los sentidos. Así, nadie podrá alegar seriamente no haber reconocido a un Landrover blanco con el emblema de la ONU como un "vehículo" en el sentido del art. 8 (2)(b)(iii) o a Sarajevo, Pristina, Groszny, etc. como "ciudades" en el sentido del art. 8 (2)(b)(v). Más difícil es sin embargo la formulación de un criterio generalmente vinculante en los elementos del tipo (claramente normativos), cuya comprensión requiere una valoración, en especial de naturaleza jurídica. Esto vale, por un lado, para los conceptos jurídicos claramente definidos,[162] por ejemplo los casos ya mencionados de las personas o bienes protegidos (cfr. por ejemplo el art. 8

---

[159] Justamente las organizaciones de derechos humanos, que hasta ahora siempre han defendido el principio del fair trial, no deberían aquí medir las cosas con un distinto rasero.

[160] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 10, nm. 57 ss. (59); *Warda*, Jura 1979, p. 79 ss. (80); *Kindhäuser*, GA 1990, 409; *Küpper*, Grenzen (1990), p. 117 ss. (120: delimitación "ya dudosa por principio"); *Puppe*, NStZ 2001, 484: "insostenible". De hecho, no existe probablemente ningún elemento puramente descriptivo, sino sólo aquellos elementos, en los cuales domina el componente descriptivo (acertadamente *Volk*, FS BGH IV (2000), p. 752). Sobre el controvertido concepto de elemento normativo y sus varios significados cfr. *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 183 ss.

[161] Acertadamente *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 192 s., en donde se expresa que la delimitación entre elementos descriptivos y normativos —al igual que la cuestión de si una interpretación de un elemento debe estar abarcada por el dolo— sólo puede ser realizada con relación a la norma, esto es, con referencia al tipo de la parte especial (similar p. 483 sobre la determinación del dolo de la mano del tipo objetivo en los casos de *aberratio ictus*).

[162] *Triffterer* en: el mismo (ed.), Commentary (1999), art. 32, nm. 17 s., habla al respecto de "legal elements"; sin embargo, aquí se trata sólo de un caso especial de "normative elements", así que tanto uno como se han de tratar de igual modo en la teoría del error. El mismo *Triffterer* designa a los "legal elements" como "normative by definition" y confiesa que una diferenciación sería difícil y por lo demás (probablemente) tampoco necesaria.

(2)(a)), o para los conceptos que exigen una valoración mixta fáctica-jurídica, por ejemplo, el carácter manifiestamente excesivo de un ataque junto con según el art. 8 (2)(b)(iv). Al respecto, en la Preparatory Commission sólo se pudo llegar a un acuerdo sobre un resultado negativo, a saber, sobre aquello que el destinatario de la norma al menos *no* debe conocer. Así, en el informe final de Siracusa se expresa que en todo caso no puede exigirse una "correct normative evaluation".[163] En relación con los crímenes de guerra se manifiesta:

> It is understood that the elements for War crimes do not include any requirement that the accused make any *legal evaluation* as to the existence of an armed conflict or its classification as international or non-international.[164]

La versión definitiva de los "elementos" ha receptado esta formulación.[165] *A contrario* de esto se puede seguir que el autor debe conocer las circunstancias *fácticas* que hacen de la situación un conflicto armado de naturaleza internacional o no internacional. Se exige, por tanto, en este sentido una valoración de la situación *fáctica* por parte del autor.[166] La PrepCommis quiere limitar sin embargo esta valoración a la existencia de un conflicto armado, independientemente de su carácter internacional o no internacional. Esta postura ya fue rechazada más arriba por ser contradictoria.[167]

Sea como fuere, el conocimiento de los hechos posibilita al autor, expresado abstractamente, comprender el sentido social o bien el significado del elemento normativo del tipo en cuestión con base en una "valoración paralela en la esfera del profano".[168] Aunque la teoría de la valoración paralela sea problemática, porque con ella en definitiva se finge el conocimiento del significado con base en el conocimiento de los hechos,[169] no existe sin embargo, como se mostrará más adelante,[170] una fundamentación teórica mejor.

---

[163] *PrepCommis*, Intersessional (2000), p. 4.

[164] Idem (resaltado por el autor).

[165] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 18.

[166] Cfr. también *HRW*, Commentary (2000), p. 3, quienes rechazan sin embargo esta interpretación *a contrario*.

[167] Por la nota 148.

[168] Muy claro *Warda*, Jura 1979, p. 80. Cfr. también *Triffterer*, en: el mismo (ed.), Commentary (1999), art. 32, nm. 16, 23. Sobre la denominación más precisa de "apreciación paralela en la conciencia del autor", porque se trata de la comprensión del sentido "en una manera paralela a la apreciación legal": *Küpper*, Grenzen (1990), p. 123. Sobre la equivalencia funcional de la teoría de la valoración paralela con la teoría del error extra penal de la jurisprudencia del Reich cfr. *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 182 ss.

[169] Cfr. *Kindhäuser*, GA 1990, 417 ss. (418), quien aboga por una solución de dos niveles según las reglas de la imputación objetiva: posibilidad de formación del motivo de evitación con base en el conocimiento *factual* (nivel de lo injusto), no formación del motivo de evitación a causa de un error sobre el contenido *normativo* o bien el sentido del elemento del tipo (nivel de la culpabilidad). Esta concepción se asienta en una diferenciación entre un error (con relevancia en el dolo) sobre los presupuestos fácticos de la verdad de una declaración ("error de hecho o sobre la verdad") y un error (sin relevancia en el dolo) sobre el contenido o sentido ("error de derecho o de sentido"). A pesar de su crítica a la doctrina de la valoración paralela *Kindhäuser* le concede sin embargo una función en la constatación de la evitabilidad según el § 17

También aquí se presenta la problemática de los típicos casos de manual: si se concibe al requisito del conflicto armado como un elemento del tipo abarcado por el dolo, entonces para la teoría de la valoración paralela sería necesario, pero también suficiente, que el autor tuviera conocimiento de las hostilidades o enfrentamientos que tienen lugar y que con base en ello *haya podido* reconocer la existencia de un conflicto armado. El conocimiento del componente normativo del elemento del tipo es supuesto por tanto con base en un determinado conocimiento factual. Esta atribución ficticia encuentra un punto de apoyo en el derecho penal internacional, puesto que precisamente el autor no tiene que realizar una valoración jurídica, sino que ya actúa con dolo, si él tiene un mero conocimiento factual. *In concreto* es suficiente con que el autor reconozca la existencia fáctica de un conflicto armado.

Sin embargo, respecto de los elementos del tipo que son inequívoca o exclusivamente normativos se deberá exigir más. Por ejemplo, si el elemento se refiere, como en el art. 7 (1)(e) o 7 (2)(g), a las reglas del derecho internacional, no podrá existir un conocimiento meramente factual y, por ello, tampoco una ficción del conocimiento normativo. De hecho, el autor sabrá normalmente lo que hace; pero para ser alcanzado por el mandato normativo, sólo es necesario que él sepa al menos que su conducta no está consentida por el ordenamiento de derecho internacional. El autor debe poseer, por tanto, *conocimiento normativo*. La única limitación es que él no debe conocer las normas de prohibición concretas de los tratados internacionales o de la costumbre internacional. Rige el principio general de la irrelevancia del error de subsunción.[171] El autor debe poder comprender sin embargo que su conducta está desaprobada por el ordenamiento jurídico. Esta interpretación es avalada también por la naturaleza del art. 7 (1)(e) o del art. 7 (2)(g). Estas disposiciones son, por su estructura, normas penales en blanco, dado que se remiten a normas de prohibición que se encuentran fuera del ECPI. Un error sobre la existencia o el alcance de estas normas de prohibición "externas" representa un error de derecho conforme al art. 32 (2).[172] En caso de no tratarse de conceptos jurídicamente definidos, por ejem-

StGB y por cierto en el sentido de la "comprensión paralela de la valoración de un suceso como socialmente dañoso y con ello ilícito" (idem, 423). Justamente de este modo es entendida, sin embargo, la doctrina de la valoración paralela también en la constatación del conocimiento del significado en relación con los elementos normativos del tipo. Crít. sobre la doctrina de la valoración paralela también *Schlüchter*, Irrtum (1983), p. 74 s., 103 ss. y passim; *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 204 ss.; *Volk*, FS Arth. Kaufmann (1993), p. 621; *Puppe*, NStZ 2001, 484.

170 Cfr. infra II. 1. d).

171 Aunque con la limitación de que éste puede ser la base de un error de prohibición, si el autor cree por tal razón que su conducta está permitida (cfr. *Warda*, Jura 1979, p. 82; *Roxin*, AT I [1997], § 12, nm. 90, § 21, nm. 22 s.). Sobre la relación sin embargo problemática, hasta contradictoria, entre la doctrina de la valoración paralela y el error de subsunción cfr. *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 204 ss., quien sin embargo también reconoce en sustancia la posibilidad de un error sobre los elementos normativos del tipo *excluyente el dolo* y un error de subsunción *no excluyente el dolo* (idem, p. 210). Cfr. también *Puppe*, NStZ 2001, 484: error de valoración se considera como error de subsunción y, por tanto, como falta de comprensión de las valoraciones legislativas.

172 Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 99 s.

plo, en el caso del carácter manifiestamente excesivo del ataque conforme al art. 8 (2)(b)(iv), el autor debe reconocer esta manifiesta excesividad (falta de proporción) al menos de la manera de un lego. Él debe efectuar por tanto una ponderación de costes y beneficios y llegar a la conclusión de que los perjuicios ocasionados con su ataque prevalecen por mucho sobre los beneficios.

En definitiva, no se trata de otra cosa que de la aplicación de los principios generales, aunque controvertidos, sobre la naturaleza e intensidad del conocimiento respecto de los elementos normativos del tipo.[173]

c) *¿Exigencias subjetivas adicionales o divergentes en los arts. 6-8?*

La expresión "[s]alvo disposición en contrario" ("[u]nless otherwise provided") del art. 30 abre la posibilidad a la existencia en otras disposiciones del ECPI de exigencias subjetivas que se aparten de la regla de este artículo.[174] Esto incluye divergencias en cuanto al criterio del dolo del art. 30 y a la posible admisión de elementos subjetivos especiales del tipo, ya que el art. 30 con tal cláusula no realiza ninguna diferenciación en este sentido.[175] Desde luego, los elementos de los crímenes no deben crear autónomamente tales exigencias divergentes, sino sólo sobre la base del Estatuto, dado que ellos se basan en el art. 9 y por consecuencia deben ser compatibles con el ECPI. Los apartamientos del art. 30 sólo pueden resultar por tanto directamente de los arts. 6-8.

aa) *Genocidio* (*art. 6*)

Así, el art. 6 exige una *intención de destrucción* especial. Tal requisito constituye un elemento subjetivo del tipo —que se suma al dolo (genérico)— y no un elemento de la culpabilidad.[176] Este elemento subjetivo especial del tipo hace del genocidio, que materialmente representa un crimen contra la humanidad y en especial se asemeja al crimen de persecución fundado en determinados motivos discriminatorios del art. 7 (1)(h),[177] por un lado, una "forma de persecución extrema y [la] más inhu-

---

[173] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 89 ss.; *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 90 ss.; *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 295, 308 s.; también *Warda*, Jura 1979, p. 80 s.

[174] Cfr. ya supra nota 32 y *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 110 ss. con más ejemplos.

[175] Sobre otra comprensión alemana del art. 30 cfr. supra 1 a).

[176] Cfr. *Roxin*, AT (1997), § 10, nm. 74 (sobre el § 220a StGB), quien expresa que este elemento se refiere al bien jurídico protegido y es constitutivo para el tipo delictivo. Es controvertido, sin embargo, si la intención especial constituye un elemento subjetivo del tipo diferente del dolo, cfr. *Arnold*, CLF 14 (2003), p. 127 s., 134 ss.

[177] Cfr. por ejemplo *Prosecutor v. Jelisic*, Judgement 14.12.1999 (IT-95-10-T), para. 68; también *Prosecutor v. Ruggiu*, supra, nota 116, para. 21 (refiriéndose a Kupreskic *et al.); Prosecutor v. Krstic*, Judgement 2.8.2001 (IT-98-33-T), para. 575; *Prosecutor v. Sikirica et al.*, Judgement on Defence Motions

mana".[178] Por el otro, la *tendencia interna trascendente* del tipo, encaminada a la destrucción de un grupo determinado, lo distingue del crimen de persecución y de todos los otros crímenes contra la humanidad, otorgándole una cualidad especial.[179] Como ya fue constatado en otro lugar,[180] se trata de un *delito de intención*.

En la jurisprudencia, la "intención especial" fue definida por primera vez por el ICTR en *Akayesu* como la "intención especial […] que requiere que el autor busque claramente producir el acto".[181] o que "tenga la clara intención de causar el delito".[182] Un delito de intención especial está "caracterizado por una relación psicológica entre el resultado físico y el estado mental del autor".[183] Esta posición fue confirmada por otras Salas del mismo ICTR.[184] El ICTY adoptó una postura más sofisticada. En *Jelisic*, la intención especial fue definida en relación con la naturaleza discriminatoria de los actos; en otros términos: con la selección de las víctimas en función de su pertenencia a un grupo protegido.[185] En cuanto al grado de la intención exigida, el ICTY sigue a *Akayesu*.[186] En *Krstic*, en su primera condena relacionada con el genocidio, el ICTY diferenció "entre la intención individual del acusado y la intención implicada en la concepción y comisión del crimen".[187] De este modo, la Sala se refiere, por una parte, al acto colectivo de genocidio motivado por la intención especial de destruir y que "debe poder distinguirse en el acto criminal mismo"[188] y, por otro lado, a los actos

---

to Acquit 3.9.2001 (IT-95-8-T), para. 58; aprob. *Kittichaisaree*, Int.Crim.L. (2001), p. 72. También el *BGH en* NStZ 1999, 396, 401 entiende al genocidio como "parte del crimen contra la humanidad"; en general sobre esta relación *Schabas* en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 460 ss.

178 *Prosecutor v. Kupreskic et al.,* supra, nota 116, para. 636: "[…] genocide is an extreme and most inhumane form of persecution". Sobre el tipo de persecución ("persecution") cfr. Swaak-Goldmann, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 247 ss.; también Gil Gil, ZStW 2000, 390.

179 Cfr. fundamental *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 177, para. 66, 79 ss. (79, 82); similar *Prosecutor v. Krstic*, supra, nota 177, para. 553; *Prosecutor v. Sikirica et al.*, supra, nota 177, para. 58, 89; aprob. *Schabas*, Genocide (2000), p. 9, 11; similar *Ntanda Nsereko*, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 119. Sobre una delimitación en función del bien jurídico protegido *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 123 ss. (125 s.), 159 ss. (177 ss.); *la misma*, ZStW 2000, 382 ss., 393 s., en donde se expresa que el genocidio protegería un bien jurídico colectivo, a saber, el grupo como tal, y los crímenes contra la humanidad bienes jurídicos individuales (cfr. ya supra § 10 II. 3., nota 276; similar *Greenawalt*, ColLR 1999, 2293 s.). Desde el punto de vista del concurso de delitos, esto conduce en la comisión de varias acciones con intención genocida a *un* genocidio (unidad de acción), dado el caso en concurso ideal con el crimen contra la humanidad (cfr. *Gil Gil*, loc. cit., 396 s.; en el resultado, también *BGH* en NStZ 1999, 396, 401 ss., con nota de *Ambos*).

180 Cfr. supra § 5 I. 1. b).

181 *Prosecutor vs. Akayesu,* Judgement 2.9.1998 (ICTR-96-4-T), para. 497: "specific intention […] which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act".

182 Idem, para. 518: "[…] have the clear intent to cause the offence".

183 Idem*:* "[…] characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator".

184 *Prosecutor v. Kambanda*, Judgement 4.9.1998 (ICTR 97-23-S), para. 16; *Prosecutor vs. Kayishema*, supra nota 98, para. 89; en el resultado también *Prosecutor v. Ndindabahizi*, Judgment 15.7.2004 (ICTR-2001-71-1), para. 454.

185 *Prosecutor vs. Jelisic,* supra nota 177, para. 67.

186 Idem, para. 84 ss. (86). En realidad, la Sala absolvió al acusado de genocidio porque "mató arbitrariamente, y no con la clara intención de destruir un grupo" (idem, para. 108).

187 *Prosecutor vs. Krstic*, Judgement 2.8.2001 (IT-98-33-T), para. 549: "[…] between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and commission of the crime".

188 Idem*:* "[…] must be discernible in the criminal act itself".

individuales de quienes participan en el acto colectivo de genocidio.[189] El propósito de destrucción presupone que las víctimas fueron elegidas "en razón de su pertenencia a un grupo cuya destrucción se procuraba".[190] No es suficiente con que tan solo se conozca tal pertenencia. La Sala de Apelaciones ratificó el concepto de intención especial en *Jelisic* y *Krstic*.[191] En *Niyitegeka* la Sala de Apelaciones aclaró que el término "as such" no significa que los actos deban atentar contra una persona "solamente" ("solely") en razón de su pertenencia a un grupo protegido, sino que es suficiente que fueran cometidos, *inter alia*, en razón de esta pertenencia.[192]

Sin embargo, en los últimos tiempos ha sido cuestionada con base en argumentos dogmáticos y de política criminal la comprensión de la *intención de destrucción* como dolus directus de primer grado. En este sentido se debe dar cuenta de una propuesta del coordinador del grupo de trabajo de la Preparatory Commission sobre los elementos de los crímenes realizada durante las negociaciones de éstos, que rezaba: "[t]he accused knew or *should have known* that the conduct would destroy […] such group […]".[193] De este modo, sería también suficiente para la responsabilidad por genocidio la ignorancia negligente de la intención de destrucción de un grupo protegido por medio de una conducta determinada. Sin embargo, esta propuesta ha sido criticada[194] con razón y no ha encontrado acogida en los "elementos". La fiscalía de los ICTY e ICTR argumenta en favor de una reinterpretación *cognitiva* del concepto de intención.[195] Esto se condice con una teoría que se encuentra en expansión y que está representada, por un lado, por la española *Gil Gil* y, por el otro, por el estadounidense *Greenawalt* (seguido, en esencia, por *Triffterer* y *Vest*).

En su trabajo fundamental sobre el tipo de genocidio, *Gil Gil* sostiene que el concepto de "intención" tiene que entenderse de modo amplio, comprendiendo también al dolus eventualis.[196] En relación con el genocidio, la autora fundamenta esto con base en la estructura paralela de este tipo con

---

189 Sobre esto más detalladamente infra nota 224.

190 *Prosecutor vs. Krstic*, supra nota 187, para. 561: "[…] by reason of their membership in the group whose destruction was sought". De modo similar *Prosecutor v. Ndindabahizi*, supra nota 184, para. 454: "because of their membership".

191 *Prosecutor vs. Jelisic,* Judgement 5.7.2001 (IT-95-10-A), para. 41 ss. (46: "[…] seeks to achieve the destruction […]". "[…] persigue lograr la destrucción[…]"]). La Sala de Apelaciones aclaró también (para. 45 incluida la nota 81) que la utilización por ella del concepto *intención especial* "no atribuye a esta expresión ningún significado que pueda tener en una jurisdicción nacional" ("it does not attribute to this term any meaning it might carry in a national jurisdiction"). Sin embargo, esto no es ni útil ni verdadero, ya que la Sala no puede separar completamente el derecho penal nacional del internacional, y menos aún cuando están en juego los principios generales. De modo similar recientemente *Prosecutor v. Krstic*, Judgment 19.4.2004 (IT-98-33-A), para. 29, 37 y passim.

192 *Prosecutor v. Niyitegeka*, Judgement 9.7.2004 (ICTR-96-14-A), para. 53: "[…] committed againt the victims *because of* their membership in the protected group, but not *solely* because of such membership" (resaltado en el original).

193 UN-Dok. PCNICC/1999/WGEC/RT.1. Cfr. ya supra, después de la nota 94.

194 Cfr. *Schabas*, Genocide (2000), p. 212.

195 Cfr. en *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 191, para. 42; también en *Prosecutor v. Sikirica* et al., supra, nota 177, para. 27 ss.

196 *Gil Gil,* Derecho penal internacional (1999), p. 231 ss. (236 ss.) refiriéndose a su maestro *Cerezo Mir* en notas 124 y 127 y otras referencias en nota 136. Cfr. también *la misma*, RDPC 6 (2000), 103 incluída la nota 1 y passim.

respecto a la tentativa.[197] Desde el punto de vista subjetivo, ésta exigiría, por un lado —en cuanto al tipo objetivo de tentativa—, el dolo (genérico), inclusive el dolus eventualis, y por el otro —en cuanto a los actos de ejecución y al resultado delictivo—, la "voluntad" o "intención" —como "elemento subjetivo trascendente"—.[198] Al respecto, ya sería suficiente en cuanto a los actos de ejecución que, según el plan del autor, la causación del resultado delictivo no aparezca como absolutamente improbable.[199] En cuanto al mismo resultado delictivo también bastaría la "voluntad […] eventual" del autor.[200] Un grado de dolo más intenso estaría justificado sólo en caso de argumentos suplementarios de tipo sistemático, teleológico o de otra naturaleza.[201]

Esta posición conduce a una notable extensión de la punibilidad por genocidio, pues en definitiva considera suficiente cualquier grado de dolo.[202] Así, por ejemplo, según este punto de vista sería punible por genocidio un soldado que participa *a sabiendas* de la destrucción de un determinado grupo étnico, pero que sin embargo *no tiene por objetivo* esa destrucción, o incluso ésta y el plan que la sustenta le son *indiferentes*; esto es, un soldado que actúa al respecto sólo con "voluntad eventual".[203] Esto no puede convencer por varias razones. Por un lado, contradice la interpretación restrictiva del tipo objetivo de genocidio —también defendida por *Gil Gil*— en cuanto a los grupos abarcados;[204] no se puede sostener allí una interpretación restrictiva justamente en cuanto a la delimitación entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad y nivelar en el plano subjetivo sin embargo una diferencia central entre estos crímenes, provocando así una notable extensión del genocidio a costa de los crímenes contra la humanidad. Además, la consideración del paralelo con la tentativa no es un argumento decisivo:[205] Aunque el tipo de genocidio se corresponda estructuralmente con el de tentativa, esto no significa necesariamente que aquél deba presentar los mismos presupuestos subjetivos que éste. Al contrario: el tipo de tentativa no contiene justamente ningún elemento subjetivo especial del tipo comparable de alguna manera con la intención de destrucción requerida por el genocidio. Por último, la admisibilidad de un dolus eventualis no es convincente desde un punto de vista terminológico y de derecho penal internacional. La interpretación del concepto "intent", "intention", "intención" o "*Absicht*" (intención) como dolus eventualis representaría una analogía prohibida en perjuicio del acusado y por ello vulneraría en principio del *nullum crimen* (art. 22 (2)).[206] El derecho

[197] Cfr. ya supra § 5 I. 1. a).

[198] *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 241.

[199] Idem.

[200] Idem.

[201] *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 239.

[202] Explícitamente en idem, p. 260 s.

[203] Cfr. idem, p. 262 s. y otros ejemplos en p. 261 ss.

[204] Cfr. ya supra § 5 I. 1. a).

[205] Cfr. también *Gehrig*, Absichtsbegriff (1986), p. 41 ss., 163, quien rechaza el paralelo general con la tentativa en los delitos con resultado cortado y efectúa una interpretación separada de los tipos individuales (sin considerar, sin embargo, el § 220a StGB).

[206] Cfr. —por todos— *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 14, en la nota 13.

penal internacional no conoce en absoluto al dolus eventualis como forma autónoma de dolo (art. 30).[207]

Una cuestión que está relacionada con esto es si el concepto de "intención" siempre ha de ser interpretado como *dolus directus* de primer grado o si con éste no se aludiría también al entero ámbito del dolo directo, esto es, si también podría ser suficiente el *conocimiento positivo*. Al respecto, ya arriba ha sido señalado que esto depende de si la intención tiene o no un significado caracterizador del tipo delictivo.[208]

Recientemente *Greenawalt* basándose en una interpretación histórica de la Convención contra el Genocidio y en una crítica dogmática al concepto de intent[209] se ha pronunciado por una "knowledge-based interpretation": en los casos en los cuales un "perpetrator" es responsable por genocidio de una manera diferente que autor, el requisito del "genocidal intent" estaría dado, si él "*acted in furtherance* of a campaign targeting members of a protected group and *knew* that the goal or manifest effect of the campaign was the destruction of the group […]".[210] Tal interpretación del requisito del intent de la Convención combinaría dos elementos: *selección* de los miembros del grupo sobre la base de su pertenencia al grupo y *conocimiento* de las consecuencias destructivas de la acción típica para la supervivencia del grupo.[211]

En la misma dirección se dirige la opinión de *Triffterer*,[212] según la cual la "orientación al futuro" inmanente a los tipos delictivos con tendencia interna trascendente conduciría a que no fuese determinante la intensidad de la voluntad, sino la realizabilidad del plan del autor, esto es, el elemento intelectual del dolo. Por tal razón, en el art. 6 el "intent" hablaría en favor de un dolo (genérico). *Vest*[213] no quiere ir tan lejos, cuando considera "sin sentido" y difícilmente realizable la diferenciación tradicional entre meta de la acción, condiciones previas y consecuencias secundarias,[214] y en general considera suficiente el *dolo directo* en el sentido de conocimiento "prácticamente" seguro de la producción de "una concreta condición previa o consecuencia secundaria de la (presunta) meta de la acción".[215] La demostración de este conocimiento podría ser conducida por medio de una prueba indiciaria.

Las bases de esta argumentación, scil. la interpretación histórica de *Greenawalt* y su crítica al concepto ambivalente de intent, son convincentes. Pues la exigencia de intención no se puede fundamentar en efecto ni desde el punto de vista histórico, ni desde una perspectiva puramente gramatical.[216] Tampoco se puede desechar la crítica de *Greenawalt* a la contradictoria jurisprudencia del ICTR en *Akayesu*, que conduce a que en el caso de intervención (general) al genocidio según el art. 6 (1), EICTR se exija la especial intención de destrucción, pero considera suficiente el conocimiento respecto de la participación específica a este crimen ("complicity") del

---

207 Cfr. ya supra 1. a), por la nota 83.

208 Cfr. ya supra, nota 70 remitiéndose a *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 15.

209 *Greenawalt*, ColLR 1999, 2265 ss.

210 Idem, 2288 (resaltado por el autor).

211 Idem, 2289.

212 *Triffterer*, FS Roxin (2001), p. 1438 ss. (1441 s.).

213 *Vest*, ZStW 2001, 480 ss.; *el mismo,* Genozid (2002), p. 101 ss.

214 Idem, 482 s.

215 Idem, 485 s.

216 Sobre el "intent", ya crít. supra, nota 26. Cfr. también *Wirth*, en: Rill, Völkermord (2001), p. 62 ss.

art. 2 (3)(e), EICTR,[217] eludiendo, con ello, de facto la exigencia de intención.[218] Únicamente queda pendiente la cuestión de la teleología del tipo de genocidio: si se identifica su fin justamente en el penar como genocidio sólo a la destrucción *intencional* de un grupo, siendo por tanto la intención en el sentido de una voluntad de resultado dirigida finalmente constitutiva y caracterizadora de ese tipo delictivo, entonces una "knowledge-based interpretation" cambiaría radicalmente su naturaleza. Esta interpretación tendría también importantes consecuencias para la caracterización del tipo de genocidio como tentativa (inacabada), la cual segun la opinión tradicional ya está realizada con un hecho individual. Pues, las escasas exigencias objetivas se justifican sólo por la existencia del elemento subjetivo especial del tipo de la intención de destrucción.[219] Por lo demás, surten efecto también los reparos expresados en contra de la posición de *Gil Gil*, aunque ella va aún más allá, considerando también suficiente un dolus eventualis.[220]

En todo caso, las propuestas de *Greenawalt*, *Triffterer* y *Vest* merecen un examen más detenido —que sobrepasa los límites de este trabajo—, ya por el hecho de que la diferenciación propuesta por el ICTR en participación al genocidio en el sentido de la Convención y en sentido general es poco convincente. En este contexto debe recordarse que para la jurisprudencia penal internacional no es una cuestión en absoluto aclarada si —además del autor individual— también los *otros intervinientes* en el delito deben poseer la intención genocida especial de destrucción. Mientras, como es conocido, en *Akayesu*[221] se diferenció entre la intervención en el delito en sentido general conforme al art. 6 (1), EICTR y la participación específica (*complicity*) según el art. 2 (3)(e), EICTR, en *Musema* el Tribunal parece no querer seguir más esa posición. En esta sentencia se consideró suficiente, más bien, respecto de los otros intervinientes (esto es, aquellos que no son autores individuales) el conocimiento, e incluso la ignorancia negligente ("had reason to know"), de la intención genocida del o de los autores principales.[222] Por el contrario, las acciones preparatorias independientes de la *incitación*[223] y *conspiración*[224] requerirían la intención es-

---

[217] *Prosecutor v. Akayesu,* supra nota 181, para. 485, 538 ss. (540, 545, 547); refiriéndose a esto *Jelisic*, supra nota 177, para. 278; como Akayesu: *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement and Sentence 7.7.2001 (ICTR 95-1A-T), para. 71.

[218] *Greenawalt, ColLR 1*999, 2282 ss. Crít. también *Schabas* en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 469 s.

[219] Cfr. sobre la interpretación usual, ya supra § 5 I. 1. a).

[220] Demasiado poco diferenciado sin embargo *Prosecutor v. Krstic*, supra nota 177, para. 571, incluida la nota 1276, en donde expone las posiciones de *Greenawalt* y *Gil Gil,* pero, sin analizarlas, las rechaza, argumentando que no sería "claro" que ellas reflejen la costumbre internacional. En contra de la posición "cognitiva" en el resultado también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 223; también *Arnold*, CLF 2003, p. 138 ss. (142), sobre todo en contra de Triffterer.

[221] Cfr. supra, por la nota 216.

[222] *Prosecutor v. Musema*, supra nota 116, para. 181 ss.

[223] *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 181, para. 560; *Prosecutor v. Ruggiu*, supra, nota 116, para. 14.

[224] *Prosecutor v. Musema*, supra nota 116, para. 192.

pecial de destrucción. En la sentencia de apelación en el caso *Jelisic*, si bien la Sala interpreta el "specific intent" del genocidio como un querer dirigido finalmente —y así descarta explícitamente una definición más amplia que incluya el conocimiento—, esto ha sido limitado sin embargo a la "commission" en el sentido del art. 4 EICTY.[225] De este modo, la Sala de Apelación ha dejado pasar la oportunidad de una aclaración general del problema. También en *Krstic*, una Sala de primera instancia del ICTY opinó que la posibilidad de prever la destrucción del grupo —en el sentido de la interpretación mencionada fundada en el conocimiento— no basta, pues no queda claro si esta interpretación refleja el derecho consuetudinario y, aun así, si el genocidio debe entenderse en el sentido de abarcar sólo los actos realizados "con el *objetivo* de destruir el grupo en todo o en parte".[226] Aunque los intervinientes en la comisión de un genocidio pueden tener intenciones y motivos diferentes, ellos deben, sin embargo, compartir "la intención de que se lleve a cabo un genocidio".[227] De hecho, la Sala sigue la jurisprudencia anterior y, como ésta, no analiza en detalle las propuestas concretas del planteamiento cognitivista, ni tampoco diferencia suficientemente entre los diferentes puntos de vista de la doctrina.[228] En conclusión, a la luz de esta jurisprudencia es posible afirmar al menos que la comisión de un genocidio exige la intención especial de destrucción en *todas* las formas de *autoría*.

En cuanto concierne a la *participación*, especialmente a la complicidad, no puede ser seguida la diferenciación realizada en *Akayesu*. No tiene ningún sentido tratar a la complicity según la Convención contra el Genocidio de modo diverso de la complicity general. A más tardar con la aprobación del ECPI se puede partir de un derecho general de la intervención en el delito válido de igual manera para todos los crímenes internacionales. Al respecto, reina —en concordancia con la jurisprudencia alemana— el principio general de que el partícipe sólo debe conocer, pero no poseer por sí mismo, las especiales exigencias subjetivas del tipo requeridas al autor principal.[229] Esta posición fue recientemente confirmada por la Sala de Apelaciones de los Tribunales Ad-hoc en *Krstic*.[230] La

---

[225] Cfr. *Prosecutor v. Jelisic*, supra nota 191, para. 42 ss. (46).

[226] *Prosecutor v. Krstic,* supra nota 187 para. 569 ss. (571: "[…] with the goal of destroying all or part of the group", resaltado en el original) en conexión con 622, 633 s., 644.

[227] Idem*:* "[…] the intention that a genocide be carried out".

[228] Idem. Cfr. ya supra nota 220.

[229] *BayObLG* NJW 1998, 392 ss.; *BGHSt.* 46, 292 = NJW 2001, 2728 (Sokolovic); BGH *N*JW 2001, 2732, 2733 (Kuslic); sobre esto *Ambos*, NStZ 2001, 630 ss. Cfr. ya supra § 5 I. 2. a), al final, con nota la nota 57 s. Asimismo, ahora, sobre el "special intent" crime de persecución Prosecutor v. Kvocka et al., Judgement 2.11.2001 (IT-98-30/1-T), para. 262. De otra opinión, *Schabas*, Genocide (2000), p. 221, 259, 300 ss., quien, si bien critica también la diferenciación realizada en Akayesu, en el resultado exige sin embargo la intención especial de destrucción para todas las formas de intervención en el delito; también *el mismo*, en: Fischer/Kreß/ Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 470 s., en donde se expresa que el partícipe ("accomplice") que conoce la intención de destrucción, necesariamente también la comparte ("must necessarily share the genocidal intent"). En el resultado, como aquí *Vest*, ZStW 2001, 486, quien sin embargo considera suficiente el conocimiento en todas las formas de intervención en el delito (por la nota 212 ss.); también *Arnold*, CLF 2003, p. 145.

[230] *Prosecutor v. Krstic*, supra note 191, para. 140 ss. con referencias a la jurisprudencia (nota 235) y a derechos nacionales (nota 236 ss.). Ver también *Prosecutor v. Ndindabahizi*, supra nota 184,

extensión de la exigencia de intención especial al partícipe conduciría también al resultado, indeseable desde una perspectiva de política criminal, de que la complicidad de genocidio restaría en muchos casos impune, pues con frecuencia al cómplice le es indiferente la destrucción de un determinado grupo, aceptándola sólo como una previsible consecuencia secundaria.[231] Pensemos, por ejemplo, solamente al caso de una empresa que ocupa como trabajadores a prisioneros de campos de concentración que pertenecen a un determinado grupo, imponiéndoles condiciones de vida que son capaces de acarrear, total o parcialmente, su destrucción física (art. 6 (c)); lo que le interesa a la empresa no es esta "consecuencia secundaria", sino la maximización de sus ganancias por medio de mano de obra económica. En contra de la posición sostenida en el caso *Musema*, se debe insistir sin embargo en la exigencia del conocimiento positivo. Por un lado, esto lo pide el principio de culpabilidad; por el otro, el criterio del "had reason to know" no está reconocido en el art. 30.[232]

En lo que concierne a la existencia de la intención de destrucción en la *incitación* y en la *conspiración*, la jurisprudencia penal internacional convence.[233] El carácter de peligro independiente de esos hechos conduce a un amplio adelantamiento de la punibilidad en cuanto a una posible lesión al bien jurídico, scil. el ataque a la existencia del grupo. Este adelantamiento necesita una limitación desde el punto de vista subjetivo mediante la exigencia de la intención de destrucción.[234] Con esto no se debe temer una laguna de punibilidad, pues tanto el incitador como el conspirador actúan por lo general con la necesaria intención de destrucción; y en la incitación esta intención con frecuencia es provocada incluso en el receptor de la incitación.

En relación con los *actos típicos individuales*, las letras (a), (c) y (d) del art. 6 contienen conceptos que podrían significar una exigencia de dolo divergente del art. 30 en relación con un elemento típico determinado.[235]

En cuanto al art. 6 (a), es discutida la interpretación del término inglés "killing" y del francés "meurtre".[236] En *Kayishema/Ruzindana*[237] el ICTR ha decidido en este

---

para. 457; *Procureur c. Gacumbitsi*, Jugement 17.7.2004 (TPIR-2001-64-T), para. 287 (para "aiding and abetting").

[231] Según *Heine/Vest*, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), Int.Crim.L. I (2000), p. 186 a causa de la naturaleza colectiva del del genocidio no serían delimitables resultado, efectos secundarios y condiciones previas; por ello, se debería mantener la exigencia del conocimiento.

[232] Sobre el apartamiento de la regla general del art. 30 en la responsabilidad del superior (art. 28) cfr. en este sentido ya § 9 II. 2. b).

[233] Cfr. en el resultado ya *Ambos*, en Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 25, nm. 30 (referido al "incitement" al genocidio).

[234] Asimismo *Schabas*, Genocide (2000), p. 275 sobre la incitación.

[235] Más allá de ello *Schabas*, Genocide (2000), p. 242, 245 considera que también las letras (b) y (e) del art. 6 contienen la exigencia de un "specific intent", aunque no delimita claramente esta exigencia de la intención de destrucción necesaria en general y en este sentido parece considerar suficiente también el conocimiento (idem, p. 245: "offender must have knowledge […]").

[236] Cfr. también *Schabas*, Genocide (2000), p. 241 s.

[237] *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, supra, nota 98, para. 100 ss. Al respecto, también *Ambos/Ruegenberg*, NStZ-RR 2000, 203 ss. (205).

sentido que mientras "killing" abarcaría también el homicidio imprudente ("merely the act of causing the death"), "meurtre" exigiría una exigencia adicional de dolo ("additional mental element of intent") y por tanto en todo caso más que el "killing". Esta interpretación debería ser considerada vinculante por ser la más favorable al acusado. De todos modos, la Sala considera en definitiva de poca importancia el objeto de la controversia, pues, según ella, tal conducta debe leerse en ambas versiones idiomáticas en relación con la intención de destrucción. Al hacerlo, la Sala pasa por alto sin embargo la diferencia que existe entre la exigencia general de dolo (dolo genérico) respecto de las acciones típicas individuales de genocidio y el elemento subjetivo trascendente del tipo de la intención de destrucción. Es absolutamente posible que el autor, aunque actuando con la intención de destrucción de un grupo determinado, *in concreto* cause sólo por imprudencia la muerte de determinados miembros de ese grupo (con lo cual estaría dado el *killing*, pero no el *meurtre*), porque su voluntad estaba encaminada a realizar otra acción típica (por ejemplo, una lesión). Esta interpretación del concepto "meurtre" fue confirmada por otras sentencias del ICTR.[238] Según ésta, la (ambigua) modalidad del hecho del "killing" debe ser entendida como homicidio *doloso* en el sentido (unívoco) de la versión francesa ("meurtre") y en consonancia con el art. 311 del CP ruandés. Estos homicidios están dirigidos a la destrucción (a largo plazo) del grupo, sea porque el mismo autor da muerte a muchos miembros del grupo o porque sabe que otros lo hacen.[239]

El art. 6 (c) exige el sometimiento "intencional" ("deliberately", "intentionelle") del grupo a condiciones de existencia encaminadas a ("calculated to") su destrucción. Esta referencia a la parte interna del hecho, a primera vista superflua, se explica con que los autores del ECPI no pensaban en el dolo en sentido general (dolo genérico), sino en el concepto de "préméditation":[240] ésta establecería la conexión entre las condiciones de vida del grupo y la destrucción proyectada. La préméditation va más allá del dolo, pues ella implica una reflexión previa o incluso una planificación con anticipación a la propia comisión del hecho; mientras que en el caso normal hay una coincidencia (temporal) entre la resolución de cometer el delito y su realización, en la premeditación esta coincidencia no existe. En este sentido, el cuarto elemento del "[g]enocide by inflicting conditions of life" reza: "The conditions of life were *calculated* to physically destroy that group, in whole or in part".[241] De este

[238] *Prosecutor v. Akayesu*, supra nota 181, para. 501; *Prosecutor v. Rutaganda*, supra nota 116, para. 49 ss.; *Prosecutor v. Musema,* supra nota 116, para. 155; *Prosecutor v. Bagilishema*, supra nota 216, paras. 57, 58; *Prosecutor v. Kamuhanda,* Judgement 22.1.2004 (ICTR-99-54-T), para. 632.

[239] Asimismo *Gil Gil,* Derecho penal internacional (1999), p. 259.

[240] Cfr. sobre esta figura existente aún hoy en el derecho francés como motivo de agravación de la pena, el art. 132-72, CP francés, así como *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal (2003), p. 427. Ver también *Drost*, Crime (1959), p. 82; *Robinson*, Genocide (1960), p. 60; *Schabas*, Genocide (2000), p. 243; también *UN*, Report ILC (1996), p. 91 s., para. 15, nota 123 = *YbILC* 1996 II 2, p. 46, para. 15 nota 124.

[241] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 7 (resaltado por el autor). La versión en castellano reza: "Que las condiciones de existencia *hayan tenido el propósito de acarrear* la destrucción física, total o parcial, de ese grupo" (resaltado por el autor).

modo, resulta claro que el elemento de la reflexión previa no se encuentra en el concepto "intencional" ("deliberately") —éste expresa solamente el dolo (genérico) según el art. 30—, sino en el "calculated": no se trata solamente de una destrucción dolosa, sino de una calculada y reflexionada.[242]

Además, el art. 6 (d) comprende medidas "destinadas" ("intended", "visant") a impedir nacimientos en el seno del grupo. También aquí existe un apartamiento de la exigencia general de dolo, pues la formulación implica —a semejanza del art. 25 (3)(c)[243]— una conducta marcadamente intencional con el objetivo de impedir los nacimientos del grupo.

bb) *Crímenes contra la humanidad* (*art. 7*)

Mucho menos clara es la situación jurídica en relación con los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra. El art. 7 contiene siete veces los conceptos de "intentional(ly)" "intent" o "intention" y una vez el de "calculated".[N. del T.] En primer lugar es llamativo que todos estos conceptos —a excepción del art. 7 (1)(k)— se ecuentran en las definiciones del apartado 2. El art. 8 contiene once veces el concepto de "intentionally", cuatro veces el de "wilful(ly)" y una el "wantonly". Ahora ha de examinarse en particular, en qué casos tales conceptos establecen una exigencia de dolo que se aparta del art. 30. En vista de la ambivalencia del concepto de "intent" y de la diferente génesis de los arts. 7 y 8 es poco convincente la constatación general de que la mención del concepto sería un "likely unnecessary surplusage".[244] La triste verdad es que hasta ahora la utilización de exigencias de dolo en los tratados de derecho penal internacional, inclusive el derecho de Ginebra, no ha sido el producto de una reflexión, como tampoco lo es la utilización de los conceptos mencionados en el ECPI. De todos modos, entre los arts. 7 y 8 existe una diferencia que para el siguiente análisis no es secundaria: mientras que el art. 7 codifica por primera vez derecho consuetudinario internacional, el art. 8 incorpora en gran parte el derecho internacional humanitario ya codificado con las exigencias de dolo, a menudo contradictorias, allí contenidas.

---

[242] *Gil Gil*, Derecho penal internacional (1999), p. 216 s., 260 considera necesario en este sentido la "conciencia y voluntad directa". Cfr. también *Schabas*, Genocide (2000), p. 243 s., así como *Prosecutor v. Musema*, supra nota 116, para. 157: "methods […] aimed at their physical destruction". De otra opinión, *Fronza*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 125; en contra de la préméditation también *Vest*, ZStW 2001, 472. Sobre la problemática traducción alemana como "adecuada" ("geeignet") (§ 220a StGB) cfr. *Ambos/Wirth*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 784 ss.

[243] Cfr. supra § 8 III. 2. b).

[N. del T.] La versión castellana del art. 7 utiliza cuatro veces el concepto de "intencional(mente)" (para "intentionally"), tres veces el de "intención" (para "intent" o "intention") y una vez el de "encaminadas a" (para "calculated").

[244] *Piragoff*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 30, nm. 12; asimismo *ICRC*, Non-Paper (2000), p. 3.

Si dirigimos la atención hacia el art. 7, vemos que en las acciones individuales (apartado 1) el concepto "intencionalmente" ("intentionally", "intentionnellement") se encuentra sólo en la letra (k), que sanciona como crimen contra la humanidad la realización de otros *actos inhumanos* que causen "intencionalmente" ("intentionally") grandes sufrimientos etc. Se trata de una combinación de un delito de actividad y un delito de resultado, que según las reglas generales del art. 30 exige una comisión intencional de los actos inhumanos (art. 30 (2)(a)) y una causación dolosa (intención y conocimiento) de la consecuencia (art. 30 (2)(b) en conexión con (3), (1)). En la letra (k), el concepto "intencionalmente" ("intentionally") no parece exigir más que lo ya requerido por el art 30.[245] En este sentido, también el ICTY ha exigido respecto del art. 5 (i) EICTY solamente una acción u omisión *dolosa*[N. del T.] ("*intentional* act or ommission").[246] Por ello, es correcta la traducción oficial alemana como "*vorsätzlich*" (dolosa).

Además de ello, sólo en la parte de las definiciones del art. 7 (2) se encuentran elementos subjetivos por medio de los conceptos de "intentional", "intent" e "intention", por un lado, y "calculated" ("encaminadas a"), por el otro. El último concepto se encuentra también en el art. 6 (c),[N. de T.] habiendo sido entendido allí en el sentido de la figura francesa de la "préméditation".[247] Esta interpretación es oportuna también aquí, pues el "exterminio" ("extermination") en el sentido del art. (1)(b) en conexión con (2)(b) se corresponde estructuralmente con el genocidio por sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear la ("calculated to") destrucción del grupo conforme al art. 6 (c).[248] En cuanto al concepto de "intentional", por el contrario, tanto aquí como allí se corresponde a la exigencia general de dolo del art. 30.[249] Se trata, por tanto, del sometimiento con dolo (genérico) a condiciones de existencia con la intención de destruir total o parcialmente un grupo determinado.[250]

Conforme al art. 7 (1)(f) la *tortura* es un crimen contra la humanidad. Según el art. 7 (2)(e) tortura significa: "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves […]" ("intentional infliction of severe pain or suffering […]", "le fait d'infliger in-

---

245 Dejando abierta la cuestión *Boot*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 84, quien en especial pasa por alto el art. 30.

N. del T. Se traduce del original alemán "*vorsätzlich*".

246 *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra, nota 151 para. 543.

N. del T. La versión castellana utiliza dos expresiones diversas para referirse a "calculated to"; así, en el art. 7 (2) habla de "encaminadas a" y en el art. 6 (3) de "que hayan de".

247 Cfr. supra, nota 240.

248 Similar probablemente *Hall*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 95, al entender con el término "calculated" que el autor "must have intended to bring about the destruction of part of a population".

249 Cfr. también *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, supra, nota 98, para. 142 ss. (146), donde se señala que la acción podría ser cometida con "intention, recklessness, or gross negligence".

250 Comprendiéndose —más allá del genocidio— también a los grupos políticos y otros (cfr. *Hall*, en: Triffterer [ed.] Commentary [1999], art. 7, nm. 25).

tentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës […]"). Como resulta de la jurisprudencia del ICTY, no se alude con ello al dolus directus de primer grado, sino a una conducta con dolo (genérico).[251] Y aún con mayor razón la formulación no debe excluir el elemento cognitivo del dolo,[252] pues el "intent" en el sentido del art. 30 comprende el conocimiento y la voluntad.[253] El requisito típico especial de la tortura consiste, según la opinión tradicional, en la persecución de un fin prohibido, por ejemplo, la obtención de determinadas informaciones, una confesión o simplemente la discriminación de la víctima;[254] sin embargo, este requisito no ha sido incorporado en la definición del art. 7 (2)(e).[255]

De acuerdo con el art. 7 (1)(g) en conexión con (2)(f) el crimen del *embarazo forzado* consiste en el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza "con la intencion" ("with the intent", "dans l'intention") de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. La semejanza estructural con el genocidio, especialmente con el art. 6 (d), y la referencia especial de la exigencia subjetiva a la consecuencia jurídica del hecho, hablan en favor su interpretación como *intención en el sentido de dolo directo de primer grado*.[256] Esto también está en consonancia con la traducción oficial alemana. En favor de esta interpretación hablaba también el texto originario del quinto elemento del "[c]rimen de lesa humanidad de embarazo forzado" ("[c]rime against humanity of forced pregnancy"), pues allí se preveía una conducta "in order to" causar la consecuencia jurídica,[257] esto es, implicando la persecución de un fin u objetivo determinado. La versión definitiva de los "elementos" vuelve sin embargo nuevamente a la formulación del Estatuto "con la intención de" ("with the intent")[258] y por tanto no ofrece en todo caso un argumento adicional en favor de su interpretación como intención en el sentido de dolo directo de primer grado.

De manera similar, también en los casos de *desaparición forzada de personas* según el art. 7 (1)(i) en conexión con (2)(i) y del crimen de *apartheid* del art. 7 (1)(j) en conexión con (2)(h) la "intention" ("intention", "intención") se tiene que interpretar como una exigencia de intención en el sentido de *dolo directo de primer grado*.[259]

---

[251] *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra, nota 151 para. 461 ss., 468: "act or ommission was intentional […]"; asimismo Prosecutor v. Furundzija, supra, nota 151, para. 162.

[252] Así sin embargo *Hall*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 104.

[253] Cfr. ya supra 1 a).

[254] *Prosecutor v. Delalic et al.,* supra, nota 151 para. 470 ss.; *Prosecutor v. Furundzija*, supra, nota 151, para. 162; *Prosecutor v. Kvocka et al.*, supra, nota 151, para. 152 ss.

[255] Sobre el intento de una nueva interpretación cfr. *Ambos*, NStZ 2001, 632.

[256] Asimismo *Boot*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 110.

[257] El elemento 5 rezaba: "The accused intended to keep the woman or women pregnant *in order to* affect the ethnic composition of a population or to carry out another grave violation of international law". (*PrepCommis*, Elements (1999), p. 11; resaltado por el autor).

[258] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 14.

[259] Igualmente respecto del apartheid *Hall*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 122; dejando abierta la cuestión en cuanto a la desaparición forzada de personas *Boot*, en: idem, art. 7, nm. 126.

El concepto se refiere sólo a una parte determinada del tipo, a saber, a dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un período prolongado o bien a mantener un régimen racista. Al respecto, los "elementos" contienen exigencias subjetivas especiales: "The perpetrator *intended* to remove such persons […] from the protection of the law […]" o bien "[…] *intended* to maintain such regime […]".[260] Además, la Convención sobre el castigo del crimen de apartheid exige el "*fin*" especial ("purpose") de instituir y mantener la dominación de un grupo racial (art. II).[261] La traducción alemana habla en ambos casos con acierto de una intención ("Absicht") en este sentido.

Por el contrario, el concepto "intencional" ("intentional") en la definición del *tipo de persecución* del art. 7 (2)(g) en conexión con (1)(h) parece sólo reiterar la *exigencia general de dolo* del art. 30, pues éste se refiere al tipo en su conjunto y no existe ningún motivo evidente para exigir una privación grave de derechos fundamentales que sea más que dolosa. Por tal razón, también la traducción alemana habla de "dolosa" ("vorsätzlich") y los "elementos" no contienen una exigencia especial de dolo.[262]

Un elemento subjetivo especial del tipo resulta, sin embargo, de la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc respecto de los arts. 5 (h) EICTY y art. 3 (h) EICTR que tipifican como crimen contra la humanidad las "persecutions on political, racial and religious grounds". Al respecto, el ICTY y la Sala de Apelación de los Tribunales exigen una especial *intención discriminatoria* ("discriminatory intent") o la comisión con tales *móviles* ("discriminatory grounds"), pero rechazan la aplicación de esa exigencia a todas las conductas del art. 5 del EICTY[263] o incluso a los crímenes de guerra del art. 3 del EICTY.[264] Por el contrario, el ICTR exige tales móviles especiales en todos los crímenes contra la humanidad;[265] esto se debe sin embargo a que ya

---

[260] Cfr. el elemento 5 del crimen de *apartheid* y el elemento 6 del crimen de desaparición forzada de personas (*PrepCommis*, Elements [2000], p. 16; resaltado por el autor). [N. del T.: en la versión castellana de los elementos de los crímenes se habla, al igual que en los tipos respectivos, de "intención". Cfr. el elemento 5 del crimen de *apartheid* "[q]ue el autor haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un período prolongado" y el elemento 6 del crimen de desaparición forzada de personas "[q]ue con su conducta el autor haya tenido la intención de mantener ese régimen".]

[261] Cfr. ya p. 435 s. ver. al. y el cuadro en p. 426 ss.

[262] *PrepCommis,* Elements (2000), p. 15.

[263] *Prosecutor v. Tadic,* supra, nota 117, para. 281 ss. (283, 287, 292). Asimismo *Prosecutor v. Kupreskic et al.,* supra, nota 116, para. 558, 570, 632 ss.; *Prosecutor v. Blaskic,* supra, nota 107, para. 244, 260; *Prosecutor v. Kordic & Cerkez,* supra, nota 116, para. 186, 212 ss. (213); *Prosecutor v. Kvocka et al.*, supra, nota 228, para. 186, 194 ss. Cfr. también *Swaak-Goldmann,* en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.) Int.Crim.L. I (2000), p. 250 s., 253, 260 s.

[264] *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgement 24.3.2000 (IT-95-14/1-A), para. 17 ss. (28).

[265] *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, supra, nota 98, para. 130 ss.; *Prosecutor v. Rutaganda*, supra, nota 116, para. 72 ss. (75); *Prosecutor v. Musema*, supra, nota 116, para. 208 ss. Sin embargo, ahora de otra opinión *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement 7.6.2001 (ICTR-95-1A-T), para. 81 y *Procureur v. Akayesu,* Arrêt 1.6.2001 (ICTR-96-4-A), para. 460 ss. (466, 468 s.). Cfr. también el antiguo punto de vista de *Meyrowitz*, Répression (1960), p. 288 ss.

el chapeau del art. 3 del EICTR exige que el ataque se funde "on national, political, ethnic, racial or religious grounds". En cuanto concierne al art. 7 del ECPI, si bien la exigencia general de una intención discriminatoria fue discutida en el Preparatory Committee,[266] ella ha sido en definitiva rechazada. Así, el art. 7 recoge la exigencia de que el hecho se funde en motivos políticos, raciales y similares solamente en la letra (h) del punto 1, correspondiéndose con ello con el art. 5 (h) del EICTY. Por lo demás, el art. 7 (2)(g) define al tipo de persecución como privación de derechos fundamentales "en razón de" ("by reason of") la identidad del grupo. Consecuentemente, la Sala de Apelación del ICTY e ICTR ha interpretado el art. 7 del ECPI del mismo modo que el art. 5 del EICTY y limitado la exigencia de la intención discriminatoria al tipo de persecución.[267] La intención discriminatoria es también exigida para el autor indirecto ("indirect perpetrator").[268]

cc) *Crímenes de guerra* (*art. 8*)

La múltiple utilización, ya mencionada, de los conceptos "intentional(ly)", "wilful(ly)" y "wantonly" ha de atribuirse a que el art. 8 codifica esencialmente el derecho internacional humanitario existente. Allí, no parece habérseles atribuido a estos conceptos significados diversos. En la versión *francesa*, el término "wilful(ly)" es traducido de la misma manera que "intentional(ly)" en el art. 7, esto es, con "intentionnel(lement)"; en el art. 8 sin embargo para "intentional(ly)" se utiliza el concepto "délibérée …". La versión *en castellano* del art. 8 utiliza trece veces el concepto de "intencionalmente" (para "intentionally" y "wilful(ly)"), dos veces el de "deliberadamente" (para "wilfully)" y una vez el de "arbitrariamente" (para "wantonly"). La traducción oficial *alemana* utiliza en el art. 8 siempre el concepto de "doloso" ("vorsätzlich").

El concepto de "*wilful(ly)*" utilizado en el art. 8 (2)(a)(i), (iii) y (vi) fue tomado textualmente de las disposiciones sobre los *grave breaches* de las CG.[269] Al faltar allí una disposición general sobre el dolo como la del art. 30, el término "wilful(ly)" ha

---

[266] *UN*, Report of the Preparatory Committee I (1996), Summary of the Proceedings, p. 22 (para. 87).

[267] *Prosecutor v. Tadic,* supra, nota 17, para. 283 ss. (283, 291 s.); *Procureur v. Akayesu,* supra, nota 265, para. 460 ss. (466, 468 s.). Cfr. también *Robinson*, AJIL 1999, 46 s.; *el mismo*, en: Lattanzi/Schabas (eds.), Essays (1999), p. 149 ss. (151); *von Hebel/Robinson*, en: Lee (ed.), Court (1999), p. 93 s.; en el resultado igualmente *Boot/Hall*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 7, nm. 62; *Boot*, en: idem, art. 7, nm. 113; *McAuliffe de Guzman*, HRQ 2000, 355, 364 ss. (367 s.); *Lattanzi*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 493 ss. (494 s.). Sobre la fundamental diferencia entre dolo y móviles, ya supra § 5 I. 1. b); la terminología empleada por la jurisprudencia —"discriminatory *intent*" o "*grounds"*— no refleja sin embargo esta diferenciación.

[268] *Prosecutor v. Stakic*, Judgement 31.7.2003 (IT-97-24-T), para. 737 ss. (741, 743).

[269] Cfr. los arts. 50 CG I, 51 CG II, 130 CG III y 147 CG IV.

sido interpretado de manera general como una exigencia de dolo (genérico),[270] esto es, exigiéndose una conducta voluntaria *y* a sabiendas.[271] La ambivalencia del concepto[272] ha inducido al American Law Institute a definirlo separadamente. De acuerdo con el § 2.02 (8) del MPC una persona actúa "wilfully", cuando "acts knowingly with respect to the material elements of the offense". Sólo excepcionalmente tiene lugar una dominancia del elemento volitivo, cuando "a purpose to impose further requirements appears", esto es, si expresamente está previsto un dolus specialis. Esta interpretación se corresponde con la legislación y con la práctica judicial de numerosos estados de los Estados Unidos[273] y confirma el punto de vista que aquí se sostiene de que en derecho penal internacional "wilful(ly)" expresa solamente el dolo (genérico). Si se parte además de que el término "wilful" incluye también a la recklessness,[274] se establecería incluso una exigencia de dolo menor que la del art. 30.

Ahora, en cuanto concierne la acción del "*wilful killing"*, el ICTR[275] ha sostenido en relación con el art. 3 (a), EICTR —o sea, en relación con los crímenes contra la humanidad— basándose en la versión francesa ("assassinat") y echando mano al principio *in dubio pro reo*, que con ello se habría establecido una exigencia de dolo más intensa, esto es, un actuar con premeditación en el sentido ya mencionado. [276] A éste se ha adherido el ICTY respecto del tipo de idéntica redacción del "murder" del art. 5 (a), EICTY, exigiendo una acción intencional y premeditada; aquí es suficiente sin embargo respecto de la intención un conocimiento con base en el curso normal de los acontecimientos.[277] Esta interpretación no puede ser sin embargo trasladada —a causa del diferente texto— al art. 7,[278] y tampoco convence respecto del art. 8. La traducción oficial alemana habla en ambos casos (art. 7 (1)(a) y art. 8 (2)(a)(i)) con acierto de homicidio "*doloso*" ("*vorsätzliche* Tötung"), requiriendo, por tanto, sólo dolo (genérico). En favor de esto habla que las mismas acciones de los arts. 7 y 8 deberían ser interpretadas también del mismo modo; de otra forma, se crearía una contradicción valorativa entre las acciones individuales exteriormente idénticas de ambas disposiciones; no podrían extraerse por tanto conclusiones diferentes de las acciones individuales de estas disposiciones, sino que estas diferencias solamente podrían surgir de sus respectivos *chapeaux*. Finalmente, también habla en su favor el significado del concepto "wilful", como recién ha sido definido, a saber, como dolo (genérico) incluyendo a la "recklessness".[279] El ICTY ha reconocido esto expresamente en "Celebici".[280]

---

[270] *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(a)(1999), p. 10, 14 (incluyendo la "recklessness", pero excluyendo la "ordinary negligence"); asimismo *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(b), (c) and (e) (1999), p. 11, 75, 122; *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(b) Add. 1 (1999), p. 9; *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(b) Add. 2 (1999), p. 8; *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(b) Add. 3 (1999), p. 7.

[271] Cfr. ya supra § 4 I. 3.

[272] Cfr. *LaFave*, Criminal Law (2003), p. 240 s.; también *Schmid*, Strafverfahren (1993), p. 184.

[273] Cfr. también *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 248 ss. (248).

[274] *Williams*, Criminal Law (1983), p. 117; *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(a) (1999), p. 10, 14.

[275] *Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana*, supra, nota

[276] Cfr. supra, nota 240.

[277] *Prosecutor v. Kupreskic et al.,* supra, nota 116, para. 560 s. (561).

[278] Acertadamente *PrepCommis*, Commentary Switzerland (1999), p. 11.

[279] Cfr. las informaciones en la nota 274, así como específicamente *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 8, nm. 9; *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(a)(1999), p. 11, 13 s.

[280] *Prosecutor v. Delaliæ et al.,* supra, nota 151, para. 420 ss., 431 ss. (437). Cfr. también las similares constataciones respecto del art. 8 (2)(b)(iii) en *Prosecutor v. Delaliæ et al.*, loc. cit., para. 511, así

El concepto de "wantonly" en el art. 8 (2)(a)(iv) no asume de ningún modo un significado subjetivo especial. De las versiones francesa y castellana ("arbitraire" o "arbitrariamente") resulta que con éste sólo se caracteriza con más detalle, calificándola de "arbitraria", la destrucción y la apropiación de bienes, esto es, como efectuada sin un motivo razonable. Se trata de un elemento objetivo del tipo. Si se quiere ver allí sin embargo una exigencia subjetiva, entonces ella alude sólo al dolo (genérico).[281]

Tampoco el concepto "*intentionally*", ("délibérées", "intencionalmente") del art. 8 (2)(b)(i)-(iv), (ix), (xxiv) y (xxv), así como (e)(i)-(iv) posee un significado especial. Esto se corresponde con la opinión generalizada en la literatura[282] y resulta de las siguientes consideraciones. En primer lugar, en las disposiciones mencionadas "intentionally" remplaza a "wilful(ly)", en todos los casos en donde estas disposiciones se basan en el art. 85 (3) y (4) del PACG I, es decir, en todas las acciones con la excepción del nuevo tipo del ataque a misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz del art. 8 (2)(b)(iii) o (e)(iii).[283] Dado que el ECPI sólo codifica la costumbre internacional existente, también el concepto "intentionally" debe entenderse del mismo modo que "wilful(ly)", esto es, abarcando al menos el dolo (genérico). El concepto "wilful(ly)" se encuentra en el art. 85 (3) y (4) del PACG I, solamente porque este tratado no contiene una disposición general sobre el dolo. Por consiguiente, con esto se habría querido poner en claro solamente que tales hechos deben ser realizados con dolo, sin establecerse sin embargo una exigencia especial de dolo. En este sentido, también en el art. 8 el concepto "intentionally" tiene sólo significado declaratorio y confirma la regla general del art. 30. Lo mismo vale para el nuevo tipo del ataque a misiones de asistencia humanitaria o de mantenimiento de la paz, pues éste se corresponde estructuralmente con los otros tipos, de modo que ya por motivos sistemáticos no parece correcto requerir una exigencia de dolo diversa.

De esto se debe diferenciar la cuestión de si en la formulación "directing attacks" del art. 8 (2)(b)(i)-(iii), (ix), (xxiv) o (e)(i)-(iv) no se ha de ver la exigencia de un actuar dirigido finalmente. Hasta ahora, esta cuestión, que ha de ser respondida afirmativamente, no ha sido en realidad reconocida como un problema. En favor de la afirmación de un actuar dirigido finalmente habla en primer lugar el texto inglés, cuya traducción alemana con "ataques" ("Angriffe") ha desatendido sin embargo el elemento final contenido en la palabra "directing". Más correcto hubiera sido, por ello, hablar de "dirigir ataques a" ("Angriffe richten auf"). La versión francesa del

---

como respecto del art. 8 (2)(b)(vi) en *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(a)(1999), p. 49 s., con otras referencias.

[281] Cfr. *PrepCommis*, ICRC commentary art. 8 (2)(a)(1999), p. 44, con otras referencias.

[282] Cfr. ya supra, nota 243. Asimismo *Fenrick*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 8, nm. 21, 27, 99, 212 respecto del art. 8 (2)(b)(i), (ii), (ix) y (xxiv); también *Cottier*, en: idem, art. 8, nm. 47, respecto del art. 8 (2)(b)(iii), así como *Zimmermann*, en: idem, art. 8, nm. 291, 294, 296, 298 respecto del art. 8 (2)(e)(i) — (iv), ambos remitiéndose a *Fenrick*.

[283] Cfr. en particular el art. 8 (2)(b)(i) o (e)(i), (ii), (iv), (ix) o (e)(iv) y (xxiv) o (e)(iii) con el art. 85 (3) y (4), PACG I.

Estatuto tampoco considera la finalidad de la acción, al traducir los términos "directing" y "launching" (art. 8 (2)(b)(iv)) sin hacer diferencias con el concepto de "lancer".[284] Por el contrario, la versión en castellano se corresponde con la interpretación que aquí se sostiene, pues allí se habla de "dirigir […] ataques" —en oposición al mero "lanzar"—. Además del texto, en favor de esta interpretación también hablan los antecedentes de las negociaciones y la teleología de la norma. La protección jurídico-penal lo más amplia posible de la normas de tutela del derecho humanitario en favor de la población civil y objetos civiles es aceptable para los representantes de los ministerios de defensa y de las fuerzas armadas tan solo, si no todo ataque con dolo (genérico) contra las personas y objetos mencionados constituye un delito, sino sólo aquellos ataques dirigidos finalmente.

3. Resumen

El art. 30 exige la realización a sabiendas y voluntaria de los elementos objetivos del tipo de los arts. 6-8 en el sentido del *dolus directus*. El autor debe actuar con voluntad en cuanto a la *actividad* típica, con voluntad y conocimiento en cuanto al *resultado* y con conocimiento en cuanto a las *circunstancias del hecho*.

El dolo en el sentido del art. 30 se debe referir a todos los elementos objetivos del tipo. Esto incluye también las circunstancias (especiales) del hecho contenidas en los chapeau de los arts. 6-8 ("contextual elements"); al respecto, el autor debe tener conocimiento *fáctico*; especialmente, él debe tener conocimiento del contexto sistemático de comisión —en los crímenes contra la humanidad— y las circunstancias de la existencia de un conflicto armado internacional o no internacional —en los crímenes de guerra—. De manera similar, también en cuanto a los elementos normativos del tipo el autor debe ser consciente de los hechos necesarios para el conocimiento del significado. Por el contrario, no es necesario que él comprenda el significado o valoración jurídica de tales conceptos. Dicho de modo corto y simple: el autor debe poseer conocimientos *fácticos*, pero no jurídicos.[285]

En lo que concierne a las *exigencias subjetivas adicionales o divergentes*, en los arts. 6-8 ha de diferenciarse, en primer término —al menos según la comprensión alemana—, entre exigencias generales de dolo (dolo genérico) y elementos subjetivos especiales del tipo. Solamente la intención de destrucción en el genocidio (art. 6) y la especial intención discriminatoria del crimen contra la humanidad de la persecución (art. 7 (1)(h)) representan un *elemento subjetivo del tipo* distinto del dolo.

---

[284] Igualmente equívoca es la traducción italiana con "lanciare […] attacchi" (cfr. *Paolo Reale*, Statuto (1999), p. 111).

[285] Aprob. *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 116 s.

Por lo demás, las acciones individuales de los arts. 6-8 contienen *exigencias de dolo más o menos intensas*. Contienen exigencias de dolo más intensas que las del art. 30, en el sentido de que requieren un dolus directus de primer grado, el crimen de genocidio mediante sometimiento a condiciones de existencia que hayan de acarrear la destrucción del grupo (art. 6 (c)) y la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos del grupo (art. 6 (d)), así como el crimen contra la humanidad del exterminio (art. 7 (1)(b) en conexión con (2)(b)), de embarazo forzado (art. 7 (1)(g) en conexión con (2)(f)), de desaparición forzada de personas (art. 7 (1)(i) en conexión con (2)(i)) y de apartheid (art. 7 (1)(j) en conexión con (2)(h)). Una exigencia de dolo menos intensa se puede identificar respecto del art. 8, si se entiende que el concepto "wilful(ly)", allí utilizado, comprende también a la recklessness. Esto valdría también para los crímenes de guerra que describen al dolo con el término "intentionally", si es que se equipara este concepto al de "wilful(ly)".

II. EL ERROR

En la jurisprudencia penal internacional la problemática del error ha desempeñado, hasta ahora, sólo un papel marginal.[286] Las pocas sentencias que se ocupan del tema se basan —de manera poco diferenciada— en la distinción del common law entre error de hecho (*mistake of fact*) y error de derecho (*mistake of law*).[287] En dicho ámbito, sólo se reconoce la relevancia del error de hecho, mientras que el error de derecho es rechazado remitiéndose a la regla *ignorantia iuris neminem excusat o error iuris non nocet.*[288] Solamente el criterio de la antijuridicidad manifiesta o evi-

---

[286] Cfr. resumidamente p. 115 s., 151 ss., 225 s., 251, 255 s. vers. al. y el resumen general en p. 371 s. De otra opinión probablemente *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 133. Dudando sobre la necesidad de una regulación separada *Clark*, ZStW 114 (2002), p. 383.

[287] Cfr. *LaFave*, Criminal Law (2003), p. 281 ss.; *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 237; *Ashworth*, Principles (2003), p. 234 ss.; *el mismo*, ZStW 1998, p. 468 (muy crítico); cfr. también *Smith*, en: *Eser/Fletcher* (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1080 ss.; *Kaplan*, en: idem, p. 1128 ss.; *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung (1995), p. 383 ss.; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 275 ss.; *Nill-Theobald*, "Defences" (1998), p. 344 ss. Cfr. también los proyectos de reforma pertinentes: el § 2.04 (1)(a), *MPC* hace depender la relevancia del error en ambos casos de la eliminación del dolo (crít. sin embargo en cuanto a la compatibilidad de la regla del mistake of fact con el common law tradicional *Low*, RLJ 1988, 545 ss.). El § 21 del *DCCB* requiere lo mismo respecto del mistake of law. El *Draft Bill canadiense* hace depender la relevancia del mistake of fact de la falta de conocimiento (§ 3 (2)(a)) y del mistake of law —similarmente el § 2.04 (3)(b), MPC— de determinadas causas de confianza tipificadas (§ 3 (7)) (*LRC*, Report 31 [1987], p. 30, 34). Sobre la similar doctrina tradicional *china* cfr. *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), loc. cit., p. 391 ss. Sobre la vieja doctrina en el "civil law" *Rodrigues*, Culpabilidade (2004), p. 116 ss.

[288] Cfr. *Nill-Theobald*, "Defences" (1998), p. 342 s.; *PrepCommis*, ICRC paper mental element (1999), p. 10 ss.; *Korte*, Befehl (2004), p. 162 ss. Sobre la evolución histórico-urídica de la regla de la ignorantia iuris del derecho romano y sobre su lento abandono a raíz de los trabajos de *Binding* y *Takigawa* cfr. *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung (1995), p. 379 ss.

tabilidad del error posibilita soluciones más flexibles, las cuales también tienen en cuenta la justicia del caso concreto ("Einzellfallgerechtigkeit"). Sobre esto se volverá más adelante.[289]

En general, los proyectos privados de codificación, especialmente los trabajos de la ILA, contienen soluciones más diferenciadas.[290] Si bien la ILA persiste en la diferenciación entre error de hecho y de derecho, ella la entiende sin embargo sustancialmente en el sentido de las categorías alemanas de error de tipo y de prohibición, fundándose en este último caso en la evitabilidad.[291] Por el contrario, para los proyectos oficiales[292] lo decisivo es si el error elimina el "mental element" ("negates the mental element"). Este principio ha sido seguido también por el art. 32 del ECPI.[293] Esta norma se apoya —como la jurisprudencia penal internacional— en el common law,[294] pero no liga indisolublemente la atendibilidad del error con su ámbito material fáctico o normativo, pues también el error de derecho debe ser relevante, si elimina el "mental element" (art. 32 (2), oración 2).[295] La ventaja de esto es que pierde importancia la delimitación material entre error de hecho y de derecho.[296]

Con la locución "mental element" se ha de entender, como ya fuera expuesto supra,[297] el dolo, sin elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y sin conciencia de la antijuridicidad. De otro modo, se desdibujaría la diferenciación entre error de hecho y de derecho que se encuentra en el art. 32, y este último adquiriría mucha más relevancia de la que los redactores del art. 32 le habrían querido conceder. Pues, si el "mental element" incluyera también a la conciencia de la antijuridicidad, prácticamente todo error de derecho conduciría a eliminar el "mental element", pues éste regularmente le impide al autor conocer la antijuridicidad de su acción. Sólo una comprensión restrictiva del mental element como dolo del hecho conduce a la casi total irrelevancia que se desea de los errores de derecho, pues éstos no inciden por lo general sobre el dolo.

Siguiendo la dicotomía del art. 32, en lo siguiente se diferenciará según el efecto del error, esto es, según su relevancia o irrelevancia.[298]

---

289 Cfr. infra 3., por la nota 377.

290 Cfr. ya p. 491 s. vers. al.; resumidamente p. 495 s. vers. al. Sobre los Draft Codes de 1991 y 1996 cfr. en este sentido p. 459 s., 470 vers. al.

291 Asimismo, el art. 30 del Model-Draft-Statute, cfr. ya p. 504 vers. al.

292 Si se prescinde del Draft Code de 1987, el cual en ambos casos se funda en la evitabilidad del error (*Yb ILC* 1987 II 1, p. 7).

293 Cfr. ya *Ambos*, CLF 1999, 29 s., en castellano en AP 44 (2000), 925 ss., ver bibl.; *el mismo*, ZStW 1999, 190 s.; crít. también *Laurenzo Copello*, JPD 7/2000, 100.

294 Cfr. las referencias supra, nota 285.

295 *Dinstein* ve por ello en la solución del ECPI un abandono de la regla de la ignorantia iuris (en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I [2000], p. 377); crít. también *Cassese*, EJIL 1999, 155 s.: "serious loophole".

296 Sobre la dificultad de esta delimitación cfr. *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 347 ss., quien, sin embargo, en definitiva la considera practicable (idem, p. 359).

297 Cfr. I. 2. a).

298 En el mismo sentido *Korte*, Befehl (2004), p. 165 ss.

1. Errores de hecho o de derecho relevantes

Conforme al art. 32 son relevantes sólo aquellos errores de hecho o de derecho que conciernen a los elementos del tipo ("elements of the offence") abarcados por el dolo, pues sólo éstos pueden eliminar el "mental element required by the crime" (art. 32 (1) y (2)).[299]

a) *Error sobre los elementos descriptivos del tipo* (*error de hecho*)

Lo dicho en el párrafo anterior no es problemático en los casos de errores *de hecho* sobre los elementos descriptivos del tipo en el sentido ya mencionado:[300] quien debido a la niebla cree disparar a un tanque enemigo, pero de hecho alcanza a un vehículo protegido en el sentido del art. 8 (2)(b)(iii), actúa ya sin dolo, pues él no quería alcanzar a *ese* vehículo, ni era consciente de que lo alcanzaría.[301] En este caso, la cuestión (sucesiva) acerca de un error sobre un elemento normativo del tipo —"vehículo protegido"— no se presenta, pues tiene lugar un simple error in obiecto que conduce a la eliminación del dolo por falta de conocimiento de la existencia del elemento principal del tipo del art. 8 (2)(b)(iii). La responsabilidad jurídico-penal está excluida conforme al art. 32 (1). En cuanto al tipo de error, esta solución se corresponde con el § 16 (1), oración 1, StGB;[N. del T.] pero, en cuanto a la consecuencia jurídica ella hace del error de hecho una causa de exclusión de la punibilidad, equiparándolo por tanto a las causas de justificación y exculpación en el sentido de los arts. 31 y 33. Una punibilidad subsidiaria por imprudencia fracasa porque el ECPI no contiene delitos imprudentes.

La *responsabilidad del superior* del art. 28 constituye una excepción en este sentido. Si, por ejemplo, un superior valora de manera equivocada informaciones fácticas sobre la comisión de delitos por parte de sus subordinados y por tal razón no toma ninguna contramedida, él se encuentra en un error de hecho que excluye su conocimiento positivo de esos delitos y, por consecuencia, el "mental element". Sin embargo, el superior sigue siendo punible, porque para el art. 28 es suficiente el haber actuado con imprudencia (grave), ya que él "hubier[a] debido saber" de los hechos o bien "deliberadamente h[a] hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes".[302]

---

[299] La regulación especial respecto del actuar en cumplimiento de una orden del art. 32 (2), oración 2, última parte no será analizada en este lugar (cfr. *Triffterer*, en: el mismo [ed.] Commentary [1999], art. 32, nm. 41; también *Ambos*, CLF 1999, 29); al respecto infra § 12 I. 2. b).

[300] Cfr. supra I. 2. b), especialmente nota 160.

[301] Cfr. también mi ejemplo en ZStW 1999, 191. Cfr. además *Fletcher*, Concepts (1998), p. 156, quien con acierto habla en este sentido de un "mistake about *factual* elements of the definition" (resaltado por el autor).

[N. del T.] Ver N. del T. situada a continuación de la nota 58.

[302] Cfr. con más detalles, supra § 9 II. 2. b) y c).

b) *Error sobre una situación fáctica de permisión* (*error de hecho*)

Más difícil es el asunto en caso de un error sobre una situación fáctica de permisión (error acerca de los presupuestos fácticos de una causal de justificación — justificantes putativas). Ante todo, ya su clasificación como error de hecho o de derecho es problemática. En favor de su clasificación como error de derecho habla su ubicación en el nivel de la antijuridicidad dentro de la sistemática del delito. Sin embargo, este es sólo un argumento formal y poco convincente esencialmente por dos razones. Por un lado, también una causa de justificación puede ser entendida como un tipo permisivo que niega al tipo de prohibición,[303] por lo cual un error al respecto valdría como error de tipo. Por otro lado, el error sobre una situación fáctica de permisión se refiere a las circunstancias *fácticas* de la situación de justificación. Éste se tiene que clasificar como error de hecho en el sentido del art. 32 (1), porque se trata de un error sobre los presupuestos *fácticos* de un precepto permisivo.[304] Por ello, también es preferible la designación error sobre una *situación fáctica* de permisión ("Erlaubnis*sachverhalts*irtum") a la de error sobre un *tipo* de permisión ("Erlaubnis*tatbestands*irrtum"),[305] pues esta última denominación implica en rigor un error sobre los presupuestos *típicos* de un precepto permisivo, incluyendo por consecuencia tanto elementos descriptivos, como normativos. Sin embargo, con esto no se ha dicho aún nada acerca de la relevancia o irrelevancia del error sobre una *situación fáctica* de permisión en relación con la regulación del error del art. 32, es decir, si este error excluye o no el dolo. La letra del art. 32 no prejuzga la decisión, pues ella convierte a un error de hecho en causa de exclusión de la punibilidad "únicamente" ("only") si excluye el dolo.[306] Esto se ha de analizar justamente ahora.

Independientemente del "caos de teorías"[307] reinante en el derecho alemán y español, la cuestión materialmente decisiva es si se parte de un concepto de dolo

---

[303] Sobre la teoría de los elementos negativos del tipo cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 10, nm. 13 ss. Sobre la importancia internacional de esta teoría en sistemas fuertemente orientados al proceso cfr. la discusión sobre las reglas de responsabilidad jurídico-penales incompletas ("defeasible") y completas ("comprehensive") en *Fletcher*, Concepts (1998), p. 94, 96 ss., quien observa una tendencia hacia el modelo mencionado en último término, esto es, hacia una integración de las "defenses" en la concepción de la "offense". Cfr. además —también sobre el sistema del delito francés— *Vogel*, GA 1998, 134 s., 142 s.; *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 422 s.

[304] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 51, 63; *Kühl*, AT (2002), § 13, nm. 67 s.; *Kindhäuser*, AT (2002), p. 278 nro. 23.19; *Bockelmann/Volk*, AT (1987), p. 122; también *Jescheck,* JICJ 2004, p. 47.

[305] Cfr. *Eser/Burkhardt*, AT I (1992), p. 185; similar *Kühl*, AT (2002), § 13, nm. 63: error sobre la *circunstancia* de permisión (*Erlaubnistatumstandsirrtum*). Cfr. también *Fletcher*, Concepts (1998), p. 158 s.: "mistake about the *factual* elements of justification", el cual se asemejaría a un "*factual* mistake about elements of the Definition", esto es, a un error sobre las circunstancias de hecho (resaltado por el autor).

[306] Igual que el § 2.04 (1)(a), MPC, cfr. ya supra, nota 292.

[307] Cfr. un panorama general y la crítica en *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 51 ss. (62, nota 79). Crít. también *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 423 refiriéndose a la más simple solución francesa e inglesa. El enfoque subjetivizante inglés y estadounidense confunde, sin embargo, realidad y representación (con

amplio o restringido. Quien atribuye al dolo —más allá del conocimiento de las circunstancias del tipo legal— adicionalmente el conocer la inexistencia de circunstancias justificantes, es decir, quien parte de un concepto amplio de dolo en el sentido de un dolo (de la situación) de injusto,[308] debe negar su presencia, cuando el autor —como en el caso de un error sobre una situación fáctica de permisión— da por existentes tales circunstancias justificantes. Este punto de vista entra en conflicto sin embargo con el concepto de dolo de derecho penal internacional, pues el art. 30 y por tanto también el art. 32 entienden al "mental element", como fuera expuesto,[309] como dolo del hecho (típico) ("Tat(bestands)vorsatz"). El error sobre una situación fáctica de permisión no afecta sin embargo al dolo del hecho.[310] Si, por ejemplo, el soldado S se ve de frente a un presunto ataque contra los bienes de su unidad y para su defensa comete un crimen de guerra en la creencia errónea de actuar en legítima defensa, este error sobre la situación fáctica de permisión en forma de legítima defensa putativa deja inalterado al menos su dolo respecto de los elementos del tipo del crimen de guerra en cuestión: S quiere cometer el crimen de guerra y también es consciente de la realización del tipo; su error sobre los presupuestos fácticos de la situación de legítima defensa elimina sólo el —más amplio— dolo de injusto. El hecho de que S actúe en sí fiel al derecho[311] —porque si su representación hubiese sido correcta, se le habría concedido efectivamente el derecho de legítima defensa— sólo puede repercutir debido al concepto restringido de dolo reinante en derecho penal internacional en el nivel de la culpabilidad, aunque no como una causa de exculpación[312] o

---

acierto, crít. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 161 s.). Para la doctrina latinoamericana, mayoritariamente en favor de la teoría moderada o limitada de la culpabilidad cfr. *Politoff/Matus/Ramírez*, Lecciones (2003), p. 267 ss. (268); *Rodrigues*, Culpabilidade (2004), p. 116 ss. (154). A favor de la teoría del dolo *Mir Puig*, Derecho Penal (2002), p. 434 s. con más referencias.

[308] Así, del modo más consecuente, la teoría de los elementos negativos del tipo (cfr. ya supra, nota 301, así como *Roxin*, AT I [1997], § 14, nm. 53, 70) y la teoría de la culpabilidad restringida que la sigue al respecto (idem, nm. 62, 68). En el resultado, igualmente *Wise*, en: Sadat-Wexler (ed.), Draft Statute (1998), p. 55. Cfr. también *Eser/Burkhardt*, AT I (1992), p. 188, quienes con justeza hablan de una "variante de la teoría de la culpabilidad restringida con relevancia para lo injusto". *Roxin*, loc. cit., nm. 70 diferencia en este sentido también un tipo sistemático restringido de un tipo de error amplio.

[309] Cfr. supra, por la nota 295.

[310] Así incluso defensores de la teoría de la culpabilidad restringida en su variante con relevancia para lo injusto (por ejemplo *Eser/Burkhardt*, AT I [1992], p. 186, nm. 16). Asimismo *Fletcher*, Concepts (1998), p. 160, sin diferenciar, sin embargo, entre dolo del hecho y dolo de injusto. También *Triffterer*, en: el mismo, Commentary (1999), art. 32, nm. 14; *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 334. De otra opinión *Dinstein*, War (1994), p. 140, sin diferenciar, tampoco, entre dolo del hecho y dolo de injusto.

[311] Así el argumento central de *Roxin* (AT I [1997], § 14, nm. 62) y la teoría de la culpabilidad restringida en su variante con relevancia para lo injusto que él sostiene; en el resultado, igualmente *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 323 ss. (330 s.).

[312] Así *Fletcher*, Concepts (1998), p. 162 s. ("reasonable mistake as an excuse"), quien si bien con esto se aproxima en el resultado a la posición aquí sostenida (infra, nota 312), al igual que la teoría de la culpabilidad estricta (infra, nota 311) se expone a la crítica de confundir error de hecho y de derecho. Similar *Ashworth*, Principles (2003), p. 235 ("*excuse* rather than a *justification* […]", resaltado en el origi-

como un error de prohibición,[313] sino solamente por medio de la prescindencia de un reproche de culpabilidad doloso.[314] Sin embargo, el problema de una solución diferenciada de este tipo consiste justamente en su diferenciación entre dolo del hecho y reproche de culpabilidad, pues, como ya hemos visto,[315] tal diferenciación no es conocida en el sistema del delito penal internacional. El texto rígido del art. 32 se orienta únicamente a la repercusión que tiene el error sobre el dolo del hecho. Si se considera, entonces, que el error sobre una situación fáctica de permisión es relevante, pero sin repercusión sobre el dolo del hecho, entonces sólo puede ayudar una aplicación analógica del art. 32 (1). El error sobre una situación fáctica de permisión que elimina al dolo de injusto o bien al reproche de culpabilidad dolosa se ha de tratar, por consiguiente, *como* un error de hecho que excluye el dolo del hecho (art. 32 (1), analógicamente).[316]

c) *Error sobre los presupuestos fácticos de una causa de exculpación* (*error de hecho*)

Similar es la situación jurídica en caso de un error sobre los presupuestos *fácticos* de una situación de *duress* en el sentido del art. 31 (1)(d). También este error tiene que clasificarse como error de hecho en el sentido del art. 32, por lo cual lo decisivo es si excluye el dolo. Pero esto no es así. Por ejemplo, si S da muerte a un civil porque cree que en caso de incumplir la orden antijurídica de cometer un homicidio él mismo sería ejecutado, cuando en realidad el superior sólo lo quería poner "a prueba", entonces difícilmente se podrá negar que S respecto del homicidio ha actuado dolosamente en el sentido del art. 30.[317] Con este ejemplo se muestra claramente la diferencia con el error sobre una situación fáctica de permisión: Mientras que este error le impide al autor ya la comprensión de lo injusto (por tal razón el autor actúa

---

nal), pero crít. sobre el criterio reasonable (idem, p. 235 s.). Al respecto debe tenerse en cuenta sin embargo que la discusión angloamericana está tan centrada en la disputa entre justificación y exculpación, que no llega a discutir otras diferenciaciones en el nivel de la culpabilidad (cfr. *Schopp*, Justification [1998], p. 6 s., con otras referencias).

[313] Así la teoría de la culpabilidad estricta (cfr. *Roxin*, AT I [1997], § 14, nm. 59, 63 ss.).

[314] Así también la teoría de la culpabilidad restringida en su variante que remite a las las consecuencias jurídicas (cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 51 ss., 56 s.; *Eser/Burkhardt*, I (1992), p. 187 ss.). El concepto de *culpabilidad dolosa* ("Vorsatzschuld") se refiere al dolo como elemento de la culpabilidad; junto de dolo del tipo ("Tatvorsatz") alude a la (*doble*) *posición del dolo* en la sistemática del delito, o sea, como elemento de la culpabilidad o como elemento del tipo; este concepto expresa, asimismo, en contraposición al de *culpabilidad imprudente* ("Fahrlässigkeitsschuld") una de las formas de culpabilidad (cfr. Jescheck/Weigend AT [1996], p. 447, 592 ss; Roxin, AT I [1997], § 12, nm. 25 s. y § 24, nm. 48 y 51 ss.).

[315] Cfr. supra I. 1. a).

[316] En el resultado también *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 334; *Lahti*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 350.

[317] Asimismo *Fletcher*, Concepts (1998), p. 165.

"en sí" conforme a derecho), en el error sobre una causa de exculpación el autor actúa con conciencia de la antijuridicidad, sólo que considera a su conducta como exculpable.[318] El autor que actúa en una situación de duress no ejecuta la orden antijurídica porque la considera lícita, sino porque se cree en peligro de muerte. También aquí el rígido corsé del art. 32 sólo puede ser quebrado por medio de una aplicación analógica: un error sobre los presupuestos fácticos del art. 31 (1)(d) —en caso de la hipotética existencia de los presupuestos de esa causa de exclusión de la punibilidad— debe operar en sentido exculpante, pues a S no se le puede hacer ningún reproche de culpabilidad.[319] Expresado en términos dogmáticos, aquí —como en el caso del error sobre una situación fáctica de permisión— se suprime el reproche de culpabilidad dolosa. Dado que este error se habría de situar sin embargo en el nivel de la culpabilidad,[320] para la delimitación se puede echar mano a los criterios de la inevitabilidad o razonabilidad del error.[321]

d) *Error sobre los elementos normativos del tipo* (*error de derecho*)

Un error de derecho "may" ("podrá", "peut") respresentar una causa de exclusión de la punibilidad según el art. 32 (2), oración 2, si excluye el dolo. En este contexto, el significado del concepto "may" es problemático. Para *Triffterer*, éste le concedería a la Corte un espacio de discreción, el cual puede ser llenado por medio del criterio de la evitabilidad.[322] Por el contrario, *Weigend* es de la opinión de que el término "may" sólo quiere significar que no todo error de derecho excluye el dolo.[323] Ninguna de estas posiciones es convincente. Como ya resulta del art. 32 (2), oración 1, el error de derecho es en principio irrelevante; por tanto, la oración 2 debe ser entendida sistemática y teleológicamente como una excepción a este principio, en el sentido de que en su presencia —la falta del "mental element"— el juez tiene que absolver.[324]

---

[318] Cfr. también *Cortes Rosa*, Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 190 s. (en contra de la igualdad de tratamiento en el art. 16, CP portugués).

[319] Cfr. también *Triffterer,* en: el mismo (ed.), Commentary (1999), art. 32, nm. 14, quien clasifica a este error sin más como una posible causa de exculpación.

[320] Cfr. *Eser*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 35, quien ve en el art. 31 (1)(d) una causa mixta de justificación y exculpación, dado que éste contendría elementos del estado de necesidad justificante y del estado de necesidad por coacción exculpante. Sobra la clasificación dogmática de esta disposición, con más detalles, infra § 12 II. 1.

[321] Cfr. para el derecho alemán el § 35 (2), StGB (analógicamente), así como *Kühl*, AT (2002), § 13, nm. 82 ss.; desde el punto de vista del derecho comparado *Fletcher*, Concepts (1998), p. 164 s.

[322] Cfr. *Triffterer*, en: el mismo (ed.), Commentary (1999), art. 32, nm. 38 s. Sobre la "evitabilidad" también infra nota 378 y el texto correspondiente.

[323] *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1391, nota 66. Ver también *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 333 dejando abierto si un error sobre elementos normativos puede excluir el dolo.

[324] Con esto, me aparto de la posición que sostuviera precedentemente (p. 811 vers. al.) y sigo a *Korte,* Befehl (2004), p. 160 ss.; en contra de Triffterer también *Clark*, ZStW 114 (2002), p. 385 s.

Según la comprensión alemana, el art. 32 (2), oración 2 concierne a errores sobre los elementos normativos del tipo, esto es, a errores de *tipo* en el sentido del § 16 (1), StGB.[325] Para restar en los ejemplos arriba mencionados: Si en un conflicto internacional el soldado S da muerte a un combatiente enemigo que se encuentra fuera de combate, entonces él es en principio punible según el art. 8 (2)(a)(i). ¿Podrá este soldado invocar un error si no hubiere conocido la definición legal[326] correspondiente de las personas protegidas (art. 85 (3)(e), PACG I)? Un error de hecho relevante en el sentido del art. 31 (1) entraría en consideración sólo si el autor hubiera partido de otros *hechos*, por ejemplo, si hubiera creído que su víctima pertenecía aún a la tropa de combate, pues en este caso él habría desconocido el estatus del combatiente enemigo por motivos de hecho[327] y habría actuado en este sentido sin dolo. Si, sin embargo, el autor desconoce la situación jurídica, porque por ejemplo ignora o no comprende una definición legal determinada,[328] él yerra sobre un elemento puramente normativo del tipo o sobre el contenido normativo de un elemento mixto descriptivo-normativo del tipo y se encuentra según la terminología del ECPI en un error de derecho. Al contrario que el derecho alemán, que considera al error sobre los elementos normativos del tipo como error de tipo en el sentido del § 16 I, StGB, diferenciando de este modo según la sistemática del delito, el ECPI se orienta al ámbito material del error.[329] El punto de vista decisivo es si se trata de un error sobre las circunstancias *fácticas* del hecho (entonces, error de hecho en el sentido del art. 32 (1)) o si juegan algún papel las valoraciones *jurídicas* (entonces, error de derecho en el sentido del art. 32 (2)).[330] Así, resulta también evidente que —al menos terminológicamente— el "mistake of fact" no se corresponde con el error de tipo del § 16, StGB, como tampoco el "mistake of law" lo hace con el error de prohibición del § 17,

---

[325] Cfr. ya supra I. 2. b); asimismo *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1391. Sobre el derecho angloamericano cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 156 ss. (157, nota 19 s.), quien habla en este sentido de un "mistake about *legal* aspects of the definition" (resaltado por el autor), cuya relevancia dependería de su "razonabilidad". *Vogel*, GA 1998, 141, nota 89 habla, con acierto, de un error de derecho sobre un "elemento jurídico normativo del actus reus". *Kaplan*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1128 s. menciona otros ejemplos.

[326] Sobre el concepto (superfluo) de "legal element" cfr. ya supra, nota 162.

[327] El art. 85 (3)(e) del PACG I exige incluso expresamente el "hacer objeto de ataque a una persona *a sabiendas* de que está fuera de combate" (resaltado por el autor).

[328] Sobre la diferencia —en el resultado irrelevante— entre mero desconocimiento pasivo (ignorancia) y una errónea representación activa: *Fletcher,* Rethinking (1978), p. 686 s.; *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 86; también *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 101. Sin embargo al menos es necesaria una co-conciencia (*Roxin*, loc. cit., § 12, nm. 111 ss.).

[329] Sobre el dualismo referido al ámbito material o a la ubicación sistemática de las regulaciones del error en el derecho penal europeo, cfr. *Vogel*, JZ 1995, 340. Sobre el desarrollo de la teoría del error orientada a la sistemática del delito cfr. *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 130 ss.

[330] Similar *Kindhäuser*, supra, nota 169.

StGB.[N. del T.] Desde luego, una cuestión diferente es si estas diferencias terminológicas también conducen a resultados materialmente divergentes.

En nuestro caso inicial se ha de preguntar si la ignorancia de S respecto del elemento normativo del tipo de la "persona protegida" excluye su dolo del hecho. Con otras palabras: ¿actúa sin dolo el autor del homicidio de una persona protegida conforme al art. 8, que, aunque quiere matar a *esa* persona, desconoce sin embargo su estatus de persona protegida, pues ignora la definición legal del art. 85 (3)(e), PACG I, y cree, por tanto, que se trata de un combatiente normal? Expresada en estos términos, la cuestión se corresponde con la problemática del error sobre los elementos normativos del tipo de acuerdo con el § 16 (1), oración 1, StGB, pues en ambos casos lo determinante es si el error conduce a la exclusión del dolo. Para la doctrina alemana dominante lo que interesa es si el autor comprende el significado social de su conducta, esto es, si es consciente de que se comporta de un modo socialmente dañoso y, de este modo, injusto.[331] Si esto es así, entonces no se excluye el dolo y por consiguiente no tiene lugar un error de tipo en el sentido del § 16 I 1, StGB. Sin embargo, como ya se ha mencionado,[332] la teoría de la valoración paralela es problemática, porque del mero conocimiento de los hechos se concluye un poder-reconocer normativo (*normatives Erkennen-Können*), pues la valoración paralela del autor sólo puede consistir en la inferencia de una determinada valoración legislativa a partir de los hechos que conoce el autor.[333] Aplicado a nuestro caso: aquel que objetivamente da muerte a una persona protegida, sin reconocer subjetivamente su especial estatus jurídico, hubiera tenido que reconocer por medio de una apreciación de los hechos —esto es, de su ataque concreto a esa persona que se encuentra fuera de combate— que se trata de una persona protegida en sentido jurídico. El ejemplo es elocuente. Pues, ¿cómo puede ser posible en realidad inferir de lo fáctico lo normativo, si la comprensión del significado social de un tipo no es posible sin algún conocimiento del derecho? De hecho, en tales casos el autor no efectúa una valoración *paralela*, sino una valoración *falsa*:[334] él cree que la víctima no es una persona protegida, sino un comba-

---

[N. del T.] § 17 Error de prohibición: "Si en el momento de la comisión del hecho el autor carece de la comprensión de realizar un injusto, actúa sin culpabilidad, si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada conforme al § 49, apartado primero.

[331] Cfr. ya supra I. 2. b).

[332] Cfr. ya supra I. 2. b)., nota 169 y el texto correspondiente.

[333] Cfr. también *Arth. Kaufmann*, Parallelwertung (1982), p. 36, para quien lo decisivo es si la relación entre la "conciencia de lego del autor fundada en el lenguaje cotidiano" y las "intenciones de la ley fijadas en un lenguaje especializado" pueden ser conciliadas de tal manera, que se justifique "una imputación de ese conocimiento de lego al dolo". Poco convincente es sin embargo su "tesis de la construcción" ("Herstellungsthese"), según la cual la correspondencia del horizonte de comprensión del autor en cuanto lego con el horizonte de comprensión lingüísticamente especializado del juez recién sería "construido" en el proceso penal (idem, p. 36 ss., 37; con razón, crít. *Kuhlen*, Irrtum [1987], p. 463 ss.).

[334] Convincente *Kindhäuser*, GA 1990, 418 respecto del caso del posavasos de cerveza ("Bierfilzfall"); asimismo *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 208. Este dilema condujo en la praxis al fracaso de la "esperanza" de la teoría de la valoración paralela para solucionar problemas en la teoría del error (idem, p. 208 s., también 273 s.). Por ello, en favor de una "perspectiva de la situación fáctica reducida

tiente normal y, por ello, una persona a la cual puede atacar. *En este sentido* él actúa también sin dolo, pues no quiere matar a una persona protegida, ni tampoco sabe que lo hace. Su falta de conocimiento jurídico le impide reconocer ya el sentido social de su conducta, en los casos en que el significado social del tipo en cuestión no pueda ser entendido o comprendido de ningún modo sin conocimiento del derecho.[335]

Si se quiere evitar esta solución —debido a posibles lagunas de punibilidad—, entonces no se tiene que desdibujar la diferenciación entre error de hecho y de derecho, declarando, como hace el art. 32 (2), oración 2, la relevancia del error de derecho cuando éste excluye el dolo. Con esto se eleva esta clase de error de derecho al nivel del error de hecho, eliminándose nuevamente la diferenciación en realidad adecuada entre hecho y norma al menos respecto de los errores sobre elementos normativos del tipo. Esto hace también imposible *de lege lata* una solución de imputación de derecho penal internacional como la que ha propuesto *Kindhäuser*[336] para el derecho alemán, pues esta solución se basa en una consecuente diferenciación entre error de hecho y de derecho.[337]

Si bien la Preparatory Commission ha preferido dejar al art. 32 fuera de las deliberaciones sobre los "elementos",[338] algunas delegaciones (entre ellas Canadá, Italia, Alemania) han visto el problema aquí descrito e intentado remediarlo, proponiendo simplemente que fuera declarada prescindible toda "valoración normativa" del autor. Esta propuesta no ha sido incorporada en un primer momento en los "elementos", expresándose en el informe final del *meeting intersessional* de Siracusa:

> There was a discussion on elements involving some form of value judgement, such as the terms 'inhumane' or 'severe'. The issue was whether a statement was required in the Elements of Crimes clarifying that the Prosecutor is not obliged to prove that the accused personally completed the correct normative evaluation, i.e. that the accused considered his acts 'inhumane' or 'severe'. There was a general view that this proposition was sufficiently evident and that further elaboration in the Elements of Crimes was not required.[339]

---

teleológicamente" *Schlüchter*, Irrtum (1983), p. 100 ss. (116), según el cual respcto de cada elemento del tipo se ha de preguntar "si el autor ha comprendido de tal manera el fragmento de la situación fáctica determinado por éste, como para estruturarlo con miras al [los] componente[s] referido[s] al bien jurídico" Crít. *Kuhlen*, Irrtum (1987), p. 434, 435 ss. (especialmente sobre la "vaguedad" de ese enfoque); también *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 106.

335 Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 12, nm. 93; *Kühl*, AT (2002), § 5, nm. 96; *Eser/Burkhardt*, AT I (1992), p. 197.

336 *Kindhäuser*, GA 1990, 417 ss. (418, 419).

337 Cfr. ya supra, nota 169. Especialmente es un error sobre el sentido (y de este modo también un error sobre los elementos normativos del tipo) un error de derecho no relevante para el dolo (*Kindhäuser*, GA 1990, 413).

338 *PrepCommis*, Intersessional (2000), p. 3: "The participants considered the issues of 'mistake of fact' and 'mistake of law', and in particular the distinction between 'ignorance of the law' (as to whether particular conduct constitutes a crime within the Statute) and mistake of law negating a mental element. There was a general view that these matters did not require further elaboration in the Elements of Crimes for article 32 provides sufficient guidance on these issues".

339 *PrepCommis*, Intersessional (2000), p. 4.

Sin embargo, en la introducción general de la versión definitiva de los "elementos" se expresa ahora:

> 4. Con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos "inhumanos" o "graves", por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa.[340]

En definitiva, con ello se ha buscado evitar —de modo similar que con la teoría de la valoración paralela— que errores sobre elementos normativos del tipo conduzcan a una exclusión del dolo. A la luz de las consideraciones anteriores no es necesaria ninguna otra fundamentación para constatar que esta propuesta contradice flagrantemente el claro texto del art. 32 (2) 2, el cual justamente considera relevante al error de derecho que excluye el dolo y prevé, de este modo, una regulación para todos los elementos normativos del tipo abarcados por el dolo. Una solución procesal en el sentido de una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del imputado, como se deja entrever del pasaje citado ("[…] the Prosecutor is not obliged […]"), si bien no está excluida por el art. 32 (2) 2,[341] difícilmente podría resolver el problema de derecho material abordado.

2. Errores de hecho o de derecho irrelevantes

De una interpretación a contrario de la regla contenida en el art. 32 se sigue que son irrelevantes aquellos errores de hecho o de derecho que no afectan al dolo.

a) *¿Imposibilidad de un error de hecho irrelevante?*

En el caso del error de hecho, la posibilidad de errores irrelevantes surge ya de la utilización del adverbio "únicamente" ("only") en el art. 32 (1), pues con éste se deja en claro que "únicamente" aquellos errores de hecho que eliminan el dolo deben conducir a una exclusión de la punibilidad. Expresado inversamente: los errores de hecho que no eliminan el dolo son irrelevantes. Sin embargo, sigue siendo un secreto de los redactores de esta disposición a qué errores se está haciendo referencia con esto. Si un error de hecho se refiere al contenido fáctico, no normativo, de un tipo determinado, es decir, en la terminología alemana, a los elementos descriptivos del

---

[340] *PrepCommis*, Elements (2000), p. 5. La versión inglesa reza: "4. With respect to mental elements associated with elements involving value judgement, such as those using the terms 'inhumane' or 'severe', it is not necessary that the perpetrator personally completed a particular value judgement, unless otherwise indicated". Sobre excepciones cfr. *Kreß*, IYHR 2000, 148 s.

[341] Ella podría contradecir sin embargo el art. 67 (1)(i), que establece la prohibición de la inversión de la carga de la prueba y de la imposición de la carga de presentar contrapruebas.

tipo,[342] su presencia excluirá regularmente el dolo. Aquí únicamente puede ser discutible si existe en realidad un error de hecho relevante en cuanto al dolo requerido, pero no su efecto excluyente del dolo.

En este sentido son problemáticos los casos en los cuales el autor no tiene una representación clara de un elemento del tipo. Por ejemplo, si en el ejemplo arriba expuesto S considera posible que el objeto del cual a causa de la niebla sólo se reconocen sus contornos se trate de un vehículo protegido en el sentido del art. 8 (2)(b)(iii), y, conformándose con esta posibilidad, dispara igualmente sobre ese objeto, entonces él actuaría según la comprensión alemana con dolus eventualis y un error de tipo fracasaría de antemano.[343] Incluso cuando no se le pudiera probar un dolus eventualis, entraría en consideración de todos modos una punición por imprudencia en caso de que exista un tipo imprudente. Estas dos soluciones no son compatibles sin embargo con el ECPI, porque el art. 30 exige dolus directus[344] y sólo en el marco de la responsabilidad del superior está prevista una punibilidad por imprudencia.[345]

Esto significa que un error de hecho en los términos del art. 32 (1) entra en consideración incluso cuando el autor tiene por posible la realización del tipo, pero no la prevé como segura, pues el mero tener por posible no alcanza para satisfacer el dolo requerido por el art. 30 y, por tanto, lo elimina en el sentido del art. 32 (1). Por consecuencia, no existen errores de hecho que no afecten el dolo, planteándose únicamente la cuestión de si determinada falsa representación del autor ya representa un error de hecho. Por tanto, la limitación implícita contenida en el adverbio "únicamente" ("only"), en el sentido de circunscribir la relevancia del error a la exclusión del dolo, no tienen ningún efecto.[346]

b) *Error sobre la competencia jurídico-material de la Corte* (*error de derecho*)

De gran importancia práctica es en cambio la irrelevancia del error de derecho declarada en el art. 32 (2), oración 1. Según el texto de la disposición no eximirá el error de derecho "acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte" ("as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court […]"). Esto significa que un error sobre la com-

---

[342] Cfr. también *Kindhäuser*, GA 1990, 407: Error sobre los "presupuestos *fácticos* […] en los cuales la expresión es empleada acertadamente en un determinado caso; 412: "error *empírico* sobre los presupuestos de la verdad del precepto típico de la norma" (resaltado por el autor).

[343] Así también la solución de la ILA, cfr. p. 492 vers. al.

[344] Cfr. supra I. 1. c).

[345] Cfr. ya por la nota 300.

[346] Probablemente por ello el problema no es mencionado siquiera una vez por *Triffterer* (en: el mismo [ed.] Commentary (1999), art. 32, nm. 20 ss.).

petencia jurídico-material de la Corte, es decir, acerca de si un crimen determinado cae bajo las prescripciones de los arts. 5-8, es irrelevante. Esto no ha de objetarse, pues no se trata de un error sobre un elemento (normativo) del tipo o sobre la antijuridicidad, sino solamente de un error sobre la competencia, que también es irrelevante en el derecho nacional.[347]

c) *Error de prohibición directo* (*error de derecho*)

Por otra parte, el art. 32 (2) regula también un error de prohibición *directo*, es decir, un error sobre la existencia de una norma de prohibición (error sobre la norma de prohibición, también error de validez) o bien sobre su ámbito jurídico de vigencia (error sobre el límite de la prohibición). Su irrelevancia es inequívoca y "especialmente" razonable en los casos de error sobre la norma de prohibición referidos a crímenes internacionales contra bienes jurídicos fundamentales.[348] Quien cree que el exterminio de un grupo étnico en los términos del art. 6 es impune, no merece comprensión, como tampoco aquel que considera no punible el "hacer desaparecer" personas en el sentido del art. 7 (1)(i). En este sentido, puede hacerse valer la fundamentación utilitarista de la regla de la *ignorantia iuris*: el interés "objetivo" de toda la sociedad en un ordenamiento jurídico estable y con vigencia irrestricta prevalece por sobre el interés "subjetivo" del individuo a una adecuada consideración de sus erróneas representaciones del derecho.[349] Se puede recurrir también a la teoría de la *mala in se* y *mala prohibita*[350] y calificar a los crímenes internacionales graves como "malos en sí", delitos naturales o lesión de normas nucleares,[351] cuya prohibición y ámbito de vigencia material todos deben conocer.[352]

---

[347] Cfr. *Triffterer*, en: el mismo (ed.), Commentary (1999), art. 32, nm. 32.

[348] Asimismo *Wise*, en: Sadat-Wexler (ed.), Draft Statute (1998), p. 55.

[349] Cfr. sobre los argumentos usuales en favor de esta regla *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 730 ss. (732 s.); *el mismo*, Concepts (1998), p. 154; *Ashworth*, Principles (2003), p. 237 s.; *Smith*, en: *Eser/Fletcher* (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1107 ss.; *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung (1995), p. 379 s.; *Low*, RLJ 1988, 550 s.

[350] Cfr. *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung (1995), p. 389; *Kaplan*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1133 ss., 1139 ss.; también *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 430, en donde se expresa que la jurisprudencia española sigue esta teoría. *Burkhardt* califica a esta teoría como "modelo de dos ámbitos sobre el error de injusto" y describe su evolución histórica, partiendo de la diferenciación del derecho romano entre *ius naturale* y *ius civile* (en: Eser/Nishihara [editores]), Rechtfertigung [1995], p. 408 ss.). En esencia, en esta teoría se basa también el argumento de que la teoría del dolo tendría que valer al menos respecto del derecho penal accesorio y el derecho penal administrativo (cfr. ya supra, nota 20, así como *Burkhardt*, en: Eser/Nishihara [editores], Rechtfertigung [1995], p. 415).

[351] Cfr. la diferenciación de *Jakobs*, AT (1993), 19/6 ss. en normas nucleares ("Kernnormen") y normas disponibles ("verfügbare Normen").

[352] Así ya *U.S. v. von Weizsäcker*, p. 116 vers. al.; también *Tomuschat*, EuGRZ 1998, 3: "[…] se espera de cualquiera con un carácter dotado de razón y de capacidad de comprensión, que sea capaz de reconocer la dañosidad para la comunidad y con ello la punibilidad de los hechos del Código Penal internacional [Draft Code de 1996]".

Sin embargo, existen también supuestos de "*mala prohibita*" o violaciones a normas disponibles, es decir, prohibiciones jurídico-penales que criminalizan comportamientos incorrectos menos evidentes y que en este sentido exigen —ya en virtud del principio de culpabilidad[353]— una limitación o al menos una flexibilización de la regla de la ignorantia iuris.[354] Esto concierne sobre todo a los crímenes de guerra codificados en el art. 8. No todo soldado sabría sin más que el lanzar un ataque que causa daños graves y desproporcionados al medio ambiente (art. 8 (2)(b)(iv)) es punible como crimen de guerra de la misma manera que el homicidio doloso o la tortura de personas protegidas (art. 8 (2)(a)(i) y (ii)). Tampoco el autor sabría sin más que el uso indebido de banderas, insignias o emblemas distintivos con consecuencia de muerte o de lesiones graves (art. 8 (2)(b)(vii)) representa un crimen de guerra del mismo modo que el ataque a ciudades o edificios indefensos (art. 8 (2)(b)(v)). También las disposiciones poco precisas invitan directamente a un error de prohibición directo en la forma de un error sobre el *límite* de la prohibición.[355] Así, no para todo el mundo sería claro qué acciones han de representar "otros actos inhumanos de carácter similar" en el sentido del art. 7 (1)(k). Si bien tal error, en tanto que error de subsunción irrelevante, no puede excluir el dolo según las reglas generales sobre el error sobre elementos normativos del tipo, sí deberá ser tenido en cuenta sin embargo a más tardar en el nivel de la culpabilidad.[356]

Los ejemplos podrían continuar a discreción. Ellos ponen en evidencia por qué la formación en derecho de los soldados ya es hoy una práctica general, que ganará cada vez mayor importancia con el desarrollo del derecho penal internacional. Pero ellos muestran sobre todo también que la aplicación rígida de la regla de la ignorantia iuris conduce a inconvenientes materiales e incluso a un descuido inaceptable de la consideración de la reprochabilidad individual. La fundamentación utilitarista encuentra aquí un límite, pues ella se basa en una mezcla entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva,[357] sin diferenciar entre dolo del hecho y conciencia de la antijuridicidad.[358]

---

[353] Cfr. *Neumann*, FS BGH IV (2000), p. 84, 95 s. Sobre la inconstitucionalidad de la regla de la ignorantia iuris en Italia *Moccia*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 47 s.; cfr. también la sentencia nro. 364/1988 de la Corte Constitucional italiana que declaró *parcialmente* ilegítimo el art. 5 del CP italiano —que establece la regla de la ignorantia iuris—, admitiendo la relevancia del error *inevitable*.

[354] Crít. también *Weigend*, FS Roxin (2001), p. 1392 s.; similar *Schabas*, Introduction (2004), p. 113 s. Desde la perspectiva del derecho angloamericano cfr. *Kaplan*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1139 ss.

[355] Cfr. en este sentido también la crítica de la falta de determinación de *Fischer*, FS Ipsen (2000), p. 96 (sobre el art. 8 (2)(b)(xviii)), 97 (sobre el art. 8 (2)(b)(iv)) y passim. Sobre la falta de determinación de la norma derivada de las divergencias entre las versiones del ECPI, cfr. *Fronza*/*Malarino*, en Delmas-Marty/Fronza/Lambert-Abdelgawad (editores), Les sources, en curso de publicación (existe versión castellana en *Ambos/Malarino/Woischnik*, Temas actuales, en curso de publicación).

[356] Cfr. supra 1. d).

[357] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 733, 734; asimismo *Ashworth*, Principles (2003), p. 238 s. Cfr. también la crítica de *Fletcher* al § 2.04 (1)(a), MPC correspondiente al art. 32 (Concepts (1998), p. 155) y la crítica de *Ashworth al* § 21, DCCB (Principles (2003), p. 240 s.).

[358] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 727.

d) *Error de prohibición indirecto* (*error de derecho*)

Si la regulación del art. 32 (2), oración 1 ya va demasiado lejos respecto del error de prohibición directo,[359] la necesidad de una flexibilización es aún mayor en los casos de errores sobre la existencia de una *causa* jurídico-material *de exclusión* de la punibilidad o de su ámbito jurídico de vigencia. Aquí se trata, por un lado —en el nivel de la antijuridicidad—, de errores de prohibición *indirectos* en la forma de error sobre la norma de permisión y error sobre el límite de la permisión y, por otro lado —en el nivel de la culpabilidad—, de errores sobre las causas de exculpación.

Por ejemplo, si el soldado S cree que está autorizado también a cometer crímenes contra la humanidad para defender los bienes de su unidad, aunque el art. 31 (1)(c) sólo permita en este sentido crímenes de guerra,[360] él se encuentra en un error sobre la *norma* de permisión, ya que el tipo del art. 31 (1)(c) no es siquiera aplicable. Por el contrario, si S comete "sólo" un crimen de guerra, pero para defender un bien que no es "esencial para realizar una misión militar", entonces él desconoce el ámbito jurídico de vigencia de la legítima defensa en el sentido del art. 31 (1)(c) y se encuentra, por tanto, en un error sobre el *límite* de la permisión. Estas diferencias conceptuales no repercuten sin embargo en el resultado. En ambos casos se trata de errores de derecho irrelevantes en los términos del art. 32 (2), oración 1, pues S cometió los crímenes con dolo. Su error sobre la existencia o bien sobre el ámbito jurídico de vigencia de la legítima defensa no afecta al dolo.[361]

e) *Error sobre los presupuestos jurídicos de una causa de exculpación* (*error de derecho*)

Las constelaciones de error mencionadas se pueden trasladar, con el mismo resultado, al estado de necesidad por coacción del art. 32 (1)(d). De este modo, partimos de la base, como fue arriba señalado, de que el estado de necesidad por coacción es una causa de exculpación.[362] Recordemos el caso *Erdemovic,* en el cual el acusado ha cumplido la orden de cometer un homicidio debido a la amenaza de muerte que pesaba sobre él,[363] e imaginemos los siguientes dos casos:

- E corre el riesgo de ser encarcelado por varios días si no cumple la orden de cometer un homicidio. E cree por ello que a causa de la amenaza puede

---

[359] Cfr. al respecto, crít. ya *Ambos*, CLF 1999, 29 s. (en castellano en AP 44 (2000), 925 ss., ver bibl.); también *Wise*, en: Sadat-Wexler (ed.), Draft Statute (1998), p. 54 s.

[360] Cfr. mi ejemplo similar en ZStW 1999, 191.

[361] Crít. al respecto *Wise*, en: Sadat-Wexler (ed.), Draft Statute (1998), p. 55.

[362] Cfr. supra, nota 317 y el texto correspondiente.

[363] Cfr. § 8 en nota 201; en contra, infra § 12 II. 3.

invocar un estado de necesidad por coacción en los términos del art. 31 (1)(d) (error sobre la *existencia* de una causa de exculpación).

- E corre el riesgo de sufrir una lesión corporal grave si no cumple la orden de cometer un homicidio. E cree por ello que a causa de la amenaza puede invocar un estado de necesidad por coacción en los términos del art. 31 (1)(d) (error sobre el *límite* de una causa de exculpación).

Estos casos se diferencian entre sí en que un encarcelamiento de varios días no entra ya entre los bienes jurídicos protegidos por medio del art. 31 (1)(d), a saber, la vida y la integridad corporal; por ello, ya desde el punto de vista típico no existe un estado de necesidad por coacción y E se encuentra en un error sobre la *existencia* de una causa de exculpación. Por el contrario, en el segundo caso la supuesta amenaza de sufrir una lesión corporal grave se puede subsumir en el art. 31 (1)(d) como "amenaza […] de […] lesiones corporales graves". Con todo, es dudoso que el homicidio de terceros inocentes pueda representar una reacción "razonable" scil. proporcional para evitar ese peligro.[364] Recuérdese solamente que la Sala de Apelación en *Erdemovic* ha decidido —yendo aún más allá— que la "duress" en general no exculparía el homicidio de terceros.[365] Si se sigue este punto de vista, E erraría sobre el ámbito de vigencia material o alcance del estado de necesidad por coacción, encontrándose en un error sobre el *límite* de una causa de exculpación.[366] Como en nuestros ejemplos respecto de la legítima defensa, tampoco aquí las diferencias conceptuales inciden en el resultado. En ambos casos se trata de errores de derecho irrelevantes en los términos del art. 32 (2), oración 1, pues E ha ejecutado la orden de cometer el homicidio, dando muerte a civiles, con dolo. Su representación errónea en cuanto a la existencia o al ámbito de vigencia material de una norma de permisión deja inalterado el dolo del hecho. Esta solución se corresponde con la solución del derecho alemán y de otros ordenamientos jurídicos.[367]

f) *Un caso especial: Error sobre la validez de las normas contrarias al derecho internacional* (*error de derecho*)

Un problema especial se plantea en el caso de que el derecho nacional contenga determinadas normas de permisión que sean contrarias al derecho penal internacio-

---

[364] Sobre el requisito de la proporcionalidad fundado en la exigencia de la reacción razonable ("reasonably") cfr. *Eser*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 39.

[365] Cfr. *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgement 7.10.1997 (IT-96-22-A), para. 19 und disposition (4).

[366] Con este caso se muestra al mismo tiempo la dependencia del error de la norma en la cual se basa. Una aplicación más generosa de la duress privaría al error de base (acertadamente *Kaplan*, en: Eser/Fletcher [Hrsg], Rechtfertigung [1988], p. 1137).

[367] Cfr. *Kühl*, AT (2002), § 13, nm. 85; desde el punto de vista del derecho comparado *Fletcher*, Concepts (1998), p. 165 s.

nal.[368] Pensemos, por ejemplo, en ciertas leyes racistas, como las leyes de Núremberg, que son parte de una política dirigida a la destrucción de un determinado grupo étnico y, en este sentido, podrían ser alegadas por los ejecutores de esta política como causas de justificación. O en la llamada orden del *Führer* que continuamente ha sido alegada en los procesos de Núremberg para la justificación posterior de ciertos crímenes internacionales.[369] O también en el § 27 de la ley de fronteras de la DDR, el cual, como es conocido, ha sido considerado contrario a los derechos humanos por la jurisprudencia alemana occidental.[370]

Estas normas pueden ser declaradas nulas *ex tunc*, especialmente si ellas no son siquiera, como la orden del *Führer*, una ley formal;[371] o bien, se puede argumentar que el derecho internacional prevalece por sobre el derecho nacional y, por tal razón, la eficacia de los tipos penales del derecho penal internacional no podría ser limitada con tales normas. Un error sobre la validez de tales normas y/o sobre la primacía del derecho internacional sería irrelevante al menos como error de derecho en los términos del art. 32 (2) 1, ya que no incide sobre el dolo. En este sentido, la valoración del ECPI se correspondería también con una regulación más flexible del error de derecho, como la que será propuesta inmediatamente, pues tal error normalmente tendría que calificarse de inevitable o irrazonable.

3. Resumen valorativo

Según la situación jurídica creada por el ECPI, un error es relevante sólo si elimina el "mental element", es decir, el dolo del tipo. Así, son irrelevantes tanto los errores de prohibición directo e indirecto, como los errores sobre la existencia o límites de una causa de exculpación. Un error sobre la situación fáctica de permisión es un error de hecho y, como tal, suprime el reproche de culpabilidad dolosa.[372] A este resultado debería llegarse por medio de una aplicación analógica del art. 32 (1).

---

[368] Cfr. *Meyrowitz*, Répression (1960), p. 388 s.

[369] Cfr. sobre el "principio del Führer" (*Führerprinzip*) en general *Jahrreiss*, Bruch (1946), p. 53 ss.; *Osiel*, Orders (1999), p. 148 s.; sobre la naturaleza y la relevancia jurídica de la llamada orden del Führer ya *Welzel*, NJW 1964, p. 521 ss. y *Arndt*, NJW 1964, p. 487 s. (en contra de *Roesen*, NJW 1964, 133 ss. y 1111 s). Sobre la similar jurisprudencia del BGH (especialmente BGHSt. 2, 173, 177) cfr. *Rogall*, FS BGH IV (2000), p. 389 ss., 402 s.

[370] Sobre esto ver *Ambos*, Antijuridicidad (1999).

[371] Cfr. en este sentido la jurisprudencia del OGHBrZ: OGHSt. 1, 321 (324): "La opinión de ciertos doctrinarios del derecho del nacionalsocialismo de que toda manifestación de voluntad de Hitler sobre un tema de relevancia jurídica, que por su naturaleza pudiera considerarse plenamente como norma, sería equivalente a la ley y jurídicamente vinculante sin perjuicio de su forma, es una renuncia degradante de los miembros de la comunidad jurídica en favor del dictador que, desde una óptica de un Estado de derecho, no merece atención como doctrina de fuentes del derecho".

[372] Cfr. supra I. 1. b).

Un error sobre los elementos normativos del tipo representa un error de derecho que, de acuerdo con el art. 32 (2), oración 2, puede eliminar el dolo.[373] Los requerimientos en cuanto al conocimiento de los elementos normativos del tipo en el sistema del ECPI sólo pueden ser atenuados —a pesar de las dudas dogmáticas— por medio de la teoría de la valoración paralela. Una solución alternativa de imputación, como la que propone por ejemplo *Kindhäuser*, fracasa, porque el art. 32 no practica consecuentemente la separación entre error de hecho y de derecho.

La situación jurídica expuesta pone de manifiesto la superioridad de un sistema del delito más diferenciado en comparación con uno que se queda en la diferenciación entre parte interna y externa del hecho, sin diferenciar claramente entre injusto y culpabilidad y entre dolo del hecho y reproche de culpabilidad dolosa.[374] Los ejemplos mencionados y el análisis parcial de la parte especial del derecho penal internacional muestran también que justamente el sistema de los crímenes de guerra —a pesar del progreso de codificación del art. 8— sigue poseyendo un grado de complejidad tal que hace necesaria una regulación diferenciada del error de derecho.[375] Aunque con esto se trate de impedir la innegable brutalidad precisamente de los conflictos no internacionales y de perseguir jurídico-penalmente a sus responsables,[376] este fenómeno *colectivo* no justificaría sin embargo hacer prácticamente imposible la relevancia de un error de derecho en el *caso concreto,* siendo extremadamente exigente con el conocimiento jurídico del *individuo* y relativizando así de manera peligrosa el principio de culpabilidad.[377] Esto vale precisamente para un ordenamiento jurídico internacional dinámico como es el derecho penal internacional, pues los destinatarios de la norma están mucho menos familiarizados con éste que con su propio derecho nacional.[378]

En el marco del art. 32, *de lege ferenda* la única salida transitable parece consistir en un relajamiento de la rígida regla de la ignorantia iuris, criticada cada vez más también en el common law.[379] Para ello se puede recurrir al criterio de la evitabili-

---

[373] Asimismo *Korte*, Befehl (2004), p. 164 s.; al parecer también *Clark*, ZStW 114 (2002), 385.

[374] Cfr. supra I. 1. a).

[375] Naturalmente, esto era aún más marcado antes del ECPI; cfr. por ejemplo *Green*, AVR 1980/81, 169 ss., quien cuestiona la regla de la ignorantia iuris también a causa de la naturaleza consuetudinamia muy extensa del derecho internacional humanitario. Cfr. también *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 33 ss. (33): "[…] one should take into account the relative uncertainty of the laws of war and other branches of international law […]". Crít. sobre el art. 32 en este sentido también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 136.

[376] Sobre esto advierte con razón *Eser*, IYHR 24 (1995), 217; diferenciando *Nill-Theobald*, "Defences" (1998), p. 346.

[377] Igual en el resultado *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 36: "[…] mistake of law is a valid defence under international law".

[378] Asimismo *Green*, AVR 1980/81, 170; similar también *Kreß*, IYHR 2000, 147 s.

[379] Cfr. *Fletcher*, Concepts (1998), p. 154 s., 166; *Ashworth*, Principles (2003), p. 237 ss.; *Smith*, en: *Eser/Fletcher* (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1076 ss., 1107 ss. (1120, con otras referencias); *Kaplan*, en: idem, p. 1128 ss. (en el resultado, en favor de una solución por tipos de casos). Cfr. desde el punto de vista del derecho penal internacional ya *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 33 ss.

dad: éste no sólo encuentra un fundamento los derechos nacionales,[380] sino que ya ha desempeñado un papel trascendental en el desarrollo de las codificaciones.[381] El concepto de "evitabilidad" es sólo un código, con ayuda del cual se puede alcanzar la justicia en el caso concreto y satisfacer así el principio de culpabilidad.[382] La "reasonableness"[383] conocida en el derecho angloamericano o la "antijuridicidad manifiesta"[384] conocida también en el derecho penal internacional también pueden atender a esta necesidad.[385]

---

[380] Sobre la necesidad de una mayor tipificación del criterio de la evitabilidad desde el punto de vista del derecho comparado *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 419; crít. sobre la restrictiva jurisprudencia alemana *Neumann*, FS BGH IV (2000), p. 100 ss. (102 s.).

[381] Cfr. especialmente las deliberaciones de la ILC sobre el *Draft Code de 1991* (p. 459 s. vers. al.); también el *Siracusa Draft II* (p. 482 vers. al.), la propuesta de la *ILA* (p. 492 vers. al.), así como el *Model Draft Statute* (p. 504 vers. al.). Cfr. también ya supra, nota 288 y el texto correspondiente. Cfr. también *Triffterer*, en: el mismo (ed.), Commentary (1999), art. 32, nm. 38.

[382] Cfr. *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 429, quien señala con acierto que la impunidad a causa de un error de prohibición inevitable se sigue del principio de culpabilidad; también *Neumann*, FS BGH IV (2000), p. 84, 95 ss.; *Vogel*, JZ 1995, 340; *Ashworth*, Principles (2003), p. 238 ss., refiriéndose a la "individual fairness"; *Smith*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1080, 1121 ss. (1123: "considerations of due notice and fair warning"); *Low*, RLJ 1988, 555 ("fair notice" en relación con un "mistake of fact" relativo a las circunstancias del hecho). En favor de una flexibilización desde el punto de vista chino *Gao*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung (1995), p. 395 ss. (401, 403 ss.), diferenciando entre los crímenes graves tradicionales, cuya prohibición todos deben conocer y los nuevos delitos, en los cuales lo determinante sería la evitabilidad del error de derecho. De este modo, él se apoya en la teoría de la *mala in se* (supra, nota 347; asimismo *Burkhardt*, en: Eser/Nishihara [editores], Rechtfertigung [1995], p. 409).

[383] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 690; *el mismo*, Concepts (1998), p. 157; también *Nill-Theobald*, "Defences" (1998), p. 345 s. Cfr. también ya supra, nota 318 y el texto correspondiente. En el derecho inglés, hasta la sentencia de la House of Lords en el caso *Morgan* (1975), la "razonabilidad" del error era el único el criterio para admitir su relevancia; con esa sentencia fue construida la relación del error de hecho con el dolo (cfr. *Smith/Hogan*, Criminal Law [2002/2003], p. 238 s.; también *Ashworth*, ZStW 1998, p. 468). Si bien *Ashworth* es absolutamente crítico de este criterio en cuanto al error de hecho (*Ashworth*, Principles [2003], p. 234 ss.), en cuanto de la regla de la ignorantia iuris espera sin embargo una flexibilización de: "ignorance of the law would clearly be reasonable if fair warning of a prohibition had not been given […]" o cuando el autor "had no cause to suspect that certain conduct was criminal" (idem, p. 240). En el resultado, él aboga por un solución flexible, orientada a la reprochabilidad personal (idem, p. 240 s.: "clear autonomy-based principle").

[384] Cfr. ya supra § 2 III.2., así como supra previamente a la nota 287 en el texto. Este criterio se encuentra también en el art. 33 (1)(c). También *Dinstein*, War (1994), p. 141 se basa en ello.

[385] Cfr. también el art. 11 (2) del *Corpus juris* de 1997 *(Delmas Marty* [ed.], 1997, p. 66), según el cual el error de derecho actúa excluyendo la responsabilidad, "if it would have *inevitably* committed by a *careful*, *sensible* person" (resaltado por el autor, también el art. 10 *Corpus juris* 2000, en: *Delmas-Marty/Vervaele* [eds.], Implementation I [2000], p. 192; sobre esto *Delmas-Marty*, en: idem, p. 72). Con esto son vinculados los criterios de la evitabilidad y de la "reasonabless". Cfr. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 690, quien con acierto considera intercambiables en nuestro contexto los conceptos de "unreasonable", "culpable" y "negligent". Ver recientemente también en la misma linea *Jescheck,* JICJ 2004, 47 (con una propuesta concreta de codificación); a favor de una regla mas flexible también *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 332 s.; *Lahti*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 350.

Por último, también en el common law se reconoce la relevancia de un error de derecho en dos casos: cuando el autor no conocía la norma respectiva, porque ésta no había sido publicada o dada a conocer de otra manera ("unavailable law")[386] y cuando él ha confiado en una interpretación o posición oficial de una determinada norma ("reliance cases").[387]

Por consiguiente, como regla se puede formular que un error (de derecho) inevitable o "razonable" no es ni "reprochable", ni "imprudente" y, por tanto, es relevante.[388]

---

[386] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 274 ss. sobre el § 2.04 (3)(a) MPC; *Smith*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1101.

[387] Cfr. *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 277 ss. sobre el § 2.04 (3)(b), MPC, así como ya supra, nota 243. Cfr. también *Ashworth*, Principles (2003), p. 241 ss.; *Smith*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1086 ss., 1102 ss.; *Kaplan*, en: idem, p. 1145 ss.

[388] Tal solución jurídico-material no puede ser remplazada por las posibilidades procesales de clausura del proceso de la fiscalía, pues también ésta debe realizar un examen jurídico-material (esto pasa por alto *Kaplan*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung (1988), p. 1140), estando vinculada en este sentido por las normas del derecho material, aquí por el art. 32.

§ 12. Causas de exclusión de la punibilidad, con especial tratamiento del estado de necesidad por coacción *

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Sobre la terminología: Causas de exclusión de la punibilidad en lugar de "defences" o causas de justificación y de exculpación

Según el diplomático sueco *Per Saland*, presidente del Grupo de Trabajo sobre los Principios Generales ("Working group on general principles") de la Conferencia de Roma, el artículo 31[1] representó con seguridad el objeto de negociación más complicado de la tercera parte del Estatuto: "because of the conceptual differences which were found to exist between the various legal systems".[2] Estas diferencias conceptuales, y especialmente la cuestión desde siempre discutida entre los países del common law y los del "civil law" acerca de si debe diferenciarse entre causas de justificación y causas de exculpación, ha inducido a la Conferencia a dotar al art. 31 un título neutral "circunstancias eximentes de la responsabilidad penal" ("grounds excluding criminal responsibility"). El concepto "defences" fue evitado conscientemente por ser considerado una "catch word" proveniente del common law, con el fin de que las asociaciones poco claras para los "civil lawyers" ligadas a este concepto no se convirtieran en un tema de discusión que impidiese posiblemente el avance de la Conferencia.[3] La terminología utilizada indica, de todos modos, que se trata de defences de derecho material, siguiéndose así una concepción restringida que excluye a las meras defences procesales.[4]

---

* Traducción del § 22 de la vers. al., revisado, actualizado y complementado.

1 Las disposiciones sin indicación de fuente corresponden al ECPI.

2 *Saland,* en: Lee (ed.), ICC (1999), p. 206 s.

3 *Idem*, p. 207; también *Ambos,* CLF 1999, 2; *Kreß*, IYHR 2000, 146. De modo similar, el Siracusa Draft II ha hablado de "reasons excluding punishment" (art. 33-11); cfr. p. 484 vers. al.

4 Cfr. *Eser*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 15. Así, ahora también *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement 21.2.2001 (IT-96-21-A), para. 581 s.: la coartada no es una "defence in the true sense".

De este modo, el concepto utilizado se corresponde sustancialmente al de defences (jurídico-materiales) en el sentido de la definición ya adelantada de causas de exclusión de la punición o de la responsabilidad.[5] Este concepto no es equiparable, por tanto, a aquél fuertemente discutido en la dogmática alemana de causas de exclusión de la punibilidad.[6] Según la opinión tradicional, éste constituye, como es conocido, junto con las condiciones objetivas de punibilidad,[7] una cuarta categoría del delito más allá de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, comprendiendo las circunstancias que excluyen la punibilidad o cuya ausencia es un presupuesto de la punibilidad.[8]

Con esto queda también en claro que el ECPI, al igual que el derecho penal internacional tradicional,[9] no diferencia entre justificación y exculpación, aunque existan buenos argumentos que hablan en favor de ello.[10]

Las ventajas de tal diferenciación han sido ya evidenciadas al analizar el error.[11] Su importancia fundamental para el concepto de crimen, sus ventajas y consecuencias prácticas han sido puestas de relieve por *Eser* en un artículo precursor —que dio comienzo a toda una serie de coloquios internacionales sobre el tema[12]— del año 1987.[13] En este lugar, basta remi-

---

[5] Cfr. ya supra § 1 IV. 2. a).

[6] Asimismo *Kreß*, ZStW 1999, 600, nota 16.

[7] Sobre esto, ya supra § 9 II. 2., nota 137.

[8] Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 551 ss.; *Roxin*, AT I (1997), § 23, nm. 3 ss., quien opina, sin embargo, que muchas de estas circunstancias podrían ser asignadas a la antijuridicidad o a la culpabilidad (responsabilidad); similar *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 238. Fundamental sobre el estado de la discusión y sobre la clasificación dogmática *Bloy*, Bedeutung (1976), p. 16 ss., 212 ss., quien ubica a las causas de exclusión y de supresión de la punibilidad que se basan en consideraciones de política criminal —en este sentido como *Roxin*— en la estructura tripartita del crimen (p. 239 ss., 242) y las entiende como "casos legalmente tipificados de exclusión de la necesidad de pena en el nivel del injusto" (p. 246 ss.). *Volk*, ZStW 1985, 871 ss., 881 diferencia, por su parte, entre presupuestos positivos y negativos de la punibilidad: Como presupuestos positivos de la punibilidad son entendidos aquellos que ocupan una posición autónoma (positiva) dentro de la cuarta categoría del delito y que materialmente no caen dentro del injusto, ni dentro de la culpabilidad y, como presupuestos negativos, aquellos que sólo —negativamente— no pueden ser colocados en el marco del injusto típico o de la culpabilidad y, por ello, son asignados a la cuarta categoría del delito. Sobre el merecimiento y la necesidad de pena como categorías (no autónomas) del sistema del crimen cfr. las contribuciones de *Luzón Peña*, *Romano* y *Costa Andrade* en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 97 ss., 107 ss., 121 ss. (129 ss.).

[9] Cfr. supra § 6 III., § 7 III. Típico también *Lippman*, DickinsonJIL 1996, 1 ss., quien habla siempre de "criminal defenses", sin dedicar ninguna reflexión a un punto de vista más diferenciado. Por otra parte, el relator especial de la CDI ha reconocido una diferenciación entre justificación y exculpación en relación con la legítima defensa ("self defence") y el estado de necesidad por coacción ("coercion") (cfr. p. 470, 474 vers. al.).

[10] Para la distinción "for the sake of legal logic" también *Cassese*, en Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute (2002), p. 951; de modo similar *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 219 ss.; crít. sobre el ECPI al respecto *Merkel*, ZStW 114 (2002), 441, 448, 454. Por el contrario, la diferenciación entre tipicidad y antijuridicidad obedece primordialmente a consideraciones de oportunidad, cfr. *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 156 ss.

[11] Cfr. supra § 11 II. 3. También allí se sigue sustancialmente un punto de vista diferenciado.

[12] Cfr. *Eser/Fletcher* (editores), Rechtfertigung I (1987), passim; *Eser/Fletcher* (editores), Rechtfertigung II (1988), passim; *Eser/Perron* (editores), Rechtfertigung III (1991); *Eser/Nishihara* (editores), Rechtfertigung IV (1995), passim.

[13] *Eser*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung I (1987), p. 17 ss. (19 ss., 26 ss.); cfr. también *Eser*, en: Lahti/Nuotio (eds.), Criminal Law (1992), p. 303 ss.; *Eser*, FS Lenckner (1998), p. 42 ss. (43 s.), 46 ss., en donde entiende a las causas de justificación como "reglas de conducta orientadas al ciudadano" o a las causas de exculpación como "normas de tratamiento orientadas a un criterio jurídico". Con las "reglas de conducta" se aludiría a las normas que regulan la conducta del ciudadano que es de esperar *ex ante* y con

tirse a éste y a otros artículos.[14] La discusión así originada ha influido, trasmitida por *Fletcher*,[15] el desarrollo del derecho angloamericano.[16] De este modo, hoy se puede coincidir con *Perron* en que la

---

las "normas de tratamiento" a las normas que se refieren al tratamiento de una lesión de la regla de conducta a realizar *ex post* por un tercero (por lo general el juez) (idem, p. 41 s.). Si bien en la implementación en la sistemática del crimen las primeras se corresponden con las "conduct rules" o normas de determinación o imperativas ("Bestimmungsnormen") y las segundas con las "decision rules" o normas de evaluación ("Bewertungsnormen") (por ejemplo, idem, p. 44 s.), para *Eser* a diferencia de otros teóricos de la norma se trata especialmente del ciudadano como destinatario de la norma (idem, p. 30, 36, 53). Cfr. finalmente también sobre la importancia de la diferenciación en el marco de la regulación legal del aborto *Eser*, Schwangerschaftsabbruch (1994), p. 88 ss.

[14] *Hassemer,* en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung I (1987), p. 176 ss. (225); *Roxin*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung I (1987), p. 229 ss. (238 ss.); *Hirsch*, en: Eser/Perron (editores), Rechtfertigung III (1991), p. 27 ss. (29 s.); *Perron*, Rechtfertigung (1988), p. 83 ss. (123 ss.); *Perron*, en: Eser/Nishihara (editores), Rechtfertigung IV (1995), p. 67 ss. (74 ss., 91 s.); *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 240 s.; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 311 ss., así como p. 320 ss. (321), en donde sostiene que los diferentes requisitos en las constelaciones de error de la legítima defensa putativa y consentimiento putativo, por un lado, y de la duress putativa, por el otro, sólo se pueden explicar con que la legítima defensa y el consentimiento representarían causas de justificación, mientras que la duress una causa de exculpación. Sobre las funciones de la diferenciación en particular, también *Cortes Rosa*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 186 ss. Cfr. también *Schünemann*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 157 ss., considerando la diferenciación entre injusto y culpabilidad como culturalmente dada, en especial desde el punto de vista histórico y del lenguaje cotidiano (también *el mismo,* FS Roxin [2001], p. 9 s.). De manera similar *Hassemer*, en: Höffe, Strafrecht (1999), p. 163 considera la diferenciación como una "adquisición jurídico-cultural". Una instructiva explicación histórico-dogmática de la diferenciación de la mano del estado de necesidad ofrece *Küper*, JuS 1987, 83 ss.; fundamental ya *Lenckner*, Notstand (1965), p. 7 ss.; sobre la afirmación a nivel europeo de la "teoría de la diferenciación", en este sentido *Dannecker*, FS Hirsch (1999), p. 162. En contra de la diferenciación entre injusto y culpabilidad desde una perspectiva (puramente) funcionalista, ahora sin embargo *Lesch*, Verbrechensbegriff (1999), p. 209, 210, 278, 280 (sobre este autor, ya supra § 1 III. 5., por la nota 109).

[15] *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 454 ss.; *Fletcher*, Concepts (1998), p. 74 ss., en donde fundamenta la diferenciación entre injusto objetivo ("wrongdoing" en oposición a "wrongfulness" = antijuridicidad) e imputación subjetiva ("attribution"); también en Rethinking (1978), p. 759 ss. y en Concepts (1998), p. 80 s., 83 ss., en donde sobre esta base diferencia entre justificación y exculpación. Más bien reservado, sin embargo, *Greenawalt*, en: Eser/Fletcher (editores), Rechtfertigung I (1987), p. 263 ss., para quien la diferenciación no siempre es clara y (por ello) de difícil comprensión para un juez lego; escéptico también *Husak,* CLF 1992, 369. Sobre el sistema de jueces legos como explicación de la tradicional estructura bipartita del crimen (offence-defence) cfr. también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 351.

[16] Cfr. *Etzel*, Notstand (1993), p. 63 ss., 181 ss., 212 s.; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 74 ss.; también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 325 s.; *Militello*, ZStW 1995, 166, con referencias en la nota 37; ya anteriormente *Schneider*, en: Stone/Woetzel, ICC (1970), p. 234 ss. refiriéndose a *Austin* y *Hart,* así como a la posición tradicional contraria de *Jerome Hall*; *Honig* considera la diferenciación ajena al derecho estadounidense (en: Mezger/Schönke/Jescheck [editores], Strafrecht [1962], Bd. IV, p. 137 ss., en especial 142 ss.). Sobre el derecho estadounidense actual cfr. *Robinson*, Defenses I (1984), § 24, 25; *Etzel*, Notstand (1993), p. 72 ss. También el *American Law Institute* (MPC II, 1985, p. 2 ss.) efectúa una "rough analytical distinction" entre justificación y exculpación, tratando a la primera en el § 3 como "general principles of justification" y a la segunda, por ejemplo a la duress, en el § 2 como "general principles of liability" o en el § 4 en la categoría de la "responsibility". Sin embargo, el Institute, al igual que *Greenawalt* (supra, nota 15), sostiene que no se puede trazar una "fine line" entre justificación y exculpación y que con esto se complicarían demasiado las disposiciones en cuestión (idem, p. 2 s.). De manera similar, el *New York Penal Law* contiene causas de justificación ("justification defenses") y de exculpación clásicas (cfr. *Stauder*, Defenses [1999], p. 73 ss., 217 ss.). También *Schopp*, Justification (1998), p. 1, 3, 14, 29, 53,

diferenciación ha sido reconocida en numerosos países fuera de Alemania y, por consiguiente, también debería poder "ser practicable […] a nivel de un derecho penal europeo".[17] *Dannecker* ha demostrado, además, que la diferenciación también se refleja en la jurisprudencia del TEDH.[18] En vista de este estado de la investigación sorprende que *Tiedemann* considere la diferenciación como "prescindible" y "no realmente necesaria" y que, además, crea que a nivel europeo sólo está reconocida —además de en Alemania— en España.[19] De todos modos, su discípulo *Vogel* la había calificado poco antes aún como "materialmente necesaria" y "con sentido"[20] y sólo posteriormente ha expresado, relativizando su posición, que ella "no [sería] reconocida como constitutiva del sistema, pero sí seguida, en cuanto […] sea jurídicamente relevante".[21]

Este resultado de derecho comparado justifica también el tomar por base de las siguientes reflexiones a las consideraciones materiales fundamentales para la diferenciación entre justificación y exculpación.[22] Por último, esta diferenciación ha sido de importancia también en el marco de las deliberaciones de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados. Según el relator especial se debería distinguir entre circunstancias que excluyen la "wrongfulness" de una acción estatal y aquellas que excluyen la "responsibility" del Estado en cuestión. La diferenciación allí existente entre "justifications" y "excuses" le daría al régimen de indemnización del art. 35 de este proyecto de la CDI un fundamento más sólido.[23] Aun cuando aquí se trata de la responsabilidad colectiva de los Estados y no de la responsabilidad jurídico-penal individual, estas consideraciones muestran de todos modos que la diferenciación entre justificación y exculpación también ha sido reconocida en un plano de puro derecho internacional.

Para realizar una exposición completa se ha de señalar nuevamente que el art. 31 no regula de modo definitivo las causas de exclusión de la punibilidad de

---

114 ss. (134), 151, 199 s. considera la diferenciación como "relatively well settled" (3) o "well established" (14). Cfr. también *Schabas*, Genocide (2000), p. 314 s. Sobre el derecho inglés *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 78 ss., 302 ss., 349, 350 s., en donde se expresa que la jurisprudencia sigue equiparando las defences de modo no sistemático; crít. también *Ashworth,* Principles (2003), p. 135 ss., 151 ss. (152), 204 s., 221, 229, 244 ss. (253), pronunciándose en favor de la diferenciación.

[17] *Perron*, FS Lenckner (1998), p. 241, remitiéndose a las obras supra mencionadas en la nota 12. Similar, ahora, *Dannecker*, FS Hirsch (1999), p. 147 ss. (148), 154 ss., quien sostiene que la diferenciación es reconocida en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea y, por ello, en su propuesta de una parte general europea diferencia entre justificación y exculpación. Cfr. también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 325 s., considerando universalmente reconocida una diferenciación en causas de exclusión de la responsabilidad objetivas y subjetivas. Cfr. también ya *Schneider*, en: Stone/Woetzel, ICC (1970), p. 233: "Most civilized systems of penal law recognize 'excuses' and 'justifications'".

[18] *Dannecker*, FS Hirsch (1999), p. 149 s.

[19] *Tiedemann*, FS Lenckner (1998), p. 423 s., 426 s.

[20] *Vogel*, JZ 1995, 338, 340.

[21] *Vogel*, GA 1998, 146; también 127.

[22] Sobre la crítica a la diferenciación, sin embargo, *Freund*, AT (1998), § 4, nm. 12 ss. (16); *Lesch*, Verbrechensbegriff (1999), p. 1 ss., 198, 210, 224.

[23] Cfr. *Crawford*, EJIL 1999, 444 s.; allí (EJIL 1999, 447 ss.) se encuentra también el Draft de la CDI sobre la State responsibility, en la versión de abril de 1999, cuyo capítulo V regula las "circumstances precluding wrongfulness".

derecho penal internacional (*argumentum ex* art. 31 (1) y (3)).[24] Por lo demás, de acuerdo con el apartado 2 la Corte posee una amplia discreción en la interpretación de las causas de exclusión contenidas en el Estatuto. La diferencia entre el apartado 2 y el 3 consiste en que en aquél la Corte sólo se encuentra autorizada a encontrar una solución adecuada para el caso que está conociendo, mientras que en el apartado 3 se permite de modo absolutamente general el recurso a otras causas de exclusión que se desprendan del derecho aplicable (art. 21).[25] Esta "*puerta de ingreso*" ha sido considerada necesaria, porque el ECPI no puede regular de modo concluyente todas las causas de exclusión que pueden entrar en consideración en un caso concreto.[26] El apartado 3 torna superflua, además, una disposición sobre las "defences de derecho internacional" (estado de necesidad militar, represalias[27] y legítima defensa en el sentido del art. 51 de la Carta de la ONU[28]), ya que la Corte según el art. 21 puede determinar libremente sobre la aplicabilidad y los presupuestos de estas defences.[29]

2. Las restantes causas de exclusión de la punibilidad

Según el análisis de la jurisprudencia y de las codificaciones, restan como causas *materiales* de exclusión de la punibilidad con relevancia práctica *y* problemáticas desde el punto de vista dogmático sólo el *actuar en cumplimiento de una orden* y el *estado de necesidad por coacción* ("duress").[30] Este último constituirá —sobre la base del art. 31 (1)(d)— el punto central de las siguientes reflexiones (*sub* II.). Por el contrario, el actuar en cumplimiento de una orden, regulado en el art. 33, será analizado en este apartado (*sub* b)). Sin embargo, antes de ello es necesario dedicar aún algunas consideraciones sobre la *legítima defensa* del art. 31 (1)(c).

a) *Legítima defensa* (*art. 31* (*1*)(*c*))

La importancia sumamente escasa que ha tenido hasta ahora la legítima defensa en la praxis de derecho penal internacional justifica el poder prescindir, en el marco de esta

---

[24] Cfr. ya p. 502 ss. vers. al.

[25] Sobre el art. 21 cfr. ya § 1 I. 2. y 6. Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 122, 150; cfr. su enumeración en *Merkel*, ZStW 114 (2002), 438. Cfr. idem, nm. 41 ss.

[26] *Saland,* en: Lee (ed.), ICC (1999), p. 209.

[27] Sobre las defences del derecho de la guerra de la necesidad militar y las represalias cfr. especialmente § 4 II. 3.; resumidamente § 2 III. 4., § 6 II. 1.

[28] Sobre esto, por ejemplo, *Gornig*, NJ 1992, 10, con referencias.

[29] *Saland,* en: Lee (ed.), ICC (1999), p. 209.

[30] Cfr. supra § 6 III. Sobre los estados de inimputabilidad del art. 31 (1) (a) y (b) ver *Ambos*, en Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute (2002), p. 1029 ss.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 143 ss.; *Janssen*, ICLR 2004, p. 84 ss.

investigación, de un tratamiento ulterior de esta figura.[31] Además, la regulación del art. 31 (1)(c) se asemeja estructuralmente a la del § 32, StGB[N. de T.] y a la de otras disposiciones nacionales sobre la legítima defensa, así que, en principio, pueden aplicarse al derecho penal internacional las reglas generales vigentes al respecto.[32]

En lo concerniente a la *situación de legítima defensa*, el art. 31 (1)(c) presupone, ante todo, un "uso inminente e ilícito de la fuerza" ("imminent and unlawful use of force").[33] Esto se corresponde esencialmente con el requisito de una agresión actual y antijurídica del § 32, StGB. A diferencia de éste, el art. 31 (1)(c) no protege todos los bienes jurídicos individuales, sino básicamente sólo la *vida*, la *integridad corporal* y *la libertad personal de locomoción*.[34] Esto resulta, por un lado, de las negociaciones y, por el otro, del hecho de que la extensión del ámbito de protección a la *propiedad* ha sido dotada de cautelas especiales que evidencian su carácter de excepción: por un lado, para proteger la propiedad sólo pueden estar justificadas acciones que representen *crímenes de guerra* y nunca un genocidio o crímenes contra la humanidad; por el otro, sólo se protege la propiedad que es "esencial para [la] supervivencia" propia o de un tercero o "esencial para realizar una misión militar".[35]

En cuanto a la *acción de legítima defensa*, el art. 31 (1)(c), oración 1 exige que la conducta de quien actúa en legítima defensa sea razonable ("reasonably") y proporcionada ("proportionate"). A pesar del rechazo *retórico* del requisito de la proporcionalidad, todavía difundido en el derecho alemán y asentado en la

---

[31] Sobre la falta de importancia práctica, también *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 766. Cfr. véase sin embargo ahora *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T), para. 448 ss.; más detalladamente *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 122 ss.

[N. del T.] § 32 Legítima defensa: "(1) No actúa antijurídicamente quien comete un hecho que es imperioso para la legítima defensa. (2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para apartar de sí o de otro un peligro antijurídico actual". Sobre la falta de diferencia entre los conceptos de imperioso ("geboten") y necesario ("erforderlich") contenidos en el § 32, primer y segundo apartado, respectivamente, cfr, la N. del T. situada a continuación de la nota 36.

[32] Según *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, supra, nota 31, para. 451 el art. 31 (1)(c) representa una "rule of customary international law". Cfr. sobre el derecho alemán sólo *Roxin*, AT I (1997), § 15; sobre el derecho inglés *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 89 ss.; sobre el derecho estadounidense Schopp, Justification (1998), p. 11 ss., 55 ss.; sobre el derecho australiano cfr. el § 10.4 del CCA, ‹www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/cca1995115›; sobre el "New York Penal Law" *Stauder*, Defenses (1999), p. 100 ss.

[33] Cfr. sobre esto y lo siguiente *Eser*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 28 ss. (29); también *Ambos*, CLF 1999, 26 s.

[34] Ver *Eser*, en Triffterer, Commentary (1999), art. 31 nm. 29; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 124. Aún demasiado restringida mi posición en p. 830 vers. al.

[35] Cfr. el art. 31 (1)(c), oración 1: "essential for the survival of the person […] or […] for accomplishing a military mission". Crít. *David*, Principes (1999), para. 4.184c, quien ve allí la violación de una norma de *ius cogens* y por tal razón considera nulo el art. 31 (sobre esto la "Declaration" belga a la ratificación. www.un.org/law/icc/statute/status.htm); crít. también *Wirth/Harder*, ZRP 2000, 146; *Schabas*, Introduction (2004), p. 112 s.; *Weigend*, en: AIDP (ed.), International Criminal Law, 2004, p. 334 s.; respecto de la "military mission", también *Cassese*, EJIL 1999, 154 s. Aprob. *Kreß*, IYHR 2000, 151 s.

fundamentación filosófico-jurídica de la legítima defensa como derecho de libertad,[36] se reconocen, al menos *fácticamente*, consideraciones materialmente semejantes en el marco del examen de la necesidad ("Erforderlichkeit") o del carácter imperioso ("Gebotenheit")[N. de T.] de la acción de legítima defensa.[37] Detrás de ello se encuentra la convicción, entretanto reconocida de manera general, de que (incluso) el derecho de legítima defensa tiene límites.[38] En el plano del derecho internacional esta idea es tenida en cuenta mediante la exigencia de una ponderación de bienes o de un examen de proporcionalidad.[39] Por ello, los requisitos a la acción de legítima defensa del art. 31 (1)(c), oración 1 pueden corresponderse en sustancia con los del § 32, StGB.

Desde el punto de vista *subjetivo*, el art. 31 (1)(c), al igual que el § 32 StGB, no dice nada, así que en ambos casos bastaría —a no ser que se quiera leer en la palabra "para" el

---

[36] Cfr. *Kühl*, FS Hirsch (1999), p. 260 ss. (263); también *Roxin*, AT I (1997), § 15, nm. 1 ss. *Berner*, ArchCrim 1848, 562 se basa en la fundamentación dualista de la legítima defensa como protección individual y preservación (o prevalecimiento) del derecho: "El derecho no necesita retroceder frente al injusto" (también *Berner*, Lehrbuch [1868], p. 107); crít. de todo esto *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 76 ss., 79 ss., 94 ss., 320. Una fundamentación individualista de la legítima defensa reina también en el derecho estadounidense, cfr. *Schopp*, Justification (1998), p. 56 ss. (62 ss.). El mismo *Schopp* aboga —sobre la base de un punto de vista individualista extremo ("protection of sovereignity")— por un derecho de legítima defensa en principio ilimitado, cuyo ejercicio no deba ser proporcional y que sólo se deba limitar frente a agresiones de incapaces de culpabilidad, en cuyo caso el agredido debe apartarse. De todos modos, este autor considera defendible una "rough proportionality" (idem, p. 75 ss. [80, 83, 87 s.]).

[N. del T.] Los requisitos de la necesidad ("Erforderlichkeit") y del carácter imperioso ("Gebotenheit") provienen de la regulación legal de la legítima defensa del § 32, StGB (para su texto, cfr. N. del T. situada a continuación de la nota 31.). Según la doctrina dominante, no existirían diferencias de significado entre estos conceptos, cfr. *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 345).

[37] Cfr. *Eser/Burkhardt*, AT I (1992), p. 123 ss., quienes están en favor de un examen de proporcionalidad; cfr. también *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 110 s., 314 ss., con otras referencias; crít. en este sentido, por ejemplo, S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 32, nm. 46. Típico también el *BayObLG* en NJW 1963, 924 s.: "en principio no es necesaria […] una proporcionalidad […], pero si la defensa no guarda ninguna relación con los daños que amenaza la agresión, [entonces existe un] abuso de derecho".

[38] Cfr. por todos S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 32, nm. 43 ss.; *Roxin*, AT I (1997), § 15, nm. 53 ss. (55); también *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 108 ss., 301 ss.; sobre la jurisprudencia *Hirsch*, FS BGH IV (2000), p. 201; básicamente en contra de una limitación de la legítima defensa por razones de determinación, en el último tiempo de nuevo *Erb*, ZStW 1996, 294 ss. (296 s.): "la aceptación a corto plazo también de absoluciones que se muestran tan escandalosas […] se recompensaría con la ganancia a largo plazo de seguridad jurídica *y* justicia material […]". No se expresa, sin embargo, en qué debería residir la ganancia en justicia material en el conformarse con "absoluciones que se muestran tan escandalosas". En principio en favor de un derecho de legítima defensa ilimitado, también *Schopp*, supra, nota 36.

[39] Cfr. sobre el derecho europeo *Dannecker*, FS Hirsch (1999), p. 157 s., así como el art. 2 (2) de la CEDH. Cfr. también las indicaciones de derecho comparado en *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 350 s.; *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 870 ss. Crít. *Merkel*, ZStW 114 (2002), p. 445 s., proponiendo remplazar el examen positivo de proporcionalidad por una exclusión negativa de falta de proporcionalidad.

requisito de una voluntad de defensa[40]— con el conocimiento de la situación de legítima defensa.[41]

Finalmente, el art. 31 (1)(c), oración 2 —participación en una "operación de defensa" ("defensive operation") colectiva— sólo explicita que también en caso de participación en una operación de defensa militar deben estar dados en el caso concreto respecto del autor los presupuestos mencionados en la oración 1.[42]

b) *Actuar en cumplimiento de una orden* (*art. 33*)

Tampoco el actuar en cumplimiento de una orden necesita en este lugar de un tratamiento profundizado. Ante todo, esta causa de exclusión de la punibilidad ya ha sido objeto de numerosas disertaciones,[43] entre otros también por parte del autor de

---

[40] Así en el resultado *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 125: Ver también el BGH, en *Hirsch*, FS BGH IV (2000), p. 233, y la nota 118; en contra *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 97.

[41] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 15, nm. 111 s. Sin embargo, la exigencia de un elemento subjetivo de la justificación, también en la forma de conocimiento, es controvertida en el derecho angloamericano (cfr. infra, nota 173).

[42] Cfr. también *Prosecutor v. Kordic & Cerkez*, supra, nota 31, para. 452. Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 126.

[43] Cfr. especialmente las siguientes obras fundamentales, teóricas y sistemáticas (en orden cronológico): *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), especialmente p. 4 ss., 46 ss.; *Dinstein*, Superior Orders (1965), especialmente p. 21 ss.; *Müller Rappard*, Ordre (1965), passim; *Green*, Superior Orders (1976), passim (más bien, descriptivo del derecho comparado); *Keijzer*, Obedience (1978). Del último tiempo se han de mencionar especialmente los siguientes trabajos: *Herdegen*, ZaöRV 1987, 226 ss.; *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 758 ss.; *Nill-Theobald*, "Defences" (1998), p. 65 ss.; *Osiel,* Orders (1999), passim (en parte también en CalLR 1998, 939 ss.): Osiel no considera al derecho internacional vigente como "fully settled" (p. 41 ss.); *Korte*, Befehl (2004), passim (especialmente sobre los fundamentos históricos p. 19 ss.); *Gómez R.*, RP 14 (2004), p. 24 ss. (quien trata, *inter alia*, de insertar el problema en un modelo funcional sin tener en cuenta, sin embargo, la discusión internacional). **S**obre el Art. 33 ECPI cfr. *Triffterer*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 33; crít. *Gaeta,* EJIL 1999, 190 s., quien ve en el art. 33 un apartamiento del derecho consuetudinario internacional existente hasta entonces, pasando por alto, sin embargo, la particularidad histórica de la regulación de Núremberg (sobre esto p. 446 ss., 473 vers. al.); aprob. *Cassese*, EJIL 1999, 156 s.; crít. también *Dinstein,* en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 381 s.; *Gómez R.*, RP 14 (2004), p. 46 s. (ver infra nota 64); en contra de *Gaeta* y en favor del art. 33, en cambio, *Garraway*, IRRC 836 (1999), 785 ss.; *Kreß*, IYHR 2000, 149 s. Un buen panorama sobre el estado de la discusión anterior de derecho internacional ofrece *v. Mangoldt*, JbIntR 1948, 308 s. con referencia a *Verdross;* también *Stratenwerth*, loc. cit., p. 39 ss.; *Fuhrmann*, Befehl (1963), p. 24 ss.; *Müller Rappard*, Ordre (1965), p. 179 ss.; descriptivo *Green*, AlbLR 1993, 320 ss.; también *Malekian*, en: Bassiouni (ed.), Int.Crim.L. I (1999), p. 168 ss.; instructivo sobre los numerosos problemas jurídicos *Dommer*, RDPM 1971, 299 ss.

Cfr., por lo demás, sobre la situación jurídica *alemana* desde un punto de vista de derecho comparado: *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), p. 26 ss.; *Müller Rappard*, Ordre (1965), p. 17 ss.; *Green*, Superior Orders (1976), p. 15 ss.; *Keijzer*, Obedience (1978), p. XXVI ss., 67 ss.; también *Gaeta,* EJIL 1999, 174 ss., con numerosas referencias. Sobre el derecho *inglés Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 282 ss., en donde se rechaza el carácter de defence del actuar en cumplimiento de una orden; sobre el derecho *estadounidense Etzel*, Notstand (1993), p. 202 ss., así como el § 2.10, *MPC*, que reconoce el actuar en cumplimiento de una orden militar como "affirmative defense"; sobre otras common law jurisdictions cfr. *Brownlee*, CLR 1989, 401 ss. Sobre el antiguo derecho *francés Oehler*, FS Stock (1966), p. 237 ss.; sobre el derecho

esta obra.[44] Los argumentos expuestos y los conocimientos obtenidos no deben ser reiterados aquí en forma pormenorizada —en vista de la así y todo ya extensa dimensión de este trabajo—. Además, aunque el actuar en cumplimiento de una orden siga siendo continuamente alegado en los procesos de derecho penal internacional, prácticamente nunca ha sido reconocido como una causa independiente de exclusión de la punibilidad.[45] Esto confirma la tesis de que a un autor que se encuentra integrado en una estructura jerárquica de mando y comete crímenes internacionales "en cumplimiento de una orden" no lo podrá ayudar la orden en sí, sino solamente otras "defences", especialmente un error (relevante) sobre la antijuridicidad de la orden o una exclusión de la punibilidad fundada en un estado de necesidad por coacción. El hecho de que un subordinado obedezca una orden penalmente antijurídica no constituye *per se* una defence, sino que representa simplemente sólo una *circunstancia* que conduce a que la conducta sea analizada bajo otra defence. Ésta es la idea fundamental del "mens rea principle"[46] desarrollado por *Dinstein*, aunque modificado en el

---

español Gómez R., RP 14 (2004), p. 43 s.; sobre el derecho *italiano, francés* y *español Militello*, ZStW 1995, 983 ss.; sobre el derecho *belga David*, RBDI 1978/79, 70 ss. Sobre el derecho *alemán* (antiguo) *H. Mayer*, Festgabe Frank (1930), p. 598 ss. (605 ss.); *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), p. 203 ss.; *Schwaiger*, Befehl (1962); *Mellmann*, Befehl (1972); *Hoyer*, Verantwortlichkeit (1998), p. 9 ss.; *el mismo,* en: Amelung (editor), Verantwortung (2000), p. 184 ss.; también *Ambos*, JR 1998, 221 s. (= NDP 1999 A, 121 ss.), con referencias; *Korte,* Befehl (2004), p. 88 ss.; sobre la concepción contraria *Schwenck*, FS Dreher (1977), p. 495 ss.

[44] *Ambos*, Straflosigkeit (1997), p. 294 ss.; *Ambos*, JR 1998, 221 ss. (en castellano en NDP 1999 A, 121); *Ambos*, CLF 1999, 30 ss. (en castellano en AP 2000, 925). Cfr. también ya § 8 II. 3. b) bb) desde la óptica del superior (estado de necesidad por cumplimiento de una orden).

[45] Cfr. ya supra § 2 III. 3. Cfr. también el detallado análisis jurisprudencial de *Lippman* DickinsonJIL 1996, 4 ss. (52 ss.); así como *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 123 ss.; *Green*, Superior Orders (1976), p. 263 ss.; *Parks*, MLR 1995, 80; *De Sena*, en: Conforti/Francioni (eds.), Enforcing (1997), p. 373 ss., 389 ss.; *Gaeta,* EJIL 1999, 183, con referencias en la nota 32; *Korte, Befehl (2004), p. 37 ss.* Cfr. ahora también la Sect. 21 de la "Regulation nro. 2000/15" de la administración de transición de la ONU en Timor Oriental, que se aparta al respecto del ECPI y sigue al EIMT (UNTAET/REG/2000/15 del 6.6.2000; ‹http://www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf›.

[46] Cfr. *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 87 ss. (88): "[…] the fact of obedience to orders constitutes not a defence *per se* but only a factual element that may be taken into account in conjuntion with the other circumstances of the given case within the compass of a defence based on a lack of *mens rea*, that is, mistake of law or fact or compulsion" (resaltado en el original). También últimamente *Dinstein,* en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 379, 382. Asimismo *Prosecutor v. Erdemovic*, Judgement 7.10.1997 (IT-96-22-A), joint separate opinions of Judges McDonald and Vohrah, para. 34 así como el proyecto de la ILA (ver p. 490 s. vers. al.); también *Wise*, en: Sadat-Wexler (ed.), Model-Draft-Statute (1998), p. 58: "A person shall not be exempted from criminal responsibility on the *sole ground* that the person's conduct was undertaken pursuant to the order […] of a superior […]" (resaltado por el autor); *Wise/Podgor*, Int.Crim.L. (2000), p. 707; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 139 s.; *Korte,* Befehl (2004), p. 68. En los resultados probablemente también *Doehring*, Beiträge zur Konfliktforschung 1986, 80, al fundarse en la exigibilidad de la negación a cumplir la orden; *Bakker*, AJCL 1989, 79 s.; similar *Rocca*, en: FS Verdross (1980), p. 624, 630, reconociendo, sin embargo, al actuar en cumplimiento de una orden en definitiva también como una "qualified defense" independiente; sobre Dinstein también *Johnson*, AustralYIL 1985, 303 ss., dejando en definitiva, sin embargo, la solución al ordenamiento nacional (314). En contra de una figura autónoma también *Gómez R.*, RP 14 (2004), p. 43 s.

sentido de que la existencia fáctica de la orden no sólo puede conducir —por medio de la figura del error de derecho[47] o del estado de necesidad por coacción[48]— a una ausencia de dolo,[49] sino, más bien, excluir la culpabilidad del autor —siendo por lo general así en el estado de necesidad por coacción—. En derecho penal internacional, el rechazo del actuar en cumplimiento de una orden como causa independiente de exclusión de la punibilidad y la apertura de una solución de exculpación por medio de la figura del estado de necesidad por coacción se justifica por las mismas razones que en la discusión alemana son alegadas en favor de la "solución de exculpación" y en contra de la "solución de justificación":[50] El principio de la obediencia y disciplina dentro de organizaciones jerárquicas militares[51] que sirve de base a una causa de exclusión de la punibilidad fundada en una orden debe encontrar un límite allí donde la ejecución de la orden conduce a la lesión de bienes jurídicos fundamentales, como los que se protegen con los tipos penales del ECPI.[52] Pues no se puede fundamentar convincentemente por qué el deber de obediencia del subordinado —del todo razonable— existente en la *relación interna*, debería *facultarlo* en la *relación externa* a intervenir en los bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos. Su situación de coacción no puede ser atendida a costa de la generalidad, sino sólo *individualmente* por medio de una "solución de exculpación" y, por cierto —a causa de los bienes jurídicos en cuestión—, sólo por medio de otra causa de exclusión de la

---

Sobre la doctrina de la "manifest illegality" ver infra por la nota 57. Sobre las teorías, entretanto abandonadas, "respondeat superior", por un lado y "absolute liability", por el otro, cfr. *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 38 ss., 68 ss.; *Rocca*, en: FS Verdross (1980), p. 618 ss.; *Bakker*, AJCL 1989, 57 ss., 63 ss.; *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 69 ss.; *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 760 ss.; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 138 s.; *Korte,* Befehl (2004), p. 63 ss. *Gaeta,* EJIL 1999, 178 ss. considera que la teoría de la "absolute liability" es la dominante en el terreno del derecho internacional.

47 Sobre las formas de error *Osiel*, Orders (1999), p. 48 ss. En definitiva, este autor está en favor de una solución en el ámbito del error (infra, nota 57); sobre el error de prohibición *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), p. 183 ss.; sobre el "mistake of fact" *Bakker*, AJCL 1989, 68 s.

48 Explícitamente, por ejemplo, *Röling*, RBDI 1976, 19; sobre la relación entre "superior order" y "duress", también *Rocca*, en: FS Verdross (1980), p. 624; *Bakker*, AJCL 1989, 69 ss.; *Lippman*, DickinsonJIL 1996, 55; *Schabas*, Genocide (2000), p. 330 ss.

49 Así *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 88: "Only lack of *mens rea*, of which obedience to orders constitutes circumstantial evidence, serves to protect from criminal responsibility in this case" (resaltado en el original).

50 Cfr. *Küper*, JuS 1987, 92, con referencias. En favor de su clasificación como exculpación también *Keijzer*, Obedience (1978), p. 287; *Militello*, ZStW 1995, 983 ss.

51 Cfr. fundamental *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), p. 14 ss.; *Keijzer*, Obedience (1978), p. 11 ss., 31 ss.; también *Parks*, MLR 1995, 78; *Koessler*, GeorgetownLJ 1950, 93: el fundamento del actuar en cumplimiento de una orden es el deber de obediencia.

52 Cfr. al respecto sobre la colisión de deberes *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), p. 165 ss. (167, 169), 169 ss. (180), quien también llega a la conclusión de que el deber de no cometer un delito tiene preferencia por sobre el deber de obediencia. Sin embargo, una medida soberana contradiría una ley penal sólo si el subordinado reconoce su contrariedad jurídico-penal y sólo bajo esta condición podría producirse en realidad una colisión de deberes. Por una colisión de deberes también *Lehleiter*, Befehl (1995), p. 172 ss. (188).

punibilidad (del estado de necesidad por coacción), la cual posee una función de recogida o residual.[53]

La regulación prevista en el art. 33 no altera, en principio, esta situación jurídica.[54] La disposición se corresponde con el § 5 de la WStG[N. de T.], ya que, en definitiva, una exclusión de la punibilidad entra en consideración sólo si la orden a cometer el hecho no era manifiestamente antijurídica.

Al respecto, el art. 33 trata del mismo modo las órdenes militares y las civiles, si bien la *ratio* de la disposición —conservación del orden y disciplina (militar)— justifica en realidad sólo una exclusión de la punibilidad en caso de estructuras de mando militares.[55] Por ello, a una orden militar en sentido estricto sólo se debería equiparar una "orden con un efecto vinculante fáctico comparable".[56]

La disposición sigue, en sustancia, el "manifest illegality principle".[57] Respecto de las órdenes de cometer genocidio y crímenes contra la humanidad, la antijuridicidad

---

[53] Cfr. fundamentalmente la decisión *Imre Finta* de la Supreme Court canadiense, CCC (3d) 88 (1994), 417 (514 ss.); cfr. p. 208 ss. vers. al., al respecto, resumidamente sobre la jurisprudencia § 2 III. 3; cfr. también la discusión en el seno de la CDI, p. 457 s. vers. al. Cfr. sobre una posible exclusión de la culpabilidad en caso de una conducta penalmente ilícita (no justificada) del subordinado con base en un estado de necesidad y/o error de prohibición *Stratenwerth*, Verantwortung (1958), p. 182 ss., 209; en los resultados también *Herdegen*, ZaöRV 1987, 232; *Gaeta*, EJIL 1999, 187.

[54] Detalladamente *Zimmermann*, en Cassese/Gaeta/Jones, Rome Statute (2002), p. 957 ss.; *Korte,* Befehl (2004), 122 ss.

[N. del T.] § 5 Actuar en cumplimiento de una orden: "(1) Si un subordinado, en cumplimiento de una orden, comete un hecho antijurídico que realiza el tipo de una ley penal, actúa con culpabilidad sólo si reconoce que se trata de un hecho antijurídico o si esto es manifiesto de acuerdo a las circunstancias por él conocidas. (2) Si la culpabilidad del subordinado es escasa en atención a la especial situación en la que se encontró en el momento de la ejecución de la orden, el Tribunal puede atenuar la pena según el § 49, primer apartado del StGB y en casos de delitos leves también prescindir de pena".

[55] Acertadamente *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 389: "discipline […] more rigorous in military organizations than in civilian ones […]".

[56] Sobre el discutido tratamiento de las órdenes permanentes ("standing orders") cfr. *Korte,* Befehl (2004), p. 128 ss., quien por su parte las incluye en el art. 33.

[57] Asimismo *Kreß*, IYHR 2000, 150. Cfr. sobre este principio *Greenspan*, Law (1959), p. 440 ss., 490 ss.; *Green*, Superior Orders (1976), p. 237 s., 243 ss.; *Lippman*, DickinsonJIL 1996, 54 s., 58; *Mezzetti*, en: Lattanzi (ed.), ICC (1998), p. 155 ss., quien, sin embargo, parece pasar por alto el "*mens rea* principle"; *Korte,* Befehl (2004), p. 66 s., 137 ss. Cfr. también *Dinstein*, Superior Orders (1965), p. 26 ss.; *Bakker*, AJCL 1989, 66 ss., así como la fundamental decisión de la Supreme Court canadiense en *Imre Finta*, CCC (3d) 88 (1994), 417 (521).

Gaeta, EJIL 1999, 174 ss. considera a este principio como "conditional liability" también dominante en los derechos nacionales; del mismo modo ya *Keijzer*, Obedience (1978), p. 284 ss. y también *Osiel*, Orders (1999), p. 1, 5, 41, 57 s., 71 ss., 96. Este autor propone, sin embargo, un más riguroso "reasonable error standard" (p. 233 ss., 359 s.). Según éste, ni una orden manifiesta ("manifestly"), ni una mera y simple orden antijurídica ("illegal") representaría una causa de exculpación ("excuse"), si el subordinado no se hubiera encontrado en un "error razonable" sobre su antijuridicidad (p. 242, 270, 288, 291). Este "standard", al no ser una "regla" estricta, sería más flexible que la "manifest illegality rule" (p. 233 ss., 270) y además superior por tres razones: extendería la responsabilidad del subordinado, favorecería su reflexión y reconduciría la moral militar a sus fundamentos históricos de la ética de la virtud ("virtue ethics"); se trata de "moral culpability" (p. 326 s., 356, 361 s.; ejemplos concretos en la p. 351 ss.). La originalidad de la propuesta de *Osiel* consiste en su delimitación de la doctrina de la manifest illegality. Por el contrario, el

manifiesta es ordenada incluso legalmente (art. 33 (2)) y en este sentido la disposición retorna a una "absolute liability" del subordinado.[58] Por tanto, para los redactores del ECPI un subordinado podrá partir de la licitud de una orden únicamente en caso de que se trate de una orden de cometer crímenes de guerra;[59] aquí rige un criterio objetivo.[60] Por medio de la codificación y definición legal de determinados crímenes internacionales realizada por vez primera y de manera (por ahora) definitiva, el ECPI ha aportado, también en el caso del actuar en cumplimiento de una orden, una ganancia en seguridad jurídica para los potenciales destinatarios de órdenes "manifiestamente antijurídicas". Pues, mientras hasta este momento el criterio de la manifest illegality había sido criticado justamente a causa de la indeterminación típica de los crímenes internacionales,[61] ahora resulta al menos claro qué hechos representan graves crímenes internacionales ("core crimes"), y con los arts. 6-8, complementados con los elementos de los crímenes, existen descripciones típicas más o menos determinadas. Naturalmente, esto no cambia en nada el hecho de que una definición legal de la antijuridicidad manifiesta es una ficción, pues siempre pueden existir casos en los cuales el autor considere lícita una orden de cometer un genocidio o crímenes contra la humanidad.[62] Pero un caso así representa tan solo un problema de error que debe ser solucionado con la ayuda de las reglas generales: con base en la regla del *error iuris* vigente en derecho penal internacional, el error sobre la antijuridicidad manifiesta constituye un error de derecho irrelevante.[63] Así de simple no será, en cambio, en caso de los crímenes de guerra. Aunque también aquí se habrá de partir prevalentemente de la manifiesta ilicitud de la orden,[64] se tendrá que verificar sin

---

recurso al test del "reasonable man" no es nada nuevo; ya *Keijzer*, Obedience (1978), p. 287, pretendía basarse en éste.

[58] Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 142; en el resultado también *Jescheck*, JICJ 2004, 46.

[59] Para *Clark*, ZStW 114 (2002), p. 401, el apartado 1 del art. 33 también podría aplicarse a los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad, si faltase una "orden clara" de cometer estos crímenes. Esto no es convincente, pues, por un lado, la aplicación del apartado 1 no depende de si la orden fue clara o no y, por el otro, el apartado 2 excluye sin excepción la posibilidad de invocar la orden del superior en los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad. En cuanto a un posible error del subordinado, en seguida en el texto.

[60] Esto se sigue también de una comparación con el "subjetivado" § 5 WStG, cfr. *Korte*, Befehl (2004), p. 137 ss. (150), 167.

[61] Cfr. *Osiel*, Orders (1999), p. 71 ss., 91 ss. Sobre los grupos de casos de antijuridicidad manifiesta cfr. *David*, Principes (1999), para. 4.224. En cuanto a la disputa sobre la licitud de la llamada orden del *Führer* cfr. ya § 11 con nota 345.

[62] Crít. en este sentido también *Dinstein,* en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 381 s.

[63] Cfr. sobre la irrelevancia de principio del error de derecho de acuerdo con el art. 32 (2) ya supra § 11 II. 2.

[64] Cfr. *Garraway*, IRRC 836 (1999), 791, quien considera a la mayoría de los crímenes de guerra como "manifiestamente antijurídicos"; va aún más lejos *Gaeta*, EJIL 1999, 186 ss., 190 s., al pretender extender la manifiesta antijuridicidad de manera general a todos los crímenes de guerra, llegando así, en definitiva, a una "absolute liability" (aprob. *Cassese*, EJIL 1999, 157). De modo similar *Gómez R.*, RP 14 (2004), p. 45 s., al exigir que el error sea "razonable" y niega prácticamente esta posibilidad en caso de crímenes internacionales: "[…] se trata de comportamientos que difícilmente pueden abrigar un supuesto de error razonable […]" (p. 46).

embargo en el caso concreto si un determinado crimen de guerra puede ser calificado como manifiestamente antijurídico y, si esto es así, fracasará la invocación del art. 33 (1).[65]

La excepción prevista en el art. 32 (2), oración 2, última parte en cuanto al art. 33, se refiere al art. 33 (1)(b), esto es, al caso en el cual el autor no ha reconocido la antijuridicidad de la orden. Este desconocimiento puede presentarse, sin embargo, sólo respecto de órdenes no manifiestamente antijurídicas, pues si una orden es manifiestamente antijurídica, su antijuridicidad está *per definitionem "*escrita en la frente" y, por tanto, es reconocible por todos.[66] De este modo, también resulta claro que el art. 33 representa un privilegio para el autor que actúa en virtud de una orden, en el sentido de que la mera *evitabilidad* del error sobre el injusto no fundamenta ya la culpabilidad, como por ejemplo según el § 17, StGB,[N. de T.] sino sólo su *carácter de manifiesta*.[67]

En definitiva, se pueden efectuar dos constataciones. Por un lado, el *apartado 2* del art. 33 evita la incompatibilidad de la disposición, fundada en su apartado 1, con los desarrollos de codificación y con la jurisprudencia penal internacional existente y la acerca a éstos.[68] Por otro lado, se persevera en que el actuar en cumplimiento de una orden —tanto desde el punto de vista teórico, como práctico— no representa, en principio, una causa independiente de exclusión de la punibilidad, sino que, más bien, el estado de necesidad por coacción —en cierto modo como una causa de exclusión de la punibilidad de recogida— adquiere la importancia verdaderamente decisiva.[69] Desde luego, aquí se debe verificar si en el caso concreto están dados sus presupuestos, porque un actuar en cumplimiento de una orden no viene acompañado automáticamente con un efecto coactivo sobre el destinatario de la orden.[70] En lo siguiente, se debe analizar, por ello, con mayor precisión la disposición del art. 31 (1)(d) que contiene al estado de necesidad por coacción.

---

65 Diferenciando ya supra § 11 II. 2. c).

66 Cfr. ya *Ambos*, JR 1998, 221.

N. del T. Sobre su contenido, cfr. N. del T. situada a continuación de la nota 330 del § 11

67 Del mismo modo, sobre el § 5 de la WStG *Küper*, JuS 1987, 91: "atenuación de los principios generales del error de prohibición", cfr. recientemente, por ejemplo, BGH NJ 2001, 152.

68 Las regulaciones de los Estatutos de los Tribunales Ad hoc y de los Tribunales mixtos de derecho penal internacional siguen, por lo demás, más bien el derecho de Núremberg, cfr. art. 7 (4) del Estatuto del ICTY, art. 6 (4) Estatuto del ICTR; sect. 21 de la UNTAET-Regulation nro. 2000/15 de la administración de transición de la ONU en Timor oriental, en: *Ambos/Othman* (eds.), Approaches (2003), p. 231 ss. (con más referencias sobre los Tribunales de Sierra Leona y Camboya). Ver también el art. 15 (6) (e) del Estatuto del *Iraqi Special Tribunal*, creado el 10.12.2003.

69 Cfr. ya supra, nota 53.

70 Cfr. también *Bakker*, AJCL 1989, 62.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD POR COACCIÓN EN EL MARCO DEL ART. 31 (1)(d)

1. Nota preliminar: La clasificación dogmática del art. 31 (1)(d): entre justificación y exculpación

a) *El derecho penal internacional como expresión del common law*

Desde una perspectiva de derecho comparado, el estado de necesidad ("necessity") y el estado de necesidad por coacción ("duress") son tratados, en principio, como dos causas diferentes de exclusión de la punibilidad,[71] si bien esto es menos evidente en el derecho angloamericano.[72] En el derecho penal internacional, por el contrario, se ha renunciado tradicionalmente a una diferenciación de estas dos causas de exclusión de la punibilidad, en especial en las codificaciones *oficiales*.[73] La CDI y el relator especial *Thiam* han sostenido el punto de vista de que el estado de necesidad ("necessity") y el estado de necesidad por coacción ("coercion") están sujetos a los mismos requisitos.[74] La jurisprudencia de Núremberg utilizó con frecuencia —en razón del trasfondo de *common law* de los jueces y del confuso *case law* angloamericano—[75] el concepto de "necessity", aunque con ello aludía de hecho a la "duress".[76] En contraste con esto, los proyectos de Siracusa y de la ILA se han pronunciado en favor de una clara distinción entre necessity y duress.[77]

La escasa diferenciación del punto de vista oficial puede explicar por qué el art. 31 (1)(d) —a pesar de la utilización del concepto de "coacción" ("duress")— contiene elementos de ambas causas de exclusión de la punibilidad.[78] Esta disposición tiene los siguientes presupuestos:[79]

---

[71] *Fletcher,* Concepts (1998), p. 138 s.; *Pradel,* Droit pénal comparé (2002), p. 329 s., 343 s.; *Janssen*, ICLR 2004, p. 88. Sobre los "travaux preparatoires" de la Conferencia de Roma cfr. *Schabas*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 1998, 425 s.

[72] Cfr. infra, por la nota 87 ss.

[73] Ver, por ejemplo, *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 484: "[…] necessity can be viewed together with coercion and duress for purposes of this analysis". En otro lugar (p. 485 s.) *Bassiouni* diferencia, sin embargo, entre ambas defences.

[74] *YbILC* 1986 II 2, 51; igualmente *YbILC* 1986 I 1, 75 s.; *Thiam*, Twelfth Report (A/CN.4/460), para. 159.

[75] Instructivo *Etzel*, Notstand (1993), p. 18 ss.

[76] *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 179 s., 184, 187, 205 s., quien critica acertadamente la inconsistente terminología de la jurisprudencia de Núremberg y del case law angloamericano. Sobre el derecho angloamericano también *Etzel*, Notstand (1993), p. 18 ss., sobre la terminología idem, p. 41 ss.; *LaFave/Scott*, Criminal Law II (2003), p. 117: "[…] modern cases have tended to blur the distinction between duress and necessity"; *Reed*, JournTLP 1996, 52: "Anglo-American tradition, vis a vis these defenses, is replete with vagaries, inconsistencies, and anomalies".

[77] Cfr. ya p. 484 s. y 489 ss. vers. al.

[78] Cfr. *Wise,* en: Sadat-Wexler (ed.), Model Draft Statute (1998), p. 57; crít. *Eser,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 35; *Ambos,* CLF 1999, 27 s.; *Kreß*, IYHR 2000, 152. Por el contrario, *Merkel*, ZStW 114 (2002), p. 453, considera que la falta de diferenciación "no es problemática".

[79] *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 129 ss.; *Korte*, Befehl (2004), p. 192 ss.

- Un peligro[N. de T.] inminente de muerte o un peligro inminente o continuo[N. de T.] de lesiones corporales graves para el agente u otra persona, siempre que el peligro provenga de otras personas o esté constituido por circunstancias ajenas al control de quien actúa en estado de necesidad (*situación de necesidad*).
- Una *acción* (*de estado de necesidad*) necesaria y razonable.
- Desde el punto de vista *subjetivo*, una acción dirigida a evitar el peligro y sin la intención de causar un daño mayor que el que se propone evitar.

La norma se basa en una propuesta de la delegación canadiense orientada abiertamente al caso *Imre Finta*; en este caso, se ha encontrado un denominador común para la necessity y la duress en la exigencia de un peligro actual y no evitable de otro modo ("threat").[80] La presencia de un "peligro" es un presupuesto tanto de la necessity, como de la duress. Por el contrario, el requisito de que la acción en estado de necesidad sea necesaria y razonable es exigido sólo en la necessity; en el art. 31 (1)(d) ésta es subjetivizada, al establecer, como presupuesto negativo del estado de necesidad, que el autor no tenga la intención de causar un daño mayor que el que se propone evitar. Finalmente, la disposición se orienta a la diferenciación, basada en el common law tradicional y aún hoy predominante en el derecho inglés, entre peligros provenientes de personas ("duress by threats", "coacción mediante amenazas [humanas]") y peligros resultantes de circunstancias naturales ("duress of circumstances", "coacción por las circunstancias").[81] De esto se puede diferenciar la "necessity" en el sentido del estado de necesidad justificante general, pues en ella lo que cuenta —prescindiendo de la diferencia estructural con la duress que se expondrá seguidamente[82]— no es tanto el origen del peligro, sino, más bien, su gravedad;[83] sin embar-

N. del T. El art. 31 (1) (d) de la versión en lengua castellana del ECPI habla de "amenaza"; términos análogos utilizan las versiones inglesa y francesa: "threat" y "menace", respectivamente. Con "peligro" se traduce aquí el término alemán "Gefahr", el cual, además de ser un concepto arraigado en la discusión alemana sobre el estado de necesidad, es utilizado por la traducción oficial alemana del ECPI. En lo siguiente se utilizará la palabra "amenaza" cuando se trate de una citación textual del ECPI, así como para traducir los términos "Drohung" o "Bedrohung" y "peligro" para traducir "Gefahr". De todos modos, debe tenerse presente que estos términos son utilizados por el autor de la obra como sinónimos.

N. del T. A diferencia de las versiones inglesa y francesa, la versión en castellano no prevé el requisito de la "continuidad"; ella habla solamente de "coacción dimanante de una amenaza inminente de […] lesiones corporales"; para un análisis de ésta y otras divergencias entre las versiones del ECPI cfr. *Fronza*/*Malarino*, en Delmas-Marty/Fronza/Lambert-Abdelgawad (editores), Les sources, en curso de publicación (existe versión castellana en *Ambos/Malarino/Woischnik*, Temas actuales, en curso de publicación).

80 Cfr. p. 211 s. vers. al.

81 Cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 134 ss.; *Etzel*, Notstand (1993), p. 18 ss. (sobre el temprano common law), 98, 106. 121; *Ashworth*, ZStW 1998, 465 s.; *Reed*, JournTLP 1996, 67: "the test for necessity is essentially identical to that for duress by threats with the exception of the situational source from which the threat emanates". También *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 265; *Korte*, Befehl (2004), p. 215 ss.

82 Sobre esto, infra, nota 90 ss.

83 Así, especialmente en el derecho estadounidense: *Dressler*, RLJ 1988, 713 s. (crít. sobre el MPC); *Schopp*, Justification (1998), p. 144, 147 y passim (infra, nota 110); *Etzel*, Notstand (1993), p. 44 ss. (45 s.), 128, 134, 167; *Stauder*, Defenses (1999), p. 83 (para la necessity en el derecho de New York). Cfr. para el

go, ella se encuentra próxima a la duress of circumstances, en tanto comprende en principio todas las fuentes posibles de peligro naturales —también las causadas por personas—.[84] La evolución de la fusión en la figura de la necessity de peligros ocasionados por el hombre y por la naturaleza, a observar especialmente en el derecho estadounidense, se corresponde con la evolución legislativa en el derecho alemán de los § 52 y 54, StGB (versión antigua)[N. de T.] hacia los § 34 y 35 StGB.[N. de T. 85]

Tradicionalmente, el *common law* ha diferenciado entre "necessity" como una situación de estado de necesidad causada por *sucesos naturales* y "coercion" o "compulsion" como ejercicio de una fuerte presión sobre una persona a través de *amenazas* (*humanas*).[86] Esta diferenciación caracteriza aún hoy al derecho *inglés*. El DCCB diferencia entre "duress of circumstances" (necessity) y

---

derecho inglés *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 135 s., 138, 178 ss., 206. Cfr. también *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 174, 208.

[84] Cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 136 ss. (138); cfr. también infra, nota 87 s.

N. del T. § 52 Estado de necesidad por coacción: "(1) No existe acción punible, si el autor por violencia irresistible o por amenaza de un peligro actual no evitable de otro modo para la vida o el cuerpo para sí o para un pariente, ha sido coaccionado a la realización de una acción. (2) Ha de considerarse pariente en el sentido de esta ley penal a los parientes (por lazos de sangre) y a los parientes (por afinidad) en línea ascendente y descendente, a los padres e hijos adoptivos, a los padres tutelares y a los niños bajo tutela, a los cónyuges y sus hermanos, a los hermanos y sus cónyuges y a los prometidos".

§ 54 Estado de necesidad: "No existe acción punible, si la acción, fuera del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no provocado culpablemente y no eliminable de otro modo con el fin de salvamento de un peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente".

N. del T. § 34 Estado de necesidad justificante: "Quien, en una situación de peligro actual no evitable de otro modo para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar de sí o de otro el peligro, no actúa antijurídicamente, cuando en la ponderación de los intereses contrapuestos, particularmente de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que los amenaza, el interés protegido prevalece esencialmente sobre el perjudicado. Sin embargo, esto vale solamente, en cuanto el hecho sea un medio adecuado para apartar el peligro".

§ 35 Estado de necesidad exculpante*:* "(1) Quien, en una situación de peligro actual no evitable de otro modo para la vida, el cuerpo, o la libertad, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de sí, de un pariente o de otra persona cercana, actúa sin culpabilidad. Esto no rige si al autor, según las circunstancias, podía serle exigido soportar el peligro, particularmente porque él mismo causó el peligro o porque se encontraba en una relación jurídica especial; sin embargo, la pena puede ser atenuada conforme al § 49, primer apartado, si el autor no debía soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial. (2) Si en el momento de cometer el hecho el autor supone erróneamente que concurren circunstancias que le exculparían conforme al apartado 1, sólo será penado si podía evitar el error. La pena ha de atenuarse de acuerdo al § 49, primer apartado".

[85] Si en los § 52 y 54, StGB (versión antigua) todavía se diferenciaba entre peligros humanos y naturales, desde la introducción de los § 34 y 35, StGB el origen del peligro ha dejado de tener importancia (LK-*Hirsch* [1994], § 35, nm. 20; S/S-*Lenckner/Perron* [2001], § 34, nm. 16, § 35, nm. 11; NK-*Neumann* [1997], § 35, nm. 10; sobre la evolución en la legislación *Kelker*, Nötigungsnotstand [1993], p. 13 ss.). Aunque con esto se nivele una diferencia fenomenológica evidente (crít., por ello, *Bernsmann*, Entschuldigung [1989], p. 142 ss. [144, 147], quien desde una perspectiva teórico-científica considera obligatoria la diferenciación originaria; perseverando en ello también, por ejemplo, *Eser,* FS Triffterer [1996], p. 767; *Neumann*, JA 1988, 334; también *Kelker*, Nötigungsnotstand [1993], infra, nota 141), es sin embargo cierto que la diferenciación es irrelevante para quien actúa en estado de necesidad (cfr. por ejemplo *Küper*, Staat [1986], p. 62 s., con otras referencias; también *Bernsmann*, loc. cit., p. 142, 144).

[86] Así aún recientemente *Dinstein*, en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 373 respecto del art. 31 (1)(d), ECPI.

"duress by threats", consistiendo la diferencia esencial entre éstas la fuente del peligro.[87] Más allá de ello, los tres presupuestos (i)-(iii) de la "duress by threats" se encuentran también en la "duress of circumstances".[88] De manera general se puede afirmar que la duress no opera si el autor se ha expuesto al peligro o al riesgo "without reasonable excuse" (§ 42 (5), § 43 (3)(b)(iii), DCCB). El CCA *australiano* diferencia entre la "duress" a causa de una "threat" (§ 10.2) y la "emergency" a causa de "circumstances" (§ 10.3).[89] Para el Draft Bill *canadiense*[90] la diferencia entre "necessity" y "duress" reside en lo esencial en que en la primera se exige una ponderación de bienes. En la doctrina y praxis estadounidense actual la fuente de peligro tiene escasa relevancia, basándose[91] en el caso de la necessity en la ponderación de bienes ("choice of evils" o "lesser evils")[92] y en el caso de la duress principalmente en la situación especial de coacción.[93] Sin embargo, en la duress se ha conservado el punto

---

[87] De acuerdo con el § 42 (3) del DCCB la "duress by threats" presupone que quien actúe en estado de necesidad

"(a) […] knows or believes

"(i) that a threat has been made to cause death or serious personal harm to himself or another if the act is not done; and

"(ii) that the threat will be carried out immediately if he does not do the act or, if not immediately, before he or that other can obtain official protection; and

"(iii) that there is no other way of preventing the threat being carried out; and

"(b) the threat is one which in all the circumstances (including any of his personal circumstances that affect its gravity) he cannot reasonably be expected to resist".

Cfr. también *Law Commission*, Commentary (1989), p. 229 s.

[88] El autor debe saber o creer que el hecho: "is immediately necessary to avoid death or serious personal harm to himself or another […]" (§ 43 (2), DCCB; cfr. también *Law Commission*, Commentary (1989), p. 230 s.).

[89] Cfr. ya supra, nota 32.

[90] Cfr. el § 3 (8) y (9) del Draft Bill, en: *Law Reform Commission of Canada*, Report 31 (1987), p. 35 s. Según éste, existe *duress*, si el autor reacciona de manera razonable frente a "threats of immediate serious harm to himself or another person"; pero una exclusión de la punibilidad no tiene lugar, si el autor "purposely causes the death of, or seriously harms, another person". Existe *necessity*, si alguien (i) "acted to avoid immediate harm to the person or immediate serious harm to property", (ii) "such harm or damage substantially outweighed the harm or damage resulting from that crime" y (iii) "could not effectively have been avoided by any lesser means".

[91] Cfr. *Nill-Theobald*, Defences, p. 190 ss. (227 ss.), 252 ss., quien constata que el derecho estadounidense ha remplazado la estricta separación entre necessity y duress por una separación general orientada a causas de justificación (necessity) y de exculpación (duress) (idem, p. 210 s., 225, 266 s.; sobre esto véase especialmente *Robinson*, Defenses (1984), I § 27 (b) y II § 177 (e)(1) nota 17), acentuando el grado de la amenaza y no su causa. Cfr. también *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 818 ss., 829 ss.; *Etzel*, Notstand (1993), p. 96 ss., 119 ss., 162 ss.

[92] Cfr. el § 3.02 del MPC: "Justification generally: choice of evils

"(1) Conduct that the actor believes to be necessary to avoid a harm or evil to himself or to another is justifiable, provided that:

"(a) the harm or evil sought to be avoided by such conduct is greater than that sought to be prevented by the law defining the offense charged; and

"(b) neither the Code nor other law defining the offense provides exceptions or defense dealing with the specific situation involved; and

"(c) a legislative purpose to exclude the justification claimed does not otherwise plainly appear".

[93] Cfr. el § 2.09 del MPC: "Duress

(1) It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful force against his person or the person of another, that a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist.

de vista de la causación humana del peligro.[94] Además, el derecho militar de los Estados Unidos contiene una disposición importante sobre la "coercion or duress":

> It is a defense to any offense *except killing an innocent person* that the accused's participation in the offense was caused by a reasonable apprehension that the accused or another innocent person would be immediately killed or would immediately suffer serious bodily injury if the accused did not commit the act. The apprehension must reasonably continue throughout the commission of the act. If the accused has any reasonable opportunity to avoid committing the act without subjecting the accused or another innocent person to the harm threatened, this defense shall not apply.[95]

De lo expuesto resultan dos constataciones. Por un lado, que el art. 31 (1)(d) confirma la tendencia general existente en derecho penal internacional de no conceder especial importancia a la diferenciación entre justificación y exculpación. Por el otro, que también en el derecho angloamericano moderno se diferencia, en principio, entre necessity y duress, de modo que no parece completamente insostenible una diferenciación en derecho penal internacional entre necessity *justificante* y duress *exculpante*. Ésta se puede fundamentar incluso en el derecho inglés: Cuando la House of Lords en el caso *Howe* sostiene que la duress no afecta el *actus reus* ni la *mens rea*[96] —es decir, cuando según la comprensión alemana existe una conducta típica—, pero que, de todos modos, el autor debe quedar impune, entonces, esta impunidad sólo puede fundamentarse en otra categoría sistemática del delito, a saber, en la culpabilidad.[97] Sea como fuere, la diferenciación entre una necessity justificante y una duress exculpante es, sin duda, materialmente necesaria: Mientras que la "duress" se refiere a una falta de libertad de acción y de decisión resultante de una amenaza inminente,[98] la "necessity" se basa en una ponderación de los intereses o bienes jurídicos en colisión, que se ha de decidir en favor del bien de mayor valor o del daño menor. El hecho en estado de necesidad representa una lesión al bien jurídico, cuya contrariedad al

---

(2) The defense […] is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress. The defense is also unavailable if he was negligent in placing himself in such a situation, whenever negligences suffices to establish culpability […]".

[94] Cfr. *Stauder*, Defenses (1999), p. 166.

[95] Cfr. Rule for Courts-Martial (RCM) 916 (h); ‹http://books.army.mil:80/cgi-bin/bookmgr/ BOOKS/MCM98/2.9.16.8.› (resaltado por el autor). Cfr. también sobre esto *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 205 ss., 210 ss. (211), quien analiza la cuestión extremadamente discutida de si la RCM 916 contiene también a la defence de la necessity, expresando salomónicamente que la disposición no regula al menos sólo a la duress. Esta constatación en extremo precavida se debe a la fusión en el derecho angloamericano, ya mencionada en el texto, entre la necessity y la duress.

[96] Cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 42 s., 203 s., 346 s.

[97] Cfr. idem, p. 204. Sobre la equiparación, sin embargo nada diferenciada, entre mens rea y culpabilidad por parte de la doctrina mayoritaria cfr. ya supra § 11 I. 1. a).

[98] Cfr. *Robinson*, Defenses II (1984), § 177 (b)(1): "relative impairment of the psychological control mechanisms"; ver también *Etzel*, Notstand (1993), p. 170, con otras referencias; *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 344; *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 484. Cfr. también la doctrina de la "moral choice" del derecho de Núremberg (*IMG*, Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, 24 tomos, t. 1., p. 250; ver también p. 117 vers. al.) y su concreción por la UNWCC, p. 154 vers. al.

derecho no tiene lugar, porque el bien jurídico protegido ("bien objeto de conservación") prevalece sobre el bien jurídico que se lesiona ("bien objeto de injerencia"), esto es, porque simultáneamente se logra también la protección (fáctica) de un bien jurídico de mayor valor.[99] Aunque el grado de la preponderancia puede estar regulado de manera absolutamente diferente,[100] la preponderancia del bien objeto de conservación convierte a la necessity, sin más, en una *causa de justificación*.[101] Por el contrario, este efecto justificante no se le puede conceder en principio a la duress, pues su *ratio* no reside en la ponderación de los intereses o bienes en conflicto, sino en la inexigibilidad de una conducta conforme a la norma causada por la situación irresistible de coacción. El interrogante que ha de responderse en el caso concreto es el siguiente: ¿puede el coaccionado resistir la coacción o dadas las circunstancias la resistencia es *inexigible*?[102] El criterio de la exigibilidad se encuentra también en las disposiciones nacionales sobre el punto.[103] Desde luego, aquí es de poca ayuda un criterio general, como por ejemplo el de la "reasonable firmness" del § 2.09, MPC, pues lo que cuenta en definitiva son las circunstancias del caso concreto.[104] En defi-

---

[99] Cfr. *Küper*, JuS 1987 81 s.; también *Neumann*, JA 1988, 331.

[100] Cfr., por un lado, el § 34, StGB: "[…] el interés protegido prevalece *esencialmente* sobre el lesionado" y, por el otro, el art. 122-7, CP francés: "[…] *disproportion* entre les moyens employés et la gravité de la menace" (resaltado por el autor). Ver también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 330.

[101] Cfr. *American Law Institute*, MPC II (1985), p. 9: "[…] a principle of necessity […] affords a general justification for conduct, that would otherwise constitute an offense". Ver también *Etzel*, Notstand (1993), p. 126, 130, 137; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 178; *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 213 ss.; *Reed*, JournTLP 1996, 67 s.; sobre la necessity como "justification defense" en el derecho de New York *Stauder*, Defenses (1999), p. 81 ss. Sobre la discusión acerca de la naturaleza jurídica de las causas de justificación en el derecho angloamericano cfr. *Schopp*, Justification (1998), p. 4 s., 16 ss. (21), quien, por su parte, las considera como tipos permisivos; cfr. también *Watzek*, loc. cit., p. 341 s., en donde se expresa que las causas de justificación excluyen el actus reus y que la doctrina inglesa al basarse en el interés prevalente del autor defendería una teoría monista de la justificación.

[102] Cfr. *Fletcher,* Rethinking (1978), p. 833 s.; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 139 ss.; *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 52 ss.; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 13a, 18, incluyendo la exigibilidad parcialmente ya dentro de la necesidad de la acción en estado de necesidad (sobre esto, infra nota 170; crít. LK-*Hirsch* [1994], § 35, nm. 46); NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 2; fundamental sobre la exigibilidad también *Stratenwerth/Kuhlen*, AT (2004), § 10, nm. 99 ss.

[103] El § 2.09 (1) del *MPC* se refiere a una persona con "firmeza razonable" ("reasonable firmness"). Los § 42 (3)(b) y 44 (2)(b) del *DCCB* hablan de una amenaza o peligro que, bajo las circunstancias dadas, el autor no puede resistir. El *art. 122-2 del CP francés* exime de responsabilidad penal a quien "a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte a laquelle elle n'a pu résister". El § 35 del *StGB* excluye una exculpación si al autor le podía ser exigido soportar el peligro.

[104] La *Law Commission* británica constata, con acierto, que una amenaza que alcanzaría para afirmar una situación de coacción en el sentido de la duress frente a una persona discapacitada, inmadura o débil, debería ser valorada de manera absolutamente diferente en presencia de una persona normal y sana (*Law Commission*, Commentary [1989], p. 230; cfr. también § 42 (3)(b) y 43 (2)(b), DCCB). Incluso *Bernsmann*, Entschuldigung (1989) que con su teoría del estado de necesidad específica del bien jurídico (con más detalles, infra, nota 128) pretende poder determinar teóricamente y en gran medida de modo abstracto el criterio de la exigibilidad (por medio de una relación de exigibilidad-proporcionalidad localizada en el § 35 I 2, StGB, idem, p. 401 ss.), debe admitir que "la inexigibilidad (subjetiva) como regulativo general permanece adicionalmente atendible, cuando […] se tienen que ponderar particularidades indivi-

nitiva, con la duress se trata en todo caso de una falta de reprochabilidad personal en el sentido de un concepto normativo de culpabilidad,[105] esto es, de una *exculpación* y no de una justificación.[106] Por consiguiente, si se quisiera clasificar a la regulación de la "duress" del art. 31 (1)(d) dentro de una de las conocidas teorías del estado de necesidad, entonces entrarían en consideración más probablemente las teorías normativas del estado de necesidad basadas en la doctrina general de la inexigibilidad.[107]

Schopp[108] no califica a la duress ni como causa de justificación, ni de exculpación, pues: "The intuitive judgment that these people do not deserve punishment arises not from circumstances or disabilities that would ordinarily support justification or excuse, but rather from the recognition that only saints or heroes would have resisted the coercive circumstances they encountered".[109] Si bien quienes actúan en estado de necesidad por coacción deberían ser condenados, en un sistema de derecho penal retributivo ("retributive system") que orienta la pena a la reprochabilidad del autor no son, sin embargo, merecedores de pena, pues "they are not blameworthy by the standards of the conventional public morality, which does not require heroic discipline and fortitude".[110] La situación especial de coacción debería ser atendida, según *Schopp*, en el nivel de la medición de la pena por medio de una "systemically complete mitigation", la cual conduciría a "purely vindicating convictions". Esta atenuación de la pena representaría una "institutional alternative", que reconocería la singular "exculpatory force of extraordinarily coercive circumstances in a conventional public morality".[111] Si bien *Schopp* efectúa una diferenciación entre el plano de la sentencia y el de la medición de la pena, al emplear el término reprochabilidad utiliza una categoría que, según la comprensión continental europea, pertenece al nivel de la culpabilidad, y cuya falta conduciría, por ello, a una *exculpación*. También la utilización del concepto de la "exculpatory force" termina por afirmar esto. Por lo demás, no resulta claro si la situación de coacción debería conducir a una completa impunidad o solo a una atenuación sustancial de la pena. Esta falta de claridad se debe, sobre todo, a la ambivalencia de los conceptos "systemically complete mitigation" y "purely vindicating convictions". En sustancia, *Schopp*

---

duales y sensibilidades de las personas intervinientes que se sustraen a toda generalización". Esto vale justamente para el caso del estado de necesidad por coacción, porque allí la fuente del peligro —el hombre de atrás que ejerce la coacción— adolece de las imponderabilidades humanas. Sobre el criterio del examen mixto objetivo-subjetivo ("reasonable man test") del derecho inglés cfr. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 139 ss.

105 Cfr. por todos *Roxin*, AT I (1997), § 19, nm. 11 ss.; también *Dressler*, RLJ 1988, 710, quien habla de un "normative […] judgement".

106 Asimismo *Robinson,* Defenses I (1984), § 27 (h), Defenses II, § 124(e); *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 830 s.; *Dressler*, RLJ 1988, 708; *Ashworth*, Principles (2003), p. 204; *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 204, 344 ss. (346: diferenciando respecto de la duress of circumstances); *Reed*, JournTLP 1996, 52; *Stauder*, Defenses (1999), p. 220 s.; *Militello*, ZStW 1995, 991 ss.; *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 268 ss., 274, 279; también probablemente *Dinstein*, en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 373 ("excused"); diferenciando *Etzel*, Notstand (1993), p. 109 ss. Sobre el estado de la discusión también *Schopp* Justification (1998), p. 138 ss.

107 Cfr. *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 185 ss.; sobre las teorías *psicológicas* antes dominantes idem, p. 177 ss.; sobre la teoría de Feuerbach de la coacción psicológica cfr. también *Küper*, JuS 1987, 84 s.; *Neumann*, JA 1988, 332, respectivamente con referencias. Sobre otras teorías, especialmente sobre la teoría dominante en Alemania de la disminución de la culpabilidad y del injusto, detalladamente y crít. *Bernsmann*, loc. cit., p. 195 ss.

108 *Schopp*, Justification (1998), p. 10, 136 ss. (142 ss.), 201 s.

109 Idem, p. 142.

110 Idem, p. 144, también p. 147 y passim.

111 Idem, p. 146.

no quiere reprochar su hecho a quien actúa en estado de necesidad por coacción, pero tampoco quiere justificar su conducta de modo general, sino solamente exculparla personalmente; sin embargo, para él esto se debería expresar recién en el nivel de la medición de la pena: *"*[…] accountable agents who commit unjustified offenses under extraordinarily coercive circumstances merit the condemnation inherent in *conviction* but not the condemnation inherent in *punishment"*.[112] También se podría decir que en el supuesto del estado de necesidad por coacción no existe una necesidad preventiva de pena.[113]

b) *Aplicación al derecho alemán*

Desde el punto de vista de la sistemática del delito, la diferenciación entre necessity y duress se corresponde con la distinción alemana entre estado de necesidad *justificante* y estado de necesidad por coacción *exculpante*, aunque la clasificación de este último como causa de exculpación comprendida por el § 35, StGB no es desde luego pacífica.[114] El argumento central en contra de la justificación de la acción del coaccionado se atribuye a *Lenckner* y se funda en la idea de la preservación del derecho:[115] El coaccionado no podría estar justificado, porque, "aunque por causa de la coacción", se pone "[…] del lado del injusto", "lo que el ordenamiento jurídico no puede consentir, si es que no quiere renunciar a una condición elemental de su propia pretensión de validez".[116] Los defensores de una solución de justificación en el marco del § 34 StGB oponen a esto la necesidad de protección del coaccionado (ya que él mismo es víctima de un delito) y la idea del deber de solidaridad de la comunidad.[117] Una posición intermedia afirma, en principio, la posibilidad de justifi-

---

[112] Idem, p. 152.

[113] Así también la fundamentación de *Roxin* respecto del § 35 StGB: *Roxin*, FS Henkel (1974), p. 183 s. 190; *el mismo,* AT I (1997), § 22, nm. 6, 11 sobre el § 35, StGB; igualmente *Jakobs*, Schuld (1976), p. 20 s. Sobre el concepto funcional de culpabilidad, ya supra § 1 III. 5.

[114] Desde una perspectiva histórico-dogmática este punto de vista se encuentra ya en el "sector de la exculpación" de la teoría de la diferenciación (cfr. *Küper*, JuS 1987, 84). Tampoco está libre de discusión la clasificación del § 35, StGB como causa de exculpación (LK-*Hirsch* [1994], § 35, nm. 5; S/S-*Lenckner/ Perron* [2001], § 35, nm. 2; NK-*Neumann* [1997], § 35, nm. 1) en lugar de causa de exclusión de la culpabilidad (*Roxin*, AT I [1997], § 22, nm. 1, 4).

[115] Crít. sobre la diferente utilización del concepto de "preservación (o prevalecimiento) del derecho" *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 79 ss., 320.

[116] *Lenckner*, Notstand (1965), p. 117; también S/S-*Lenckner*, StGB (1997), § 34, nm. 41b, con otras referencias, donde le admite al "Estado como custodio del derecho", aunque limitadamente para el caso de la liberación de prisioneros conseguida por la fuerza en virtud de una toma de rehenes, el "subordinar […] la idea de la preservación del derecho […] a otros intereses apremiantes en el caso concreto" (asimismo S/S-Lenckner/ *Perron* (2001), § 34, nm. 41b; crít. sobre el llamado estado de necesidad del Estado *Hirsch*, FS BGH IV [2000], p. 209 s.). Ésta es una solución ad-hoc poco consecuente (crít., con razón, *Küper*, Staat [1986], p. 51 s.). En general crít. sobre la teoría de la preservación del derecho *Küper*, loc. cit., p. 48 ss. (56 ss.); *Neumann*, JA 1988, 333 s.; *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), p. 36 ss., en ambos casos con otras referencias.

[117] Cfr. especialmente *Küper*, Staat (1986), p. 62 ss., 67 ss.; también *Neumann*, JA 1988, 334 *Jakobs*, AT (1993), 13/14; *Lehleiter*, Befehl (1995), p. 182 ss. (185, 188). Crít. de esta posición *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), p. 43 ss., con otras referencias. Sobre el principio de la solidaridad, fundamental *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 188 ss., 321.

cación, pero limitada —con diferencias en cuestiones particulares— a los casos de una preponderancia del bien objeto de conservación.[118]

La solución más original es la de *Günther*.[119] Él quiere contraponer a una categoría de la "antijuridicidad *penal*"[120] caracterizada por un injusto intensificado las causas de exclusión del injusto *penal* excluyentes del *merecimiento de pena* del injusto.[121] Al respecto, habría de distinguirse entre causas de exclusión del injusto penal "*impropias*", que se corresponden con las causas de justificación generales y declaran lícita, en el sentido de un precepto permisivo, una conducta típica, y causas de exclusión del injusto penal "*propias*", que sólo excluyen el *merecimiento de pena del injusto, pero sin afectar la desaprobación jurídica general de la conducta*.[122] Mientras que a aquéllas pertenecería, por ejemplo, el § 34, StGB,[123] el estado de necesidad por coacción se tendría que clasificar —*analógicamente*— como causa de exclusión del injusto penal *propia* de la situación análoga al estado de necesidad del § 34, StGB.[124] De este modo, rigen en principio los presupuestos del § 34, StGB. Mientras que una situación análoga al estado de necesidad estaría dada, en general, si el bien objeto de conservación prevalece sólo de manera no esencial sobre el bien objeto de injerencia o si ambos son del mismo rango —por tanto, cuando fracasa una aplicación *directa* del § 34, StGB— y el hecho representa un medio razonable para evitar el peligro,[125] en el caso del estado de necesidad por coacción —en razón de la idea de la preservación del derecho— el bien objeto de conservación debería prevalecer esencialmente sobre el bien objeto de injerencia:[126] Por tanto, una exclusión del injusto penal tendría que afirmarse, por ejemplo, si el autor, bajo amenaza de muerte, interviene en un hurto, pero no si él participa en un asesinato o si pesa sobre él un deber intensificado de soportar el peligro, por ejemplo, por ser oficial de policía.

Bernsmann[127] propone —sobre la base de una teoría filosófica estatal específica del bien jurídico del § 35 StGB, que resalta especialmente el aspecto de la supresión de la protección estatal en la situación del estado de necesidad[128]— para los casos de estado de necesidad con peligro de muerte

---

[118] Así, por ejemplo, *Neumann*, JA 1988, 334 s. se orienta a la cualidad del bien objeto de injerencia y del bien objeto de conservación, diferenciando de la siguiente manera: Si el bien objeto de injerencia es la vida, la libertad o la integridad corporal (de la víctima del coaccionado), la conducta nunca estaría justificada; por otra parte, una justificación entraría en consideración sólo si el bien objeto de conservación (del coaccionado) fuera de naturaleza altamente personal (cfr. también NK-*Neumann* [1997], § 34, nm. 53 ss., § 35, nm. 10). En similar sentido las posiciones de *Hirsch* (también LK [1994], § 35, nm. 25), *Krey* y *Roxin* (también AT I [1997], § 16, nm. 58 ss.), las cuales son expuestas de modo instructivo y crítico por *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), p. 48 ss., 56 ss. También *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 147 s.

[119] *Günther*, Strafrechtswidrigkeit (1983), passim; crít. sobre esto *Küper*, Staat (1986), p. 66 nota 128; *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), p. 53 ss., 65 ss.; *Cortes Rosa*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 201 ss. (205 ss.); *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 2, § 16, nm. 112 ss.; *Hirsch*, FS BGH IV (2000), p. 199 s.

[120] *Günther*, Strafrechtswidrigkeit (1983), p. 84, 89 ss. (247), 394.

[121] Idem, p. 253 ss., 394 s.

[122] Idem, p. 257 ss., 395.

[123] Idem, p. 306 ss. (308).

[124] Idem, p. 326 ss. (335 s.), 395. Junto con el estado de necesidad por coacción *Günther* enumera como causa de exclusión del injusto penal propia de la situación análoga al estado de necesidad también a la colisión de deberes excluyente del injusto penal y los estados de necesidad defensivos en caso de que se traspasen los límites del estado de necesidad o de la legítima defensa (idem, p. 331 ss., 337 ss., 395).

[125] Idem, p. 328 s., 395.

[126] Idem, p. 336 s.

[127] *Bernsmann*, Entschuldigung (1989).

[128] Idem, p. 305 ss. (306 s.): La relación de intercambio entre seguridad estatal y obediencia civil se suprimiría en el estado de necesidad, por el hecho de que la prestación de seguridad por parte del Estado no

en comunidad de peligro *propia*[129] una "*causa de eximición de pena sui generis* exigida por el derecho constitucional", la cual —en este sentido existe un paralelo con la causa de exclusión del injusto penal propia de *Günther*— en la sistemática del delito habría de situarse entre la antijuridicidad y la culpabilidad y debería seguir prácticamente las reglas del § 35, StGB.[130] Aquí, la manera más justa de decidir el problema de distribución, esto es, la cuestión acerca de qué bien jurídico debe ser sacrificado, es por medio de un sorteo.[131] En caso de comunidad de peligro *impropia*, que se diferenciaría del propio por la realización selectiva del peligro,[132] el estado de necesidad se habría de clasificar como causa de exculpación sólo si el autor se encontrara bajo el efecto del miedo o en reacción a una catástrofe.[133] En todos los demás casos se trataría de una *causa de exclusión de la punibilidad,* pues no se podría demostrar una opresión psíquica considerablemente lesiva fundamentadora de una atenuación de la culpabilidad; más bien, el Estado carecería de competencia penal en relación con acciones que sirven a la autoconservación, debiendo resultar una impunidad con base en intereses supraordinados al derecho penal.[134]

Más recientemente, *Kelker*[135] parte de la base de que la contraposición existente entre preservación del derecho, por un lado, y necesidad de protección y pretensión de solidaridad del coaccionado, por el otro, no responde satisfactoriamente la cuestión de la correcta clasificación del estado de necesidad por coacción.[136] En lugar de ello, afirma, debería determinarse con mayor precisión qué caracteriza el injusto del estado de necesidad por coacción.[137] Al respecto, habría que tomar por base una comprensión del injusto que coloque en el centro de la atención a la *lesión de la libertad concreta* o de la autonomía.[138] Así pues, la dimensión y naturaleza de las lesiones a la libertad ocasionadas a través de los diferentes casos de estado de necesidad sería el criterio de diferenciación determinante entre justificación y exculpación.[139] *In concreto*, en los casos de estado de necesidad por coacción la idea de la solidaridad quedaría relegada a segundo plano frente a la de preservación del derecho y de la libertad.[140] Una comparación de los casos de estado de necesidad revelaría que lo determinante es la fuente del peligro: En el caso de estado de necesidad fundado en un peligro humano las lesiones a la libertad serían mayores que en el del estado de necesidad general causado por un peligro natural ("neutral").[141] En este caso existiría una "relación interna de salvamento" entre la situación de estado de necesidad y el hecho en estado de necesidad, es decir, por lo general, el autor en estado de necesi-

---

tiene lugar, y al ciudadano se le debería permitir —"en caso de impotencia grave del Estado"— tomar medidas propias de supervivencia.

[129] Con el término de comunidad de peligro propia *Bernsmann* entiende el caso en el cual se encuentran en peligro bienes jurídicos de diferentes personas, de tal modo que todos perecerían si no se salvara uno a coste del otro (idem, p. 43). De esto se debe diferenciar la comunidad de peligro impropia, en el sentido de que sería al menos probable que el peligro se realizara sólo con relación a determinadas personas, esto es, selectivamente (idem, p. 49).

[130] Idem, p. 327 ss. (330).

[131] Idem, p. 332 ss. (336 ss.).

[132] Cfr. ya supra, nota 129, así como idem, p. 348 ss.

[133] Idem, p. 367 ss.

[134] Idem, p. 376 ss., 379 ss. (382). Crít. LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 6.

[135] *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993).

[136] Idem, p. 75 ss. (85), 171.

[137] Idem, p. 103, 172.

[138] Idem, p. 111 s., 115 s., 149, 173. La autora se refiere aquí especialmente a *E.A. Wolff;* su concepto de injusto se corresponde, de este modo, al de *Zaczyk* y *Murmann*, cfr. ya supra § 8 § II. 3. c) aa) nota 378.

[139] Idem, p. 125 ss., 135 ss., 159 ss., 174.

[140] Idem, por ejemplo, p. 142, 149, 158 s., 175.

[141] Idem, p. 149 ss. (154, 155), 157 ss., 167 ss., 175.

dad tendría a su disposición sólo una variedad determinada de hechos para evitar el peligro.[142] Por el contrario, en el estado de necesidad por coacción faltaría esta relación interna de salvamento; además el coaccionado lesionaría no sólo bienes jurídicos individuales, sino también colectivos.[143] Así, en el estado de necesidad general estaría en primer plano la idea de la solidaridad, mientras que en el estado de necesidad por coacción la realización de la lesión de la libertad por parte del hombre de atrás. La lesión de la libertad vinculada producida con el hecho en estado de necesidad por coacción (en cuanto al bien objeto de injerencia) no es compensada (como en el caso del estado de necesidad general) por medio de la protección simultánea de la libertad (del bien objeto de conservación), sino que se realizan lesiones *adicionales* de la libertad individual y colectiva.[144] Por ello, según *Kelker*, no entraría en consideración una justificación, sino sólo una exculpación de acuerdo con el § 35, StGB.[145] Esto convence en el resultado, pero no en su fundamentación, pues la doctrina de Kelker —prescindiendo de la crítica ya expuesta en otro lugar respecto de su comprensión del injusto[146]— se asienta en la dudosa premisa de que la naturaleza de la fuente de peligro determinaría la dimensión de las lesiones a la libertad y, por tanto, que el estado de necesidad por coacción, al ser causado por la mano del hombre, conduciría a un mayor número de hechos en estado de necesidad y a una mayor dimensión de lesiones a la libertad, también de naturaleza colectiva, que el estado de necesidad general.[147] Sin embargo, también es posible imaginar un peligro natural que fuerce al autor a realizar numerosos hechos en estado de necesidad y, a través de ello, produzca numerosas lesiones a la libertad. Si, por ejemplo, en un accidente naviero los botes de salvamento existentes sólo alcanzaran para acoger a una pequeña parte de los pasajeros, el capitán, si quiere evitar una lucha salvaje por su reparto, deberá escoger a quién asignarlos. Por más que esta selección se realice por el procedimiento más justo posible, muchas vidas humanas perecerán, razón por la cual en el mejor de los casos entrará en consideración una exculpación de los supervivientes. El rechazo en estos casos de una justificación no reside, por tanto, en la fuente del peligro, sino en su intensidad y efecto que hacen imposible una solución de ponderación.[148]

El análisis de estas teorías se puede detener aquí. Ello, ante todo, por el motivo formal de que el derecho penal internacional no sigue la diferenciación entre justificación y exculpación. Más importante es, sin embargo, la consideración de que incluso dentro de la altamente diferenciada literatura alemana tendría que estar ampliamente fuera de discusión que en los casos à la *Erdemovic*, relevantes en derecho penal internacional, sólo entra en consideración una solución de exculpación.[149] *De lege lata* esto resulta ya del hecho de que el § 34, StGB —del mismo modo que el

---

142 Idem, p. 156 ss.

143 Idem, p. 160 ss. (164), 164 ss.

144 Idem, p. 175.

145 Idem, p. 12, 175.

146 Cfr. supra § 10 II. 2., por la nota 183 ss. sobre *Zaczyk* y *Murmann*.

147 Cfr. *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), especialmente p. 157, 160 s., 164.

148 Cfr. también *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 141 ss. (142, 144), quien, aunque considere obligatoria la diferenciación desde el punto de vista teórico-científico, no ve ninguna diferencia sin embargo bajo el aspecto del merecimiento individual de protección (cfr. ya supra, nota 85).

149 Cfr. *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 31 s.; también S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 23 s., 32; *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 59 s. También de los materiales legislativos resulta que al menos para el caso de colisión vida contra vida el estado de necesidad por coacción debería caer, inequívocamente, bajo las prescripciones del § 35 StGB (cfr. *Kelker*, Nötigungsnotstand [1993], p. 26 s., con referencia a las manifestaciones de *Horstkotte* en la Comisión especial del BT para la reforma del derecho penal).

§ 904 BGB— presupone una preponderancia *esencial* del bien objeto de conservación y este presupuesto no existirá nunca en caso de exterminio de vidas humanas o de graves lesiones corporales del lado de la injerencia. No existe regularmente una situación de estado de necesidad defensivo —análogo a la legítima defensa—, en la cual la circunstancia de que el peligro provenga de la esfera del bien objeto de injerencia pueda hacer aparecer justificada incluso la lesión de bienes jurídicos formalmente equivalentes.[150] Pues, el coaccionado no se vuelve justamente contra el coactor —como causante del peligro—, sino contra un tercero ajeno a la situación de coacción. El límite trazado por medio del principio de la ponderación de intereses tampoco es desplazado en favor de una "solución de justificación" por la crítica —del todo comprensible— a la idea de la preservación del derecho.[151] Incluso la concepción de *Günther* de una causa de exclusión del injusto penal propia no renuncia al requisito de la preponderancia esencial del bien objeto de conservación.[152] *Kelker* llega de todos modos a una solución de exculpación, aunque con una dudosa fundamentación.[153] Por tanto, una justificación entra únicamente en consideración respecto de constelaciones de casos[154] que sólo rara vez ocurrirán en derecho penal internacional. Así, si bien es posible imaginar el caso en el cual una persona es coaccionada bajo amenaza de muerte a cometer un crimen de guerra "leve", por ejemplo un hurto, incluso en estos casos, más bien poco frecuentes, se puede cuestionar sin embargo si ya el contexto de comisión necesario en los crímenes de guerra y los tipos en cuestión no excluyen una clara prevalencia del bien objeto de conservación (vida del coaccionado) frente al bien objeto de injerencia (propiedad de la víctima civil). Pues un hurto que se ha de cualificar como crimen de guerra no consiste solamente en la sustracción de la cosa ajena, sino que exige algo más, por ejemplo, la voluntaria "apropiación de bienes […] a gran escala" (art. 8 (2)(a)(iv)), el "destruir o confiscar bienes del enemigo" (art. 8 (2)(b)(xiii) y también (e)(xii)) o el "saquear una ciudad o una plaza" (art. 8 (2)(b)(xvi) y (e)(v)); hechos que, además, deben ser perpetrados, *especialmente,* como parte de un plan, de una política o como parte de una comisión a gran escala. Sea como fuere, estos casos no guardan relación alguna con el caso típico à la *Erdemovic*, en el cual el bien jurídico vida se encuentra tanto del lado del bien objeto de conservación como del bien objeto de injerencia. Sobre esta especial constelación de casos se ha de volver más adelante.[155] Antes de ello, sin embargo, deben ser analizados con mayor detalle los presupuestos del art. 31 (1)(d).

---

[150] Cfr. *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 63 ss. (66, 69); de otra opinión S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 30: un homicidio permanece en principio inadmisible.

[151] Cfr. especialmente *Küper*, supra, nota 117.

[152] Cfr. supra, nota 126.

[153] Cfr. supra, nota 145 ss.

[154] Sobre posibles constelaciones de casos cfr. por ejemplo *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), p. 30 s.; ejemplos de la jurisprudencia en LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 27; sobre la jurisprudencia angloamericana, diferenciando *Etzel*, Notstand (1993), p. 159.

[155] Cfr. infra 3.

2. Los presupuestos individuales del art. 31 (1)(d)

a) *Peligro de muerte o de lesión corporal (situación de estado de necesidad)*

Prescindiendo de la diferenciación en cuanto a la fuente del peligro,[156] el art. 31 (1)(d) se corresponde con los § 52 y 54, StGB (versión antigua)[157] y con el § 35, StGB vigente, por cuanto la enumeración de los bienes de conservación protegidos es concluyente. Sin embargo, el art. 31 (1)(d) es más limitado que el § 35, StGB, ya que sólo protege la *vida* y la *integridad corporal* y, en este último caso, además, sólo contra lesiones graves. La *propiedad* —a pesar de las propuestas existentes en Roma en este sentido[158]— no ha sido incluida dentro de los bienes jurídicos protegidos en caso de estado de necesidad. En cuanto concierne a los presupuestos individuales del estado de necesidad por peligro de muerte o de lesiones corporales, se puede remitir a la dogmática nacional.[159]

Un *peligro* o *amenaza* ("threat") en el sentido del art. 31 (1)(d) ha de entenderse —como en el derecho nacional— como una situación objetiva en la cual en razón de determinadas circunstancias es probable la producción de un daño.[160] En concreto, están comprendidas las situaciones de coacción psíquica con consecuencias físicas —inminentes y graves— amenazantes para la vida o integridad corporal. Así, también *Cassese*, en su opinión minoritaria en la sentencia de apelación en el caso Erdemovic, requiere para la duress el peligro inminente de una lesión grave e irreparable para la vida o integridad corporal.[161] Con esta limitación, el concepto de peligro (amenaza) del art. 31 (1)(d) se muestra más restringido que el concepto de uso de la fuerza del art. 31 (1)(c), dado que éste abarca también amenazas psíquicas y no se limita expresamente a lesiones corporales o la vida.[162]

El peligro debe amenazar de manera *inminente* ("imminent", "imminente"). La formulación se condice con la utilizada por el art. 31 (1)(c) para el caso de la legítima defensa de uso "inminente" de la fuerza. En este caso, el término "inminencia" debe ser entendido en el sentido del concepto alemán de "actualidad", por lo cual básicamente se comprenden los daños que son inminentes, los que tienen lugar en ese preciso momento y los que aún perduran.[163] Al igual que en el derecho nacional, tam-

---

156 Cfr. supra 1., por la nota 81 ss.

157 Cfr. *Küper*, JuS 1987, 85.

158 *Saland,* en: Lee (ed.), ICC (1999), p. 208.

159 Cfr. por todos LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 12 s. con otras referencias; extensamente *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 41 ss.

160 Cfr. S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 12; NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 39, diferenciando nm. 49.

161 *Prosecutor v. Erdemovic*, supra nota 46, dissenting opinion Judge *Cassese,* para. 16, 41.

162 Cfr. también *Eser*, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 29.

163 Cfr. también *Fletcher*, Concepts (1998), p. 133 s.

bién en el derecho penal internacional una interpretación correcta debe tener en cuenta, además de consideraciones terminológicas, también puntos de vista sistemáticos y teleológicos. Por ello, la amenaza de un peligro inminente es más amplia que el uso de la fuerza, en tanto que en caso de una situación de peligro amenazante que persiste por mucho tiempo la lesión del bien jurídico puede ocurrir en todo momento y, por tanto, también está comprendido —al igual que en el peligro actual en el sentido de los § 34 y 35, StGB— el peligro permanente (especialmente, la legítima defensa preventiva).[164]

La amenaza debe dirigirse directamente contra el autor en estado de necesidad o contra *otra* persona. De este modo, el ECPI sigue el punto de vista más amplio del derecho angloamericano codificado en el § 2.09, MPC y en el § 42 (3), DCCB,[165] según el cual no es necesaria una relación de proximidad especial entre el *tercero* amenazado y el autor en estado de necesidad, como sí requiere, por ejemplo, el § 35, StGB.[166]

Como *conclusión* se puede afirmar que la invocación de la duress de acuerdo con el art. 31 (1)(d) sólo tiene posibilidades de prosperar si existe una coacción irresistible que amenace la vida o la salud en contra del autor mismo u de otra persona. De este modo, su cercanía con el § 52, StGB (versión antigua) es evidente. Ya en Núremberg se hablaba de una "imminent, real and inevitable threat" o de una "irresistible, physical duress".[167] Se trata, dicho en pocas palabras, de la *situación Erdemovic,* ya analizada *supra* desde la perspectiva del superior.[168]

b) *La acción en estado de necesidad necesaria y razonable*

La acción en estado de necesidad deber ser necesaria ("necessary") y razonable ("reasonable"). Al contrario que en la legítima defensa del art. 31 (1)(c), no se exige aquí expresamente la proporcionalidad entre la acción y el peligro. De todos modos, la diferencia parece ser solamente de naturaleza terminológica, pues el adjetivo "reasonable" puede ser entendido como concepto superior que abarca una acción razonable, proporcional, u otra. Por tanto, los medios empleados para rechazar el peligro deben ser idóneos y necesarios y los daños ocasionados deben limitarse especialmen-

---

[164] Cfr. LK-*Hirsch* (1994), § 34, nm. 36 s., § 35, nm. 29; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 17, § 35, nm. 12; NK-*Neumann* (1997), § 34, nm. 56 s.; *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 17 s., § 22, nm. 15. Sobre el derecho inglés *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 138 en la nota 193; sobre el derecho de New York *Stauder*, Defenses (1999), p. 83, 91 s., 159, quien al respecto lo considera sin embargo más restringido que el § 34, StGB.

[165] Cfr. supra, nota 88 y 93.

[166] Cfr. también *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 277.

[167] *U.S. v. Ohlendorf et al.*, TWC IV, p. 480: "no court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever".

[168] Cfr. supra § 8 II. 3. b) aa).

te a lo absolutamente necesario para evitar el peligro (medio relativamente menos lesivo).[169] Con esto, la disposición exige también el requisito de la *necesidad de la acción* en estado de necesidad, elemento que en los § 34 y 35, StGB se encuentra en la exigencia de que el peligro no sea "evitable de otro modo".[170]

Precisamente a causa de las semejanzas materiales entre el art. 31 (1)(c) y (d) hubiera sido preferible armonizar la terminología utilizada. En lugar de ello, el texto de las disposiciones que se ha elegido conduce a desdibujar los límites entre la legítima defensa, por un lado, y la necessity/duress, por el otro. Mientras que la legítima defensa es en esencia un derecho de libertad, porque el agredido rechaza la agresión en contra de los intereses jurídicamente protegidos constitutivos de su libertad y, por tanto, actúa en primera línea en defensa de su libertad,[171] el estado de necesidad sólo se puede explicar con la idea de la solidaridad colectiva respecto de quien se encuentra en una situación de emergencia: el autor en estado de necesidad actúa, para rechazar el peligro que lo amenaza, lesionando los derechos de terceros, a quienes se les impone en cierto modo un deber de tolerancia; este deber sólo se puede fundamentar si se reconoce un deber solidario de prestación de auxilio en casos de emergencia como norma moralmente vinculante.[172] Esta diferencia fundamental tiene consecuencias prácticas en la configuración de la legítima defensa o bien del estado de necesidad: Aquélla presupone una agresión y éste sólo una amenaza o peligro; aquélla es en principio ilimitada en cuanto a los bienes protegidos y a las acciones de defensa, éste limita los bienes objeto de conservación —al menos como estado de necesidad exculpante— y exige la protección del bien de mayor valor sobre la base de una ponderación de bienes e intereses —al menos como estado de necesidad justificante—. Estas diferencias estructurales fundamentales entre la legítima defensa y el estado de necesidad no se pueden extraer claramente de la formulación del ECPI. En lugar de ello, el ECPI subjetiviza la ponderación de intereses, como en lo siguiente se evidenciará.

---

[169] *Eser,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 39; también *Reed*, JournTLP 1996, 62; *Stauder*, Defenses (1999), p. 84 s.

[170] Cfr. LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 42 ss.; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 18 ss., § 35, nm. 13; NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 21; *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 19 ss.; cfr. también *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 106 ss.; sobre la proporcionalidad idem, p. 132 ss., 401 ss. (relacionándola con la exigibilidad contenida en el § 35 I 2, StGB).

[171] Cfr. *Kühl*, FS Hirsch (1999), p. 260 ss., así como ya supra, nota 36.

[172] Cfr. sobre este problema esencial de toda teoría del estado de necesidad *Küper*, JuS 1987, 86 ss. y ahora muy convincente *Kühl*, FS Hirsch (1999), p. 263 ss. (266), 267 ss. (274), limitando en un doble sentido el "deber solidario de prestación de auxilio" fundamentado con argumentos de filosofía del derecho. Por un lado, las condiciones de libertad del que se encuentra en estado de emergencia deben ser reconstruidas, sin que con ello se restrinja más de lo necesario la libertad del tercero (275). Por otro lado, una justificación entraría en consideración, a lo sumo, en caso de una preponderancia esencial del bien objeto de conservación respecto del bien objeto de injerencia (276). Sobre fundamentaciones (también) utilitaristas, que predominan especialmente en el derecho angloamericano, cfr. *Küper*, JuS 1987, 87; *Fletcher*, Concepts (1998), p. 138 s., 144 s.; *Etzel*, Notstand (1993), p. 31 ss.; crít. *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 202 ss.

c) *Exigencias subjetivas: actuar para evitar el peligro sin la intención de causar un daño mayor del que se proponía evitar*

El requisito general del actuar en *conocimiento* de la situación de estado de necesidad tiene un sólido fundamento de derecho comparado[173] y resulta también del texto del art. 31 (1)(d). Pues si el autor debe actuar para "evitar esa amenaza" ("to avoid this threat"), entonces debe conocer al menos que ha actuado en estado de necesidad.

Más allá de ello, se podría exigir que la conducta sea portadora de una voluntad de evitar el peligro o que sea dirigida finalmente a la evitación del peligro. Esta exigencia, más rigurosa en comparación con la disposición de igual tenor de la legítima defensa,[174] se puede fundar en las diferencias estructurales recién mencionadas entre la legítima defensa y el estado de necesidad: Si la legítima defensa representa un derecho de defensa más intenso que el estado de necesidad, esto debe repercutir también en los requisitos subjetivos; y ello, por cierto, en el sentido de que en el estado de necesidad se tiene que exigir más, a saber, una conducta con *voluntad* de evitar el peligro.[175] En un sistema de derecho penal que diferencia entre justificación y exculpación esto es negado en relación con el estado de necesidad justificante,[176] pero confirmado sin embargo en cuanto al estado de necesidad exculpante —aquí relevante— con un argumento adicional: mientras que el autor en el estado de nece-

---

[173] Cfr. *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 564 s.; *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 229 s., 259, 277, 280; *Roxin,* AT I (1997), § 14, nm. 91 s.; *Zugaldía et al.*, Derecho Penal (2002), p. 560 s.; *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal (2002), p. 316 s.; *Bustos*, Obras (2004), p. 880 s., 918; *Velásquez*, Manual (2004), p. 349 s.; sobre el derecho de New York *Stauder*, Defenses (1999), p. 90. Para *Robinson*, Defenses II (1984), § 122(e) la exigencia de conocimiento se encuentra sin embargo discutida en el derecho estadounidense; cfr. otras referencias y discusiones en *Schopp*, Justification (1998), p. 5 s., 21 ss. (29 ss.), quien, por su parte, se pronuncia en contra de la exigencia de conocimiento (especialmente p. 35 s.). En favor de un concepto objetivo de antijuridicidad también *Jiménez de Asúa*, Principios (1958), p. 280 y *Zaffaroni*, Manual (2003), p. 316 s. Por otro lado, desde el punto de vista finalista el mero conocimiento no es suficiente, sino que se exige un elemento subjetivo especial o trascendente, por ej. el ánimo o la voluntad de defensa o de actuar con base en otra causa de justificación (ver fundamental *Gil Gil*, Ausencia [2002], p. 13 ss., 188, que define el elemento subjetivo de justificación como "conciencia y voluntad de realizar una acción dirigida a la 'salvaguarda del interés preponderante'"; ver también *Cerezo*, Curso II [1998], p. 196 ss.; similarmente *Bitencourt*, Tratado, vol. 1 [2003], p. 250 s.; *Reale*, Instituições [2002], p. 149 ss.; a favor de un *animus defendendi* también *Bacigalupo*, Derecho Penal (1999), p. 371).

[174] Cfr. sobre el derecho de la legítima defensa nacional, en donde en general basta con el conocimiento *Fletcher,* Concepts (1998), p. 137; *Roxin,* AT I (1997), § 14, nm. 94 ss.; crít. sobre el conocimiento de *todos* los elementos de la justificación *Hirsch*, FS BGH IV (2000), p. 233 s.

[175] Asimismo *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 229, 277.

[176] Cfr. ya *Lenckner*, Notstand (1965), p. 187 ss. (189, 192), donde aún ha calificado a la disputa como un problema aparente que se reduce a la diferenciación entre consumación y tentativa; ahora básicamente en favor del conocimiento S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 48; *Roxin*, AT I (1997), § 14, nm. 97, 16, nm. 91; NK-*Neumann* (1997), § 34, nm. 106 ss.; en favor de un actuar final pero siguiendo a la jurisprudencia LK-*Hirsch* (1994), § 34, nm. 45 ss. También el derecho de New York probablemente deja abierta esta cuestión, cfr. *Stauder*, Defenses (1999), p. 90.

sidad justificante ha actuado de modo jurídicamente permitido, en el estado de necesidad exculpante ha hecho algo objetivamente digno de desaprobación, así que para la comprobación de su culpabilidad personal puede ser tenida en cuenta la motivación de su actuar.[177] El requisito de la voluntad de evitar el peligro se corresponde también con el rechazo de la duress cuando el autor ha participado voluntariamente y con un interés propio en determinados hechos.[178]

Por el contrario, el requisito negativo del actuar *sin* la *intención* de causar un daño mayor del que se proponía evitar no posee una base de derecho comparado. Éste se puede explicar solamente frente al trasfondo de la situación especial de las negociaciones en Roma y del carácter de compromiso del ECPI. En sustancia, con ello se transporta al estado de necesidad de derecho penal internacional la subjetivización ("subjectification")[179] de las defences fundada en el common law.[180] Pues no es objetivamente necesario, al menos no expresamente, que el autor haya evitado un daño mayor —esto recordaría al presupuesto negativo de la enorme desproporcionalidad contenido en el § 35, StGB[181]—, sino solamente que lo haya intentado.[182] A la inversa, de esto se sigue que la invocación de la duress está excluída desde un principio si el autor actúa con la intención de ocasionar un daño mayor.

Para *Bassiouni* esta subjetivización excluye la responsabilidad de los "decision-makers, senior executors and even mid-level ones" y conduce a una limitación de responsabilidad de los "low level executors".[183] Por más que se pueda consentir esta opinión en el resultado, por cuanto en la praxis el art. 31(1)(d) se aplica principalmente en el nivel jerárquico inferior, esto no se debe atribuir,

---

[177] Cfr. LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 38; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 16; *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 32; NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 19; también *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 103 ss.

[178] Cfr. más profundamente infra d); también *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 259; similar *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 32 con referencia a OGHSt 1, 310 (313), sobre esta jurisprudencia ya p. 176 ss. vers. al.

[179] Crít. *Fletcher,* Concepts (1998), p. 137; cfr. también, especialmente sobre la equiparación en el derecho inglés entre la legítima defensa y la legítima defensa putativa, *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 90 ss. (101 ss.), 311 ss.; sobre el test mixto objetivo-subjetivo en el derecho de New York desde la decisión Goetz cfr. *Stauder*, Defenses (1999), p. 116 ss. (121); expresamente por una subjetivización *Law Commission*, Commentary (1989), p. 228; del mismo modo los § 10.2 (2), 10.3 (2) y 10.4 (2) del CCA (supra, nota 32): "(reasonably) believes". En la doctrina continental europea, una consideración ex ante como la sostenida por los finalistas (cfr. Arm. *Kaufmann,* FS Welzel [1974], p. 401 s.) también conduce en el resultado a una subjetivización (ver también infra; en cuanto a esto no cambia nada el hecho de que esa consideración ex ante deba ser efectuada objetiva o razonablemente (cfr. también S/S-*Lenckner* [2001], previamente a los § 32 ss., nm. 9 ss., con otras referencias). Sobre la subjetivización en la jurisprudencia española *Muñoz Conde*, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), Coimbra Symposium (1995), p. 219 ss., quien, por su parte, considera la "reasonableness" angloamericana como un elemento objetivo (!); con razón crít. *Conceiçáo S. Valdágua*, en: idem, p. 229 ss. Ver también supra nota 173.

[180] Ver también *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 131 ("novum"); de otra opinion *Korte*, Befehl (2004), p. 197 ss. (203 s.), 204 s., quien propone separar el requisito de la adecuación y el elemento subjetivo del estado de necesidad.

[181] Cfr. LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 62 s.; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 33; NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 47 ss.

[182] *Eser,* en: Triffterer (ed.), Commentary (1999), art. 31, nm. 40.

[183] *Bassiouni,* Crimes (1999), p. 491.

sin embargo, a la subjetivización de la disposición, sino a su estructura general. Pues, la duress constituye una causa de exclusión de la punibilidad que implica, por lo general, un ejercicio de coacción "de arriba hacia abajo" y, en este sentido, adquiere importancia especialmente en relaciones de dependencia jerárquicas. Desde luego, no sólo pueden encontrarse en una situación de duress los receptores de la orden del nivel más bajo, sino en principio todas aquellas personas que se encuentran en una relación de supra-subordinación y, en virtud de ésta, puedan ser forzados a realizar determinadas acciones. Esto es correcto al menos para el nivel medio de jerarquía. El proceso Eichmann es seguramente el ejemplo clásico en este sentido, aunque allí fue rechazado un estado de necesidad por coacción del acusado por razonas fácticas.

Por último, algunos autores también sostienen que el efecto del estado de necesidad por coacción se guiaría por el tipo subjetivo del delito en cuestión.[184] Según este punto de vista, la duress no excluiría el dolo (genérico) necesario para la comisión de un crimen de guerra, pero sí el dolo específico (intención especial) de un crimen contra la humanidad, inclusive el genocidio. Esta posición pasa por alto —al igual que el concepto bipartito del delito del common law[185]— la diferencia fundamental entre dolo del hecho ("Tatvorsatz") y culpabilidad y parte, de este modo, de la concepción errónea de que el actuar en una situación de coacción excluye regularmente el dolo. Aquí se trata del problema —altamente complejo y abordado ya en el marco del estado de necesidad por coacción— de la libertad de voluntad,[186] la cual se excluye únicamente, al menos de modo indiscutible, en presencia de *vis absoluta.* En los casos normales de una coacción menor en la forma de *vis compulsiva,* en los cuales el autor todavía está en condiciones de tener un determinado dolo,[187] sólo puede ayudar la idea de la exigibilidad de la conducta conforme a la norma, la cual decide por medio de la reprochabilidad con relevancia para la culpabilidad de la acción en estado de necesidad. La diferenciación existente entre dolo del hecho y culpabilidad pone de manifiesto, nuevamente, la superioridad de la moderna estructura tripartita del crimen en comparación con la estructura "clásica", meramente objetivo-subjetiva, del common law. Un punto de vista diferenciado es necesario justamente en derecho penal internacional, como lo demuestra el homicidio de civiles inocentes en virtud de una situación de coacción extrema (*situación Erdemovic*). Este caso requiere aún de algunas consideraciones por separado, las cuales tendrán lugar luego de la exposición de las limitaciones del derecho de estado de necesidad.

---

184 *Yee,* GeorgiaJI&CL 1997, 298 ss.; *Oellers-Frahm/Specht*, ZaöRV 1998, 411.

185 Sobre esto, ya crít. § 11 I. 1. a).

186 Cfr. supra § 8 II. 3. b) aa).

187 Cfr. también *Dressler*, RLJ 1988, 709 s., quien en este sentido critica con acierto el enfoque del MPC que entiende a la duress como un "incapacity-oriented involuntary act defense" y, en lugar de ello, considera por su parte a la duress como una "no-fair-opportunity excuse".

d) *Limitaciones del derecho de estado de necesidad*

También el art. 31 (1)(d) está sujeto a ciertas *limitaciones*, cuya ubicación sistemática resulta sin embargo difícil a causa de la subjetivización de la ponderación de intereses. En sustancia, se trata de aspectos que se han de considerar en el ámbito de la razonabilidad de la acción en estado de necesidad o en el marco de la ponderación de intereses.

A pesar de una coacción irresistible una exclusión de la punibilidad no tiene lugar si el autor en estado de necesidad *ha causado por sí mismo el peligro*. Esta limitación se encuentra indirectamente en el art. 31 (1)(d)(ii), cuando allí se refiere a una amenaza natural ajena al control de quien actúa en estado de necesidad.[188] Ella tiene, además, una sólida base de derecho comparado, estableciéndose sin embargo diferentes exigencias en cuanto a la provocación (culpable) del autor.[189] Por último, ella también se puede sustentar en decisiones previas de derecho penal internacional. En el proceso *Eichmann* la duress ha sido rechazada, porque Eichmann habría perpetrado los delitos que se le reprochaban con exceso de celo y ambición personal.[190] Según los requisitos de la duress formulados por *Cassese* en la sentencia de apelación del caso *Erdemovic*, la situación de coacción no debe haber sido provocada voluntariamente por la persona coaccionada.[191] El texto del art. 31 (1)(d)(ii) y estas decisiones previas dejan en claro, sin embargo, que no es suficiente con que el autor ocasione el peligro simplemente en el sentido de una causalidad —excesivamente amplia— fundada en la teoría de la equivalencia, sino que éste debe ser voluntario. Según el texto original en inglés, el peligro debe basarse en circunstancias que estén fuera del control ("beyond […] control") del autor;[192] según la versión auténtica en lengua francesa, se debe tratar de circunstancias independientes de su voluntad ("indépendantes de sa volonté"). Se ha de exigir, por tanto, la provocación *culpable* de la situación de coacción.[193]

---

[188] Sobre la discusión en Roma ver *Kreß*, ZStW 1999, 623.

[189] Cfr. los § 42 (5), 43 (3)(b)(iii), *DCCB* ("without reasonable excuse", supra después de la nota 88 en el texto); el § 3 (8), Draft Bill *canadiense* ("purposely causes", supra, nota 90); el § 2.09 (2), *MPC* ("recklessly" o "negligent", supra, nota 93) así como el § 35 (1), oración 2, *StGB*. Según el § 35.05 (2) oración 1 del New York Penal Law la situación de estado de necesidad no tiene que ser ocasionada por "fault" del autor (cfr. *Stauder*, Defenses [1999], p. 84, 230). Cfr. también *Pradel*, Droit pénal comparé (2002), p. 345; *Nemitz/Wirth*, HuV 1998, 51; *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 254.

[190] *Tribunal de distrito de Jerusalem*, ILR 36, para. 216, 228, 231; *Tribunal superior* (*israelí*), ILR 36, para. 15; cfr. ya § 5 I. 2. b) cc) vers al.

[191] *Cassese,* supra nota 161, para. 16, 41. Asimismo *Dinstein*, en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 374. En similar sentido el § 10.2 (3), CCA (supra, nota 32), según el cual la invocación de duress fracasa si la amenaza procede de una persona con la cual la víctima se ha puesto de acuerdo *voluntariamente.*

[192] Del mismo modo la versión en castellano: "circunstancias ajenas a su control".

[193] Cfr. también S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 20; *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 44 ss.; de otra opinión LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 49: causación *contraria al deber*; diferenciando NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 35, quien entiende el concepto de conducta "culpable" de modo no específico: "Lo deci-

Otra limitación se puede derivar de la *posición del autor*. Independientemente de una regulación legal, como por ejemplo en el § 35 I, oración 2, StGB, una posición especial conduce a requerimientos intensificados de exigibilidad y, con ello, a una menor protección del bien objeto de conservación.[194] Según el art. 6 de la WStG, de especial relevancia en nuestro contexto, los soldados tienen un deber especial de tolerar el peligro.[195] Sin embargo, también este deber debe ser interpretado a la luz del criterio independiente de la exigibilidad y, en consecuencia, limitado. Sobre esto se volverá inmediatamente.[196]

Las limitaciones mencionadas se pueden vincular por medio de la tesis sostenida antiguamente en el derecho alemán de que la provocación (culpable) del estado de necesidad fundamentaría *un deber especial de soportar el peligro*.[197] El paralelo estructural que con esto se pone de manifiesto entre la situación de estado de necesidad provocado (culpablemente) y un deber especial de soportar el peligro encuentra aún hoy una expresión legal en el § 35 (1), oración 2, StGB.[198] Este paralelo consiste en que en ambos casos se parte de la relación individual de quien actúa en estado de necesidad respecto de la situación de conflicto. Esto habla en favor de no tratar de manera diferente estas limitaciones del derecho de estado de necesidad. También en las decisiones previas de derecho penal internacional se trata de una ponderación de conjunto, en la cual la causación culpable del peligro o un eventual deber especial del autor aumenta su responsabilidad social y disminuye su interés de conservación; por tanto, tal causación culpable ha de incluirse en la esfera de los factores de ponderación, sin privar *a limine* de fundamento a la invocación de un estado de necesidad.[199] Por consecuencia, la tesis de la pérdida del derecho que resuena también en el derecho penal internacional, esto es, la exclusión de principio del derecho de estado de necesidad en caso de que la situación de estado de necesidad haya sido provocada por culpa del autor, debe ser rechazada por ser demasiado

---

sivo es si el autor ha infringido en un modo para él reconocible las reglas de un trato razonable con los propios bienes jurídicos y si, a través de ello, ha ocasionado el peligro de modo previsible". Cfr. también, supra, nota 189.

194 En el derecho alemán esto es reconocido también, por ejemplo, para el § 34, StGB, cfr. *Roxin,* AT I (1997), § 16, nm. 56; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 34.

195 Además de los soldados tienen deberes especiales de soportar el peligro, por ejemplo, los policías y los bomberos. Estos deberes surgen en particular de las normas respectivas de derecho público: cfr. *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 116 ss., 121 ss.; *Roxin,* AT I (1997), § 16, nm. 57, § 22, nm. 39; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 34, § 35, nm. 23; LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 54; también *Yee,* GeorgiaJI&CL 1997, 299; *Nemitz/Wirth*, HuV 1998, 51.

196 Después de la nota 205.

197 Cfr. *Küper*, Notstand (1983), p. 15 s., 16, 21, con referencias.

198 Cfr. al respecto sobre la interpretación altamente discutida del elemento de la "causación del peligro" en el derecho alemán *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 111 ss. (114).

199 En favor de su inclusión en la ponderación de intereses también *Küper*, Notstand (1983), p. 25 ss., 34, 161, 162; *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 53; más restrictivo S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 42, § 35, nm. 20, con otras referencias; crít. *Renzikowski*, Notstand (1994), p. 54 ss.

estricta.[200] Tampoco la provocación culpable de la situación de estado de necesidad o la posición de deber especial del autor releva al acusador de la carga de producir la prueba en el caso concreto de la exigibilidad de tolerar el peligro.[201] En especial rige que el deber intensificado de soportar el peligro encuentra sus límites al menos allí "donde el cumplimiento del deber significaría la muerte segura";[202] y esto vale también justamente para los soldados.[203] Ciertamente, la causación culpable de la situación de estado de necesidad puede provocar el viraje decisivo en perjuicio del interés de conservación del autor, en caso de que éste se enfrente con un bien jurídico del mismo valor del lado de la injerencia. En este supuesto, no fracasa sólo una justificación, sino también una exculpación. También aquí se muestra, por tanto, nuevamente la importancia de la diferencia entre justificación y exculpación: si el autor actúa como en el § 34 del StGB en principio conforme a derecho, porque su interés objeto de conservación prevalece esencialmente por sobre el que es objeto de injerencia, la causación culpable de la situación de estado de necesidad no podrá invertir esta situación de intereses; si, en cambio, el autor actúa en principio de manera antijurídica, porque su interés objeto de conservación no prevalece esencialmente o incluso es del mismo valor que el interés objeto de injerencia, la causación culpable de la situación de estado de necesidad asume el peso decisivo en la fundamentación de la culpabilidad.[204] Ésta era la situación en *Erdemovic* y frente a este trasfondo las fundamentaciones de *Cassese* no tienen que entenderse como un alegato general en favor de la tesis de la pérdida del derecho, sino en el sentido de una solución de ponderación en el nivel de la culpabilidad.

Además, naturalmente, sólo puede fundamentar una limitación del derecho de estado de necesidad aquella conducta causada por el autor que le es *imputable*. Mientras que este requisito se encuentra ya en el concepto de causación *culpable* de la situación de estado de necesidad,[205] en cuanto a los deberes especiales de soportar el

---

[200] Así la doctrina absolutamente mayoritaria en el derecho alemán, S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 34, nm. 42; *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 51 s.; para una acertada crítica a la tesis de la pérdida del derecho *Küper*, Notstand (1983), p. 21 ss. En favor de la pérdida del derecho, sin embargo, el derecho de New York, supra, nota 189, crít. con razón *Stauder*, Defenses (1999), p. 93.

[201] En el derecho alemán esto resulta ya del texto del § 35 (1), oración 2, StGB, el cual sólo menciona ejemplos ("en particular") de la exigibilidad de la asunción del peligro. Cfr. también S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 18, 25; LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 47 s., 52, 55, 57, 61; también *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 110, 136. Sin embargo, este último autor considera ya dudosa la imposición de deberes especiales respecto de ciertos funcionarios públicos (idem, p. 121 ss., 126) y califica a la independencia del criterio de la exigibilidad declarada por la doctrina mayoritaria como una "mera confesión de palabra" (idem, p. 139).

[202] LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 56; cfr. también S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 25; NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 44; *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 41; *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 137 (con otras referencias en la nota 489), 422 ss.

[203] LK-*Hirsch* (1994), § 35, nm. 56; S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 25; NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 44. Cfr. también *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 138 (con otras referencias en la nota 491), 422, quien sin embargo ya cuestiona la licitud de una orden que significa la muerte segura.

[204] Cfr. también *Roxin*, AT I (1997), § 16, nm. 51.

[205] Cfr. *Küper*, Notstand (1983), p. 31 s., 162.

peligro éste resulta del principio de culpabilidad. Sería difícilmente compatible con este principio que al autor se le quisiera imponer un deber especial de soportar el peligro, limitando así su derecho de estado de necesidad, aun cuando éste haya sido forzado en la posición de deber respectiva o deba realizar actividades que no entran dentro de su ámbito de competencia. Por ello, es doblemente falso aceptar una autocausación del peligro sólo porque el autor —aquí Erdemovic— haya "ingresado en la armada serbia".[206] Por un lado, con esto se fundamenta la causación de la situación *concreta* de estado de necesidad con una conducta previa general muy anterior en el tiempo que, ante todo, no constituye —por ejemplo, en el sentido de una "actio illicita in causa"[207]— nada antijurídico.[208] Por otro lado, del ingreso —se supone voluntario— en la posición respectiva se deduce una limitación del estado de necesidad, sin diferenciar si la conducta en cuestión pertenece a los típicos deberes de servicio de los soldados o si se trata de una conducta que no es necesaria en función del servicio, ni está permitida. A un funcionario sólo se le puede exigir, sin embargo, la asunción de un riesgo especial si éste es fundamentado en razón del servicio, esto es, si la conducta en cuestión pertenece a la esfera de competencia y función del servicio, a los peligros "específicos de la profesión".[209] En caso contrario no se justifica el deber intensificado de soportar el peligro y con ello su posición más gravosa en comparación con el ciudadano normal. Esto vale especialmente cuando los soldados u otros funcionarios están obligados o incluso son forzados a cometer crímenes internacionales. La comisión de estos crímenes no entra, precisamente, en el ámbito típico de sus funciones de servicio, sino que, por el contrario, se trata de una conducta flagrantemente contraria al deber.[210] Por tanto, también en estos casos la invocación de la duress debe ser, en principio, posible.

---

[206] *Nemitz/Wirth*, HuV 1998, 51.

[207] Cfr., en este sentido, sobre la solución del problema de la provocación (culpable) en el nivel de la causación de la situación de estado de necesidad ("Lösung auf der Veranlassungsebene") y sobre la solución en el nivel del estado de necesidad ("Lösung auf der Notstandsebene"), siguiendo a la primera *Küper*, Notstand (1983), p. 21, 36 ss., 160, 164 ss.

[208] Si se prescinde del caso en que el autor se une a un grupo privado o estatal que persigue exclusivamente fines criminales, de los cuales él tiene conocimiento y se propone apoyarlos. Cfr. al respecto, sobre la contribución de algún otro modo al hecho colectivo, ya supra § 8 III. 2. c).

[209] Cfr. también S/S-*Lenckner/Perron* (2001), § 35, nm. 23; *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 41; *Kühl*, AT (2002), § 12, nm. 72.

[210] Ähnlich *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 260 s. La diferenciación entre funciones del servicio y otras funciones puede ser trazada, por lo demás, análogamente a la delimitación entre delitos de funcionario y delitos comunes que determina la competencia de la jurisdicción militar (cfr. *Ambos*, Straflosigkeit [1997], p. 268 ss. = Impunidad [1999], p. 199 ss. Sobre el concepto de delitos de funcionario también *Osiel*, Orders [1999], p. 130 ss.).

3. ¿Estado de necesidad por coacción en caso de homicidio de civiles inocentes?

El caso *Erdemovic* describe la situación, no extraña en un conflicto armado, de una coacción amenazante para la vida con la finalidad de que el coaccionado dé muerte a civiles inocentes. Esta situación crea un conflicto de intereses entre la vida del coaccionado (eventualmente también la de sus parientes) y la de las víctimas civiles, el cual sólo puede encontrar una solución adecuada sobre la base de una diferenciación entre justificación y exculpación. Las siguientes consideraciones de derecho comparado y de derecho penal internacional pondrán de manifiesto que, a más tardar con la aprobación del ECPI, no puede ser más discutido que, en principio, es posible invocar un estado de necesidad por coacción (también) en caso de exterminio de vidas humanas (*sub* a)). Ahora, la cuestión decisiva se refiere más bien a cómo ha de clasificarse dogmáticamente esta causa de exclusión de la punibilidad y qué requisitos se han de exigir (*sub* b)).

a) *Sobre su reconocimiento*

aa) *Argumentos desde la perspectiva del derecho comparado*

El reconocimiento en estos casos de un estado de necesidad por coacción (exculpante) —ampliamente extendido en el derecho continental europeo— se funda en la premisa de que no se puede esperar de una persona "normal" que rehúse a cumplir la orden de cometer un homicidio si, al hacerlo, él mismo corre el riesgo de ser asesinado. Esta premisa se funda en una concepción humana y a la vez realista del derecho penal, en el sentido de un ordenamiento jurídico que reconoce las debilidades humanas y rechaza una exhortación al heroísmo bajo amenaza de sanción penal.[211] Aunque el aniquilamiento de otras vidas para salvar la propia siempre siga siendo un *injusto*, éste es sin embargo *exculpable* en el marco del estado de necesidad por coacción, "porque el Estado no puede exigir bajo pena un heroísmo moral".[212]

Este punto de vista ha conseguido aceptación cada vez en mayor medida también en el derecho angloamericano,[213] como ha demostrado especialmente *Stephen* en su opinión disidente, fundamentada con todo detalle, en el caso *Erdemovic*.[214]

---

[211] Asimismo *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 767; *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 269, con otras referencias.

[212] Así ya *Berner*, Lehrbuch (1868), p. 102 s. Igualmente *Roxin*, AT I (1997), § 22, nm. 41: "el derecho exige soportar peligros pero no el sacrificio consciente de la vida". Cfr. también las referencias, supra, en la nota 202 s.

[213] Para un punto de vista tradicional ver *Dienstag,* ColLR 1982, 137 ss., 148 ss., admitiendo la duress, sin embargo, en caso de crímenes comunes ("ordinary crimes"); en general en contra de la duress en caso de homicidio *Dinstein,* IsLR 1985, 235; *el mismo,* en: McDonald/Swaak-Goldman, Int.Crim.L. I (2000), p. 375 s.; *Mezzetti,* en: Lattanzi (ed.), ICC (1998), p. 152 s.; *Bassiouni,* Crimes (1999), p. 486 s. En el

Stephen analiza las disposiciones del common law sobre la duress en cuanto al homicidio, considerando el case law y la doctrina.[215] Él señala que la exclusión de la duress en los casos en los cuales se enfrenta vida contra vida estaría expuesta a fuertes críticas y carecería de una fundamentación razonable.[216] Por lo demás, tal supuesto no se habría presentado en el caso Erdemovic, porque el imputado no se habría encontrado frente a la opción entre su vida o la de las víctimas civiles, sino sólo entre "that of one life or both lives".[217] Pues, incluso si Erdemovic se hubiese negado a matar a los civiles, habrían sido asesinados él *y* éstos por los soldados que se encontraban presentes. Por consecuencia, no se aplicaría al presente caso el "concept of equivalence", el cual constituye la base en el common law de la prohibición de la duress en tales casos y que exige del autor "rather to die himself than kill an innocent".[218] Del mismo modo, tampoco sería aplicable el principio de proporcionalidad, pues el acusado no tendría la opción de oponerse a la coacción y así salvar vidas humanas o cumplir la orden y matarlas. En donde la oposición a la coacción no evita el "mal", sino que incluso lo aumenta, al serle infligido un mal al mismo coaccionado, no entra en consideración una ponderación según el principio de proporcionalidad.[219] En un caso semejante, afirma *Stephen,* no sería violentado el common law si se reconociera la duress como defence.[220] La vida de terceros inocentes no se podría salvar negando una justa defence a quien ni siquiera estaría en condiciones, incumpliendo la orden, de salvar a estos terceros.[221]

En favor de una aplicación flexible y orientada al caso concreto de la defence de la duress, en la discusión angloamericana se ha aducido también que al derecho sólo le estaría permitido imponer aquellas exigencias cuyo cumplimiento pueda serle exigido razonablemente a la generalidad de los destinatarios de la norma. De lo contrario, perdería su credibilidad y podría ser calificado de "hipócrita":

---

derecho inglés, este punto de vista es sostenido especialmente a partir de la decisión de la House of Lords en el caso *Howe* (1987), cfr. extensamente y, con razón, crít. *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 132 s., 143 ss. (148: "caos de consideraciones de justificación y de exculpación"), 207 s., 316 ss.; especialmente sobre la falta de diferenciación entre justificación y exculpación idem, p. 146 ss., 316 ss. Crít. también *Ashworth*, ZStW 1998, 466; *Reed,* JournTLP 1996, 52 ss., 61 ss., quien califica al punto de vista tradicional de ridículo ("ludicrous").

214 *Prosecutor v. Erdemovic*, supra, nota 46, Separate and dissenting opinion of Judge *Stephen*, passim. Similar *Reed,* JournTLP 1996, 51, 53, 55: "The standard is that of the reasonable man, not the reasonable hero"; también *Kremnitzer*, en: Eser/Lagodny (eds.), Principles (1992), p. 345, nota 33: "Criminal law is not the law regulating decoration of heroism"; *Dressler*, RLJ 1988, 711 s.; *Schopp*, ya supra, nota 110. Cfr. también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 150 s.; *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 212 s., 267 s., en ambos casos con otras referencias. Cfr. también *Turns*, ICLQ 1998, 470 ss., quien rechaza la opinión mayoritaria a causa de su "fundamentally inappropiate methodology" y su "excessively dogmatic and harsh solution" (470) y sigue a *Cassese* (en el resultado igualmente *Schabas*, Genocide [2000], p. 336 s., así como *Gaeta*, en: Fischer/Kreß/Lüder [eds.], Prosecution [2001], p. 762 ss.).

215 *Stephen*, supra, nota 214, para. 23 ss.

216 *Idem,* para. 29 s., para. 36 s., 49 refiriéndose a *Lynch v. D.P.P. for Northern Ireland* (1975).

217 *Stephen*, supra, nota 214, para. 33, s. también para. 52, 57, 62, 64.

218 Idem, para. 31, 33.

219 Idem*,* para. 62: "[…] where resistance to the demand will not avert the evil but will only add to it, the person under duress also suffering that evil, proportionality does not enter into the equation".

220 Idem*,* para. 64: "No violence is done to the fundamental concepts of common law by the recognition in international law of duress as a defence in such cases".

221 Idem, para. 65: "[…] by the denial of a just defence to one who is in no position to effect by his own will the protection of innocent life".

> This is to say that law is ineffective in the deepest sense, indeed that it is *hypocritical*, if it imposes on the actor who has the misfortune to confront a dilemmatic choice, a standard that his judges are not prepared to affirm that they should and could comply with if their turn to face the problem should arise. Condemnation in such a case is bound to be an ineffective threat; what is, however, more significant is that it is divorced from any moral base and is *unjust*. Where it would be both personally and socially debilitating to accept the actor's cowardice as a defense, it would be equally debilitating to demand that heroism be the standard of legality. The proper treatment of the hero is not merely to withhold a social censure; it is to give him praise and just reward.[222]

También el caso *Mignonette*,[223] que incesantemente es invocado para fundamentar una prohibición absoluta de la duress, puede entenderse en el sentido de una flexibilización, pues la pena de muerte impuesta ha sido convertida por la reina en una pena de privación de la libertad de seis meses de duración.[224] Con esto se ha puesto de manifiesto que en un caso semejante la ejecución de la pena representaría una dureza inicua. Objeciones similares se encuentran en la literatura, cuando allí se hace depender la cuestión de una exclusión de la punibilidad de la naturaleza del proceso, en concreto de una decisión echada a la suerte;[225] aquí entra en juego por tanto el aspecto también resaltado por *Bernsmann*[226] de la justicia procesal para la decisión en contra de un bien jurídico determinado.

En suma, un análisis de derecho comparado revela que sólo la ya mencionada RCM 2.9.16.8 (h) del derecho militar estadounidense excluye expresamente el estado de necesidad por coacción en casos de homicidio.[227] De todos modos, también esta disposición debe ser interpretada recurriendo al derecho general del estado de necesidad y del estado de necesidad por coacción, en el sentido de que en este caso no es razonable una exclusión *absoluta* de la duress.

Esta consecuencia ha sido sacada, por ejemplo, por el derecho de New York.[228] En el derecho inglés, si bien la *House of Lords* ha rechazado con su decisión en el caso *Howe*[229] la recomendación originaria de la Law Commission de aplicar la defence de la duress en principio a todos los hechos, esto no ha conducido, sin embargo, a un completo abandono de la propuesta originaria: Aunque según los § 42 (2) y 43 (3)(a) del DCCB la duress se deba aplicar a todo hecho "other than murder or

---

[222] *American Law Institute*, MPC I (1985), p. 374 s. (resaltado por el autor).

[223] *The Queen v. Dudley and Stephens*, Queens Bench Division 14 (1884-85), p. 273 ss. Sobre este caso y sobre el similar caso *Holmes* cfr. *Etzel*, Notstand (1993), p. 33 ss.; *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 45 ss., 318 s. Cfr. también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 168 ss., 319 s., quien demuestra la importancia del caso *Mignonette* para la decisión del caso *Howe* (supra, nota 213). Sobre el caso *Mignonette* también *Jescheck/Weigend*, AT (1996), p. 195, 489; *Janssen*, ICLR 2004, p. 88 s. y supra § 4 III. 2. d).

[224] *Fletcher*, Rethinking (1978), p. 823 ss.; *el mismo,* Concepts (1998), p. 132.

[225] *Smith/Hogan*, Criminal Law (2002/2003), p. 271 s.: por ello, el prestar el acuerdo a la realización del sorteo se ha de valorar como consentimiento de una muerte posterior; sobre esto también *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 173 ss.

[226] Cfr. supra, nota 131.

[227] Cfr. supra, nota 95.

[228] Cfr. *Stauder*, Defenses (1999), p. 160 s.

[229] Cfr. ya supra, nota 213.

attempt to murder", esta propuesta ha sido introducida entre corchetes para evidenciar que, con ella, no se abandonaba la recomendación originaria.[230]

En conclusión, es posible afirmar que las posiciones tradicionalmente incompatibles del "civil law" y del common law, al menos en cuanto concierne al derecho penal general, se han acercado mutuamente e incluso, en parte, se han fusionado.[231]

bb) *Argumentos desde la perspectiva del derecho penal internacional*

En el terreno del derecho penal internacional la mayoría en *Erdemovic* ha rechazado la invocación de la duress; sin embargo, el ECPI ha ignorado esta sentencia y también todas las Salas del ICTY que se ocuparon del caso han reconocido en la existencia de un estado de necesidad por coacción, al menos, una causa de atenuación sustancial de la pena.[232] En la última decisión sobre la determinación de la pena dictada por la segunda Sala de Primera Instancia se expresa de modo especialmente claro la importancia de la situación de coacción para la culpabilidad del acusado. Allí se lee:

> The evidence reveals the extremity of the situation faced by the accused. The Trial Chamber finds that there was a real risk that the accused would have been killed had he disobeyed the order. He voiced his feelings, but realized that he had no choice in the matter: he had to kill or had to be killed.[233]

La contradicción valorativa de la jurisprudencia del caso Erdemovic que con esto se pone de manifiesto, scil. reconocer al estado de necesidad por coacción *de manera general* como atenuante de pena, pero rechazarlo *por completo* como causa de exclusión de la punibilidad, ya ha sido señalada, con razón, por *Stephen*.[234] Además, del análisis de la jurisprudencia penal internacional existente se puede constatar que el rechazo del estado de necesidad por coacción en los casos de crímenes de guerra se funda más en razones fácticas que jurídicas. En otras palabras: la alegación de la defence de la duress no fracasa por su inadmisibilidad jurídica de principio, sino por la insuficiente alegación fáctica del acusado, especialmente en cuanto a la naturaleza e intensidad de la situación de coacción necesaria.[235]

---

[230] *Law Commission*, Commentary (1989), p. 229, 231.

[231] Cfr. también *Nill-Theobald,* Defences (1998), p. 224 ss., 274 ss., señalando las semejanzas y diferencias entre el derecho alemán y el estadounidense. Desde luego, no debe pasarse por alto que el MPC no ha logrado imponerse en todos los estados de los Estados Unidos. Además, las posiciones tradicionalmente opuestas del common y "civil law" son difíciles de superar, como se muestra también en la literatura científica: cfr. por ejemplo *Bassiouni*, Crimes (1999), p. 486 ss., quien remitiéndose a los autores tradicionales sostiene el punto de vista tradicional.

[232] Cfr. *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgement 5.3.1998 (IT-96-22-T*bis*), para. 16 s. Ver ya la cita en § 8 nota 201.

[233] Idem, para. 17.

[234] *Stephen,* supra, nota 214, para. 46: "to admit duress generally as a matter of mitigation but wholly exclude it as a defence in the case of murder".

[235] Cfr. *Dienstag*, ColLR 1982, 141 s., 146 s. en relación con la jurisprudencia estadounidense y la de Núremberg; *Kelker*, Nötigungsnotstand (1993), p. 29, con referencias sobre la jurisprudencia alemana

Para una *fundamentación teórica de derecho penal internacional* de la admisibilidad de principio de un estado de necesidad por coacción también en caso de aniquilación de vidas humanas puede ser de utilidad la teoría filosófica estatal específica del bien jurídico del estado de necesidad[236] desarrollada por *Bernsmann*[237] para el § 35, StGB.[238] Según esta teoría, en caso de colisión vida contra vida sólo el individuo afectado debería decidir por sí mismo en la situación de conflicto y el derecho penal (estatal) no debería tomar una actitud paternalista, ya que en este caso el Estado no hace efectivo su deber de protección y al autor en estado de necesidad no se le podría restituir la vida. El ciudadano no tendría el deber de preservar la vida de otros perdiendo la propia; incluso tampoco aunque con ello se salvasen muchas vidas, ya que el pragmatismo del número mayor "no" podría aventajar "normativamente […] al valor o la incomparabilidad de la vida individual".[239] Por tanto, el conflicto del estado de necesidad es en definitiva "privatizado", debido a que el Estado ha perdido su derecho de intervención originariamente legítimo por la falta de cumplimiento de su garantía de protección. Aplicado al derecho penal internacional esto significa que también la comunidad internacional pierde el derecho de intervenir en un conflicto con medidas jurídico-penales, si ella no ha evitado ya ese conflicto y éste no puede ser solucionado "de modo justo" con el derecho. Aquí, el derecho no puede pretender más que justicia procesal, esto es, por ejemplo, mediante la preparación de un método justo de selección cuidar de que no se imponga únicamente el derecho del más fuerte.[240]

Tampoco desde la óptica de la *teoría del fin de la pena*[241] en estos casos se puede fundamentar convincentemente una punición. En primer lugar, no existe desde el punto de vista *especial-preventivo* una necesidad de pena, pues un autor que comete un homicidio bajo "extreme duress" no muestra un carácter hostil al derecho, sino que actúa acorde a sus intereses vitales, en cierto modo, de forma enteramente "humana".[242] Por tanto, desde el punto de vista de la prevención especial su actitud no debe ser corregida.[243] Del mismo modo, tampoco se puede esperar que este autor

---

en la nota 1; sobre la escasa importancia fáctica del estado de necesidad por cumplimiento de una orden en los autores de los crímenes del nacionalsocialismo cfr. ya la exposición de la investigación de *Jäger*, Verbrechen (1982), supra § 7 II. 2.

236 Cfr. supra, nota 128.

237 *Bernsmann*, Entschuldigung (1989), p. 407 ss. (408 s., 411).

238 Para una fundamentación con base en el derecho (internacional) de la responsabilidad de los Estados cfr. *Gaeta*, en: Fischer/Kreß/Lüder (eds.), Prosecution (2001), p. 762 s.

239 En contra de la ponderación cuantitativa, también NK-*Neumann* (1997), § 35, nm. 50.

240 Cfr. sobre este aspecto también *Bernsmann*, supra, nota 132.

241 Ver, en general, sobre los fines de la pena en derecho penal internacional *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 12 s. = RDPC No. 12 (Julio 2003), 191 ss.

242 Ver también *Nemitz/Wirth*, HuV 1998, 53; *Reed*, JournTLP 1996, 62; *Dienstag,* ColLR 1982, 144, quien sin embargo sostiene otra opinión en cuanto a los crímenes de guerra.

243 Cfr. *Roxin,* AT I (1997), § 22, nm. 6, 10 ss.

—si llegara alguna vez a encontrarse nuevamente en una situación semejante— actuara diversamente y sacrificara su vida —en un atípico ataque de heroísmo—. Por ello, es poco realista esperar éxitos preventivo especiales, cuando la particularidad del caso concreto hace aparecer inexigible una conducta conforme a derecho. Además, es también dudoso que en estos casos una punición pueda tener *fácticamente* un efecto de *prevención general negativa*, es decir, que pueda desalentar la comisión de crímenes futuros, modificando la conducta concreta de los combatientes en el campo de batalla. Para *Rowe* la punición podría conducir, por el contrario, al resultado opuesto del homicidio de una enorme cantidad de civiles, ya que el combatiente debería partir de que no escaparía a la pena incluso en una situación de coacción extrema.[244]

Además, en cada caso concreto debe preguntarse si una conducta diversa, por ejemplo, el negarse a cumplir la orden, realmente habría salvado la vida de personas inocentes. Si éste no es el caso, así como evidentemente en el caso Erdemovic, la punición no puede fundamentarse en consideraciones preventivas, sino únicamente en razones puramente *retributivas*. Sin embargo, de este modo se entraría en contradicción no sólo con la moderna teoría del fin de la pena, sino también con la concepción del derecho penal —que aquí se sostiene[245]— que exige para la atribución de responsabilidad jurídico-penal, además de la culpabilidad personal, también una conducta moralmente reprochable o socialmente dañosa.[246]

Por último, el reclamo ético o político —basado en consideraciones de *prevención general positiva*— por una desaprobación jurídica expresa de los hechos en cuestión, esto es, por una especie de derecho penal simbólico, no debe conducir a un abandono del principio de culpabilidad. La des-individualización del caso concreto iría demasiado lejos si la punición se basara exclusivamente en consideraciones general preventivas, desatendiendo así la contribución individual al hecho del imputado.[247] La desaprobación jurídica puede ser evidenciada suficientemente con el juicio de antijuridicidad del hecho cometido en estado de necesidad por coacción, aun cuando al autor mismo no se le pueda hacer un reproche personal de culpabilidad, al ser *exculpado*.

---

[244] *Rowe*, YIHL 1998, 220: "Knowing that there is no defence of duress, would Erdemovic, or someone in his position, then draw the conclusion that 'I might as well kill as many innocent civilians as I like since the law treats me as guilty even when I acted under the greatest compulsion imaginable to take innocent life'". Con dudas similares también *Kreß*, ZStW 1999, 621, quien, sin embargo, en otro lugar (*Kreß*, IYHR 2000, 152 s.) sigue en el resultado la posición que aquí se sostiene.

[245] Cfr. supra § 1 III. 5.

[246] Cfr. *Roxin,* AT I (1997), § 19, nm. 3 ss., 36 ss.; asimismo *Cassese*, supra, nota 161, para. 47 s.; aprob. *van der Wilt*, en: Klip/Sluiter (eds.), Cases (1999), p. 656.

[247] Similar *Kreß*, ZStW 1999, 621.

b) *Sobre la clasificación dogmática y los requisitos en particular*

La cuestión de la clasificación dogmática del estado de necesidad por coacción en estos casos ya ha sido en realidad arriba respondida:[248] Se trata de una *causa de exculpación*, pues la comisión de graves crímenes internacionales nunca puede ser justificada mediante una ponderación de intereses o bienes, sino sólo exculpada sobre la base de la compasión y comprensión de las debilidades humanas del autor, esto es, desde el punto de vista trascendental de la inexigibilidad normativa de la conducta.[249]

Otra propuesta, en todo caso interesante, ha sido realizada por *Nemitz/Wirth*. Ellos abogan por un "guilty but not punishable verdict",[250] es decir, una persona que ha actuado en estado de necesidad por coacción debe ser declarada culpable, pero dispensada de pena.[251] Esta propuesta es atractiva, porque ofrece un aceptable compromiso entre las posiciones tradicionalmente incompatibles del common law y civil law. Con prescindencia del acercamiento de estas posiciones al que ya se hiciera referencia, esta propuesta suscita dudas por dos razones. Por un lado, parte de la premisa, ya arriba cuestionada, de que una amenaza de pena también puede intimidar en los casos de situación de coacción extrema. Por el otro, tal dispensa de pena[252] —prescindiendo de su dudosa clasificación dogmática— mantendría el reproche de un actuar culpable. En efecto, según esta posición el autor no habría cometido sólo un hecho antijurídico, sino también uno culpable y su situación especial de coacción no se explicaría en la construcción (tripartita) del crimen.

La clasificación como causa de exculpación del estado de necesidad por coacción extrema encuentra una confirmación ulterior en las reservas que en parte se han expresado de frente a la justificación de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio.[253] Mientras que la "necessity" como causa de justificación requiere la prevalencia —de hecho difícilmente imaginable— del interés protegido (bien objeto de conservación) sobre el interés lesionado con la comisión de un crimen internacional (bien objeto de injerencia),[254] la "duress" como causa de exculpación no exige tal ponderación. Antes bien, con el reconocimiento de la duress como *causa de exculpación* queda al mismo tiempo en claro que de ninguna manera se aprueba el hecho cometido en estado de necesidad por coacción, sino que éste perma-

---

[248] Cfr. supra 1., por la nota 106 y 149 ss.

[249] Asimismo *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 222 s., 226, 228 ss., 274, 279 respecto de los crímenes de guerra; *Cassese*, Int. Criminal Law (2003), p. 246-251; *Werle*, Völkerstrafrecht (2003), p. 130 s. Cfr. en este sentido también la posición del OGHSt 3, 121 (129), cfr. p. 178 vers. al. *Merkel*, ZStW 114 (2002), p. 452 s. pretende resolver el caso a través de una causa de justificación. Ver también *Korte*, Befehl (2004), p. 206 ss. (230), 231, quien considera que el art. 31 (1) (d) está influido de manera determinante por el derecho angloamericano, el cual opta en principio por una punibilidad.

[250] *Robinson*, Structure (1997), p. 73.

[251] *Nemitz/Wirth,* HuV 1998, 52 s. Similar *McDonald/Vohrah*, supra, nota 46, para. 85: "In appropriate cases, the offender may receive no punishment at all".

[252] Cfr. por ejemplo el § 29 V, BtMG.

[253] Cfr. *Nill-Theobald*, Defences (1998), p. 197 s.; también *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 756 s.; *Bassiouni,* Crimes (1999), p. 484, 490.

[254] En este sentido, ha sido correctamente rechazada una ponderación vida contra vida por el OGHSt 1, 321 (334 s.); 2, 117 (121) y por la jurisprudencia francesa en el caso *Touvier* (cfr. p. 197 s. vers. al.).

nece contrario a derecho; es decir, no se pone en discusión la validez *general* del derecho, sino que solamente se exime al autor en el caso concreto del reproche *personal* de culpabilidad. La diferenciación entre justificación y exculpación posibilita, por tanto, también aquí una solución adecuada.[255] Por el contrario, la jurisprudencia penal internacional existente, las codificaciones y las opiniones doctrinarias[256] que rechazan categóricamente la duress en caso de homicidio de civiles pasan por alto esta diferenciación, confundiendo duress con necessity, con la consecuencia de crear una disposición calificada como "duress", pero que sólo se aplica con los requisitos de la "necessity".[257] Si, sin embargo, como *Stephen* ha demostrado de modo convincente,[258] el reconocimiento de la "duress" "no violenta las concepciones fundamentales del common law" en los casos en los cuales la oposición del coaccionado no salvaría ninguna vida humana, entonces tampoco por razones de derecho comparado se comprende su exclusión absoluta. Desde el punto de vista del individuo afectado, el estado de necesidad por coacción, independientemente de que se encuadre dentro del derecho penal internacional o del derecho nacional, representa siempre lo mismo, es decir, una situación de coacción más o menos intensa que le deja un margen de decisión escaso o nulo. Al igual que el riesgo para la vida o integridad corporal es mayor durante un conflicto armado que en la situación normal de paz en que operan los ordenamientos jurídicos nacionales, también es mayor el peligro para los combatientes de caer en situaciones de coacción con peligro de muerte. Por consecuencia, la admisibilidad de la defence de la duress se determina según las circunstancias fácticas y normativas del caso concreto, pero no puede ser excluida *a limine*.

En cuanto concierne a los presupuestos concretos del estado de necesidad por coacción en caso de exterminio de vidas humanas, se puede remitir a la opinión disidente de *Cassese* en *Erdemovic,* quien desarrolla los siguientes presupuestos:[259]

- Amenaza inminente de un grave daño a la vida o integridad corporal de quien actúa en estado de necesidad;
- Imposibilidad de evitar ese peligro amenazante;
- Falta de desproporcionalidad de la acción en estado de necesidad (bien objeto de conservación) en relación con la posible lesión del bien jurídico (bien objeto de injerencia);
- Falta de causación voluntaria de la situación de estado de necesidad por parte del autor en estado de necesidad.

---

[255] En este sentido también *Eser*, FS Triffterer (1996), p. 767, y *Watzek*, Rechtfertigung (1997), p. 149 ss., 316 ss., 352 s.; también probablemente *Ashworth*, ZStW 1998, 466.

[256] Cfr. ya supra, nota 213.

[257] Cfr. la pertinente crítica de *Watzek* a la sentencia de la *House of Lords en el caso Howe*, ya supra, nota 213.

[258] *Stephen,* supra, nota 214, para. 64.

[259] *Cassese*, supra, nota 161, para. 16, 41. Siguiendo a Cassese *Turns*, ICLQ 1998, 470 s.; en el resultado también *Janssen*, ICLR 2004, p. 97.

Estos requisitos se corresponden sustancialmente con el art. 31 (1)(d). En este sentido rigen por tanto los principios arriba desarrollados.[260]

III. RESUMEN

El ECPI utiliza el concepto de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal ("grounds excluding responsibility") para expresar su neutralidad tanto frente a la concepción angloamericana de las defences, como respecto de las causas de justificación y de exculpación del derecho continental europeo. Sin embargo, el Estatuto sigue, especialmente en el art. 31, al common law tradicional, al regular las *defences jurídico-materiales* en el sentido de causas de exclusión de la punición o de la responsabilidad, sin diferenciar explícitamente entre justificación y exculpación. Esto no cambia en nada, sin embargo, la necesidad de tomar por base esta diferenciación, en cuanto materialmente necesaria, también para la elaboración dogmática de las causas de exclusión de la punibilidad de derecho penal internacional. La diversa terminología empleada por el ECPI no puede camuflar las consideraciones materiales que aquí se han mencionado.

Del análisis de la jurisprudencia y de la codificación resulta que tres causas de exclusión de la punibilidad siguen teniendo relevancia, a saber, la *legítima defensa,* el actuar *en cumplimiento de una orden* y el *estado de necesidad por coacción.* En cuanto a las dos primeras puede omitirse un análisis profundizado, ya que su regulación se corresponde en lo esencial con la del derecho nacional (alemán) y, además, su relevancia práctica es escasa. En el caso de la legítima defensa esto es evidente. En el del actuar en cumplimiento de una orden esto se explica por el hecho de que, a pesar de haber sido alegada con frecuencia en los procesos de derecho penal internacional, prácticamente nunca ha tenido éxito. Pero si con el dictado de una orden se ejerce al mismo tiempo coacción sobre su receptor, entra en consideración una exención de punibilidad con base en un *estado de necesidad por coacción* ("duress").

Por ello, en derecho penal internacional asume especial importancia el *estado de necesidad por coacción*, debiéndose considerar con más detalle la norma del *art. 31 (1)(d)* que lo regula. Al respecto, resulta ante todo que esta disposición contiene elementos del estado de necesidad general (justificante) ("necessity") y del estado de necesidad por coacción (exculpante) ("duress"). Por consiguiente, la disposición representa simultáneamente una *causa de justificación y una causa de exculpación*. Sus *presupuestos* se corresponden en lo esencial con los de los § 34 y 35, StGB: La situación de estado de necesidad consiste en un peligro para la vida o integridad corporal, la acción en estado de necesidad debe ser necesaria y razonable, el autor

---

[260] Cfr. 2.

debe actuar con conocimiento de la situación de estado de necesidad y con voluntad de evitar el peligro y no debe —en cierto modo como un presupuesto negativo— tener la intención de causar un daño mayor que el que se propone evitar. Limitaciones al derecho de estado de necesidad pueden resultar de deberes de soportar el peligro basados en la posición del autor y de la causación culpable de la situación de estado de necesidad.

En contra de la opinión mayoritaria, en el caso *Erdemovic* el ECPI no ha excluido *a limine* la posibilidad de invocar un estado de necesidad por coacción en caso de exterminio de vidas humanas. Tampoco el common law fuerza a esta exclusión; por el contrario, existen numerosos argumentos de derecho penal internacional y de derecho comparado que se pronuncian a favor de una admisibilidad de principio del estado de necesidad por coacción. Por consiguiente, también en estos casos se puede partir de un *reconocimiento* de principio de derecho penal internacional. Una solución adecuada presupone, sin embargo, la diferenciación entre justificación y exculpación, pues el homicidio de personas nunca puede ser aprobado por el ordenamiento jurídico-penal internacional, sino, en todo caso, puede no serle reprochado al autor en cuestión por falta de exigibilidad normativa de la conducta; es decir, el autor podrá ser exculpado. Al respecto, habrán de establecerse —sobre la base de los presupuestos del art. 31 (1)(d)— *criterios rigurosos*; la decisión concreta dependerá de las circunstancias del caso particular.

§ 13. Síntesis de las tesis y perspectivas

1. Con el ECPI han sido codificados de manera vinculante los principios generales del derecho penal internacional. Por tal razón, una elaboración dogmática de la parte general del derecho penal internacional ha de partir del ECPI.[1]

2. En una visión de conjunto se puede afirmar que las *codificaciones* de derecho penal internacional permanecen rezagadas a la jurisprudencia en cuanto a la precisión de las reglas generales.[2] El mismo ECPI ofrece solamente reglas básicas de parte general,[3] las cuales necesitan ser elaboradas dogmáticamente y complementadas. En este sentido, se puede recurrir especialmente a la jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc de la ONU (ICTY e ICTR).[4] Su consideración pone en evidencia dos cosas: Por un lado, una elaboración dogmática del derecho penal internacional nunca debería perder de vista los casos prácticos;[5] por otro lado, una dogmática de la parte general se debe orientar a la parte especial, esto es, a los crímenes internacionales.[6]

3. Tanto la jurisprudencia penal internacional,[7] como las codificaciones[8] parten de un *sistema de imputación bipartito* consistente en reglas de responsabilidad individual y reglas sobre las defences.[9] Esta *estructura básica*, que se debe a la fuerte influencia del common law, se corresponde con la estructura bipartita del delito, fundada también en el common law, que diferencia entre el aspecto objetivo y el aspecto subjetivo del hecho (*actus reus* y *mens rea*).[10]

---

[1] § 1 I. 4., IV. 2; § 7 III.
[2] Cfr. § 9, 12, 13, 14 y 15 todos de la vers. al., así como § 4 y § 5; resumidamente § 6 I. y II.
[3] Cfr. § 15 vers. al.
[4] § 6 vers. al.; resumidamente IV.
[5] Cfr. § 6 III.
[6] § 1 IV. 2. a).
[7] § 2 II. y III.
[8] § 6 I. y II.
[9] Cfr. también ya § 1 IV. 2. a).
[10] § 7 III.

4. Al respecto son necesarias *otras diferenciaciones*. En primer término, la *imputación* de derecho penal internacional como individualización de la responsabilidad jurídico-penal tampoco puede ser fundamentada de manera meramente causal en el sentido de las ciencias de la naturaleza, sino que ella debe recurrir a *consideraciones normativas*.[11] Además, no se trata solamente de una imputación individual, sino también de una imputación del *hecho colectivo* (imputación colectiva/sistémica), es decir de una *doble imputación.*[12] En cuanto al aspecto subjetivo debe diferenciarse entre el *dolo* perteneciente al tipo y la *conciencia de la antijuridicidad* perteneciente a la culpabilidad.[13] Esta diferenciación repercute por ejemplo y especialmente en la teoría del error.[14] Por último, en el ámbito de las defences no debe diferenciarse solamente entre causas de exclusión de la punibilidad de derecho material y objeciones procesales,[15] sino también entre *justificación* y *exculpación*.[16]

5. Los *elementos* más importantes para una parte general resultan del análisis de la jurisprudencia y de las codificaciones.[17] Desde el punto de vista práctico, las reglas concernientes a la responsabilidad individual asumen una importancia considerablemente mayor que las de las defences. Por tal motivo, aquéllas constituyen el punto central del análisis dogmático efectuado de modo incipiente en los § 8-12. En este lugar se puede prescindir de exponer nuevamente un resumen de las conclusiones; de todos modos, debe ser resaltado en forma de *tesis* al menos lo siguiente:

a) En el marco de la *intervención al hecho,* el derecho penal internacional diferencia, al menos de modo terminológico-funcional, entre autoría y participación[18] y reconoce cinco formas de intervención al hecho: autoría individual directa, autoría individual mediata, coautoría, inducción y complicidad.[19] Además de ello, la incitación al genocidio tiene importancia independiente.[20] Para la elaboración dogmática de estas formas de intervención en el delito se puede recurrir —sobre la base de una teoría del delito funcional (moderada) de derecho comparado[21]— a la teoría del dominio del hecho[22] y en parte a la teoría de la imputación objetiva.[23] En el ámbito de la autoría (mediata) posee

---

[11] § 7 I.
[12] Cfr. ya § 7. II. 7. y infra nota 37.
[13] § 7 III.
[14] Cfr. § 11 II. 3., así como, infra 5. d).
[15] § 1 IV. 2. a).
[16] § 12 I. 1.
[17] § 6 III.
[18] § 8 I. y II. 4.
[19] § 8. II. 4, así como III. 4.
[20] § 8 III. 3. b), 4 b).
[21] § 1. III. 5.
[22] § 8 II. 4.
[23] § 8 III. 4. a).

especial importancia la teoría del dominio por organización[24] y en el ámbito de la participación la complicidad.[25] La doctrina del *joint criminal enterprise*, desarrollada por la jurisprudencia reciente, se corresponde en sus dos primeras categorías a la co-autoría, mientras que la tercera constituye una dudosa expansión de responsabilidad.[26]

b) El tipo de la *responsabilidad del superior* sanciona una omisión (propia) del superior, en el caso de que éste, con conocimiento o ignorancia negligente de los crímenes de sus subordinados, no los impide o, al menos, no los pone en conocimiento de las autoridades competentes.[27] La posibilidad, contradictoria desde el punto de vista dogmático y que se encuentra en esta figura, de la comisión imprudente de un delito doloso no sólo exige la construcción de un delito autónomo de violación del deber de control, sino también —para evitar una violación del principio de culpabilidad— una pena notablemente menor que en caso de una omisión a sabiendas.

c) La regulación de derecho penal internacional de la *tentativa*, inclusive el desistimiento, se basa en los derechos francés y estadounidense.[28] El derecho penal internacional sigue, de este modo, una teoría de la tentativa mixta subjetiva-objetiva, representando sin embargo la acción objetiva de tentativa un elemento autónomo del tipo de tentativa. La elaboración dogmática de la tentativa, especialmente la delimitación entre preparación y tentativa, debe tener lugar mediante una investigación comparativa de los derechos nacionales. Abstractamente, el comienzo de la punibilidad de la tentativa puede ser determinado sólo de manera muy limitada por medio de una *fórmula de aproximación*; en última instancia, esto dependerá de las circunstancias concretas del caso particular.

d) Desde el punto de vista *subjetivo*, el derecho penal internacional exige la realización a sabiendas y con voluntad de los elementos objetivos del tipo de los crímenes internacionales, en el sentido del *dolus directus*.[29] Al respecto, se diferencia entre la *actividad* típica, el *resultado* y las *circunstancias del hecho*. En cuanto a las circunstancias del hecho el autor debe poseer sólo *conocimiento fáctico* y no jurídico. Esto significa especialmente que el autor debe haber conocido los hechos que en los crímenes contra la humanidad conducen a aceptar un contexto sistemático de comisión o bien en los crímenes de guerra fundamentan la existencia de un conflicto armado internacio-

---

[24] § 8 II. 3. c).
[25] § 8 III. 2.
[26] Cfr. ya § 2 II. 1. a) y 2 c), § 8 II. 2. a) con nota 36 y 2. b) bb) con nota 92 ss.
[27] § 9 III.
[28] Cfr. § 10. III.
[29] § 11 I. 3.

nal o no internacional. Con esto se acentúa, por tanto, el elemento cognitivo del dolo.

Al aspecto subjetivo del hecho pertenece también, como su reverso —en contra de su clasificación clásica en derecho penal internacional como defence—, el *error*.[30] El derecho penal internacional se basa de manera demasiado unilateral en la eliminación del "mental element". De esta forma, son irrelevantes al menos los errores de prohibición directo e indirecto y los errores sobre la existencia o límites de una causa de exculpación. Esta solución, demasiado severa especialmente en relación con los crímenes de guerra, muestra una vez más la superioridad de un sistema del delito diferenciado, que distingue entre dolo del hecho y reproche de culpabilidad dolosa (conciencia de la antijuridicidad). En este sentido, el principio de culpabilidad debe ser tenido en cuenta por medio de un relajamiento de la regla del *error iuris* de derecho penal internacional; para esto se puede recurrir al criterio de la evitabilidad, al "reasonableness" angloamericano o a la "manifiesta antijuridicidad" conocida también en el derecho penal internacional. Por tanto, si un error que no excluye el mental element es inevitable o bien reasonable o bien la conducta incriminada no es manifiestamente antijurídica, entonces el error debe ser considerado en el nivel de la culpabilidad en favor del autor.

e. En cuanto a las *causas de exclusión de la punibilidad* (de derecho material), además de la necesidad material de una diferenciación entre justificación y exculpación, se ha de acentuar especialmente la importancia del *estado de necesidad por coacción* (duress) como defence de recogida en caso de un actuar en cumplimiento de una orden bajo coacción y respecto de otras situaciones de coacción que con frecuencia suceden en derecho penal internacional.[31] Si bien el estado de necesidad por coacción no puede justificar el homicidio de terceros, sí podrá bajo determinadas y rigurosas condiciones excepcionalmente exculparlo.

6. Al inicio ya fue señalado[32] que el presente trabajo al limitarse a la parte general sólo analiza un *fragmento* del derecho penal internacional vigente. Ya de esto resulta la posibilidad y necesidad de *otras investigaciones* sobre *otros aspectos del derecho penal internacional*, esto es, sobre los crímenes internacionales (la "parte especial"), las zonas accesorias (derecho sancionatorio, ejecución de la pena, cooperación penal y asistencia judicial), el derecho procesal penal internacional y las cuestiones de organización judicial.[33] En este sentido, se tendrá que examinar especial-

---

[30] § 11 II. 3.
[31] § 12 III.
[32] Cfr. § 1 I. 1.
[33] § 1 I. 1.

mente cómo es la interacción entre determinados ámbitos de regulación. Así, por ejemplo, se plantea la cuestión de la relación entre la competencia (jurídico-material) de la CPI (art. 5 y ss. ECPI) y la parte general (art. 25 y ss.). Los presupuestos de la responsabilidad individual se han de delimitar, por otra parte, de las reglas de la determinación de la pena. Desde el punto de vista del derecho procesal se interroga si el ECPI reproduce, más bien, el modelo procesal continental europeo ("instructorio") dirigido por el juez o el proceso de partes angloamericano.

La relación entre el derecho penal internacional y los derechos nacionales puede ser objeto de investigaciones comparativas sobre la *implementación en el derecho interno de los Estados* del ECPI. Esto adquiere cada vez mayor importancia con el continuo aumento de las ratificaciones.[34] En este sentido, en Alemania ha sido presentado y aprobado el Código penal internacional alemán (VStGB)[35] y también en otros países ya se han aprobado o están en proceso de elaboración leyes específicas de derecho penal internacional.[36] De este modo, el derecho penal internacional desplegará un efecto de irradiación directo sobre los derechos nacionales y la praxis de derecho penal. Frente a esto, también la doctrina y ciencia del derecho penal debe reaccionar con pertinentes proyectos de investigación (de derecho comparado).[37]

7. En el propio objeto de investigación del presente trabajo, la *parte general* del derecho penal internacional, pudieron ser ofrecidas solamente *bases* para una elaboración dogmática. Por un lado, la parte general no pudo ser tratada de modo completo y definitivo; por el otro, tampoco los sectores investigados pudieron siempre ser analizados con la suficiente profundidad. Una lectura atenta de los § 7-12 confrontará a los lectores con formación dogmática con numerosas cuestiones nuevas, las cuales deberán ser profundizadas y clarificadas en investigaciones separadas. Fundamentalmente se ha de reflexionar con más intensidad sobre la imputación *colectiva* o *sistémica* y sobre los posibles *modelos* de imputación.[38] Como problemas individuales se plantean los siguientes: En cuanto a los *presupuestos subjetivos* de la responsabilidad individual es necesaria una elaboración más precisa del concepto de

---

[34] Hasta el 30 de setiembre de 2004, 139 Estados habían firmado y 97 ratificado el ECPI; cfr. ‹www.iccnow.org›.

[35] Cfr. *BMJ* (editor), Arbeitsentwurf (2001); también *Wirth/Harder*, ZRP 2000, 146 s.; *Werle,* JZ 2000, 755 ss.; *el mismo*, JZ 2001, 885, *el mismo*, Völkerstrafrecht, p. 87 ss.; *Kreß*, Nutzen (2000); *el mismo*, NStZ 2000, 617 ss. (619); *Wirth*, JICJ 2003, p. 151 ss. Los materiales se encuentran en *Lüder/Vormbaum*, Materialien (2002). Para un comentario extenso del VStGB ver el tomo VI del "Münchner Kommentar StGB", München (ed. Beck), en curso de publicación.

[36] Cfr. los informes nacionales en *Kreß/Lattanzi* (eds.), Rome Statute (2000) y respecto de los países latinoamericanos y España *Ambos/Malarino*, Persecución (2003). Ver también, más recientemente, los informes nacionales en RP 14 (julio de 2004), p. 209 ss. y *Vandermeersch*, *Sluiter*, *Boas* y *Hay* en JICJ 2004, p. 133 ss. Sobre el proyecto de investigación del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional ver ‹www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html›

[37] Cfr., en general, ya *Roxin*, en: Eser/Hassemer/Burkhard (editores), Strafrechtswissenschaft (2000), p. 389 s.; también *Kreß*, NStZ 2000, 626; *Lagodny,* ZStW 2001, 821.

dolo de derecho penal internacional en relación con los crímenes codificados en los arts. 6-8 del ECPI y especialmente se debe responder el interrogante acerca de en qué medida la fuerte acentuación del elemento cognitivo del dolo perceptible en la dogmática nacional es transportable al derecho penal internacional.[39] La jurisprudencia de los Tribunales Ad-hoc[40] y los elementos de los crímenes se dirigen de todas maneras en esa dirección. En cuanto a la intención de destrucción en el genocidio ha de aclararse si una "knowledge-based interpretation" (*Greenawalt*)[41] obliga ya a que se considere suficiente para la responsabilidad por genocidio el conocimiento de que una conducta determinada puede conducir al genocidio de un grupo protegido. Posiblemente la discusión de derecho penal internacional pueda aquí incluso influir en la disputa alemana sobre el concepto de intención.

8. Desde el punto de vista metódico se ha elegido un *enfoque empírico-inductivo y dogmático funcional* de derecho comparado.[42] Aunque se haya analizado de manera relativamente extensa el "contenido de parte general" de la jurisprudencia existente, recién en el curso de la investigación con el crecimiento inesperado del material jurisprudencial se ha puesto de manifiesto que una interpretación de las sentencias fuertemente orientada a las situaciones fácticas, en el sentido de una subsunción de los acontecimientos concretos en los correspondientes tipos de derecho penal internacional, probablemente produciría conocimientos originarios de derecho penal internacional. Naturalmente, tal "análisis" específico "de las situaciones fácticas y de los tipos" de las sentencias no es posible en el marco de una investigación de conjunto de la parte general. En este sentido, sería necesario profundizar la elaboración dogmática de sectores particulares de la parte general en investigaciones separadas que tengan especial consideración de la jurisprudencia penal internacional. En suma, tales investigaciones podrían contribuir a una amplia elaboración y sistematización de la dogmática de derecho penal internacional sobre la base de la jurisprudencia.[43] Esto también podría confirmar y asegurar el significado de la jurisprudencia como fuente originaria de derecho[44] penal internacional. Es de esperar que la presente investigación pueda servir al menos de base y punto de partida de estos futuros trabajos.

---

38 Cfr. ya supra nota 12 y § 7. II. 7 y § 8 II. 3. c) aa) con notas 387 ss.
39 § 11 I. 1. c) aa), así como supra 5 d).
40 Resumidamente § 2 II. 3. a).
41 Cfr. § 11 I. 2. c) aa).
42 § 1 IV. 2.
43 Cfr. supra § 2.
44 § 1 I. 5.

Anexo de jurisprudencia analizada

I. LAS SENTENCIAS DE NÚREMBERG*

1. Tribunal Militar Internacional

1.1. IMG, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegverbrechen (proceso de Núremberg contra los principales criminales del guerra), 30.9./ 1.10.1946, Núremberg 1947 (en: IMG, Prozeß, 1947, Band I, p. 189-414).

2. Los 12 procesos posteriores al de Núremberg frente a tribunales militares estadounidenses

2.1. Proceso contra los médicos (caso 1) = U.S. v. Brandt et al., 20.8.1947 (TWC II, p. 171-300).
2.2. Proceso Milch (caso 2) = U.S. v. Milch, 17.4.1947 (TWC II, p. 773-878).
2.3. Proceso contra los juristas (caso 3) = U.S. v. Altstoetter et al., 4.12.1947 (TWC III p. 954-1201; en alemán: Steiniger/Leszczynski [editores], Fall 3 [1969], p. 107-293; Zentral-Justizamt für die Britische Zone, Juristenurteil [sin año de edición], p. 7-64; Ostendorf/ter Veen, Juristenurteil [1985], p. 113-242; Peschel Gutzeit [editor], Juristenurteil [1996], p. 37-247).
2.4. Proceso Pohl (caso 4) = U.S. v. Pohl et al., 3.11.1947 (TWC V, p. 958-1163).
2.5. Proceso Flick (caso 5) = U.S. v. Flick et al., 22.12.1947 (TWC VI, p. 1187-1223; en alemán: Thieleke [editor], Fall 5 (1965), p. 315-350).
2.6. Proceso IG-Farben (caso 6) = U.S. v. Krauch et al., 29.7.1948 (TWC VIII, p. 1081-1210; en alemán: Radandt [editor], Fall 6 [1970], p. 169-290; sin editor, I.G.-Farben [1948]).
2.7. Proceso de los rehenes (caso 7) = U.S. v. List et al., 19.2.1948 (TWC XI, p. 1230-1319; en alemán: Zöller/Leszcynski (editores), Fall 7 (1965), p. 73-176).
2.8. Proceso contra la Oficina Central de Seguridad del Reich (también llamado *genocidium*) (Fall 8) = U.S. v. Greifelt et al., 10.3.1948 (TWC V, p. 88-169).

---

* Cfr. para más información el panorama en Heinze/Schilling, Rechtsprechung (1952), p. 285 ss. (sin embargo, en parta con otras fechas de las sentencias).

2.9. Proceso contra los grupos de choque *(Einsatzgruppen)* (caso 9) = U.S. v. Ohlendorf et al., 10.4.1948 (TWC IV, 411-589; en alemán: Leszcynski (editor), Fall 9 (1963), p. 25-240).
2.10. Proceso Krupp (caso 10) = U.S. v. Krupp et al., 31.7.1948 (TWC IX, p. 1327-1484).
2.11. Proceso Wilhelmstraßen (caso 11) = Ministries case = U.S. v. von Weizsäcker et al., 12.12.1949 (TWC XIV, p. 308-942; en alemán: Kempner/Haensel/Tuerck (editores), Wilhelmstraßen-Prozeß (1950), p. 1-276).
2.12. Proceso del comando superior de las fuerzas armadas (caso 12) = U.S. v. von Leeb et al., 28.10.1948 (TWC XI, p. 462-697; en alemán: sin editor, Fall 12 (1961), p. 27-292).

II. LA SENTENCIA DE TOKIO

International Military Tribunal for the Far East, proceso contra los principales criminales de guerra japoneses, 12.11.1948 (en: Röling/Rüter, Tokyo Judgment[1977], vol. I, p. 1- 468; Pritchard/Zaide, Tokyo [1981], vol. 21).

III. PROCESOS DOCUMENTADOS POR LA UNWCC

United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals,* volumes I-XV, Londres 1947-1949 (cit. como UNWCC, tomo y página).

IV. SENTENCIAS NACIONALES

1. Por crímenes del nacionalsocialismo

1.1. Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die britische Zone (decisiones en materia penal del OLGBrZ)
- Tomos 1-3, Berlin/Hamburg 1948-1950 (cit. como OGHSt., tomo y página).

1.2. Eichmann (Israel)
- Jerusalem District Court, sentencia del 12.12.1961 (en: ILR 36, p. 5-14, 18-276);
- Supreme Court, sentencia del 29.5.1962 (en: ILR 36, p. 14-17, 277-344).

1.3 Menten (Países Bajos)
- Tribunal de Distrito de Ámsterdam, Sala penal extraordinaria, 14.12.1977 (NYIL 1978, p. 337);
- Tribunal Supremo, 29.5.1978 (NYIL 1979, p. 514);
- Tribunal de Distrito de La Haya, Sala penal extraordinaria, 4.12.1978 (NYIL 1979, p. 517);
- Tribunal Supremo, 22.5.1979 (NYIL 1980, p. 334);
- Tribunal de Distrito de Rótterdam, Sala penal extraordinaria, 9.7.1980 (NYIL 1981, p. 342);
- Tribunal Supremo, 13.1.1981 (NYIL 1982, p. 401 = ILR 75, p. 331-368);
- Comisión Europea de Derechos Humanos 11.12.1981, ILR 75, p. 368 con otras referencias.

1.4. Barbie/Touvier (Francia)

Barbie
- Cour de Cassation, 6.10.1983 (en: Gaz. Pal. 1983, p. 710 = ILR p. 78, 126, 128-131);

- Cour de Cassation, 26.1.1984 (en: JCP 1984 II Nr. 20197= ILR 78, p. 126 s., 132-136);
- Cour de Cassation, 20.12.1985 (en: Bull. crim. 1985, p. 1038-55= JCP 1986 II Nr. 20655 = ILR 78, p. 127 s., 136-147);
- Cour d'assises du départment du Rhône, 4.7.1987 (en: Le Monde, 5/6.7. 1987, 1);
- Cour de Cassation, 3.6.1988 (JCP 1988 II Nr. 21149 = ILR 100, p. 330-337).

Touvier

- Cour d'appel de Paris 13.4.1992 (extractos en: ILR 100, p. 339 s., 341-358; Bédarida, (editor), Touvier (1996), p. 314-321);
- Cour de Cassation, 27.11.1992 (Bull. crim. 1992, p. 1082-1116 = ILR 100, p. 341, 358-364);
- Cour d'appel de Versailles, 2.6.1993 (en: Bédarida [editor], Touvier [1996], p. 322-350);
- Cour de Cassation, 21.10.1993 (en: Bull. crim. 1993, p. 770-774).
- Cour d'assises de Yvelines, 20.4.1994 (en: Bédarida [editor], Touvier [1996], p. 353-4);
- Cour de Cassation, 1.6.1995 (en: Bull. crim. 1995, p. 547-558).

1.5. Imre Finta (Canadá)

- Ontario Court of Appeal, 29.4.1992 (en: ILR 98, p. 520-663);
- Supreme Court of Canada, 24.3.1994 (CCC [3d] 88 [1994], p. 417-544 = ILR 104, p. 284 ss.).

1.6. Polyukhovich (Australia)

- High Court, decisión del 14.8.1991 (en: ILR 91, p. 1-168).

1.7. Kappler/Priebke (Italia)

Kappler

- Tribunale militare territoriale di Roma, 20.7.1948 (archivo del autor, extractos en: Foro italiano 1949, p. 160-168; Rivista Italiana di diritto penale e procedura penale 1949, II, p. 216-235);
- Tribunale Supremo Militare, 25.10.1952 (archivo del autor).

Priebke

- Tribunale militare di Roma, 1.8.1996, depositada el 30.9.1996 (archivo del autor);
- Tribunale militare di Roma, 22.7.1997, depositada el 13.9.1997 (archivo del autor).

2. Por otros casos de macrocriminalidad

2.1. My Lai/Calley (EEUU)

- Court Martial, 31.3.1971;
- Convening Authority, 20.8.1971 (cfr. al respecto Hammer, Court-Martial, 1971);
- Court of Military Review, Judgement 16.2.1973 (CMR 46 [1972/73], p. 1131-1200);
- Court of Military Appeals, Appellant Judgement 21.12.1973 (CMR 48 [1973/74], p. 19-33);
- US District Court, M. D. Georgia, Columbus Division, Calley v. Gallaway, Judgement 25.9.1974 (F.Supp. 382 [1974], p. 650-713);

- US Court of Appeals for Fifth Circuit, 10.9.1975 (en: Goldstein/Marshall/Schwartz, My Lai Massacre [1976], p. 556-573).

2.2. Juicio a los ex-Commandantes (Argentina)
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9.12.1985 (en: Fallos CSJN, vol. 309-I/II, 33-1657);
- CSJN, 30.12.1986 (en: Fallos CSJN, vol. 309-II, 1689-1923).

2.3. Letelier/Mofitt (Chile)
- Juez de Instrucción Bañados, 12.11.1993 (en: Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria);
- CSJ, 30.5. y 6.6.1995 (archivo del autor).

2.4. Juicios a los ex-dirigentes de DDR (República Federal alemana)
- Consejo de Defensa Nacional de la antigua DDR: BGHSt 40, p. 218 (= BGH NJW 1994, p. 2703);
- Altos mandos militares ("Generales"): LG Berlin, 10.9.1996, AZ (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95); BGH, 30.4.1997, 5 StR 42/97; LG Berlin, 30.5.1997 y 26.3.1998;
- SED-ZK: BGH 5 StR 632/98 v. 8.11.1999 = BGHSt 45, p. 270 = NJW 2000, p. 443.

V. SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES AD HOC DE LA ONU **

1. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY)

1.1. Erdemovic
- Trial Chamber I, Sentencing Judgment 29.11.1996 (IT-96-22-T);
- Appeals Chamber, Judgment 7.10.1997 (IT-96-22-A);
- Trial Chamber II, Sentencing Judgment 5.3.1998 (IT-96-22-T*bis*).

1.2. D. Tadic
- Trial Chamber II, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction 10.8.1995 (IT-94-1-T);
- Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72);
- Trial Chamber II, Opinion and Judgment 7.5.1997 (IT-94-1-T);
- Trial Chamber II, Sentencing Judgment 14.7.1997 (IT-94-1-T);
- Appeals Chamber, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A);
- Trial Chamber II, Sentencing Judgement 11.11.1999 (IT-94-1-S/T*bis*-R 117);
- Appeals Chamber, Judgement in Sentencing Appeals 26.1.2000 (IT-94-1-Abis).

1.3. Delalic/Mucic/Delic/Landzo (Celebici)
- Trial Chamber II quater, Judgement 16.11.1998 (IT-96-21-T);
- Appeals Chamber, Judgement 20.2.2001 (IT-96-21-A);
- Trial Chamber III, Sentencing Judgment 9.10.2001 (IT-96-21-Tbis-R 117);
- Appeals Chamber, Judgement 8.4.2003 (IT-96-21-Abi*s*).

1.4. Furundzija
- Trial Chamber II, Judgement 10.12.1998 (IT-95-17/1-T);
- Appeals Chamber, Judgement 21.7.2000 (IT-95-17/1-A).

** Las sentencias se encuentran en lo esencial en internet en <www.un.org/icty>sowie <www.un.org/ictr>. Cfr. por lo demás § 6 vers. al.

1.5. Aleksovski
- Le Chambre de Première Instance I bis, Jugement 25.6.1999 (IT-95-14/1);
- Appeals Chamber, Judgement 24.3.2000 (IT-95-14/1-A).

1.6. Jelisic
- Trial Chamber I, Judgement 14.12.1999, pronunciada el 19.10.1999 (IT-95-10-T);
- Appeals Chamber, Judgement 5.7.2001 (IT-95-10-A).

1.7. Z. Kupreskic/M. Kupreskic/V. Kupreskic/Josipovic/Papic/Santic
- Trial Chamber II, Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T);
- Appeals Chamber, Appeal Judgement 23.10.2001 (IT-95-16-A).

1.8. Blaskic
- Trial Chamber I, Judgement 3.3.2000 (IT-95-14-T);
- Appeals Chamber, Judgement 29.7.2004 (IT-95-14-A).

1.9. Kunarac/Kovac/Vukovic
- Trial Chamber II, Judgement 22.2.2001 (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T);
- Appeals Chamber, Judgement 12.6.2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A).

1.10. Kordic/Cerkez
- Trial Chamber III, Judgement 26.2.2001 (IT-95-14/2-T).

1.11. Todorovic
- Trial Chamber I, Sentencing Judgement 31.7.2001 (IT-95-9/1-S).

1.12. Krstic
- Trial Chamber I, Judgement 2.8.2001 (IT-98-33-T);
- Appeals Chamber, Judgement 19.4.2004 (IT-98-33-A).

1.13. Sikirica/Dosen/Kolundzija
- Trial Chamber III, Judgement on Defence Motions to Acquit 3.9.2001 (IT-95-8-T);
- Trial Chamber III, Sentencing Judgement 13.11.2001 (IT-95-8-S).

1.14. Kvocka/Kos/Mlado Radic/Zigic/Prcac
- Trial Chamber I, Judgement 2.11.2001 (IT-98-30/1-T).

1.15. Krnojelac
- Trial Chamber II, Judgement 15.2.2002 (IT-97-25-T);
- Appeals Chamber, Judgement 17.9.2003 (IT-97-25-A).

1.16. M. Simic
- Trial Chamber II, Sentencing Judgement 17.10.2002 (IT-95-9/2-S).

1.17. Vasiljevic
- Trial Chamber II, Judgment 29.11.2002 (IT-98-32-T);
- Appeals Chamber, Judgment 25.2.2004 (IT-98-32-A).

1.18 Plavsic
- Trial Chamber III, Sentencing Judgement 27.2.2003 (IT-00-39 & 40/1-S).

1.19 Naletilic/Martinovic
- Trial Chamber I, Judgement 31.3.2003 (IT-98-34-T).

1.20. Stakic
- Trial Chamber II, Judgement 31.7.2003 (IT-97-24-T).

1.21. B. Simic/Miroslav Tadic/Zaric
- Trial Chamber I, Judgement 17.10.2003 (IT-95-9-T).

1.22. Banovic
- Trial Chamber III, Sentencing Judgement 28.10.2003 (IT-02-65/1-S).

1.23. M. Nikolic
- Trial Chamber I, Sentencing Judgement 2.12.2003 (IT-02-60/1-S).

1.24. Galic
- Trial Chamber I, Judgement 5.12.2003 (IT-98-29-T).

1.25. Obrenovic
- Trial Chamber I, Section A, Sentencing Judgement 10.12.2003 (IT-02-60/2-S).

1.26. Dragan Nikolic
- Trial Chamber II, Sentencing Judgement 18.12.2003 (IT-94-2-S).

1.27. Cecic
- Trial Chamber I, Judgement 11.3.2004 (IT-95-10/1-T)

1.28. M. Jokic
- Trial Chamber I, Sentencing Judgement 18.3.2004 (IT-01-42/1-S)

1.29. Deronjic
- Trial Chamber II, Sentencing Judgement 30.3.2004 (IT-02-61-S)

1.30. Mrdja
- Trial Chamber I, Sentencing Judgement , 31.3.2004 (IT-02-59-S)

1.31. Babic
- Trial Chamber I, Sentencing Judgement 29.6.2004 (IT-03-72-S)

1.32. Brdanin
- Appeals Chamber, Decision on interlocutory appeal, 19.3.2004 (IT-99-36-A)
- Trial Chamber II, Judgement 1.9.2004 (IT-99-36-T)

1.33. Hadzihasanovic
- Appeals Chamber, Decision on interlocutory appeal challenging jurisdiction in relation to command responsibility, 16.7.2003 (IT-01-47-AR72).

1.34. Milosevic
- *Trial Chamber,* Decision on motion for judgement of acquittal, 16.6.2004 (IT-02-54-T)

2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR)

2.1. Kambanda
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 4.9.1998 (ICTR 97-23-S).
- Appeals Chamber, Judgement 19.10.2000 (ICTR 97-23-A).

2.2. Akayesu
- Trial-Chamber I, Judgement 2.9.1998 (ICTR-96-4-T);
- Trial Chamber I, Sentence 2.10.1998 (ICTR-96-4-T);
- Chambre d'Appel, Arrêt 1.6.2001 (ICTR-96-4-A).

2.3. Serushago
- Trial Chamber I, Sentence 5.2.1999 (ICTR 98-39-S);
- Appeals Chamber, Judgement 6.4.2000 (ICTR-98-39-A).

2.4. Kayishema/Ruzindana
- Trial Chamber II, Judgement 21.5.1999 (ICTR 95-1-T);
- Trial Chamber II, Sentence 21.5.1999 (ICTR 95-1-T)
- Appeals Chamber, Judgement (Reasons) 1.6.2001 (ICTR 95-1-A).

2.5. Rutaganda
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 6.12.1999 (ICTR-96-3-T);
- Appeals Chamber, Judgement 26.5.2003 (ICTR-96-3-A).

2.6. Musema
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 27.1.2000 (ICTR-96-13-T).
- Chambre d'Appel, Arrêt 16.11.2001 (ICTR-96-13-A)

2.7. Ruggiu
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 1.6.2000 (ICTR-97-32-I).

2.8. Bagilishema
- Trial Chamber I, Judgement 7.6.2001 (ICTR-95-1A-T).
- Appeals Chamber, Judgement 3.7.2002 (ICTR-95-1A-A).

2.9. E. Ntakirutimana/G. Ntakirutimana
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 21.2.2003 (ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T).

2.10. Semanza
- Trial Chamber III, Judgement and Sentence 15.5.2003 (ICTR-97-20-T).

2.11. Niyitigeka
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 16.5.2003 (ICTR-96-14-T);
- *Appeals Chamber, Judgement 9.7.2004 (ICTR-96-14-A).*

2.12. Kajelijeli
- Trial Chamber II, Judgment and Sentence 1.12.2003 (ICTR-98-44A-T).

2.13. Nahimana/Barayagwiza/Ngeze
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 3.12.2003 (ICTR-99-52-T).

2.14. Kamuhanda
- Trial Chamber II, Judgment 22.1.2004 (ICTR-95-54A-T).

2.15. Ntagerura/Bagambiki/Imanishimwe
- Trial Chamber III, Judgement and Sentence 25.2.2004 (ICTR-99-46-T).

2.16. Gacumbitsi
- Chambre de Première Instance III, Jugement 17.6.2004 (ICTR-2001-64-T).

2.17. Ndindabahizi
- Trial Chamber I, Judgement and Sentence 15.7.2004 (ICTR-2001-71-T).

Bibliografía*

Achenbach, Hans, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. En: Bernd Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlín, 1984, p. 135-151.

— Ahndende Sanktionen gegen Unternehmen und die für sie handelnden Personen im deutschen Recht. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 283-305.

Advisory Committee on Human Rights and Foreign Policy, The Traffic in Persons. Report No. 14. La Haya, 1992.

Affolder, Natasha A., Tadic, The Anonymous Witness and the Sources of International Procedural Law. MichJIL 19 (1998), p. 445-495.

*Agrawala, S.K., Airc*raft Hijacking and International Law. Bombay, 1973.

Aharoni, Zvi / Dietl, Wilhelm, Der Jäger. Operation Eichmann. Was wirklich geschah. Stuttgart, 1996.

Ahlbrecht, Heiko, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert. Baden-Baden 1999.

Ahlbrecht, Heiko / Ambos, Kai (eds.), Der Fall Pinochet(s). Baden-Baden 1999.

Akhavan, Payam, The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment. AJIL 90 (1996), p. 501-510.

Albuquerque, Paulo Pinto de, Ein unausrottbares Mißverständnis. Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuldbegriff von Jakobs. ZStW 110 (1998), p. 640-657.

Alexy, Robert, Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze vom 24. Oktober 1996. Hamburgo/Gotinga, 1997.

---

* En la presente lista de bibliografía se mencionan todas las obras utilizadas en la versión original alemana con inclusión de aquellas que fueran empleadas en las partes aquí no traducidas; en esta versión castellana, la bibliografía ha sido actualizada y complementada.

Allain, Jean / Jones, John R.W.D., A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. EJIL 8 (1997), p. 100-117.

Alldridge, Peter, The Doctrine of Innocent Agency. CLF 2 (1990), p. 45-83.

Alvarez, Jose E., Nuremberg Revisited: The Tadic Case. EJIL 7 (1996), p. 245-264.

— Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony. JICJ 2 (2004), p. 319-329.

Amann, Diane Marie, Prosecutor v. Akayesu. Case ICTR-96-4-T. AJIL 93 (1999), p. 195-199.

Amati, Enrico, La repressione dei crimini di guerra tra diritto internazionale e diritto interno, en: Illuminati et al. (eds.), Crimini internazionali tra diritto e giustizia, Turín 2000, p. 99-115.

Ambos, Kai, Straflosigkeit (impunity) von schweren Menschenrechtsverletzungen und die Rolle des Völkerstrafrechts. En: Jörg Arnold/Björn Burkhardt/Walter Gropp/Hans-Georg Koch (eds.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 249-277.

— Zum Stand der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof und ein Internationales StGB. ZRP 29 (1996), p. 263-271.

— "Impunidad", Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. KritV 79 (1996), p. 355-370.

— Establishing an ICC and an International Criminal Code: Observations from an International Criminal Law Viewpoint. EJIL 7 (1996), p. 519-544.

— Zur "rechtlichen" Struktur der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien. Ein Kommentar aus juristischer Sicht. En: Detlef Nolte (ed.), Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika. Fráncfort del Meno, 1996, p. 86-95.

— Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer. JA 1997, p. 983-990; versión ampliada en castellano: Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro. Bogotá (Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho) 1999.

— Besprechung von Astrid Becker. Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts. GA 1997, p. 603-604.

— Nuremberg Revisited. Das BVerfG, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot. StV 1997, p. 39-43.

— Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht. Friburgo en Brisgovia, 1997.

— Strafverteidigung vor dem UN-Jugoslawiengerichtshof Aufsatz Hilfe zur Fundstellenabkürzung NJW 1998, 1444-1447, versión en castellano: Defensa Penal ante el Tribunal de la ONU para la antigua Yugoslavia. Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos 25 (1997, publicada 1998, San José, Costa Rica), 11-28 = La Ley – Revista Juridica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía 19 (29.7.1998), 1-5 = NDP 1998 A, 333-350.

— Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze. GA 1998, p. 226-245; versión ampliada en castellano: Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de apara-

tos organizados de poder. Bogotá (Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho) 1998; versión más corta, inter alia, en RDPC, 2nda Epoca, t. 3 (enero 1999), 133-165.
— Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht. JR 1998, p. 221-226; versión en castellano: Sobre el efecto eximente del "Actuar bajo órdenes" desde el punto de vista del derecho penal alemán e internacional. La Ley 20 (8.12.1999), 1-5; NDP 1999 A, 121-139.
— Zur Bekämpfung der Makrokriminalität durch eine supranationale Strafgerichtsbarkeit – Historische Hintergründe und erste Urteile. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Fráncfort del Meno, 1998, p. 377-410.
— Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen. AVR 37 (1999), p. 318-356.
— Anmerkung zu BGH NStZ 1999, p. 396. NStZ 1999, p. 404-406.
— Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht. JZ 1999, p. 16-24; versión ampliada en castellano: El caso Pinochet y el derecho aplicable. RP No. 4 (1999), 3-20 = NFP 62 (septiembre - diciembre 1999), 159-185 = en: Impunidad y d.p.i., loc. cit., p. 304 ss.
— Pinochet – 2. Akt. JZ 1999, p. 564-566.
— Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts. ZStW 111 (1999), p. 175-211; versión ampliada en castellano: Sobre el fundamento jurídico de la CPI, en: Ambos/Guerrero, El Estatuto de Roma. Análisis por expertos internacionales. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1999, p. 99-146 = Revista de Derecho Procesal (España) No. 3 (1999), 553-594 = RDPC No. 5 (Enero 2000), 127-169 = REC No. 9 (2003), 15-45.
— Impunidad y Derecho penal internacional. Buenos Aires, 2ª edición, 1999.
— General Principles of Criminal Law in the Rome Statute. CLF 10 (1999), p. 1-32; versión en castellano: Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la CPI. AP 2000 (No. 44), 925-948 = RPCP 10 (2000), 37-73.
— Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya, entre otras, 2000, p. 1-31; versión en castellano: Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a La Haya. RP No. 7 (2001), 5-24; Ciencias Penales (Costa Rica) No. 21 (Octubre 2003), 7-26.
— Beihilfe durch Alltagshandlungen. JA 2000, p. 721-725; versión en castellano: La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. RDPC, 2ª Época, No. 8 (julio 2001), 195-206 = RPCP 11 (2002), 492-501.
— Erscheinungsformen der impunidad und Gegenmaßnahmen. En: Thomas Fischer/Michael Krennerich (eds.), Politische Gewalt in Lateinamerika. Fráncfort del Meno, 2000, p. 231-257.
— Bericht über die Diskussion zum Thema "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart". En: Albin Eser/Winfried Hassemer/

Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 103-107.
— Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt. En: Jana Hasse/Erwin Müller/Patricia Schneider (eds.), HuV. Baden-Baden 2001, p. 325-353.
— "Verbrechenselemente" sowie Verfahrens- und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshofs. NJW 2001, p. 405-410; versión en castellano: "Elementos del Crimen" asi como reglas de procedimiento y prueba de la CPI. La Ley – Revista Juridica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía No. 21 (26.12.2000), 1-4 = en: Ambos (comp.), La nueva justicia penal supranacional. Desarollos post-Roma. Valencia (Tirant lo Blanch) 2002, p. 49-62.
— Die Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht. NStZ-RR 2001, p. 225-237.
— Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht. NStZ 2001, p. 628-633.
— Temas del d.p.i.. Bogotá (Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía de Derecho) 2001.
— Nuevo d.p.i., México (Instituto Nacional de Ciencias Penales), 2002, 902 pp.
— Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation. Rechtsvergleichende Überlegungen. GA 2002, 455-482.
— Superior Responsibility, en: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the ICC: A Commentary, 3 Vol., Oxford (Inglaterra), 2002, p. 823-872 (vol. I); versión en castellano: ADPCP (Madrid) 52 (enero-abril 1999, publicado en 2002), 527-593 = en Ambos (comp.), La nueva Justicia penal supranacional. La nueva justicia penal supranacional. Desarollos post-Roma. Valencia 2002, 159-227 = en Temas del d.p.i., Bogotá 2002, 117-213.
— Other grounds for Excluding Criminal Responsibility, en: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the ICC: A Commentary, Oxford (Inglaterra), 2002, p. 1003-1048 (vol. I).
— (comp.), La nueva justicia penal supranacional. Desarollos post-Roma. Valencia 2002.
— Some Preliminary Reflections on the *Mens Rea* Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes, en: L.C. Vohrah et al. (eds.), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese, La Haya, 2003, p. 11-40.
— La CPI, San José, Costa Rica, 2003, 231 pp.
— Common law y los disparos del muro. NDP 2003 A, 3-19 = Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (Instituto Tecnológico Autónomo de México), nro. 20, abril 2004, 41-58.
— Vorbemerkung § 3-7 y § 3-7, en: MüKo, Band 1, Múnich, 2003, 79-206 (cit. por § y nm).
— Current issues in International Criminal Law. CLF 14 (2003), p. 225-260.
— Impunidad, CPI y Colombia, En: Fundación Pais Libre/Fundación Konrad Adenauer (eds.), CPI. Instrumento de Paz para Colombia, Bogotá, 2004, p. 205-225.
— Los crímenes del nuevo d.p.i., Bogotá, 2004.
— ¿Es el procedimiento penal internacional "adversarial", "inquisitivo" o "mixto"?, en DPC nro. 7 (abril-Junio 2004), 5-56 = RGDP nro.3 (2004), htpp://www.iustel.com/revistas.

— Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. RBCC (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), No. 49 (julho-agosto de 2004), 48-88.
— Zwischenbilanz im Milosevic-Verfahren, JZ 2004, p. 965-967; en castellano en RP 15 (enero 2005).
— Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?, en: Arnold/Gropp/Heine et al., FS für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Múnich, 2005, en aparición; en castellano: Derecho penal y guerra: ¿participación punible del gobierno alemán en la guerra contra Irak? RDPC no. 15 (enero 2005).

Ambos, Kai / Grammer, Christoph, Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. CDJP (Argentina) 16 (2003), p. 163-196 = RP (España) 12 (julio 2003), p. 27 = Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales (Instituto Nacional de Ciencias Penales), nro. 8, México 2003, p. 11-41.

Ambos, *Kai* / *Malarino*, *Ezequiel* (eds.), Persecución Penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España, Montevideo, 2003.

Ambos/Othmann (eds.), New approaches in International Criminal Justice, Friburgo en Brisgovia, 2003.

Ambos, Kai / Ruegenberg, Guido, Internationale Rechtsprechung zum Straf- und Strafverfahrensrecht. NStZ-RR 1998, p. 161-170.
— Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht. NStZ-RR 1999, p. 193-207.
— Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht. NStZ-RR 2000, p. 193-208.

Ambos, Kai / Steiner, Christian, Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene. JuS 2001, p. 9-13; versión en castellano: Sobre los fines de la pena a niveles nacional y supranacional. Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales (Instituto Nacional de Ciencias Penales), No. 6, México 2003, 11-34; RDPC 2ª Época. No. 12 (Julio 2003), 191-211.

Ambos, Kai / Wirth, Steffen, Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000). En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law, Berlín, 2001, p. 769-797.

Amelung, Knut, Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands. En: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß (eds.), FS für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag. Baden-Baden 1999, p. 9-30.

American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments), 3 t. Filadelfia, 1985 (cit. como MPC I, II y III).

American Society of International Law, Forty Years after the Nuremberg and Tokyo Tribunals: The Impact of the War Crimes Trials on International and National Law. Proceedings of the 80th Annual Meeting. Washington D.C., 1986, p. 56-73.
— Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. Proceedings of the 80th Annual Meeting. Washington D.C., 1986, p. 120-135.

Aponte, Alejandro, Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum "effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, Baden-Baden 2004.

Appleman, John Alan, Military Tribunals and International Crimes. Indianapolis 1953.

Arbuet Vignali, Heber / Jiménez de Aréchaga, Eduardo / Puceiro Ripoll, Roberto, Derecho Internacional Público. T. I, 2ª edición, Montevideo, 1996.

Ariel, Joseph, The Eichmann trial in the Neo-Nazi Press. Yad Vashem Bull. 1962, p. 13-18.

Arndt, Adolf, Umwelt und Recht (2. Zu den Einsatzgruppen-Prozessen). NJW 1964, p. 487-488.

Arnold, Jörg, Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung. En: Albin Eser/Barbara Huber (eds.), Strafrechtsentwicklung in Europa. Band 5, Teilband 1. Friburgo en Brisgovia, 1997, p. 157-256.

— Rechtsbeugung von Richtern und Staatsanwälten der DDR im "Fall Robert Havemann"? NJ 1999, p. 286-292.

— Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten. En: Vincenzo Militello/Jörg Arnold/Letizia Paoli (eds.), Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen. Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien. Friburgo en Brisgovia, 2000, p. 87-178.

Arnold, Jörg */ Kreicker, Helmut*, Menschenrechtsschutz durch Art. 7 Abs. 1 EMRK. NJ 2001, 561-569.

Arnold, Roberta, The Mens Rea of Genocide under the Statute of the International Criminal Court, CLF 14 (2003), p. 127-151.

Arroyo Zapatero, Luis, Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Spanien. ZStW 110 (1998), p. 438-460.

Arsanjani, Mahnoush H., The Rome Statute of the ICC. AJIL 93 (1999), p. 22-43.

Ashworth, Andrew, Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law. RLJ 19 (1988), p. 725-772.

— Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England. ZStW 110 (1998), p. 461-472.

— Principles of Criminal Law. 4ª edición, Oxford (Inglaterra), 2003.

Askin, Kelly D., Crimes within the Jurisdiction of the ICC. CLF 10 (1999), p. 33-59.

Atteslander, Peter, Methoden der empirischen Sozialforschung. 8ª edición, Berlín, entre otras, 1995; 9ª edición, Berlín, entre otras, 2000.

Baade, Hans W., The Eichmann Trial: Some Legal Aspects. DukeLJ 1961, p. 400-420.

Bacigalupo, Enrique, La noción de autor en el Codigo Penal. Buenos Aires, 1965.

— Probleme der Täter- und Teilnahmelehre in der spanischen Strafrechtsreform. En: Hans Joachim Hirsch (ed.), Deutsch-spanisches Strafrechtskolloquium 1986**.** Baden-Baden 1987, p. 89-96.

— Principios de Derecho Penal. Parte General. 4ª edición, Madrid, 1997.

Bader, Karl S., Umschau [zum Nürnberger Hauptkriegsverbrecherpozeß]. DRZ 1946, p. 140-142.

— Umschau [zum Nürnberger Ärzteprozeß]. DRZ 1947, p. 401 s.

Baier, Lothar, Firma Frankreich. Eine Betriebsbesichtigung. Berlín, 1988.

Bakker, Jeanne L., The Defense of Obedience to Superior Orders: The mens rea Requirement. AJCL 17 (1989), p. 55-80.

Balboni, Marco, Da Norimberga alla Corte Penale Internazionale, en: Illuminati et al. (eds.), Crimini internazionali tra diritto e giustizia, Turín 2000, p. 1-23

Bantekas, Ilias, The Contemporary Law of Superior Responsibility. AJIL 93 (1999), p. 573-595.

Baratta, Alessandro, Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. CPC 24 (1984), p. 533-552.

Bassiouni, Cherif M., The Proscribing Function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights. En: FS für Jescheck, Band II. Berlín, 1985, p. 1453-1475.

— (ed.), International Criminal Law. Volume I. Crimes. Nueva York, 1986.

— Regulation of Armed Conflicts. En: Cherif M. Bassiouni (ed.) International Criminal Law Volume I. Crimes. Nueva York, 1986, p. 201-207.

— The Crime of Kidnapping and Hostage Taking. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), International Criminal Law. Volume I. Crimes. Nueva York, 1986, p. 475-480.

— A Functional Approach to General Principles of Law. MJIL 11 (1990), p. 768-782.

— Enslavement as an International Crime. NewYorkUJIL&P 23 (1991), p. 445-517.

— Crimes against Humanity. Dordrecht entre otras 1992.

— (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993.

— Article 7: Non-Applicability of Statutory Limitations. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 163.

— From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent ICC. HarvHRLJ 1997, p. 11-62.

— Crimes against Humanity in International Criminal Law. La Haya, 1999.

— The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), International Criminal Law. Volume I. International Offenses. 2° edición. Nueva York, 1999, p. 293-305.

— Introduction to International Criminal Law. Ardsley, N.Y. 2003.

— International Criminal Law in the age of globalization. En: AIDP (ed.), International Criminal Law: Quo vadis? Toulouse 2004, p. 77-155.

Bästlein, Klaus, Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland. En: Lore Maria Peschel-Gutzeit (ed.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Baden-Baden, 1996, p. 9-35.

Bauknecht, Gesine / Lüdicke, Lieselotte, Das französische StGB. Code pénal (Deutsche Übersetzung. Einführung von Heike Jung). Friburgo en Brisgovia, 1999.

Baumann, Jürgen, Gedanken zum Eichmann-Urteil. JZ 1963, p. 110-121.

— Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung. NJW 1963, p. 561-565.

— Rechtmäßigkeit von Mordgeboten? NJW 1964, p. 1398-1405.

— Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. En: Reinhard Henkys, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Stuttgart/Berlín, 1964, p. 267-321.

Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, Strafrecht. AT Lehrbuch. 11ª edición, Bielefeld 2003.

Bauminger, A., The Effect of the Eichmann Trial on the Israel Youth. Yad Vashem Bull. 1962, p. 9-12.

Baurmann, Michael, Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen. Fráncfort del Meno, 1998, p. 409-441.

Baxter, Richard R., The Effects of Ill-Conceived Codification and Development of International Law. En: Faculté de Droit de L'Université de Genève/Institut Universitaire de Hautes Études Internationales (ed.), Genève, Recueil d'Études de Droit International en Hommage a Paul Guggenheim. Ginebra, 1968, p. 146-166.

Becher, Herbert J., Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Band I. Spanisch-Deutsch. 5° edición, Múnich, 1999.

Becker, Astrid, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts. Berlín, 1996.

Bédarida, François (ed.), Touvier. Le dossier de l'accusation. París, 1996.

Behling, Kurt, Das Nürnberger Juristenurteil. Schleswig-Holsteinische Anzeigen. Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein 1948, p. 37-41.

— Die Schuldaussprüche im Nürnberger Juristenurteil vom 4./5. Dezember 1947. AVR 1949, p. 412-427.

— Nürnberger Lehren. JR 1949, p. 502-505.

Behrens, Hans-Jörg, Das Verfahren des Internationalen Strafgerichtshofes nach dem Statut von Rom. HuV 1998, p. 144-151.

Beltran Ballester, Enrique, El delito de genocidio (estudio del artículo 137 bis del CP español). CPC 1978, p. 23-58.

Berner, Albert Friedrich, Die Notwehrtheorie. ArchCrim Neue Folge. 1848, p. 547-598.

— Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 18ª edición, Leipzig, 1898.

Bernhardt, Rudolf, Interpretation in International Law. En: el mismo (ed.), EPIL. Instalment 7 (1984), p. 318-327.

Bernsmann, Klaus, Entschuldigung durch Notstand. Studien zu § 35 StGB. Colonia, entre otras, 1989.

Bertram, Günter, The Germans to the Front? – Wirbel um Priebke. NJW 1997, p. 174-176.

Bevan, David, A Case to Answer. The Story of Australia's First European War Crimes Prosecution. Kent Town, 1994.

Biddiss, Michael, The Nuremberg Trial: Two Exercises in Judgment. JContHist 1981, p. 597-615.

Biddle, Francis, Le procés de Nuremberg. RIDP 1948, p. 1-19.

Bielefeldt, Heiner, Philosophie der Menschenrechte. Darmstadt, 1998.

Binder, Guyora, Representing Nazism: Advocacy and Identity at the Trial of Klaus Barbie. YaleLJ 98 (1989), p. 1321-1383.

Bitencourt, Cezar Roberto, Tratado de direito penal. Volume 1. Parte Geral. San Pablo, 8ª edición, 2003.

Birmingham, Robert L., The War Crimes Trial: A Second Look. PittsburghLJ 1962, p. 132-154.

Blakesley, Christopher L., Atrocity and its Prosecution: The Ad Hoc Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. En: Timothy L.H. McCormack/Gerry J. Simpson (eds.), The Law of War Crimes. National and International Approaches. La haya, entre otras, 1997, p. 189-228.

Blanke, Thomas, Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas. KJ 1999, p. 410-425.

Bleckmann, Albert, Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts. Friburgo en Brisgovia/Múnich, 1982.

— Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts. NVwZ 1993, p. 824-828.

— Methoden der Bildung europäischen Verwaltungsrechts. DÖV 1993, p.837-846.

Bloomfield, Louis M. / FitzGerald, Gerald F., Crimes against Internationally Protected Persons: Prevention and Punishment. An Analysis of the UN Convention. Nueva York, entre otras, 1975.

Bloy, René, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe. Berlín, 1976.

— Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht. Berlín, 1985.

— Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung. GA 1996, p. 424-442.

Blumental, Nahman, Eichmann Trial Throws New Light on History. Yad Vashem Bull. 1962, p. 2-9.

Boas, Gideon, An overview of implementation by Australia of the Statute of the International Criminal Court. JICJ 2 (2004), p. 179-190.

Bockelmann, Paul, Zur Schuldlehre des Obersten Gerichtshofs. ZStW 63 (1951), p. 13-46.

— Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. JZ 1954, p. 468-473.

Bockelmann, Paul / Volk, Klaus, Strafrecht. AT 4ª edición, Múnich, 1987.

Bogdan, Michael, General Principles of Law and the Problem of the Lacunae in the Law of Nations. NordicJIL 46 (1977), p. 37-53.

Bohlander, Michael, Prosecutor v. Dusko Tadic: Waiting to Exhale. CLF 11 (2000), p. 217-248.

Bolton, John R., The Risks and Weaknesses of the ICC from America's Perspective. LCP 64 (2001), p. 167-180.

Bonner Kommentar zum GG, Gesamtherausgeber Rudolf Dolzer, Heidelberg, 80ª entrega, septiembre 1997 (cit. Bonner Kommentar-autor).

*Boot, Machteld, Comm*entary (Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-T). En: André Klip/Göran Sluiter (eds.), Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The ICTY 1993-1998. Amberes, entre otras, 1999, p. 452-456.

— Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the ICC. Amberes, entre otras, 2002.

Booysen, H., Convention on the Crime of Apartheid. South African Yearbook of International Law 2 (1976), p. 56-96.

Bornhövd, Jürgen, Die Strafbarkeit der conspiracy im Strafrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Bonn, 1964.

Bothe, Michael, War Crimes in Non-International Armed Conflicts. IYHR 24 (1995), p. 241-251.

Bothe, Michael / Partsch, Karl Josef / Solf, Waldemar A. (eds.), New Rules for Victims of Armed Conflicts. La Haya, entre otras, 1982, p. 523-529.

Bottke, Wilfried, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems. Heidelberg, 1992.

Boulesbaa, Ahcene, The Nature of the Obligations Incurred by States under Article 2 of the UN Convention Against Torture. HRQ 12 (1990), p. 53-93.

— The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement. La Haya, entre otras, 1999.

Brammsen, Joerg, Unterlassungshaftung in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 105-144.

Brand, G., The War Crimes Trials and the Laws of War. BYIL 1949, p. 414-427.

Braum, Stefan, Das "Corpus Juris" – Legitimintät, Erforderlichkeit und Machbarkeit. JZ 2000, p. 493-500.

Bremer, Kathrin, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht. Francfort del Meno, 1999.

Breyer, Stephen, Crimes against Humanity. Nuremberg, 1946. NYULR 1996, p. 1161-1164.

Bröhmer, Jürgen, State Immunity and the Violation of Human Rights. La Haya, entre otras, 1997.

Brownlee, Ian D., Superior Orders – Time for a New Realism? CrimLR 1989, p. 396-411.

Brownlie, Ian, Principles of Public International Law. 6ª edición, Oxford (Inglaterra) 2003.

Brudno, Walter W., The Nuremberg Experience. TexasILJ 1984, p. 633-642.

Bruer-Schäfer, Aline, Der Internationale Strafgerichtshof. Fráncfort del Meno, 2001.

Bundesministerium der Justiz (ed.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des VölkerStGBs – mit Begründung. Baden-Baden, 2001.

Bruno, Anibal, Direito Penal. 4 t. 3ª edición. Rio de Janeiro 1967.

Burgers, Herman J. / Danelius, Hans, The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Dordrecht, entre otras, 1988.

Burgstaller, Manfred, Normative Lehren der objektiven Zurechnung. En: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (eds./eds.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki, 1992, p. 383-395.

— Individualverantwortung bei Alleinhandeln; Einzel- und/oder Mitverantwortung bei Zusammenwirken mit anderen. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 13-33.

Burkhardt, Björn, Das Zweckmoment im Schuldbegriff. GA 1976, p. 321-341.

— Some Questions and Comments on what is Called "the Mental Element of the Offence". IsLR 30 (1996), p. 82-105.

— Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik. En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (ed.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 111-157.

Bush, Jonathan A., Nuremberg: The Modern Law of War and its Limitations (Book Review Essay: The Anatomy of the Nuremberg Trials: a Personal Memoir. Telford Taylor). ColLR 1993, p. 2022-2085.

Bustos Ramírez, Juan, El estado actual en el Derecho Penal. En: José Cerezo Mir/Rodrigo F. Súarez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos M. Romeo Casabona (eds.), El nuevo CP: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999, p. 59-65.

— Obras completas. T. I. Derecho Penal. Parte General. Lima 2004.

Campbell, Patrick Carroll, § 220 a StGB – Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genozid? Francfort del Meno, entre otras, 1986

Cancio, Manuel, ¿"Derecho penal" del enemigo? En: Cancio/Jakobs, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 57-102.

Capps, *Patrick,* Incommensurability, Purposivity and International Law. EJIL 11 (2000), p. 637-661.

Caracciolo, Ida, Applicable Law. En: Flavia Lattanzi/William A. Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the ICC. Volume I. Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999, p. 211-235.

Carnahan, Burrus M., Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity. AJIL 92 (1998), p. 213-235.

Carnevali Rodríguez, Hacia la conformación de un Tribunal penal internacional. Evolución histórica y desafíos futuros. RUCN 10 (2003), 32-49.

Caro Coria, Dino Carlos, Derecho Penal del Ambiente. Lima, 1999.

Cassese, Antonio, The Statute of the ICC: Some Preliminary Reflections. EJIL 10 (1999), p. 144-171.

— International Criminal Law, Oxford (Inglaterra), 2003.

— Black letter lawyering v. constructive interpretation: The Vasiljevic case. JICJ 2 (2004), 265-274.

Catenacci, Mauro, Nullum crimen sine lege. En: Flavia Lattanzi (ed.), The ICC. Comments on the Draft Statute. Nápoles, 1998, p. 159-170.

Cerezo Mir, José, Die Regelung des Versuchs und die Auffassung des Unrechts im neuen spanischen StGB. En: Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), FS für Hans Joachim Hirsch zu 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlín/Nueva York, 1999, p. 127-139.

— Die deutsche Strafrechtswissenschaft aus spanischer Sicht. En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 255-260.

— Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen StGB von 1995. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 549-561.

— Curso de Derecho penal español. Parte General. T. II. Teoría jurídica del delito. 6ª edición. Madrid 1998.

— Curso de Derecho penal español. Parte General. T. III. Teoría jurídica del delito/2. Madrid 2001.

Charalambakis, Aristoteles, Zur Problematik der psychischen Beihilfe – Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 625-639.

Chistiakov, N.F., The Question of War Crimes at the Nuremberg Trial. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990. p. 155-166.

Chkhikvadze, V., International Law Problems Bearing on the Responsibility of War Criminals. IntAff 1972, p. 49-56.

Christmann, Jörg, Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung. Fráncfort del Meno, 1997.

*Císarová, Dagmar, Al*leinhandeln und Zusammenwirken aus tschechischer Sicht. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 61-72.

Clark, Roger S., Crimes against Humanity at Nuremberg. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990. p. 177-199.

— The Crime of Apartheid. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), International Criminal Law. Volume I. International Offenses. 2° edición, Nueva York, 1999, p. 643-662.

— Subjektive Merkmale im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), p. 372-402.

Cobo del Rosal, Manuel / Vives Antón, Tomás S., Derecho Penal. Parte General. 5ª edición, Valencia, 1999.

Cohen, Nathan, Rechtliche Gesichtspunke zum Eichmann-Prozess. Francfort del Meno, 1963.

Conceiçáo S. Valdágua, Maria da, Notwehr und Putativnotwehr. Bemerkungen zum Referat von Muñoz Conde. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 229-232.

Consigli, José Alejandro, The Priebke Extradition Case before the Argentine Supreme Court. YbIHL. Volume 1. 1998. La Haya, 1998, p. 341-343.

Conte, Philippe / Maistre du Chambon, Patrick, Droit pénal général. París, 6ª edición 2002.

Cornils, Karin, Bericht über die Diskussion zum Thema "Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft". En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 427-435.

Cornils, Karin / Greve, Vagn, Das dänische Strafgesetz-Straffeloven. Zweisprachige Ausgabe. 2ª edición, Friburgo en Brisgovia, 2001.

Cortes Rosa, Manuel, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld im Strafrechtssystem. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 183-212.

Costa Andrade, Manuel da, Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als Referenzen einer zweckrationalen Verbrechenslehre. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 121-145.

Cotler, Irwin, War Crimes Law and the Finta Case. Supreme Court Law Review 6 (1995), p. 577-646.

Cotler, Irwin (ed.), Nuremberg Forty Years Later. The Struggle against Injustice in our Time. Montreal, entre otras, 1995.

Cramer, Peter, Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. En: Arthur Kaufmann/Günther Bemmann/Detlef Krauss/Klaus Volk (eds.), FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag. Múnich, 1979, p. 389-403.

Craven, Matthew, Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law. EJIL 11 (2000), p. 489-519.

Crawford, James, Revising the Draft Articles on State Responsibility. EJIL 10 (1999), p. 435-446.

Crowe, Christopher N., Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecution, RichmondLR 29 (1994), p. 191-232.

Cuerda Riezu, Antonio, Struktur der Täterschaft bei Begehung und Unterlassung im spanischen Strafrecht. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 259-266.

Cuerda Riezu, Antonio / Ruiz Colome, Angeles, Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. La Ley XX, nro. 4724 (1.2.1999), p. 1-5.

Czepluch, Anna-Katherina, Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht. Berlín, 1994.

D'Amato, Anthony, Superior Orders vs. Command Responsibility. AJIL 80 (1986), p. 604-608.

Dannecker, Gerhard, Das intertemporale Strafrecht. Tubinga, 1993.

— Der Allgemeine Teil eines europäischen Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft. Zur Ausgestaltung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. En: Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), FS für Hans Joachim Hirsch zu 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlín/Nueva York, 1999, p. 141-173.

Dauricourt, J.Y., La Définition du Crime contre l'Humanité. RDPC 1947/48, p. 47-63.

David, Eric, L'excuse de l'ordre superieur et l'etat de necessite. RBDI XIV (1978/79), p. 65-84.

— Principes de droit des conflits armés. 2ª edición. Bruselas, 1999.

— Les valeurs, politiques et objectifs du droit pénal international à l'heure de la mondialisation. En: AIDP (ed.), International Criminal Law: Quo vadis? Toulouse 2004, p. 157-162.

Daza Gómez, Carlos, El funcionalismo, hoy. Criminalia (Academia Mexicana de Ciencias Penales) Año LXV, nro. 3 (1999), p. 133-146.

Delmas-Marty, Mireille (ed.), Corpus Juris (Introducing Penal Provisions for the Purpose of the Financial Interests of the European Union). Paris, 1997.

— Necessity, Legitimacy and Feasibility of the Corpus Juris. En: M. Delmas-Marty/J.A.E. Vervaele (eds.), The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Volume I. Amberes, entre otras, 2000, p. 3-213.

— The contribution of comparative law to a pluralist conception of international criminal law, JICJ 1 (2003), 13-25.

Delmas-Marty, M. / Vervaele, J.A.E. (eds.), The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Volumes I-III. Amberes, entre otras, 2000.

Dencker, Friedrich, Mittäterschaft in Gremien. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 63-70.

— Kausalität und Gesamttat, Berlin, 1996.

— Beteiligung ohne Täter En: Contre Prittwitz et al. (eds.), FS für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, 2002, p. 525-537.

Derksen, Roland, Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft. GA 1993, p. 163-176.

Desportes, F./Le Gunehec, F., Droit pénal général, 10ª edición, ouvrage à jour au 15 septembre 2003, Paris, 2003.

Deutsch, Erwin, Die zehn Punkte des Nürnberger Ärzteprozesses über die klinische Forschung am Menschen: der sog. Nürnberg Codex. En: Christian Broda/Erwin Deutsch/ Hans Ludwig Schreiber/ Hans Joachim Vogel (eds.), FS für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag. Darmstadt, 1985, p. 69-79.

Díaz Pita, Mª del Mar, El dolo eventual. Valencia, 1994.

Díaz y García Conlledo, Miguel, La autoría en Derecho Penal. Barcelona, 1991.

Dicker, Richard / Duffy, Helen, National Courts and the ICC. BrownJWA VI, issue 1 (1999), p. 53-63.

Dienstag, Abbe L., Comment: Fedorenko vs. US. War Crimes, the Defense of Duress, and American Nationality Law. ColLR 82 (1982) p. 120-183.

Dinstein, Yoram, The Defence of "Obedience to Superior Orders" in International Law. Leiden, 1965.

— International Criminal Law. IsLR 20 (1985), p. 206-242.

— War, Aggression and Self-Defence. 2ª edición, Cambridge (Inglaterra), 1994.

— Defences. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya, entre otras, 2000, p. 369-388.

Dix, Hellmuth, Die Urteile in den Nürnberger Wirtschaftsprozessen. NJW 1946, p. 647-652.

Dodd, Thomas J., The Nuremberg Trials. JCLC&PS 1946/47, p. 357-367.

Doehring, Karl, Völkerrechtliche Beurteilung der Kriegsverbrecherprozesse von Nürnberg. Beiträge zur Konfliktforschung, 1986, p. 75-84.

— Völkerrecht. Heidelberg 2nda ed. 2004.

Doherty, David H., "What's done is done": An Argument in Support of a Purely Prospective Application of the Charter of Rights. CR (3d) 26 (1982), p. 121-149.

Doman, Nicholas R., The Nuremberg Trials Revisited. ABAJ 1961, p. 260-264.

— Altermath of Nuremberg: The Trial of Klaus Barbie. University of Colorado Law Review 60 (1989), p. 449-469.

Domb, Fania, The Demjanjuk Trial – Judgement of the Supreme Court of Israel – Summary, Israel Yearbook on Human Rights 24 (1994), p. 323-341.

Dommer, Paul P., The Problem of Obedience to the Unlawful Order under the Aspect of National Penal and International Law of War. RDPM 10 (1971), p. 299-324.

Donini, Massimo, Voce Teoria del Reato. En: Dig. Disc. Pen, vol. XIV, Utet, 1999.

Donnedieu de Vabres, Henri, Gutachten über die Verfahren vor französischen Militärgerichten wegen Zugehörigkeit zu einer verbrecherischen Organisation. Sin de lugar de edición, octubre 1950.

Donner, Michael, Die Begrenzung bewaffneter Konflikte durch das moderne jus ad bellum. AVR 1995, p. 168-218.

Dörmann, Knut, The First and Second Sessions of the PrepCommis for the ICC. Volume 2. YbIHL 1999, p. 283-306.

— War Crimes in the Elements of Crimes. En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Berlín, 2001, p. 95-139.

— Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary, Cambridge (Inglaterra) 2003.

Dörmann, Knut / Kreß, Claus, Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den internationalen Strafgerichtshof. HuV 1999, p. 200-213.

Doucet, Michel / Fleck, Klaus E.W., Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Teil I. Französisch-Deutsch. 5ª edición, París/Múnich, 1997.

Douglas Joyner, Nancy, Aerial Hijacking as an International Crime. Nueva York (Leiden, 1974.

Douglass, John Jay, High Command Case: A Study in Staff and Command Responsibility. International Lawyer 6 (1972), p. 686-705.

Draper, G.I.A.D., The Eichmann Trial. A Judicial Precedent. IntAff 1962, p. 485-493.

Dreher, Eduard, Der Paragraph mit dem Januskopf. En: Karl Lackner/Heinz Leferenz/ Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/ Ernst Amadeus Wolff (eds.), FS für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag. Berlín, entre otras, 1973, p. 307-328.

— Kausalität der Beihilfe. MDR 1972, p. 553-557.

Dreier, Horst, Gustav Radbruch und die Mauerschützen. JZ 1997, p. 421-434.

Dressler, Joshua, Reflections on Excusing Wrongdoers: Moral Theory, New Excuses and the Model Penal Code. RLJ 19 (1988), p. 671-716.

Drost, Pieter N., The Crime of State II. Genocide. Leiden, 1959.

Duff, R.A., Criminal Attempts. Oxford (Inglaterra), 1996.

Eckhardt, William G., Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard. Military Law Review 97 (1982), p. 1-34.

Eisenberg, Ulrich, Kriminologisch bedeutsames Verhalten von Staatsführungen und ihren Organen. MschrKrim 1980, p. 217-231.

Elliott, Catherine, The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law. CLF 11 (2000), p. 35-46.

Epping, Volker, GG und Kriegswaffenkontrolle, Berlín, 1993.

Erb, Volker, Die Schutzfunktion von Art. 103 Abs. 2 GG bei Rechfertigungsgründen. ZStW 108 (1996), p. 266-299.

Erhard, Hans, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher und das Völkerrecht. SJZ 1948, p. 353-367.

Eser, Albin, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes, des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten D für den 53. Deutschen Juristentag. En: Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentags Berlin 1980. Band I (Gutachten), Teil D, Múnich, 1980, p. 1-201.

— Strafrecht I. Múnich, 3ª edición, 1980.

— Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung: Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffes. En: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (eds./eds.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki, 1992, p. 301-317.

— The Need for a General Part. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 43-52.
— Schwangerschaftsabbruch: Auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand. Rechtsgutachten im Normenkontrollverfahren zum Schwangeren- und Familienhilfegesetz. Baden-Baden, 1994.
— "Defences" in War Crime Trials'. IYHR 24 (1995), p. 201-222.
— "Defences" in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen. En: Kurt Schmoller (ed.), FS für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag. Viena/Nueva York, 1996, p. 755-775.
— Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. En: Hans-Jörg Albrecht/Frieder Dünkel/Hans-Jürgen Kerner/Josef Kürzinger/Heinz Schöch/Klaus Sessar/Bernhard Villmow (eds.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. FS für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Band 2. Berlín, 1998, p. 1499-1529.
— Verhaltensregeln und Behandlungsnormen. Bedenkliches zur Rolle des Normadressaten im Strafrecht. En: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann (eds.), FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. Múnich, 1998, p. 25-54.
— Schlußbetrachtungen. En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 437-448.
— The Law of Incitement and the Use of Speech to Incite Others to Commit Criminal Acts: The German Law in Comparative Perspective. En: David Kretzmer/Francince Kershman Hazan (eds.), Freedom of Speech and Incitement against Democracy. La Haya, entre otras, 2000, p. 119-146.
— Völkermord und deutsche Strafgewalt. En: Albin Eser/Jürgen Godke/Kurt Rüdiger Maatz/Dieter Meurer (eds.), FS für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag. Múnich, 2001, p. 3-31.
— Individual responsibility, en: Cassese/Gaeta/Jones (eds.), The Rome Statute of the ICC: A commentary, t. I, Oxford (Inglaterra), 2002, p. 767-822

Eser, Albin / Arnold, Jörg (eds.), Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Band 2 Deutschland (H. Kreicker/M. Ludwig/K. Rossig/A. Rost/S. Zimmermann). Friburgo en Brisgovia, 2000.

Eser, Albin / Burkhardt, Björn, Strafrecht I. Schwerpunkt Allgemeine Verbrechenselemente. 4° edición, Múnich, 1992.

Eser, Albin / Fletcher, George P. (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band I. Friburgo en Brisgovia, 1987.
— (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band II. Friburgo en Brisgovia, 1988.

Eser, Albin / Nishihara, Haruo (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Band IV. Friburgo en Brisgovia, 1995.

Eser, Albin / Perron, Walter (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Band III. Friburgo en Brisgovia, 1991.

Etcheberry, Alfredo, The principles of legality and non bis in idem. En: AIDP (ed.), International Criminal Law: Quo vadis? Toulouse 2004, p. 337-344.

Etzel, Jochen, Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1993.

Evans, Harold, The Trial of Major Japanese War Criminals. NZLJ 1947, p. 8-10, 21-23, 37-38, 323-324.

Faraldo Cabana, *Patricia*, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia, 2004.

Fastenrath, Ulrich, Der Internationale Strafgerichtshof. JuS 1999, p. 632-635.

Fathi Sorour, A., Quelques Remarques sur la Partie Générale du Projet de Code Pénal International. RIDP 52 (1981), p. 507-512.

Fawcett, J.E.S., The *Eichmann* Case. BYIL 1962, p. 181-215.

Feijoo Sanchez, Bernardo, La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. CPC 1998, p. 269-364.

Feldmann, Horst, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Essen, 1948.

Fenrick, William J., Some International Law Problems Related to Prosecutions before the ICTY. DukeJCIL 6 (1995), p. 103-125.

— Article 28. Responsibility of Commanders and other Superiors. En: Otto Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the ICC. Baden-Baden, 1999.

Ferencz, Benjamin B., War Crimes Law and the Vietnam War. AULR 17 (1968), p. 403-423.

— An ICC: A Step towards World Peace. Volume II. The Beginning of Wisdom. Londres, entre otras, 1980.

— The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. AJIL 75 (1981), p. 674-679.

— The Crime of Aggression. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya entre otras, 2000, p. 33-62.

Ferner, Wolfgang, OWiG Kommentar (actualización por fascículos) Band 2. Neuwied, entre otras. Estado: entrega 47°, febrero de 1999.

Figueiredo Dias, Jorge de, Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 357-366.

— Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: El "dominio de la organización". En: Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrallo (eds.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, 1999, p. 99-107.

Finch, George A., The Nuremberg Trial and International Law. AJIL 41 (1947), p. 21-37.

— The Genocide Convention. AJIL 43 (1949), p. 732-738.

Fincke, Martin, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts. Berlín, 1975.

Fischer, Horst, Commentary (Prosecutor v. Tadic, IT-94-1-AR72). En: André Klip/Göran Sluiter (eds.), Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The ICTY 1993-1998. Amberes entre otras, 1999, p. 140-142.

— *Th*e Jurisdiction of the ICC for War Crimes: Some Observations Concerning Differences between the Statute of the Court and War Crimes Provisions in other Treaties. En: Volker Epping/Horst Fischer/Wolff Heintschel von Heinegg (eds.), FS für Knut Ipsen. Múnich, 2000, p. 77-101.

Fischer, Thomas / Cubides Contre, Fernando, Paramilitarismus in Kolumbien. Von der Privatjustiz zum politischen Akteur? En: Thomas Fischer/Michael Krennerich (eds.), Politische Gewalt in Lateinamerika. Fráncfort del Meno, 2000, p. 113-132.

Fletcher, George, Rethinking Criminal Law. Boston/Toronto 1978 (reimpresión inalterada, Oxford [Inglaterra] 2000).

— Basic Concepts of Criminal Law. Nueva York/Oxford (Inglaterra), 1998.

— Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht. En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 235-253.

Flory, Maurice, International Law: An Instrument to Combat Terrorism. En: Rosalyn Higgins/Maurice Flory (eds.), Terrorism and International Law 1997. Londres/Nueva York, p. 30-39.

Fogelson, Steven, The Nuremberg Legacy: An Unfulfilled Promise. SCalLR 1990, p. 833-905.

Frank, Hans, Aufgabe des Rechtslebens ist nicht die Sicherung der Paragraphenanwendung, sondern vor allem Sicherung des Volkslebens. DR 1934, p. 25-427.

Franz, Udo Jochen, Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht. Tesis doctoral, Constanza, 1995.

Freund, Georg, Erfolgsdelikt und Unterlassen. Colonia, entre otras, 1992.

— Strafrecht. AT Personale Straftatlehre. Berlín, entre otras, 1998.

Friedmann, Wolfgang Gaston, The Changing Structure of International Law. Londres, 1964.

Friedrich, Wilhelm, Strafbare Beteiligung – akzessorische oder originäre Täterschaft. En: Kurt Schmoller (ed.), FS für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag. Viena/Nueva York, 1996, p. 43-72.

Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Risiko. Colonia, entre otras, 1983.

— Besprechung von Heribert Schumann: Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. Tubinga, 1986. JZ 1988, p. 655.

— Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Mannheim, 1988.

Frisch, Wolfgang, Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 213-237.

Fronza, Emanuela, Genocide in the Rome Statute. En: Flavia Lattanzi/William A. Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the ICC. Volume I. Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999, p. 105-137.

— Ruolo della comparazione e costruzione di un AT a livello sopranazionale, en M. Papa (ed.), Orizzonti della penalistica italiana nei programmi di ricerca dei più giovani studiosi. Atti dell'incontro di studio organizzato dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (11-12 di ottobre 2002), Florencia, 2003, p. 9-18.

Fronza, Emanuela / Guillou, Nicolas, Le crime de génocide, en Mireille Delmas Marty/Horatia Muir Watt/Hélène Ruiz Fabri (eds.), Variations autour d'un droit commun, Actes du Colloque du 28-29 mai 2001, Université de Paris 1 (Panthéon – Sorbonne), París, 2002, p. 273-296.

— Les dynamiques d'élaboration des normes pénales internationales devant les Tribunaux pénaux internationaux: une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle, en Mario Chiavario (ed.), La justice pénale internationale entre passé et futur, 2003, p. 27-53.

Fronza Emanuela / Malarino, Ezequiel, Problèmes de précision de la norme pénale et mécanismes de interprétation des textes pénaux plurilingues dans le Statut de la Cour Pénale Internationale. En Mireille Delmas-Marty/Emanuela Fronza/Elisabeth Lambert-Abdelgawad (eds.), Les sources du droit international pénal: l'expérience des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc, Paris, en curso de publicación. (en castellano: Problemas de determinación de la norma penal y soluciones de interpretación en textos penales plurilingües en el ejemplo del Estatuto de Roma. En: Ambos-Malarino-Woischnik (eds.), Temas actuales de d.p.i., Contribuciones de América Latina y España, en curso de publicación).

Frulli, Micaela, Are Crimes against Humanity more Serious than War Crimes? EJIL 12 (2001), p. 329-350.

Fuchs, Helmut, Tatentschluß und Versuchsbeginn. En: Kurt Schmoller (ed.), FS für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag. Viena/Nueva York, 1996, p. 73-91.

Fuhrmann, Peter, Der höhere Befehl als Rechtfertigung im Völkerrecht. Múnich, 1963.

— Die Verantwortung Adolf Eichmanns. PolStud 1964, p. 310-319.

Fung, Annie, The Extradition of John Demjanjuk as "Ivan the Terrible", N.Y.L. Sch. J. Int'L & Comp. L. 14 (1993), p. 471-502.

Gaeta, Paola, The Defence of Superior Orders: The Statute of the ICC v. Customary International Law. EJIL 10 (1999), p. 172-191.

— War Crimes Trials before Italian Criminal Courts: New Trends En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Berlín, 2001, p. 751-768.

Gao, Mingxuan, Rechtfertigung und Entschuldigung im Fall des Irrtums. En: Albin Eser/Haruo Nishihara (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 379-404.

Gardner, John, 'Aid, Abet, Counsel, Procure': An English View of Complicity. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 227-232.

Garner, Bryan A. (ed. in chief), Black's Law Dictionary. 7ª edición. St. Paul, Minn., 1999 (cit. como Black's Law Dictionary).

Garraway, Charles, Superior Orders and the ICC: Justice Delivered or Justice Denied. IRRC Nr. 836 (1.12.1999), p. 785-794.

Gasser, Hans-Peter, Das Humanitäre Völkerrecht. En: Hans Haug, Menschlichkeit für alle. Die Weltbewegung des Roten Kreuzes und des Roten Halbmondes. Berna/Stuttgart, 1993, p. 499-599.

Gehrig, Klaus, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB. Berlín, 1986.

Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Berlín, 1998.

Gelberg, Ludwik, Die Nürnberger Prinzipien und das moderne Völkerrecht. DuR 1978, p. 177-187.

Gelfand, David R., Nazi War Criminals in the United States: It's never too late for Justice. VanderJTL 19 (1986), p. 855-892.

Ghosh, S.K., Aircraft Hijacking and the Developing Law. Nueva Delhi, 1985.

Gil Gil, Alicia, Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio. Madrid, 1999.

— Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. ZStW 112 (2000), p. 381-397.

— El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. RDPC 6 (2000), p. 103-138.

— La ausencia del elemento subjetivo de justificación. Granada 2002.

Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en Derecho Penal. Madrid, 1966.

— Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. ZStW 80 (1968), p. 915-943.

Gimeno Sendra, Vicente, La experiencia de los "Juicios de Nürenberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional. LL 19 (1998), nro. 4457 (14.1.), p. 1-3.

Glueck, Sheldon, The Nuremberg Trial and Agressive War. Nueva York, 1946.

Göhler, Erich, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz. 13ª edición, Múnich 2002.

Goldberg, Arthur J., Klaus Barbie and the United States Government, Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 19 (1984), p. 1-14.

— The Status of Apartheid under International Law. Hastings Constitutional Law Quarterly 13 (1985), p. 1-8.

Goldstein, Joseph / Marshall, Burke / Schwartz, Jack, The My Lai Massacre and its Cover-up: Beyond the Reach of Law? Nueva York, 1976.

Gómez Benítez, José Manuel, El dominio del hecho en la autoría (validez y límites). ADPCP 1984, p. 103-131.

Gómez Rivero, Mª del Carmen, La inducción a cometer el delito. Valencia, 1995.
— ¿Aún un espacio de la racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al estatuto de la CPI. RP 14 (2004), 24-48.

Goodhart, A.L., Questions and Answers Concerning the Nuremberg Trials. ILQ 1947, p. 525-531.

Görner, Gunter, Lehren des Wilhelmstraßen-Prozesses. Deutsche Aussenpolitik (Berlín Oriental) 1962, p. 448-456.

Gornig, Gilbert, Die Verantwortlichkeit politischer Funktionsträger nach völkerrechtlichem Strafrecht. NJ 1992, p. 4-14.

Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard, Das Recht der Europäischen Union. Múnich, 1999 (entrega complementaria 14ª, t. antiguo II).

Graefrath, Bernhard, Die Strafsanktionen in den Genfer Abkommen. Staat und Recht 1956, p. 849-868.
— Die Bedeutung des Nürnberger Prozesses für den gegenwärtigen Kampf gegen Neonazismus und Faschismus. NJ 1981, p. 482-486.
— Schutz der Menschenrechte-Bestrafung der Kriegsverbrecher. NJ 1967, p. 393-398, 458-463.

Graven, Jean, Les Crimes contre l'Humanité. En: Académie de Droit International. Recueil des cours. La Haya, 1950 I, p. 433-605.

Green, Leslie Contre, The Maxim nullum crime sine lege and the Eichmann Trial. BYIL 1962, p. 457-471.
— Legal Issues of the Eichmann Trial. TulLR 1963, p. 643-684.
— Superior Orders in National and International Law. Leiden, 1976.
— The Man in the Field and the Maxim ignorantia juris non excusat. AVR 1980/81, p. 69-187.
— Superior Orders and Command Responsibility. CanYIL 27 (1989), p. 167-202.
— The Contemporary Law of Armed Conflict. Manchester, 1993.
— The Defence of Superior Orders in the Modern Law of Armed Conflict. AlbLR XXXI (1993), p. 320-333.
— Article 11: Order of a Government or a Superior. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 191-192.
— Article 12: Responsibility of the Superior. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 195-196.
— Article 13: Official Position and Responsibility. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 197.
— Command Responsibility in International Humanitarian Law. TransLCP 5 (1995), p. 319-371.

Greenawalt, Alexander, Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-based Interpretation. ColLR 99 (1999), p. 2259-2294.

Greenawalt, Kent, The Perplexing Borders of Justification and Excuse. En: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band I, Friburgo en Brisgovia, 1987, p. 263-313.

Greenspan, Morris, The Modern Law of Land Warfare. Berkeley/Los Angeles, 1959.

Greenwood, Christopher, The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals. NYIL 1989, p. 35-69.

— Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict. En: Yoram Dinstein (ed.), International Law at a Time of Perplexity. Essays in Honour of Sabtai Rosenne. Dordrecht/Boston/Londres, 1989, p. 273-288.

— Geschichtliche Entwicklung und Rechtsgrundlagen. En: Dieter Fleck (ed.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten. Múnich, 1994, p. 1-33.

— International Humanitarian Law and the Tadíc Case. EJIL7 (1996), p. 265-283.

— Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the ICTY. En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Berlín, 2001, p. 539-557.

— Command responsibility and the Hadzihasanovic decision, JICJ 2 (2004), p. 598-605.

Grewe, Wilhelm, Referat über das Völkerrecht des Nürnberger Prozesses. En: Stuttgarter Privatstudiengesellschaft (ed.), Nürnberg als Rechtsfrage. Eine Diskussion. Stuttgart, 1947, p. 7-48.

— Rückblick auf Nürnberg. En: Kay Hailbronner/Georg Ress/Thorsten Stein (eds.), FS für Karl Doehring. Berlín, entre otras, 1989, p. 229-249.

Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (eds.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag. 5ª edición. Baden-Baden, 1997.

Gropp, Walter, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung. Untersuchungen zur Lehre von der "notwendigen Teilnahme". Tubinga, 1992.

— Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als "Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern"? – BGHSt 40, 218. JuS 1996, p. 13-18.

— Strafrecht. AT 2ª edición. Berlín, entre otras, 2001.

Große, Christina, Der Eichmann-Prozeß zwischen Recht und Politik. Francfort del Meno/Berlín, entre otras, 1995.

Grudinski, Ulrich L., Das Formalrecht des Nürnberger Strafverfahrens. Tesis doctoral, Erlangen, 1949.

Güde (sin nombre), Die Anwendung des KRG Nr. 10 durch die deutschen Gerichte. DRZ 1947, p. 111-118.

— Zur Deutung des Organisationsverbrechens. DRZ 1948, p. 201-202.

Günther, Hans-Ludwig, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Colonia, entre otras, 1983.

Habermas, Jürgen, Bestialität und Humanität. Die Zeit (Hamburgo), 29.4.1999.

Haensel, Carl, Nürnberger Probleme. DRZ 1946, p. 67-69.

— Das Organisationsverbrechen. Nürnberger Betrachtungen zum KRG Nr. 10. Múnich, 1947.

— Zum Nürnberger Urteil. Schuldprinzip und Gruppenkriminalität. SJZ 1947, p. 19-25.
— Ausklang von Nürnberg. NJW 1949, p. 367-370.

Hailbronner, Kay, Luftpiraterie in rechtlicher Sicht. Von Tokio bis Montreal. Hannover, 1972.

Hall, Christopher Keith, The Fifth Session of the UN-PrepCom on the Establishment of an ICC. AJIL 92 (1998), p. 331-339.
— The Sixth Session of the UN-PrepCom on the Establishment of an ICC. AJIL 92 (1998), p. 548-556.

Hammer, Richard, The Court-Martial of Lt. Calley. Nueva York, 1971.

Hanack, Ernst-Walter, Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher. JZ 1967, p. 297-303, 329-338.

Hardwig, Werner, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts. Hamburgo, 1957.

Hamdorf, Kai, Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, Friburgo en Brisgovia, 2002.

Harris, Whitney R., International Human Rights and the Nuremberg Judgement. SClaraL 1972, p. 209-222.

Hassemer, Winfried, Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare. En: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band I. Friburgo en Brisgovia, 1987, p. 175-227.
— Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen. Fráncfort del Meno, 1998, p. 350-372.
— Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts. En: Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Fráncfort del Meno, 1999, p. 157-180.
— Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der "Mauerschützen"-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 439-463.

Hay, Juliet, Implementing the ICC Statute in New Zealand. JICJ 2 (2004), p. 191-210.

Heazlett, Elizabeth, Eichmann – International Law? PittsburghLR 1962, p. 116-132.

Hebel, Herman von, An ICC – A Historical Perspective. En: Herman von Hebel/Johan G. Lammers/Jolien Schukking (eds.), Reflections on the ICC. Essays in Honour of Adriaan Bos. La Haya, 1999, p. 13-38.

Hebel, Herman von / Robinson, Darryl, Crimes within the Jurisdiction of the Court. In Roy Lee (ed.), The ICC. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results. La Haya, entre otras, 1999, p. 79-126.

Hefendehl, Roland, Der mißbrauchte Farbkopierer. Jura 1992, p. 374-378.

Hein, Susanne, Der Fall Priebke und die italienische Strafjustiz. DRiZ 1996, p. 476-484.

Heine, Günter, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken. Baden-Baden, 1995.

— Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten. JZ 2000, p. 920-926.
— Einführung. En: Albin Eser/Keiichi Yamanaka (eds.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen. Baden-Baden, 2001, p. 101-107.

Heine, Günter / Vest, Hans, Murder/Wilful Killing. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya, entre otras, 2000, p. 175-195.

Heintschel-Heinegg, Bernd von, Versuch und Rücktritt. Eine kritische Bestandsaufnahme. ZStW 109 (1997), p. 29-57.

Heintze, Hans-Joachim, Die gegenwärtige Bedeutung der UN-Völkermordkonvention. En: Hartwig Hummel (ed.), Völkermord – friedenswissenschaftliche Annäherungen. Baden-Baden, 2001, p. 135-151.

Heinz, Wolfgang, Die Menschenrechtssituation in Kolumbien. En: Werner Altmann/ Thomas Fischer/Klaus Zimmermann (eds.), Kolumbien heute. Politik, Wirtschaft, Kultur. Fráncfort del Meno, 1997, p. 199-212.

Heiss, Helmut, Hierarchische Rechtskreiseinteilung, ZVglRWiss 100 (2001), p. 397-424.

Henkys, Reinhard, Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Berlín, 1964.

Herdegen, *Matthias,* Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt. ZaöRV 47 (1987), p. 221-242.

Herlitz, Carl Erik, Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin. Uppsala, 1992.

Hernández Plasencia, José Ulises, La autoría mediata en Derecho Penal. Granada, 1996.

Hersh, Seymour M., My Lai 4. A Report on the Massacre and its Aftermath. Nueva York, 1970.

Herzberg, Rolf Dietrich, Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug. Berlín, 1967.
— Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen. Múnich, 1977.
— Anstiftung zur unbestimmten Haupttat – BGHSt 34, 63. JuS 1987, p. 617-622.
— Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums – BGHSt. 35, 347 Jura 1990, p. 16-26.
— Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 33-61.
— Der Vorsatz als "Schuldform", als "aliud" zur Fahrlässigkeit und als "Wissen und Wollen"? En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 51-82.

Hessler, Curt A., Command Responsibility for War Crimes. YaleLJ 82 (1973), p. 1274-1304.

Heydecker, Joe J. / Leeb, Johannes, Der Nürnberger Prozeß. Bilanz der Tausend Jahre 4ª edición. Colonia, 1995.

Higgins, Rosalyn, The General International Law of Terrorism. En: Rosalyn Higgins/ Maurice Flory (eds.), Terrorism and International Law. Londres/Nueva York, 1997, p. 13-29.

Hilgendorf, Eric, Was meint "zur Tat bestimmen" in § 26 StGB. Jura 1996, p. 9-13.

Hilgers, Benno Maria, Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter. Friburgo en Brisgovia, 2000.

Hirsch, Hans-Joachim, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel. En: FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln. Colonia, entre otras, 1988, p. 399-427.

— Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht. En: Hans-Joachim Hirsch/Thomas Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland. Berlín, 1989, p. 65-79.

— Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im Verbrechenssystem aus deutscher Sicht. En: Albin Eser/Walter Perron (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Band III. Friburgo en Brisgovia, 1991, p. 27-54.

— Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft? En: Manfred Seebode (ed.), FS für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992. Berlín, 1992, p. 43-58.

— Zur Lehre von der objektiven Zurechnung. En: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, (eds.). FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. Múnich, 1998, p. 119-142.

— Rechtfertigungsfragen und Judikatur des Bundesgerichtshofs. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 199-236.

Hnatyshyn, Ramon, Domesticating the Nuremberg Principles: The Canadian "War Crimes" Legislation. En: Irwin Cotler (ed.), Nuremberg Forty Years Later. Montreal, entre otras, 1995, p. 33-44.

Hockett, Jeffrey D., Justice Robert Jackson, the Supreme Court, and the Nuremberg Trial. SCR 1990, p. 257-299.

Hodenberg, Hodo Freiherr von, Zur Anwendung des KRG Nr. 10 durch deutsche Gerichte. SJZ 1947, p. 113-136.

Höffe, Otfried, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung. Múnich, 1999.

— Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Fráncfort del Meno, 1999.

— Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen. En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 307-337.

Höhne, Heinz, Der Orden unter dem Totenkopf. Die Geschichte der SS. Múnich, 1967 (reimpresión sin indicación de año).

Holthusen, Hans E., Hannah Arendt, Eichmann und die Kritiker. ViertJZeitgeschichte 1965, p. 178-190.

Holtzman, Elizabeth, United States Involvement with Nazi War Crimes. NewYorkLSJI&CL 11 (1990), p. 337-345

Honig, Richard M., Das amerikanische Strafrecht. En: Edmund Mezger/Adolf Schönke/Hans-Heinrich Jescheck (eds.), Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Band 4. Berlín, 1962, p. 7-262.

Hörmann, Günter, Barbie und die Nürnberger Prinzipien. DuR 1986, p. 135-136.

Horn, Eckhard, Irrtum. En: Gerhard Ulsamer (ed.), LdR/Strafrecht, Strafverfahrensrecht. 2ª edición. Neuwied, 1996, p. 459-464.

Horwitz, Solis, The Tokyo Trial. Nueva York, 1950.

Howard, Kenneth, Command Responsibility for War Crimes. JournPL 21 (1972), p. 7-22.

Hoyer, Andreas, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen. Múnich, 1998.

— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen. Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatwirtschaftliche Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 183-208.

Hruschka, Joachim, Strukturen der Zurechnung. Berlín, 1976.

— Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe. JR 1983, p. 177-181.

— Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes. En: Karl Heinz Gössel/Hans Kauffmann (eds.), Strafverfahren im Rechtsstaat. FS für Theodor Kleinknecht. Múnich, 1985, p. 191-202.

Huber, Barbara, Landesbericht England und Wales. En: Walter Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 11-87.

— Alleinhandeln und Zusammenwirken aus englischer Sicht. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 79-91.

— (ed.), Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts. Friburgo en Brisgovia, 2000.

Hugueney, Louis, Le proces de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international. RIDP 1948, p. 277-280.

Huhle, Rainer, Ein Schritt vorwärts – und zwei zurück? Der "Fall Letelier" im Prozeß der Rückgewinnung von Demokratie und Rechtstaatlichkeit in Chile. En: Detlef Nolte (ed.), Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika. Fráncfort del Meno, 1996, p. 182-203.

Hunt, *David*, The International Criminal Court – High hopes, "creative ambiguity" and an unfortunate mistrust in international judges. JICJ 2004, p. 56-70.

HRW, Genocide, War Crimes, Crimes against Humanity: Topical digest of the case law of the ICTR and ICTY, Nueva York, entre otras, 2004.

HRW/A, The Ties that Bind: Colombia and Military-Paramilitary Links. Nueva York, 2000.

Hummel, Hartwig (ed.), Völkermord – friedenswissenschaftliche Annäherungen. Baden-Baden, 2001.

Hünerfeld, Peter, Alleinhandeln und Zusammenwirken aus französischer Sicht. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 43-56.

— Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland. ZStW 99 (1987), p. 228-250.

Husa, Jaakko, Classification of legal families today. Is it time for a memorial hymn? Revue International de Droit Comparé 2004, p. 11-38.

Husak, Douglas N., The Serial View of Criminal Law Defenses. CLF 3 (1992), p. 369-400.

Ingelfinger, Ralph, Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit. Berlín, 1992.

International Atomic Energy Agency (IAEA), Convention on the Physical Protection of Nuclear Material. Viena, 1982.

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, Yearbook 1995. La Haya, 1996.

IMG, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof, Nürnberg 14.11.1945 - 1.10.1946. Núremberg, 1947, 42 t.

Ipsen, Knut, Zum Begriff des "internationalen bewaffneten Konflikts". En: Jost Delbrück/Knut Ipsen/Dietrich Rauschning (eds.), Recht im Dienste des Friedens. FS für Eberhard Menzel zum 65. Geburtstag am 21. Januar 1976. Berlín, 1975, p. 405-425.

— Völkerrecht. 5° edición Múnich 2004 (en coautoría con Volker Epping, Horst Fischer, Christian Gloria, Wolff Heintschel von Heinegg, Hans Joachim Heintze).

Ishii, Ryosuke (ed.), Meiji bunkashi (historia de la cultura Meiji), t. 2: Hoseihen (legislación). Tokio (Yoyosha) 1954 (en japonés).

Jäger, Christian, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr. Múnich, 1996.

Jäger, Herbert, Bemerkungen zum Eichmann-Prozess. MschrKrim 1962, p. 73-83.

— Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrechen. KJ 1968/69, p. 143-157.

— Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen. MschrKrim 1980, p. 358-365.

— Verbrechen unter totalitäre Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität. Fráncfort del Meno, 1982 (primera edición 1967).

— Entwicklungen zu abweichender Konformität und kriegsähnlichem Handeln. Rückblick auf ein Teilprojekt der Terrorismusforschung. KrimJ 1983, p. 131-140.

— Versuch über Makrokriminalität. StV 1988, p. 172-179.

— Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt. 1989.

— Menschheitsverbrechen und die Grenzen des Kriminalitätskonzepts. Theoretische Aspekte der Einsetzung eines UN-Kriegsverbrechertribunals. KritV 1993, p. 259-275.

— Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts. En: Gerd Hankel/Gerhard Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen. Hamburgo, 1995, p. 325-354.

— Ist Politik kriminalisierbar? En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Fráncfort del Meno, 1998, p. 121-138.

Jagusch, Heinrich, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone. SJZ 1949, Sp. 620-624.

Jahrreiss, Hermann, Der Bruch des zwischenstaatlichen Friedens und seine Strafbarkeit. Plädoyer vor dem Internationalen Militärgerichtshof zu Nürnberg. Sin de lugar de edición, 1946.

Jakobs, Günther, Schuld und Prävention. Tubinga, 1976.

— Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm. En: Hans Göppinger/Paul H. Bresser (eds.), Sozialtherapie. Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auf-fälligkeiten im Strafrecht. Bericht über die XXI. Tagung der Gesellschaft für die gesamte Kriminologie vom 8.-10. Oktober 1981 in Saarbrücken. Stuttgart, 1982, p. 127-142.

— Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. ZStW 97 (1985), p. 751-785.

— Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch. En: Josef Isensee (ed.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem. Berlín, 1992, p. 37-64.

— Strafrecht. AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe. 2ª edición. Berlín, entre otras, 1993 (reimpresión inalterada de la 2ª edición de 1991).

— Untaten des Staates – Unrecht im Staat. GA 1994, p. 1-19.

— Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. ZStW 107 (1995), p. 843-876.

— Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.7.1994 – 5 StR 98/94. NStZ 1995, p. 26-27.

— Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen. En: Hans-Heiner Kühne (ed.), FS für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses. Baden-Baden, 1995, p. 419-436.

— Norm, Person, Gesellschaft. Berlín, 1997.

— La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente. Estudios de Derecho Judicial (Consejo General del Poder Judicial Xunta de Galicia) 20 (1999), p. 121-145 (traducción parcial del artículo publicado en Eser/Burkhardt/Hassemer).

— Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. En: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (eds.), Verantwortung in Recht und Moral. Referate der Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt a.M. Stuttgart, 2000, p. 57-72.

— Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 47-56.

— Einleitung. En: Albin Eser/Keiichi Yamanaka (ed.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen. Baden-Baden, 2001, p. 209-210.

— Personalität und Exklusion im Strafrecht. En: Nestor Courakis (ed.), FS für Dionysios Spinellis, Atenas 2001, p. 447-467.

— Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. HRRS März 2004, 88-95 <www.hhr-strafrecht.de>.

En castellano: Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. En: Cancio/ Jakobs, Derecho penal del enemigo, Madrid, 2003, p. 19-56.

Janssen, Sander, Mental condition defences in supranational criminal law, ICLR 4 (2004), 83-98.

Jarasch, Frank, Der internationale Strafgerichtshof. Das Ergebnis von Rom und seine Bedeutung. S+F 1998, p. 213-219.

Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo, GG für die Bundesrepublik Deutschland. 5ª edición. Múnich, 2000.

Jareborg, N., Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code (1980). RIDP 52 (1981), p. 519-527.

Jennings, Robert / Watts, Arthur, Oppenheim's International Law. Volume I – Peace. 9ª edición. Essex 1992.

Jescheck, Hans-Heinrich, Kriegsverbrecherprozesse gegen deutsche Kriegsgefangene in Frankreich. SJZ 1949, p. 107-116.

— Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn, 1952.

— Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht. ZStW 66 (1954), p. 193-217.

— Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung. Tubinga, 1955.

— Gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten der Entwurfsarbeiten auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts. En: Hilde Kaufmann/Erich Schwinge/Hans Welzel (eds.), Erinnerungsgabe für Max Grünhut. Marburg, 1965, p. 47-60.

— Entwicklung, gegenwärtiger Stand und Zukunftsaussichten des internationalen Strafrechts. GA 1981, p. 49-70.

— Development, Present State and Future Prospects of International Criminal Law. RIDP 52 (1981), p. 337-362.

— Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat. ZStW 99 (1987), p. 111-151.

— Die Schuld im Entwurf eines StGB für England und Wales im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht. En: Klaus Geppert/ Joachim Bohnert/ Rudolf Rengier (eds.), FS für Rudolf Schmitt. Tubinga, 1992, p. 56-76.

— Der internationale Strafgerichtshof. Vorgeschichte, Entwurfsarbeiten, Statut. En: Günter Bemmann/Dionysios D. Spinellis (eds.), Strafrecht-Freiheit-Rechtsstaat. FS für G.-A. Mangakis. Atenas, 1999, p. 483-499.

— The general principles of International Criminal Law set out in Nuremberg, as mirrored in the ICC Statute, JICJ 2 (2004), 38-55.

Jescheck, Hans-Heinrich / Ruß, Wolfgang / Willms, Günther (eds.), StGB. LK. 10ª edición (1985), 11° edición (1992 ss.) Berlín, (cit.: LK-autor, año).

Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. AT 5ª edición, Berlín, 1996.

Jia, Bing Bing, The Doctrine of Command Responsibility in International Law. NILR XLV (1998), p. 325-47.

Jiménez de Asúa, Luis, Principios de derecho penal. La Ley y el delito. Buenos Aires, 1958 (edición de 1990)

Johnson, D.H.N., The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. ICLQ 1955, p. 445-468.

— The Defence of Superior Orders. AustralYIL IX (1985), p. 291-314.

Jones, Elvyn, Nuremberg in Retrospect. IntProblems 1974 (special issue), p. 181-190.

Jones, R.W.D./Carlton-Hancilies C./Kah-Jallow, H./Scratch, S./Yillah, I., The Special Court for Sierra Leone: A defence perspective. JICJ 2 (2004), p. 211-230.

Jung, Heike, Der Einfluß des englischen Rechts im südafrikanischen Strafrecht. Bonn, 1973.

— Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer, in: Eser/Huber/Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 175- 197.

Jung, Susanne, Die Rechtsprobleme der Nürnberger Prozesse. Tubinga, 1992.

Kadish, Sanford H., Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine. En: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band II. Friburgo en Brisgovia, 1988, p. 1189-1326.

— Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review. CalLR 87 (1999), p. 943-972.

Kafka, Gustav, Kollektiver Schuldspruch und persönliches Verschulden. SchwZStr 1949, p. 223-235.

Kahlo, Michael, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Berlín, 1990.

Kaiser, Günther, Kriminologie. 3ª edición. Heidelberg, 1996.

Kalshoven, Frits, Belligerent Reprisals. Leiden, 1971.

— Belligerent Reprisal Revisited. NYIL 1990, p. 43-80.

Kämmerer, Jörn Axel, Kriegsrepressalie oder Kriegsverbrechen? Zur rechtlichen Beurteilung der Massenexekutionen von Zivilisten durch die deutsche Besatzungsmacht im Zweiten Weltkrieg. AVR 1999, p. 283-317.

Kaplan, John, Mistake of Law. En: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band II. Friburgo en Brisgovia, 1988, p. 1125-1148.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, editado por Gerd Pfeiffer. 4ª edición. Múnich, 1999 (cit. KK y autor).

Kastner, Klaus, "Der Dolch des Mörders war unter der Robe des Juristen verborgen": Der Nürnberger Juristenprozeß 1947. JA 1997, p. 699-706.

— Der Nürnberger Prozeß. Das Internationale Militärtribunal 1945-1946. JA 1995, p. 802-811.

Kauffmann, Kurt, The Nuremberg Trial in Retrospect. WhitLR 1987, p. 537-552.

Kaufmann, Armin, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. En: Günther Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos (eds.), FS für Hans Welzel. Berlín, entre otras, 1974, p. 393-414.

— Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft. En: Hans-Heinrich Jescheck/Jhon-Won Kim/Haruo Nishihara/Hans-Ludwig Schreiber (eds.), GS für Zong Uk Tjong. Tokio, 1985, p. 100-111.

Kaufmann, Arthur, Die Parallelwertung in der Laiensphäre. Múnich, 1982.

Kaul, Hans-Peter, Der Internationale Strafgerichtshof: Das Ringen um seine Zuständigkeit und Reichweite. HuV 1998, p. 138-144.

Keijzer, Nico, Military Obedience. Alphen aan den Rijn, 1978.

— Participation in Crime – Developments in Dutch Law. En: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (eds./eds.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki, 1992, p. 491-502.

Kelker, Brigitte, Der Nötigungsnotstand. Berlín, 1993.

Kelsen, Hans, Collective and Invidivual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals. CalLR 1943, p. 530-571.

— Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law. ILQ 1947, p. 153-171.

— Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. 2ª reimpresión de la segunda edición que incorpora un prólogo (Tubinga, 1923), Aalen, 1984.

Kienapfel, Diethelm, Der Einheitstäter im Strafrecht. Fráncfort del Meno, 1971.

Kindhäuser, Urs, Gefährdung als Straftat. Fráncfort del Meno, 1989.

— Zur Unterscheidung von Tat und Rechtsirrtum. GA 1990, p. 407-423.

— Strafrecht. AT 2ª edición, Baden-Baden, 2002.

King, Faiza Patel / La Rosa, Anne-Marie, The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994-1996. EJIL 8 (1997), p. 123-179.

Kirsch, Philippe, Introduction. En: Herman von Hebel/Johan G. Lammers/Jolien Schukking (eds.), Reflections on the ICC. Essays in Honour of Adriaan Bos. La Haya, 1999, p. 1-10.

— The ICC: Current Issues and Perspectives. LCP 64 (2001), p. 3-11.

Kirsch, Philippe / Holmes, John T., The Rome Conference on an ICC: The Negotiating Process. AJIL 93 (1993), p. 2-12.

Kittichaisaree, Kriangsak, International Criminal Law. Oxford (Inglaterra), 2001.

Klein, Eckart, Die Bedeutung der Nürnberger Prozesse für die Bewältigung des SED-Unrechts. ZRP 1992, p. 208-213.

Klip, André / Sluiter, Göran (eds.), Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The ICTY 1993-1998. Amberes, entre otras, 1999.

— Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999. Amberes, entre otras, 2001.

Klug, Ulrich, Die antinormative Kraft des Faktischen. Oder: Die Anwendung der Nürnberger Prinzipien in bundesdeutschen Strafprozessen. En: Günther Kohlmann (ed.), Rechtsphilosophie – Menschenrechte – Strafrecht. Colonia, 1994, p. 227-233.

Knauer, Christoph, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht. Múnich, 2001.

Knieriem, August von, Nürnberg. Rechtliche und menschliche Probleme. Stuttgart, 1953.

Knocke, Brigitte / Lüder, Sascha Rolf, Der Internationale Strafgerichtshof für Ruanda. HuV 1996, p. 214-215.

Köck, Heribert Franz, Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention. Zur Bedeutung der Artikel 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention. Berlín, 1976.

Koessler, Maximilian, American War Crimes Trials in Europe. GeorgetownLJ 1950, p. 18-112.

Köhler, Michael, Strafrecht. AT Berlín, entre otras, 1997.

— Der Begriff der Zurechnung. En: Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), FS für Hans Joachim Hirsch zu 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlín/Nueva York, 1999, p. 65-81.

— Zum Begriff des Völkerstrafrechts. Jb. Recht und Ethik 11 (2003), 435-467.

Komarov, Gary, Individual Responsibility under International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems. ICLQ 29 (1980), p. 21-37.

Koriath, Heinz, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlín, 1994.

Korte, *Marcus*, Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund, Baden Baden, 2004

Kotsalis, Leonidas G., Die mittelbare Täterschaft und deren Abgrenzung von der Anstiftung unter besonderer Berücksichtigung der Akzessorietät der Teilnahme. Ein rechtsvergleichender Beitrag der Teilnahmelehre aus dem Blickwinkel der formal-objektiven Theorie und der animus-Theorie. Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen. Tubinga, 1975.

Kötz, Hein, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik. RabelsZ 1990, p. 203-216.

Kranzbühler, Otto, Rückblick auf Nürnberg. Hamburgo, 1949.

Kraus, Herbert, Gerichtstag in Nürnberg. Hamburgo, 1947.

Krause, Friedrich W., Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Jura 1980, p. 449-455.

Krauß, Detlef, Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand. Gotinga, 1963.

Kremnitzer, Mordechai, The World Community as an International Legislator in Competition with National Legislators. En: Albin Eser/Otto Lagodny (eds.), Principles and Procedure for a New Transnational Criminal Law. Friburgo en Brisgovia, 1992, p. 337-349.

— The Demjanjuk Case, Israel Yearbook on Human Rights 24 (1994), p. 269-295.

Kreß, Claus, Friedenssicherungs- und Konfliktvölkerrecht auf der Schwelle zur Postmoderne. Das Urteil des internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien (Appeals Chamber) im Fall Tadic vom 2. Oktober 1995. EuGRZ 1996, p. 638-648.

— Strafen, Strafvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des Internationalen Strafgerichtshofes. HuV 1998, p. 151-161.

— Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. HuV 1999, p. 4-10.

— Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Die Bewer-

tung von Tötungen im Nötigungsnotstand durch die Rechtsmittelkammer des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien im Fall Erdemovic. ZStW 111 (1999), p. 597-623.
— Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg. En: Horst Fischer/Sascha Rolf Lüder (eds.), Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem internationalen Strafgerichtshof. Beiträge zur Entwicklung einer effektiven internationalen Strafgerichtsbarkeit. Berlín, 1999, p. 15-62.
— Vom Nutzen eines deutschen VölkerStGBs. Baden-Baden, 2000.
— Völkerstrafrecht in Deutschland. NStZ 2000, p. 617-626.
— War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice. IYHR 30 (2000), 103-177.
— § 220a StGB/§ 6 VStGB. En: MüKo, Band 3, Múnich, 2003, p. 638-671 (cit. por § y nm).
— The Iraqi Special Tribunal and the crime of aggression. JICJ 2 (2004), p. 347-352.

Kreß, Claus / Lattanzi, Flavia (eds.), The Rome Statute and Domestic Legal Orders. Volume I. Baden-Baden/Ripa Fagnano Alto (Italia) 2000.

Kreuter, Jens, Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts. Reaktionen auf Verbrechen aus Gehorsam aus rechtsethischer Sicht. Gütersloh, 1997.

Krüger, Sven, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft. Francfort del Meno, 1994.

Kühl, Kristian, Strafrecht. AT 4ª edición. Múnich, 2002.

— Freiheit und Solidarität bei den Notrechten. En: Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), FS für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlín/Nueva York, 1999, p. 259-276.
— Der Beitrag der Strafrechtswissenschaft zur Europäisierung des Strafrechts. En: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Wolfgang Hromadka (eds.), Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. FS für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag. Múnich, 2000, p. 613-625.

Kuhlen, Lothar, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzauschließendem Irrtum. Fráncfort del Meno, entre otras, 1987.

Kunz, Josef L., The United Nations Convention on Genocide. AJIL 43 (1949), p. 738-746.

Küper, Wilfried, Der "verschuldete" rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur "actio illicita in causa". Berlín, 1983.
— "Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung. JZ 1986, p. 219-229.
— Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstands. Heidelberg, 1986.
— Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. Notstand, Pflichtenkollision und Handeln auf dienstliche Weisung. JuS 1987, p. 81-92; también (con otro título) en: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band I. Friburgo en Brisgovia, 1987, p. 315-362.
— Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip. JZ 1989, p. 935-949.

— "Teilverwirklichung" des Tatbestands: ein Kriterium des Versuchs? JZ 1992, p. 338-347.

Küpper, Georg, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme. GA 1986, p. 437-449.

— Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik. Berlín, 1990.

— Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft. ZStW 105 (1993), p. 295-305.

— Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen. GA 1998, p. 519-529.

Kurtenbach, Sabine, Guerillabewegungen in Kolumbien. En: Werner Altmann/Thomas Fischer/Klaus Zimmermann (eds.), Kolumbien heute. Politik, Wirtschaft, Kultur. Fráncfort del Meno, 1997, p. 235-254.

Küster, Otto, Korreferat (zu Grewe). En: Stuttgarter Privatstudiengesellschaft (ed.), Nürnberg als Rechtsfrage. Eine Diskussion. Stuttgart, 1947, p. 55-89.

Kuzmanovic, Tomislav Z., The Artukovic Case: Do the Means Justify the End? WiscILJ 6 (1987), p. 155-172.

Kwakwa, Edward K., The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application. Dordrecht entre otras, 1992.

Lachs (ohne Vorname), Le Judgement de Nuremberg. RIDP 1946, p. 398-404.

Lackner, *Karl* / *Kühl*, *Kristian*, StGB mit Erläuterungen. 24ª edición. Múnich, 2001 (cit. Lackner/Kühl, año).

Lador-Lederer, J., The Eichmann Case Revisited. IYHR 1984, p. 55-79.

— The Nuremberg Judgement Revisited: The Bernays postulate. NILR 1983, p. 360-373.

LaFave, Wayne R., Criminal Law 4ª ed., St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2003.

— Substantive criminal law, tomo 2, 2ª ed. St. Paul, Minn., West Publ., 2003.

LaFave, W. / Scott, Austin W., Substantive criminal law, t. 1, 2ª ed. – Sect. 1.1 a 8.4 - St. Paul, Minn., West Publ., 2003.

Lagodny, Otto, Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs. ZStW 113 (2001), p. 800-826.

Lahti, *Raimo*, Towards harmonization of general principles of international criminal law. En: AIDP (ed.), International Criminal Law: Quo vadis? Toulouse 2004, p. 345-351.

Lambert, Joseph J., Terrorism and Hostages in International Law. A Commentary on the Hostages Convention 1979. Cambridge (Inglaterra), 1990.

Lampe, Ernst-Joachim, Systemunrecht und Unrechtssysteme. ZStW 106 (1994), p. 683-745; en castellano: Injusto del sistema y sistema de injusto, en: Lampe, La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, Lima 2003, p. 97-179.

— Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts. En: Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), FS für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlín/Nueva York, 1999, p. 83-104.

— Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems. En: Bernd Schünemann/ Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 45-68.

Landa Gorostiza, Jon-Mirena, El 'nuevo' crimen de lesa humanidad: una primera aproximación, RP 14 (2004), 70-90.

Landrum, Bruce D., The Yamashita War Crimes Trial: Command Responsibility Then and Now. Military Law Review 149 (1995), p. 293-301.

Lange, Richard, Die notwendige Teilnahme. Berlín, 1940.

Langston, Emily, The superior responsibility doctrine in international law etc. ICLR 4 (2004), p. 141-183.

Larenz, Karl / Canaris,Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 3ª edición. Berlín, entre otras, 1995.

Lasok, D., The Eichmann Trial. ICLQ 1962, p. 355 -374.

Laternser, Hans, Looking Back at the Nuremberg Trials with Special Consideration of the Process against Military Leaders. WhitLR 1986, p. 557-580.

Lattanzi, Flavia, Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Berlín, 2001, p. 473-504.

Laurenzo Copello, Patricia, Dolo y conocimiento. Valencia, 1999.

— Hacia la CPI: los aspectos penales del Estatuto de Roma. JpD julio 2000, p. 93-103.

Lauterpacht, Hersch, The Law of Nations and the Punishment of War Crimes. BYIL 21 (1944), p. 58-95.

LRC, Report 31. Recodifying Criminal Law. Montreal, 1987.

Lawrence, Frank, The Nuremberg Principles: A Defense for Political Protesters. HastingsLJ 1989, p. 397-436.

Layeb, Allaoua, The Need for an International Convention against Mercenaries and Mercenarism. AfricanJI&CL 1 (1989), p. 466-483.

Leavy, Zad, The Eichmann Trial and the Role of Law. ABAJ 1962, p. 820-825.

Leben, Charles, The Canging Structure of International Law Revisited. By way of Introduction. EJIL 1997, p. 399-408.

Lee, Roy S. (ed.), The ICC. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results. La Haya, entre otras, 1999.

— The ICC. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence. Nueva York, 2001.

Lehleiter, Gunther, Der rechtswidrige verbindliche Befehl. Fráncfort del Meno, 1995.

Lemkin, Raphael, Akte der Barbarei und des Vandalismus als delicta juris gentium. InternAbl 1933, p. 117-119.

— Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress. Washington D.C., 1944.

— Le génocide. RDPC 1946, p. 183-187.

— Genocide as a Crime under International Law. AJIL 41 (1947), p. 145-151.

Lenckner, Theodor, Der rechtfertigende Notstand. Tubinga, 1965.

Leo, Gerhard, Internationale Aspekte des Eichmann-Prozesses. Deutsche Aussenpolitik (Berlín oriental), 1961, p. 1447-1453.

Lerner, Natan, The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. Alphen aan den Rijn/Rockville, 1980.

Lesch, Heiko, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung. ZStW 105 (1993), p. 271-294.

— Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision. Colonia, entre otras, 1999.

— Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft? JA 2000, p. 73-78.

Lescure, Karin / Trintignac, Florence, International Justice for the Former Yugoslavia. The Working of the International Tribunal of the Hague. La Haya/Londres/Boston, 1996.

Levasseur, G., Nuremberg: Ce qu'il en reste. RDC 1976, p. 25-39.

Levie, Howard S., Some Comments on Professor D'Amato's "paradox". AJIL 80 (1986) p. 608-611.

— Command responsibility. JournLS 8 (1997/98), p. 1-18.

Levy, Robert, Some International Conclusions of the Eichmann Trial. Yad Vashem Bull. 1962, p. 26-29.

Liebs, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Múnich, 1982.

Lindenmann, Jürgen, Die Arbeiten der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof – Anmerkungen aus Schweizer Sicht. HuV 1999, p. 213-216.

Lippert, David J., The Eichmann Case and the Nuremberg Trials. ABAJ 1962, p. 738-741.

Lippman, Matthew, Nuremberg and American Justice. NotreDJLE&PP 5 (1991), p. 951-977.

— Nuremberg: Forty Years Later. ConJIL 1991, p. 1-64.

— The other Nuremberg: American Prosecution of Nazi War Criminals in Occupied Germany. IndianaICLR 1992, p. 1-100.

— Conundrums of Armed Conflict: Criminal Defenses to Violations of the Humanitarian Law of War. DickinsonJIL 15 (1996), p. 1-111.

— The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty years later. ArizJICL 1998, p. 415-514.

— The Evolution and Scope of Command Responsibility. LJIL 13 (2000) p. 139-170.

Liskofsky, Sidney, The Eichmann Case. AmJewYB 1961, p. 199-208.

López Barja de Quiroga, Jacobo, Autoría y Participación. Madrid, 1996.

López Peregrín, Mª Carmen, La complicidad en el delito. Valencia, 1997.

Low, Peter W., The Model Penal Code, the Common Law and Mistakes of Fact: Recklessness, Negligence, or Strict Liability? RLJ 19 (1988), p. 539-567.

Lozier, Marion E., Nuremberg: A Reappraisal. ColJTL 2 (1963), p. 64-77.

Lüder, Sascha Rolf, Die Ausliegerung des mutmaßlichen Kriegsverbrechers Erich Priebke durch Argentinien an Italien – Der aktuelle Fall. HuV 1996, p. 32-36.

— Das Internationale Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien. S+F 1998, p. 205-213.

Lüder, *Sascha-Rolf / Vormbaum,* Thomas, Materialien zum VölkerStGB. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens. Münster 2002.

Lüderssen, Klaus, Zum Strafgrund der Teilnahme. Baden-Baden, 1967.

— Der Typus des Teilnehmertatbestands. En: Hans-Heiner Kühne (ed.), FS für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses. Baden-Baden, 1995, p. 449-464.

— Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken. ZStW 107 (1995), p. 877-906.

— Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen. Fráncfort del Meno, 1998, p. 25-118.

— Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung. En: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß (eds.), FS für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag. Baden-Baden, 1999, p. 329-350.

— Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 883-910.

Luhmann, Niklas, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. 3ª edición. Berlín, 1965 1986.

— Das Recht der Gesellschaft. Francfort del Meno, 1993, 2ª edición. 1997.

Lukashuk, Igor I., International Illegality and Criminality of Aggression. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990, p. 121-140.

— The Nuremberg and Tokyo Trials: 50 Years Later. RCEEL 1994, p. 207-216.

Luzón Peña, Diego-Manuel, Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 97-106.

Luzón Peña, Diego-Manuel / Díaz y García Conlledo, Miguel, Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 575-608.

Maga, Tim, Judgement at Tokyo. Lexington, 2001.

Magalhães Noronha, E., Direito penal. Volume 1. Introdução e parte geral, 37ª edición. San Pablo 2003.

Magliveras, Konstantin D., A Critical Analysis of the U.N. Convention for the Suppression of Terrorist Bombings. IELR 1998, p. 298-305.

Maier, Julio, Die strafrechtliche Aufarbeitung von staatlich gesteuertem Unrecht in Argentinien. ZStW 107 (1995), p. 143-156.

Maiwald, Manfred, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte. JuS 1981, p. 473-483.

— Literaturbericht. Strafrecht AT und Besonderer Teil. ZStW 93 (1981), p. 864-901.

— Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung. En: Hans-

Heiner Kühne (ed.), FS für Koichi Miyazawa: Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses. Baden-Baden, 1995, p. 465-482.

— Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch. En: Karl-Heinz Gössel/Otto Triffterer (eds.), GS für Heinz Zipf. Heidelberg, 1999. p. 255-270.

Major, Marie-France, Mercenaries and International Law. GeorgiaJI&CL 22 (1992), p. 103-150.

Makarov, Alexander, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht. En: Born/Lange (eds.), FS für Eduard Kern. Tubinga, 1968, p. 253-273.

Malanczuk, Peter, Akehurst's Modern Introduction to International Law. 7ª edición. Londres/Nueva York, 1997.

Malekian, Farhad, International Criminal Responsibility. En: M. Cherif Bassiouni (ed.), International Criminal Law. Volume I. 2ª edición. Nueva York, 1999, p. 153-221.

Mallard, William D. Jr., Nuremberg – a Step Forward? IntL 1970, p. 673-681.

Manacorda, Stefano, Die allgemeine Lehre von der Straftat in Frankreich: Besonderheiten oder Lücken in der französischen Strafrechtswissenschaft? GA 1998, p. 124-126.

Mangoldt, Hermann v., Das Kriegsverbrechen und seine Verfolgung in Vergangenheit und Gegenwart. Eine völkerrechtliche Studie. JbIntR 1948, p. 283-334.

Mantovani, Ferrando, The general principles of international criminal law: The viewpoint of a national criminal lawyer, JICJ 1 (2003), p. 26-38.

Marchisio, Sergio, The Priebke Case before the Italian Military Tribunals: A Reaffirmation of the Principle of Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity. YbIHL. Volume 1. 1998. La Haya, 1998, p. 344-353.

Mariño Menéndez, Fernando M., Derecho Internacional Público. [Parte General] Madrid, 2ª edición. 1995.

Martines, Francesca, The Defences of Reprisals, Superior Orders and Duress in the Priebke Case before the Italian Military Tribunal. En:YIHL (YbIHL). Volume 1. 1998. La Haya, 1998, p. 354-361.

Martínez-Buján Pérez, Carlos, Derecho Penal Económico. Valencia, 1999.

Marx, Reinhard, Die Konvention der VN gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe. ZRP 1986, p. 81-85.

Marxen, Klaus, Beteiligung an schwerem systematischem Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Fráncfort del Meno, 1998, p. 220-236.

Marxen, Klaus / Werle, Gerhard, Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz. Berlín, entre otras, 1999.

Maschke, Günter, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen. Berlín, 1997.

Matas David, Prosecution in Canada for Crimes against Humanity, NewYorkLSJI&CL 11 (1991), p. 347-355.

— The Case of Imre Finta. UNBLJ 43 (1994), p. 283-297.

Maunz, Theodor / Dürig, Günter, GG. Kommentar. Band II, entrega 36ª. Múnich, octubre 1999 (cit.: M/D-autor, año).

Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz, Strafrecht AT Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat. 8ª edición. Heidelberg, 1992.

Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz, Strafrecht AT Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. 7ª edición. Heidelberg, 1989 (cit. Maurach-autor).

Mayer, Hellmuth, Der bindende Befehl im Strafrecht. En: August Hegler (ed.), FG für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag. Band I. Tubinga, 1930, p. 598-621.

McAuliffe de Guzman, Margaret, The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity. HRQ 22 (2000), p. 335-403.

McCormack, Timothy L.H., From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime. En: Timothy L.H. McCormack/Gerry J. Simpson (eds.), The Law of War Crimes. National and International Approaches. La Haya/Londres/Boston, 1997, p. 31-63.

McCormack, Timothy L.H. / Simpson, Gerry J., The International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: An Appraisal of the Substantive Provisions. CLF 1994, p. 1-55.

McCourbey, Hilaire, The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity. RDM 30 (1991), p. 217-249.

McDonald, Gabrielle Kirk / Swaak-Goldman, Olivia (eds.), Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume II. Part 1. Documents and Cases (documents). La Haya, entre otras, 2000.

McIntyre, Dina Ghandy, The Nuernberg Trials. PittsburghLJ 1962, p. 73-116.

Mellmann, Hartwig, Der rechtswidrige verbindliche militärische Befehl nach dem SoldG in der Fassung vom 22. April 1969. Tesis doctoral, Hamburgo, 1972.

Merkel, Reinhard, Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht. En: Sigfried Unseld (ed.), Politik ohne Projekt? Fráncfort del Meno, 1993, p. 298-332.

— Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), p. 437-454.

Merle, Marcel, Le Procès de Nuremberg et le Chatiment des Criminels de Guerre. Paris, 1949.

— Nuremberg vingt ans aprés. RDC 1967, p. 11-18.

Merle, Roger / Vitu, André, Traité de droit criminel. 7ª edición. París, 1997.

Meron, Theodor, War Crimes Law comes of Age. AJIL 92 (1998), p. 462-468.

— International Criminalization of Internal Atrocities. AJIL 89 (1995), p. 554-577.

— The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law. AJIL 90 (1996), p. 238-249.

— Is International Law Moving towards Criminalization? EJIL 9 (1998), p. 18-31.

— The Crimes under the Jurisdiction of the ICC. En: Herman von Hebel/Johan G. Lam-

mers/Jolien Schukking (eds.), Reflections on the ICC. Essays in honour of Adriaan Bos. La Haya, 1999, p. 47-55.

— The Humanization of Humanitarian Law. AJIL 94 (2000), p. 239-278

Mettraux, Guennael, Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the ICTY and ICTR, en Harv. Int'l. *J.* 43 (2002), p. 237-316.

Meyer, Maria-Katharina, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Colonia, entre otras, 1984.

Meyer-Arndt, Lüder, Beihilfe durch neutrale Handlungen? Wistra 1989, p. 281-287.

Meyrowitz, Henri, La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance a une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de Contrôle Allié. Paris, 1960.

Mezzetti, Enrico, Grounds for Excluding Criminal Responsibility. En: Flavia Lattanzi (ed.), The ICC. Comments on the Draft Statute. Nápoles, 1998, p. 147-157.

Mildt, Dick de, In the Name of the People: Perpetrators of Genocide in the Reflection of their Post-War Prosecution in West Germany. La Haya/Londres/Boston, 1996.

Militello, Vincenzo, Entschuldigungsgründe in der Neukodifizierung des Strafrechts. ZStW 107 (1995), p. 969-1002.

Mir Puig, Santiago, Das Strafrechtssystem im heutigen Europa. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 35-44.

— Derecho Penal. Parte General. 6ª edición. Barcelona, 2002.

Moccia, Sergio, Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 45-70.

Modolell González, Juan Luis, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva. Caracas, 2001.

Moltrecht, Horst, Das strafrechtliche Rückwirkungsverbot im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Londoner Statuts für den Internationalen Militärgerichtshof. Tesis doctoral, Gotinga, 1953.

Momtaz, Djamchid, War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the ICC. YIHL 2 (1999), p. 177-192.

Moreno Hernández, Moisés, Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Ontologismus v. Normativismus? En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 69-91.

Moreno-Torres Herrera, Mª Rosa, Tentativa de delito y delito irreal. Valencia, 1999.

Morgan, Edward M., Convention on the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others. Londres (Commonwealth Secretariat), 1989.

— International Convention against the Taking of Hostages. Londres (Commonwealth Secretariat), 1989.

Morowitz, Debbie, Prosecuting Nazi War Criminals in the US: The Time in which to Punish them is Running out. SyrJIL&Com 15 (1989), p. 257-284.

Morrison, Fred L., The Significance of Nuremberg for Modern International Law. MilLR 1995, p. 207-215.

Mosheim, Berthold, Die Arbeiten der Vereinten Nationen zur Frage der Rechte des Individuums und des Verbechens des Genocide. AVR 1950, p. 180-193.

Mueller, Gerhard O.W., Four Decades after Nuremberg: The Prospect of an International Criminal Code. ConJIL 1987, p. 499-507.

Mulisch, Harry, Strafsache 40/61. Eine Reportage über den Eichmann-Prozeß. Berlín, 1987.

Müller-Rappard, Ekkehart, L'ordre supérieur militaire et la responsabilité pénale du subordonné. Paris, 1965.

Mundis, Daryl A. / Gaynor, Fergal, Current Developments at the ad hoc International Tribunals. JICJ 2 (2004), 642-698.

Münch, Ingo von, Llandovery Castle Fall. En: Karl Strupp/Hans-Jürgen Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts II. Berlín, 1961, p. 420-421.

Muñoz Conde, Francisco, Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 213-228.

— Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En: Juan Carlos Ferré Olivé/Enrique Anarte Borrallo (eds.), Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva, 1999, p. 151-159.

— Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal. RP 5 (2000), p. 44-51.

— Dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho"? RP 6 (2000), p. 104-114 = Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate im Rahmen "nichtrechtsgelöster" Organisationen? En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 609-624.

— Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 199-211 (también en KritV, Sonderheft zum 60. Geburtstag von Winfried Hassemer, 2000, p. 121-131).

Muñoz Conde, Francisco / García Arán, Mercedes, Derecho Penal. Parte General. 5ª edición, Valencia 2002.

Murmann, Uwe, Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre. Berlín, 1993.

— Tatherrschaft und Weisungsmacht. GA 1996, p. 269-281.

— Versuchsunrecht und Rücktritt. Heidelberg, 1999.

Murphy, John F., Crimes against Peace at the Nuremberg Trial. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990, p. 141-153.

— Norms of Criminal Procedure at the IMT. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1999, p. 61-75.

Murphy, Sean D., Progress and Jurisprudence of the ICTY. AJIL 93 (1999), p. 57-97.

Mushkat, M., The Problems of the Eichmann Trial. Yad Vashem Bull. 1961, p. 6-8.
— Reactions to the Eichmann Trial. Yad Vashem Bull. 1963, p. 48-53.

Musmanno, Michael A., The Objections in Limine to the Eichmann Trial. TempleLQ 1961, p. 1-22.

Muszkat, M., The Eichmann Trial – International Aspects. Yad Vashem Bull. 1962, p. 19-26.

Nahlik, Stanislaw E., From Reprisals to Individual Penal Responsibility. En: Astrid J.M. Delissen/Gerard J. Tanja (ed.), Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven. Dordrecht entre otras, 1991, p. 165-176.

Naucke, Wolfgang, Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Fráncfort del Meno 1996.
— Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität. En: Joachim Schulz/Thomas Vormbaum (eds.), FS für Günter Bemmann. Baden-Baden, 1997, p. 75-85.

Neidlinger, Hans-Joachim, Zur Abgrenzung von Anstifung und Beihilfe; insbesondere: der bedingt Tatentschlossene und Tatgeneigte. Tesis doctoral, Heidelberg, 1989.

Nellessen, Bernd, Der Prozess von Jerusalem. Ein Dokument. Düsseldorf/Viena, 1964.

*Nemitz, Jan Christoph, Aggra*vating and Mitigating Circumstances in International Humanitarian Law – The Erdemovic-case. HuV 1997, p. 22-27.

Nemitz, Jan Christoph / Wirth, Steffen, Der aktuelle Fall: Legal Aspects of the Appeals Decision in the Erdemovic-case: the Plea of Guilty and Duress in International Humanitarian Law. HuV 1998, p. 43-53.

Neumann, Ulfrid, Besprechung von Maria-Katharina Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. GA 1985, p. 474-477.
— Der strafrechtliche Nötigungsnotstand – Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund. JA 1988, p. 329-335.
— Ontologische, funktionale und sozialethische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen. Fráncfort del Meno, 1998, p. 391-405.
— Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs – Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 83-109.

Neumann, Ulfrid / Schild, Wolfgang, NK Band 1. AT 1° edición. Baden-Baden, 1995, entrega 7ª, marzo 2000 (cit. NK-autor, año de la entrega).

Niedermair, Harald, Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen. ZStW 107 (1995), p. 507-544.

Nill-Theobald, Christiane, Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts. ZStW 109 (1997), p. 950-972.
— "Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Friburgo en Brisgovia, 1998.

Nishida, Noriyuki, Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss. En: Albin Eser/Haruo Nishihara (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung IV. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 431-436.

Novoselec, Peter, Das neue kroatische Strafgesetz von 1998. ZStW 111 (1999), p. 521-538.

Ntanda Nsereko, Daniel D., Genocide: A Crime against Humanity. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya, entre otras, 2000, p. 113-140.

Núñez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Parte General II, 2ª edición. Buenos Aires, 1978.

Nuzinger, Thomas / Sauer, Dirk, Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. JZ 2000, p. 407-409.

O'Brien, Edward J., The Nuremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood. Military Law Review 149 (1995), p. 275-291.

O'Brien, William V., The Law of War, Command Responsibility and Vietnam. GeorgetownLJ 60 (1972), p. 605-664.

OECD, Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and related documents. Paris, 1997.

Oehler, Dietrich, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen für Handeln auf Befehl im französischen Recht. En: Günter Spendel (ed.), Studien zur Strafrechtswissenschaft. FS für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966. Würzburg, 1966, p. 237-249.

— Internationales Strafrecht, Colonia, entre otras, 2ª edición. 1983.

Oellers-Frahm, Karin, Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien. ZaöRV 1994, p. 416-445.

— Die Einsetzung des "Internationalen Tribunals über Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien" durch den Sicherheitsrat. En: Ulrich Beyerlin/Michael Bothe/Rainer Hoffmann/Ernst Ulrich Petersmann (eds.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. FS für Rudolf Bernhardt. Berlín, entre otras, 1995, p. 733-751.

Oellers-Frahm, Karin / Specht, Britta, Die Erdemovic Rechtsprechung des Jugoslawientribunals: Probleme bei der Entwicklung eines internationalen Strafrechts, dargestellt am Beispiel des Notstands. ZaöRV 1998, p. 389-414.

Oeter, Stefan, Kampfmittel und Kampfmethoden. En: Dieter Fleck (ed.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten. Múnich, 1994, p. 89-167.

Onagi, Akihiro, Kriegsverbrechen und Japan. Probleme der Vergangenheitsbewältigung. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Fráncfort del Meno. 1998, p. 207-219.

Osiel, Mark J., Obeying orders. Atrocity, Military Discipline and the Law of War. New Brunswick/Londres, 1999.

— Obeying orders. Atrocity, Military Discipline and the Law of War. CalLR 86 (1998), p. 939-1129.

Ostendorf, Heribert, Das Nürnberger Juristenurteil und seine Nachgeschichte. DuR 1985, p. 281-289.

— Die Auswirkungen der Nürnberger Prozesse auf die deutsche Justiz sowie für die Errichtung eines internationalen Strafgerichtshofs. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Fráncfort del Meno, 1998, p. 170-189.

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. 7ª edición. Berlín, entre otras, 2004.

— Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte. Berlín, entre otras, 6ª edición, 2002.

— Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft. Jura 1987, p. 246-258.

— "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe. En: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, (eds.), FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. Múnich, 1998, p. 193-225.

— Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union. Jura 2000, p. 98-106.

— Mittelbare Täterschaft und Verbotsirrtum. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 483-501.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Überlegungen zu § 111 StGB. § 111-wirklich ein janusköpfiger Tatbestand? En: Udo Ebert/Peter Rieß/Claus Roxin/Eberhard Wahle (eds.), FS für Ernst-Walter Hanack. Berlín/Nueva York, 1999, p. 591-624.

Pagliaro, *Antonio*, Principi di Diritto Penale, parte generale, 8ª edición, Milán, 2003.

Paliero, Carlo Enrico, Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht Italien. ZStW 110 (1998), p. 417-437.

Pannenbecker, Otto, The Nuremberg War-Crimes Trial. DPLR 1964/65, p. 348-358.

Paolo Reale, Ezechia (ed.), Lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Milán, 1999.

Papadatos, Peter, Der Eichmann-Prozess. BullIJK 1962, p. 14-21.

— The Eichmann Trial, Londres, 1964.

Parks, William H., Command Responsibility for War Crimes. Military Law Review 62 (1973), p. 1-104.

— A few Tools in the Prosecution of War Crimes, Military Law Review 149 (1995), p. 73- 85.

Paulson, Stanley L. / Banta, John S., The Killings at My Lai: "Grave Breaches" under the Geneva Conventions and the Question of Military Jurisdiction. HarvILJ 12 (1971), p. 345-355.

Paust, Jordan J., Universality and the Responsibility to Enforce International Criminal Law: No U.S. Sanctuary for Alleged Nazi War Criminals, HoustJIL 11 (1989), p. 337-344.

Paust, Jordan J. / Bassiouni, Cherif M. / Williams, Sharon A. / Scharf, Michael / Gurulé, Jimmy / Zagaris, Bruce, International Criminal Law. Cases and Materials. Durham (EEUU), 1996.

Peers, W.R., The My Lai Inquiry. Nueva York, Londres, 1979.

Pérez Alonso, Esteban Juan, La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal. Granada, 1998.

Perron, Walter, Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht. Ein Strukturvergleich strafrechtlicher Zurechnungssysteme. Baden-Baden, 1988.

— Rechtsvergleichender Querschnitt. En: Walter Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 549-608.

— Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung im System der Strafbarkeitsvoraussetzungen. En: Albin Eser/Haruo Nishihara (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Band IV. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 67-92.

— Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß. Berlín, 1995.

— Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? ZStW 109 (1997), p. 281-301.

— Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft? En: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, (eds.). FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. Múnich, 1998, p. 227-247.

— Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. En: Albin Eser (ed.), FS für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Band 5. Baden-Baden, 1998, p. 145-156.

Peters, Karl, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen. JR 1949, p. 496-502.

— Gedanken eines Juristen zum Eichmann-Prozess. Eckart Jb 1961, p. 229-251.

Phleps, Anja, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses. Aquisgrán, 1997.

Piccigallo, Philip R., The Japanese on Trial. Allied War Crimes Operations in the East, 1945-1951. Austin y Londres, 1979.

Pictet, Jean S. (ed.), Commentaire I. La Convention de Genéve pour l'amélioration du sort de blessés et des malades dans le forces armées en campagne. Ginebra, 1952.

Planzer, Antonio, Le crime de Génocide. St. Gallen 1956 (Tesis doctoral, Friburgo, Suiza).

Politoff, Sergio, Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado. Santiago de Chile 1999, reimpresión 2004.

Politoff, Sergio / Matus, Jean Pierre / Ramírez, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General, Santiago de Chile, 2003.

Powles, *Steven*, Joint criminal enterprise: criminal liability by prosecutorial ingenuity and judicial creativity. JICJ 2 (2004), p. 606-619.

Pradel, Jean, Droit pénal comparé. 2ª edición. París, 2002.

— Manuel de procédure pénale. 8ª/10ª edición. París, 1995/2000.

Prévost, Ann Marie, Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General T.yuki Yamashita. HRQ 14 (1992), p. 302-338.

Prinz, Barrett, The Treaty of Versailles to Rwanda: How the International Community Deals with War Crimes. TulJIL&CL 1998, p. 553-582.

Pritchard, John R. / Zaide, Magbanua Sonia, Preface. En: los mismos (eds.), The Tokyo War Crimes Trial, t. I. Nueva York y Londres, 1981, p. 1-16.

Prittwitz, Cornelius, Einleitung. En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Francfort del Meno 1998, p. 7-26.

— Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa. ZStW 113 (2001), p. 774-799.

Provost, René, Reciprocity in Human Rights and Humanitarian Law. The British Yearbook of International Law 65 (1994). Oxford (Inglaterra), 1995, p. 383-454.

Puppe, Ingeborg, Der objektive Tatbestand der Anstiftung. GA 1984, p. 101-123.

— Anm. zu OLG Düsseldorf NJW 2000, 167. NStZ 2001, p. 482-485.

Quaritsch, Helmut, Nachwort. En: Carl Schmitt, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege". Berlín, 1994, p. 125-247.

Quentin-Baxter, R.Q., The Task of the IMT at Tokyo. NZLJ 1949, p. 133-138.

Quintano Ripollès, A., Dix ans après Nuremberg. RIDP 1956, p. 45-57.

Rabofsky, Eduard, Le Procès de Nuremberg et sa signification actuelle. RIDC 1982, p. 77-90.

Radbruch, Gustav, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit. SJZ 1947, Sp. 131-136.

— Des Reichsjustizministeriums Ruhm und Ende. Zum Nürnberger Juristen-Prozess. SJZ 1948, Sp. 57-64.

Radlmaier, Steffen (ed.), Der Nürnberger Lernprozess. Von Kriegsverbrechern und Starreportern. Fráncfort del Meno 2001.

Ragués I Vallès, Ramón, El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, 1999.

— El Tribunal penal internacional. La última gran institución del siglo XX. La Ley nro. 5289 (17.4.2001), p. 1-6 y nro. 5290 (18.4.2001), p. 1-4.

— Überlegungen zum Vorsatzbeweis. En: GA 2004, p. 257-271

*Ramos Tapia, Maria Inmaculad*a, Die Entwicklung des Vorsatzbegriffs in der spanischen Strafrechtswissenschaft. ZStW 113 (2001), p. 401-418.

Ransiek, Andreas, Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 95-104.

Rasehorn, Theo, Zur "Renazifizierung" der Nachkriegsjustiz. ZRP 2000, p. 127-131.

Rashba, Jeffrey David, Finishing the Work of Nuremberg? Nazi War Criminals and American Law. Connecticut Law Review 20 (1988), p. 633-667.

Rau, Markus, Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR – Hat der Rechtsstaat gesiegt? NJW 2001, 3008-3014.

Rayfuse, Rosemary, The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating Disorders at the International Law Commission. CLF 8 (1997), p. 43-86.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. T. 2 (H-Z). 21ª edición. Madrid, 1992/1997.

Reale Júnior, Miguel, Instituições de Direito Penal. Volume I. Rio de Janeiro, 2002

Redaktion "NJ" (ed.), Der Politbüro-Prozeß. Eine Dokumentation. Baden-Baden, 2001.

Reed, Alan, Duress and Provocation as Excuses to Murder: Salutary Lessons from Recent Anglo-American Jurisprudence- JournTLP 6 (1996), p. 51-92.

Renzikowski, Joachim, Notstand und Notwehr. Berlín, 1994.

— Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Tubinga, 1997.

Reshetov, Iu. A., International Law and Crimes against the Laws and Customs of War. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990, p. 167-176.

— Development of Norms of International Law on Crimes against Humanity. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990, p. 199-212.

Richard, Lionel, La responsabilité du cinéma Nazi. Polémique autour du "Juif Süss". Le Monde Diplomatique Septembre 2001, p. 28.

Risse, Hirst, Die Hunde des Krieges an die Kette gelegt? Die Konvention der Vereinten Nationen gegen Söldnerumtriebe. Vereinte Nationen 38 (1990), p. 126-131.

Rittler, Theodor, Der Kampf gegen das politische Verbrechen seit dem zweiten Weltkrieg. SchwZStr 64 (1949), p. 138-162.

Robinson, Darryl, Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference. AJIL 93 (1999), p. 43-57.

— Crimes against Humanity: Reflections on State Sovereignity, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience. En: Flavia Lattanzi/William A. Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the ICC. Volume I. Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999, p. 139-169.

Robinson, Darryl / Hebel, Herman von, War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute. YIHL 2 (1999), p. 193-209.

Robinson, Nehemiah, The Genocide Convention. A commentary. Nueva York, 1960.

Robinson, Paul H., Criminal Law Defenses, 2 t., St. Paul, Minnesota, 1984 (cit. como Defenses I o II).

— Article 14: Defenses and Extenuating Circumstances. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 199-201.

Rocca, James V., Superior Orders as a qualified Defense in International Law. En: Herbert Miehsler/Erhard Mock/Bruno Simma/Ilmar Tammelo (eds.), Ius Humanitatis – FS zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross. Berlín, 1980, p. 607-630.

Rodrigues, Cristiano, Teorias da Culpabilidade. Rio de Janeiro, 2004.

Rodríguez Montañès, Teresa, Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidungen. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 307-330.

Roellecke, Gerd, Egon Krenz post portas. NJW 2001, 3024-3025.

Roesen, Anton, Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse. NJW 1964, p. 133-136.

— Nochmals: Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse. NJW 1964, p. 1111-1112.

Rogall, Klaus, Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten. GA 1979, p. 11-26.

— Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OwiG). ZStW 98 (1986), p. 573-623.

— Bewältigung von Systemkriminalität. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 383-438.

Rogat, Stefan, Die Zurechnung bei der Beihilfe. Fráncfort del Meno 1997.

Rogat, Yosal, The Eichmann Trial and the Rule of Law. Santa Barbara (California), 1961.

Rogers, A.P.V., Law on the Battlefield. Manchester y Nueva York, 1996.

Rojas Vargas, Fidel, Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Lima, 1997.

Röling, Bert, Criminal responsibility for violations of the Laws of War. RBDI XII (1976), p. 8-26.

Röling, B.V.A., Introduction. En: *B.V.A Röling*/Christiaan Frederik Rüter (eds.), The Tokyo Judgment, The IMTFE, volume I. Amsterdam, 1977, p. XI-XVII.

Romain, Alfred / Bader, Hans Anton / Byrd, Shraon, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Band. 1; Englisch-Deutsch, 5ª edición, Londres/Múnich, 2000.

Romano, Mario, "Strafwürdigkeit", "Strafbedürftigkeit" und Verbrechenslehre. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 107-120.

Romano, Giovanni / Grasso, *Mario*, Commentario sistematico del Codice Penale, t. II (Art. 85-149), Milán, 1996.

Rosenstock, Robert, Current Developments. The Forty-Eight Session of the International Law Commission. AJIL 91 (1997), p. 365-374.

Rössner, Dieter, Kriminalrecht als Kontrollinstitution. En: Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Fráncfort del Meno 1999, p. 121-139.

Rotberg, Hans Eberhard, Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar. 5ª edición. Múnich, 1975.

Rotsch, Thomas, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen. NStZ 1998, p. 491-495.

— Unternehmen, Umwelt und Strafrecht – Ätiologie einer Misere. Teil 1. wistra 1999, 321-327; Teil 2 wistra 1999, p. 368-375.

— Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft? ZStW 112 (2000), p. 518-562.

Rowe, Peter, The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The Decision of the Appeals Chamber on the Interlocutory Appeal on Jurisdiction in the Tadic Case. ICLQ 45 (1996), p. 691-701.

— Duress as a Defence to War Crimes after Erdemovic: a Laboratory for a Permanent Court? YIHL 1998, p. 210-228.

Roxin, Claus, Literaturbericht. AT ZStW 77 (1965), p. 60-105.

— *Li*teraturbericht. Strafrecht AT ZStW 78 (1966), p. 214-261.

— Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. En: FS für Richard M. Honig. Gotinga, 1970, p. 133-150.

— Der Anfang des beendeten Versuchs. En: Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf (eds.), FS für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag. Karlsruhe, 1972, p. 213-233.

— Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch. En: Hans Lüttger (ed.), FS für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag. Berlín, 1972, p. 251-276.

— Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen StGB. JuS 1973, p. 329-337.

— Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. 2ª edición. Berlín, 1973.

— "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. En: Claus Roxin/Hans-Jürgen Bruns/Herbert Jäger (eds.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. FS für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlín, entre otras, 1974, p. 171-197.

— Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter". En: Günter Warda/Heribert Waider/Reinhard von Hippel/Dieter Meurer (eds.), FS für Richard Lange zum 70. Geburtstag. Berlín, entre otras, 1976, p. 173-195.

— Über den Tatentschluß. En: Walter Stree/Theodor Lenckner/Peter Cramer/ Albin Eser (eds.), GS für Horst Schröder. Múnich, 1978, p. 145-166.

— Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch. JuS 1979, p. 1-13.

— Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen. En: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band I. Friburgo en Brisgovia, 1987, p. 229-262.

— Finalität und objektive Zurechnung. En: Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Eberhard Struensee/Diethart Zielinski (eds.), GS für Armin Kaufmann. Colonia, entre otras, 1989, p. 237-251.

— Zum Strafgrund der Teilnahme. En: Wilfried Küper/ Jürgen Welp, (eds.). FS für Walter Stree und Johannes Wessels. Heidelberg, 1993, p. 365-382.

— Täterschaft und Tatherrschaft. 6ª edición. Berlín, 1994.

— Besprechung von "Schild Trappe, Harmlose Gehilfenschaft?" JZ 1996, p. 29-30.

— Strafrecht. AT, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3ª edición. Múnich, 1997.

— Strafrecht AT Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Múnich, 2003.

— Über den Strafgrund des Versuchs. En: Albin Eser (ed.), FS für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Band 5. Baden-Baden, 1998, p. 157-170.

— Anmerkung zu BGH JZ 1998, 209. JZ 1998, p. 211-212.

— Strafverfahrensrecht. 25° edición. Múnich, 1998.

— Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität. En: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß (eds.), FS für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag. Baden-Baden, 1999, p. 549-561.

— Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch. En: Thomas Weigend/Georg Küpper (eds.), FS für Hans Joachim Hirsch zu 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlín, Nueva York, 1999, p. 327-343.
— Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft. En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 369-395.
— Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim, 2000, p. 55-56.
— Täterschaft und Tatherrschaft. 7ª edición. Berlín, 2000.
— Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 177-198.

Rückerl, Adalbert, NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung. 2ª edición. Heidelberg, 1984.

Rückert, Wiebke / Witschel, Georg, Genocide and Crimes against Humanity in the Elements of Crimes. En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Berlín, 2001, p. 59-93.

Rudolphi, Hans-Joachim, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz. Gotinga, 1966.
— Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft. En: Arthur Kaufmann/Günther Bemmann/Detlef Krauss/Klaus Volk (eds.), FS für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag. Múnich, 1979, p. 369-387.
— Anmerkung zu BGH 2 StR 201/82 v. 17.5.1982 und 3 StR 398/81 v. 10.2.1982. StV 1982, p. 518-521.

Rudolphi, Hans-Joachim / Horn, Eckhard / Samson, Erich / Günther, Hans-Ludwig, SK, 6ª edición y ss (1993 ss.), hasta la entrega 36° (abril 2001), Neuwied (cit. SK-autor, año).

Rumney, Philip N.S., Getting Away with Murder: Genocide and Western State Power. MLR 60 (1997), p. 594-608.

Rüping, Hinrich, Das 'kleine Reichsgericht'. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit. NStZ 2000, p. 355-359.

Rüter, Christiaan Frederik, Die strafrechtliche Ahndung von Staatsverbrechen, begangen durch Militär und Polizei, En: Jörg Friedrich/Jörg Wollenberg (eds.), Licht in den Schatten der Vergangenheit. Fráncfort del Meno 1987, p. 67-82.

Ryan, Allan A. Jr. (moderator) et al., Judgement on Nuremberg: The Past Half Century and Beyond – a Panel Discussion of Nuremberg Prosecutors (The Owen M. Kupferschmid Holocaust and Human Rights Project Seventh International Conference). BostonColThirldWLR 1996, p. 193-215.
— Quiet Neighbors. San Diego/Nueva York/Londres, 1984.

Sadat-Wexler, Leila, The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back again. ColJTL 32 (1994), p. 289-380.

Sadiq Ali, Shanti, United Nations' Role in South Africa: Constraints and Possible Options. India Quarterly 42 (1986), p. 225-237.

Sahm, Ulrich, Täterschaft und Teilnahme im norwegischen Strafrecht und in der deutschen Strafrechtsreform. Friburgo en Brisgovia, 1941.

Saland, Per, International Criminal Law principles. En: Roy Lee (ed.), The ICC. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results. La Haya, entre otras, 1999, p. 189-216.

Samson, Erich, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Francfort del Meno 1972.

— Die Kausalität der Beihilfe. En: Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann (eds.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts. FS für Karl Peters zum 70. Geburtstag. Tubinga, 1974, p. 121-135

Sancinetti, Marcelo A., Derechos Humanos en la Argentina Postdictatorial. Buenos Aires, 1988.

— Teoría del delito y disvalor de acción. Buenos Aires, 1991.

— Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Colonia, entre otras, 1995.

— Dogmática del hecho punible y ley penal – Dogmatik der Straftat und Strafgesetz (vers. al. de Manuel Cancio Meliá), edición bilingüe, Buenos Aires, 2003.

Sandoz, Yves, Penal aspects of International Humanitarian Law. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), International Criminal Law I. Crimes. Nueva York, 1986, p. 209-242.

Sandoz, Yves / Swinarski, Christophe / Zimmermann, Bruno (eds.), Commentaire des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949. Ginebra, 1986.

— Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. Ginebra, 1987.

Sassòli, Marco / Olson, Laura M., Prosecutor v. Tadic (Judgement). Case No. IT-94-1-A. AJIL 99 (2000), p. 571-578.

Sauer, Wilhelm, Zum Begriff der Kollektivschuld. DRZ 1947, p. 48-49.

Schaack, Beth van, The Crime of Political Genocide: Repairing the Genocide Convention's Blind Spot. YaleLJ 106 (1997), p. 2259-2291.

— The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence. ColJTL 37 (1999), p. 787-850.

Schabas, William A., The General Principles of the Rome Statute. Eur.J.CrimeCr.L. Cr.J. 6 (1998), p. 400-428.

— Follow up to Rome: Preparing for Entry Into Force of the ICC Statute. HRLJ 20 (1999), p. 157-166.

— Genocide in International Law. Cambridge (Inglaterra), 2000.

— Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals. EJIL 11 (2000), p. 521-539.

— The Crime of Genocide in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda. En: Horst Fischer/Claus Kreß/Sascha Rolf Lüder (eds.), International and National Prosecution of Crimes under International Law. Berlín, 2001, p. 447-471.

— National courts finally begin to prosecute genocide, the ‚crime of crimes'. JICJ 1 (2003), p. 39-63.

— An Introduction to the ICC. Cambridge (Inglaterra), 2ª edición, 2004.

Schaffstein, Friedrich, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe. En: FS für Richard M. Honig. Gotinga, 1970, p. 169-184.

— Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. 2ª reimpresión de las ediciones de 1930-1932. Aalen, 1986.

— Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers. NStZ 1989, p. 153-158.

Scharf, Michael P., Prosecutor v. Tadic. Case No. IT-94-1-T. ICTY, May 7, 1997. AJIL 91 (1997), p. 718-721.

— Is it international enough? A critique of the Iraqi Special Tribunal in light of the goals of international justice. JICJ 2 (2004), p. 330-337.

Scheerer, Sebastian, Kriminalität der Mächtigen. En: Günther *Kaiser/ Hans-Jürgen Kerner/ Fritz Sack/Hartmut Schellhoss* (eds.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch. 3ª edición. Heidelberg, 1993, p. 246-249.

— Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menscheit? (Kommentar). En: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Múnich, 2000, p. 345-355.

Scheffer, David, Warum die Vereinigten Staaten gegen einen Internationalen Strafgerichtshof sind. S+F 1998, p. 220-223.

Scheffler, Arndt, Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte. Berlín, 1997.

Schick, F.B., The Nuremberg Trial and the International Law of the Future. AJIL 41 (1947), p. 770-794.

Schild, Wolfgang, Täterschaft als Tatherrschaft. Berlín, entre otras, 1994.

Schild Trappe, Grace Marie Luise, Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft. Berna, 1995.

Schlösser, *Jan,* Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, Berlín 2004.

— Soziale Tatherrschaft: ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten. Berlín 2004

Schlüchter, Ellen, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht. Tubinga, 1983.

Schmid, Niklaus, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten. 2ª edición. Heidelberg, 1993.

Schmidt, Eberhard, Anmerkung zu OGHBrZ. SJZ 1949, p. 347 ss. SJZ 1949, p. 559-570.

Schmitt, Carl, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz "Nullum crimen, nulla poena sine lege" (Gutachten von 1945). Berlín 1994.

Schneider, Eric Contre, Justifications and Excuses. En: Julius Stone/Robert K. Woetzel (eds.), Toward a Feasible ICC. Ginebra, 1970, p. 233-241.

Schölz, Joachim / Lingens, Eric, Wehrstrafgesetz. 4ª edición. Múnich, 2000.

Schönke, Adolf, Grundsätzliche strafrechtliche Fragen des KRG 10 im ausländischen Schrifttum. NJW 1947/48, p. 673-675.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst, StGB. Kommentar. 25ª edición, realizado por Theodor Lenckner/ Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree, Múnich, 1997 (cit.: S/S-autor, año).

— StGB. Kommentar. 26ª edición, realizado por Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben, Múnich, 2001 (cit.: S/S-autor, año).

Schopp, Robert F., Justification Defenses and just Convictions. Cambridge (Inglaterra) 1998.

Schroeder, Friedrich-Christian, Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft. Berlín, 1965.

Schroeder, Friedrich-Christian / Bednarz, Thomas, StGB der Russischen Föderation. Friburgo en Brisgovia, 1998.

Schubert-Lehnhardt, Viola (ed.), Ärztliche Verantwortung heute – 50 Jahre nach dem Nürnberger Ärzteprozeß. Berlín, 1997.

Schüler-Springorum, Horst, Kriminalpolitik für Menschen. Fráncfort del Meno, 1991.

Schulz, Joachim, Anstiftung oder Beihilfe. JuS 1986, p. 933-942.

— Die Bestrafung des Ratgebers. Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe. Berlín, 1980.

Schulz, Lorenz, Tagungsbericht "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende". ZStW 112 (2000), p. 653-664.

Schumann, Heribert, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen. Tubinga, 1986.

Schünemann, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Gotinga, 1971.

— Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Berlín, entre otras, 1979.

— Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität. Wistra 1982, p. 41-50.

— Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. En: Bernd Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlín, 1984, p. 1-68.

— Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. En: Bernd Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlín, 1984, p. 153-195.

— Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des LKs und des Wiener Kommentars. GA 1986, p. 293-352.

— Strafrechtssystem und Kriminalpolitik. En: Klaus Geppert/Joachim Bohnert/Rudolf Rengier (eds.), FS für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag. Tubinga, 1992, p. 117-138.

— Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem. En: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio, (eds./ eds.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki, 1992, p. 157-174.

— Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 149-182.

— Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland. En: Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Heidelberg, 1995, p. 49-82.

— Über die objektive Zurechnung. GA 1999, p. 207-229.
— Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. GA 2001, p. 205-225.
— Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 1-32.

Schünemann, Bernd / Hirsch, Andrew von / Jareborg, Nils (eds.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog. Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg, 1998.

Schutte, Julian J.E., The System of Repression of Breaches of Additional Protocol I. En: Astrid J.M.Delissen/Gerard J. Tanja (eds.), Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges ahead. Essays in honour of Frits Kalshoven. Dordrecht/Boston/Londres, 1991, p. 177-196.

Schwaiger, Robert, Handeln auf Befehl und militärischer Ungehorsam nach dem Wehrstrafgesetz vom 30.3.1957. Tesis doctoral, Heidelberg, 1962.

Schwarzenberger, Georg, The Eichmann Judgement. An Essay in Censorial Jurisprudence. CurrLegProblems 1962, p. 249-265.

Schwenck, Hans-Günther, Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung. En: Günter Warda (ed.), FS für Richard Lange zum 70. Geburtstag. Berlín/Nueva York, 1976, p. 97-188.
— Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Untergebenen. En: Hans-Heinrich Jescheck/Hans Lüttger, (eds.). FS zum 70. Geburtstag von Eduard Dreher. Berlín, entre otras, 1977, p. 495-510.

Seibert, Claus, Abschied vom KRG 10. NJW 1952, p. 252-3.

Seidel, Gerd / Stahn, Carsten, Das Statut des Weltstrafgerichtshofs. Ein Überblick über Entstehung, Inhalt und Bedeutung. Jura 1999, p. 14-21.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz, Nürnberg und Vietnam. En: Boris Meissner/Edgar Tomson (eds.), FS für Rudolf von Laun zu seinem neunzigsten Geburtstag. Colonia, 1972, p. 219-232.

Seidl-Hohenveldern, Ignaz / Stein, Thorsten, Völkerrecht, 10° edición. Colonia, entre otras, 2000.

Selle, Dirk von, Prolog zu Nürnberg-Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht. ZNR 1997, p. 193-209.
— Absicht und intentionaler Gehalt der Handlung. JR 1999, p. 309-315.

Seminara, Sergio, Individualverantwortung bei Alleinhandeln; Einzel- und/oder Mitverantwortung bei Zusammenwirken mit anderen aus italienischer Sicht. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 35-42.

Sena, Pasquale de, Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Demestic Enforcement of International Human Rights. En: Benedetto Conforti/Francesco Francioni (eds.), Enforcing International Human Rights in Domestic Courts. La Haya, entre otras, 1997, p. 367-403.

Shany, *Yuval*, Does one size fit all? Reading the jurisdictional provisions of the new Iraqi Special Tribunal Statute in the light of the Statutes of the International Criminal Tribunals. JICJ 2 (2004), p. 338-346.

Sheftel, Yoram, Defending "Ivan the Terrible". The Conspiracy to Convict John Demjanjuk. Washington D.C., 1996.

Shenker, Nina O., US v. Fedorenko: The Decision and its Implications for Nazi War Criminals in the US. ColJTL 20 (1981), p. 365-382.

Shraga, Daphna / Zacklin, Ralph, The International Criminal Tribunal for Rwanda. EJIL 7 (1996), p. 501-518.

Silva Sánchez, Jesús María, Aproximación al DPC. Barcelona, 1992.

— Perspectivas sobre la política criminal moderna. Buenos Aires, 1998.

— La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2ª edición, Madrid 2001.

Silving, Helen, In re Eichmann: a Dilemma of Law and Morality. En: Gerhard O. Mueller/Edward M. Wise (eds.), International Criminal Law. 1965, p. 290-353.

Simma, Bruno, International Human Rights Law and General International Law: A Comparative Analysis. En: Academy of European Law (ed.), Collected courses of the Academy of European Law. Vol. IV (1995), Book 2, p. 153-236.

Simma, Bruno / Paulus, Andreas, The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View. AJIL 93 (1999), p. 302-316.

— Le rôle relatif des différentes sources du droit pénal (dont les principes généraux de droit). En: Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet (eds.), Droit international pénal. París, 2000, p. 55-69.

Simon, Dieter, Kraftvoll zubeißen. FAZ (Fráncfort del Meno), 18.6.1999, p. 53.

Simon, Thomas W., Defining Genocide.WiscILJ 1996, p. 243-256.

Simons, William B., The Jurisdictional Bases of the IMT at Nuremberg. En: George Ginsburgs/V.N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law. Dordrecht, entre otras, 1990, p. 39-59.

Sliedregt, Elies van, The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law, La Haya, 2003.

Sluiter, Göran, Implementation of the ICC Statute in the Dutch legal order. JICJ 2 (2004), p. 158-178.

Smirnov, L., Le procès de Nuremberg et l'Actualité. RDC 1976, p. 13-23.

Smith, Anthony T.H., Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law. En: Albin Eser/George P. Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band II. Friburgo en Brisgovia, 1988, p. 1075-1124.

Smith, John / Hogan, Brian, Criminal Law. 10. ed. Londres entre otras 2002/2003.

Smith, K.J.M., A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity. Oxford (Inglaterra), 1991.

Snee, Bryan, The Nuremberg Principles of Individual Responsibility as Applied in US Courts. SLouisULJ 25 (1982), p. 890-913.

Soeffner, Hans-Georg, Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen. En: Knut Amelung (ed.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim 2000, p. 13-29.

Sola Reche, Esteban, La llamada tentativa "inidónea" de delito. Aspectos básicos. Granada, 1996.

Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, II. 3ª edición. Buenos Aires, 1963.

Solf, Waldemar A. / Cummings, Edward R., A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949. CaseWRJIL 9 (1977), p. 205-251.

Sontag (sin nombre), Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit. SchwZStr 64 (1949), p. 201-209.

Sousa e Brito, José de, Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 71-86.

Spendel, Günter, Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter". En: Günter Warda/Heribert Waider/Reinhard von Hippel/Dieter Meurer (eds.), FS für Richard Lange zum 70. Geburtstag. Berlín, entre otras, 1976, p. 147-171.

Stahn, Carsten, Internationaler Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht. KJ 1999, p. 343-354.

Stahn, Carsten / Eiffler, Sven-R., Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom. KritV 1999, p. 253-277.

Stauder, Stefan, Die allgemeinen defenses des New York Penal Law. Francfort del Meno 1999.

Stefani, *Gaston / Levasseur, Georges / Bouloc, Bernard,* Droit pénal général. 18ª ed., París, 2003.

Stein, Sibyl, Zum europäischen ne bis in idem nach Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, Fráncfort del Meno, 2004.

Stein, Ulrich, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre. Berlín, 1988.

Steiniger, Peter-Alfons, Zur Strafbarkeit faschistischer Menschlichkeitsverbrecher, NJ 1961, p. 307-314.

Stern, Klaus, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung. Múnich 1980.

Stillschweig, Kurt, Das Abkommen zur Bekämpfung von Genocide. Die Friedens-Warte XLIX (1949), p. 93-104.

Stimson, Henry L., The Nuremberg Trial: Landmark in Law. En: Jay W. Baird (ed.), From Nuremberg to My Lai. Lexington, Massachusetts, entre otras, 1972. p. 114-125.

Stoffers, Kristian F., Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht. Jura 1993, p. 11-17.

Storz, Karl Alfred, Die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen. Tubinga, 1969.

Stratenwerth, Günter, Verantwortung und Gehorsam. Zur strafrechtlichen Wertung hoheitlich gebotenen Handelns. Tubinga, 1958.

— Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? Berlín, 1995.

— Strafrecht. AT I. Die Straftat. 4ª edic. Colonia, entre otras, 2000; 3ª edición 1981.

Stratenwerth, Günter / *Kuhlen*, *Lothar*, Strafrecht. AT I. 5° edic. Colonia, entre otras, 2004.

Straub, Gernot, Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht. Bonn, 1952.

Streit, Josef, Über die Verfolgung und Bestrafung der Kriegs- und Naziverbrecher in den beiden deutschen Staaten. NJ 1964, p. 579-584.

Streng, Franz, Schuld, Vergeltung und Generalprävention. ZStW 92 (1980), p. 637-681.

— Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand. ZStW 101 (1989), p. 273-334.

— Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum? ZStW 109 (1997), p. 862-899.

— Wie "objektiv" ist der objektive Versuchstatbestand. En: Karl-Heinz Gössel/Otto Triffterer (eds.), GS für Heinz Zipf. Heidelberg 1999, p. 325-350.

Stuart, Don, Canadian Criminal Law. 4ª ed., student ed., Toronto, Carswell, 2001.

Stuart, *Don* / *Delisle*, *Ronald Joseph*, Learning Canadian Criminal Law. 3ª edición. Toronto, entre otras, 1990.

Sub-Committee on the Recodification of the General Part of the Criminal Code of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General, First Principles: Recodifying the General Part of the Criminal Code of Canada. Ottawa, 1993.

Sunga, Lyal S., The Crimes within the Jurisdiction of the ICC. Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J. 6 (1998), p. 377-399.

— The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation. La Haya/Boston/Londres, 1997.

— The Celibici Case: A Comment on the Main Legal Issues in the ICTY's Trial Chamber Judgement. LJIL 13 (2000), p. 105-138.

Swaak-Goldman, Olivia, Crimes against Humanity. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya, entre otras, 2000, p. 141-168.

— Persecution. En: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. La Haya, entre otras, 2000, p. 247-261.

— Prosecutor vs. Delalic. AJIL 93 (1999), p. 514-519.

— Prosecutor vs. Erdemovic, Judgement. Case No. IT-96-22-A. AJIL 92 (1998), p. 282-287.

*Swart, Bert, A*rticle 10: Non-Retroactivity. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 187-189.

— Denying Shoah. En: Peter Alldridge/Chrisje Brants (eds.), Personal Autonomy and the Criminal Law. A Comparative Study. Oxford (Inglaterra), 2001, p. 161-179.

— SK Band 1. AT 6° edición y ss. Neuwied 1993 ss. (estado: entrega 36°, abril 2001), (cit. SK-autor, año).

Szabó, András, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? En: Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Fráncfort del Meno 1999, p. 149-155.

Tag, Brigitte, Beihilfe durch neutrales Verhalten. JR 1997, p. 49-57.

Taylor, Telford, Die Nürnberger Prozesse. Múnich, 1996.

Thaman, Stephen, Landesbericht USA. En: Walter Perron (ed.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrechts des Auslands. Friburgo en Brisgovia, 1995, p. 489-547.

The American Heritage Dictionary of the English Language. 3ª edición. Boston/Nueva York, 1992 (cit. como Heritage Dictionary).

The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales. Volume 1. Report and DCCB. Londres, 1989 (cit. como "DCCB").

— A Criminal Code for England and Wales. Volume 2. Commentary on the DCCB. Londres, 1989 (cit. como Commentary).

— Consultation Paper No. 131. Assisting and Encouraging Crime. A Consultation Paper. Londres, 1993.

Thiele, Fredersdorf, Herbert, Das Urteil des Militärgerichtshofs Nr. III im Nürnberger Juristen-Prozeß. NJW 1947/48, p. 122-126.

Thomson, James A., Is it a mess? The High Court and the War Crimes Case: External Affairs, Defence, Judicial Power and the Australian Constitution. University of Western Australia Law Review 22 (1992), p. 197-224.

Tiedemann, Klaus, Zum Verhältnis von Allgemeinen und Besonderen Teil des Strafrechts. En: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (eds./eds.), Criminal Law theory in transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki, 1992, p. 280-289.

— Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung. En: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, (eds.) FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. Múnich, 1998, p. 411-434.

— Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht. Stand, Harmonisierungstendenzen und Modellvorschläge. En: Albin Eser (ed.), FS für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Band 5. Baden-Baden, 1998, p. 496-512.

— Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Generalbericht. ZStW 110 (1998), p. 497-514.

Tomuschat, Christian, Die Arbeit der ILC im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts. En: Gerd Hankel/Gerhard Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen. Hamburgo, 1995, p. 270-294.

— Das Statut von Rom für den Internationalen Strafgerichtshof. Friedenswarte, 1998, p. 335-347.

— Das StGB der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit. EuGRZ 1998, p. 1-7.

Trapp, Erwin, Die kriegsrechliche Bedeutung der Nürnberger Urteile. Düsseldorf, 1957.

Treves, Tullio, La Convention de 1989 sur les Mercenaires. Annuaire Francaise de Droit International XXXVI (1990), p. 520-535.

Treves, Vanni E., Jurisdictional Aspects of the Eichmann Case. MinnLR 1963, p. 557-592.

Triffterer, Otto, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg. Friburgo en Brisgovia, 1966.

— Die österreichische Beteiligungslehre. Eine Regelung zwischen Einheitstäter und Teilnahmesystem? Viena, 1983.

— Völkerstrafrecht im Wandel? En: Theo Vogler (ed.), FS für H.-H. Jescheck, Band II. Berlín, 1985, p. 1477-1503.

— Was kann das Völkerstrafrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen? En: Ernst-Joachim Lampe (ed.), Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtsheinheit. Arbeitskreis Strafrecht. Band II. Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung. Colonia, entre otras, 1993, p. 131-160

— Regierungskriminalität durch Machtmißbrauch. En: Günther Kaiser/Jörg-Martin Jehle (eds.), Kriminologische Opferforschung, Teilband I. Heidelberg, 1994, p. 137-169.

— Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht? Von Nürnberg zum internationalen "Jugoslawien-Tribunal" in Den Haag. En: Politische Studien, Sonderheft 1/1995, p. 32-55.

— Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht. En: Gerd Hankel/Gerhard Stuby (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen. Hamburgo, 1995, p. 169-269.

— Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts. ÖJZ 1996, p. 321-343.

— Acts of Violence and International Criminal Law. A new Position of Power to Fight Abuse of Power. CACLP, vol. 4. broj 2/1997, p. 811-882.

— Gewalt und Völkerstrafrecht – Ein neues Gewaltmonopol zur Bekämpfung von Gewalt? En: Klaus Lüderssen (ed.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Francfort del Meno 1998, p. 272-376.

— Der ständige internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum 'Rome Statute of the ICC' vom 17. Juli 1998. En: Karl-Heinz Gössel/Otto Triffterer (eds.), GS für Heinz Zipf. Heidelberg, 1999, p. 495-560.

— (ed.), Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observers' Notes, Article by Article. Baden-Baden, 1999.

— Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender "Elements of Crimes" für alle Tatbestände des Völkermords. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 1415-1445.

Triffterer, Otto / Rosbaud, Christian (eds.), Rome Statute of the ICC. Including the Final Act. English, Francais, Español, Deutsch. Baden-Baden, 2000.

Triggs, Gillian, Australia's War Crimes Trials: All Pity choked. En: Timothy L.H. McCormack/Gerry J. Simpson (eds.), The Law of War Crimes. National and International Approaches. La Haya/Londres/Boston, 1997, p. 123-149.

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, StGB und Nebengesetze. Kommentar. 50ª edición. Múnich, 2001 (cit. Tröndle/Fischer, año).

Tsolka, Olga, Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w.S. Fráncfort del Meno 1995.

Turns, David, The ICTY: The Erdemovic Case. ICLQ 1998, p. 461-474.

Unruh, Georg-Christoph von, Führung und Organisation der Streitkräfte im demokratisch-parlamentarischen Staat. VVdStRL 26 (1968), p. 157-200.

Van den Wyngaert, Christine, The Supression of War Crimes under Additional Protocol I. En: Astrid J.M. Delissen/Gerard J. Tanja (eds.), Humanitarian Law of Armed Conflict. Challenges ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven. Dordrecht/Boston/Londres, 1991, p. 197-206.

— The Structure of the Draft Code and the General Part. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 53-61.

Vandermeersch, Damien, The ICC Statute and Belgian law. JICJ 2 (2004), p. 133-157.

Velsen, Manfred v., Der Nationalcharakter der Nürnberger Militärtribunale (Waren die Militärtribunale internationale, amerikanische oder deutsche Gerichte?). Tesis doctoral, Colonia, 1951.

Venturini, Gabriella, War Crimes. En: Flavia Lattanzi/William A. Schabas (eds.), Essays on the Rome Statute of the ICC. Volume I. Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999, p. 171-181.

Verdross, Alfred / Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht. 3° edición. Berlín, 1984.

Véron, Michel, Droit pénal spécial. 8° edición. París, 2001.

Vest, Hans, Humanitätsverbrechen – Herausforderung für das Individualstrafrecht? ZStW 113 (2001), 457-498.

— Verantwortlichkeit für wirtschaftliche Betätigung im Völkerstrafrecht? SchwZStr 119 (2001), 239-256.

— Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit. Baden-Baden, 2002.

Vestergaard, Jørn, Criminal Participation in Danish Law – Uniformity Unlimited? En: Raimo Lahti/ Kimmo Nuotio, (eds./eds.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki 1992, p. 475-490.

Vetter, Greg R., Command Responsibility of Non-Military Superiors in the ICC (ICC). YaleJIL 25 (2000), p. 89-143.

Graf Vitzthum, Wolfgang, Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts. En: el mismo (ed.), Völkerrecht. Berlín/Nueva York 1997, p. 1-100.

Velásquez V., Fernando, Derecho Penal. Parte General. 3° edición. Bogotá, 1997.

— Manual de Derecho Penal. Parte General. 2° edición. Bogotá, 2004.

Vives Antón, Tomás S. (ed.), Comentarios al CP de 1995. Vol. I (Arts. 1 a 233). Valencia, 1996.

Vives Antón, T.S. / Boix Reig, J. / Orts Berenguer, E. / Carbonell Mateu, J.C. / González Cussac, J.L., Derecho Penal. Parte Especial. 3ª edición. Valencia, 1999.

Vogel, Joachim, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten. Berlín, 1993.

— Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts. JZ 1995, p. 331-341.

— Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law. GA 1998, p. 127-150.

— Criminal Law General Part – Articles 9-17. En: M. Delmas-Marty/J.A.E. Vervaele (eds.), The Implementation of the Corpus Juris in the member states. Volume I. Amberes, entre otras, 2000, p. 249-304.

— Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), p. 403-436.

Vogler, Theo, Der Beginn des Versuchs. En: Wilfried Küper/ Jürgen Welp, (eds.). FS für Walter Stree und Johannes Wessels. Heidelberg, 1993, p. 284-303.

Volk, Klaus, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht. Zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozeßrecht. Ebelsbach, 1978.

— Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus. ZStW 97 (1985), p. 871-918.

— Dolus ex re. En: Fritjof Haft/ Winfried Hassemer/ Ulfrid Neumann/Wolfgang Schild/ Ulrich Schroth (eds.), Strafgerechtigkeit. FS für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 1993, p. 611-624.

— Begriff und Beweis subjektiver Merkmale. En: Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), 50 Jahre BGH. FG aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. Múnich, 2000, p. 739-753.

— Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitsäterbegriffs. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 563-573.

Voyame, Joseph, La Convention des Nations Unies contre la totrure et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. En: Antonio Cassese (ed.), The International Fight against Torture. La lutte international contre la torture. Baden-Baden, 1991, p. 43-55.

Vultejus, Ulrich, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit. StV 1992, p. 602-607

Walther, Susanne, Menschlichkeitsverbrechen vor amerikanischen Gerichten, GA 2004, p. 390-401.

Waltos, St., Some Comments on the General Part of the Draft International Criminal Code. RIDP 52 (1981), p. 513-517.

Warda, Günter, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre (2. Teil). Jura 1979, p. 71-82.

Watt, Donald Cameron, Historical Introduction, En: John R. Pritchard/Magbanua Sonia Zaide (eds.), The Tokyo War Crimes Trial, Band I. Nueva York y Londres, 1981, p. VII-XXIX.

Watzek, Jens, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht. Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive. Friburgo en Brisgovia, 1997.

Weber, Hellmuth von, Das Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung. MDR 1949, p. 261-266.

— Anmerkung zu OLG Bamberg NJW 1950, 35. NJW 1950, p. 35-36.

Weber, Jürgen, Sinn und Problematik der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse. Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung das Parlament. B 48/68 (30.11.1968), p. 3-31.

Wechsler, Herbert, The Issues of the Nuremberg Trial. En: Jay W. Baird (ed.), From Nuremberg to My Lai. Lexington, Massachusetts, entre otras, 1972, p. 125-136.

Wedgewood, Ruth, The Irresolution of Rome. LCP 64 (2001), p. 193-214.

Weigend, Ewa, Das polnische StGB. Kodeks Karny. Zweisprachige Ausgabe. Friburgo en Brisgovia, 1998.

Weigend, Thomas, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit. ZStW 93 (1981), p. 657-700.

— Comments on a Draft International Criminal Code. RIDP 52 (1981), p. 497-506.

— Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre. En: Hans-Joachim Hirsch/Thomas Weigend (eds.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland. Berlín, 1989, p. 113-128.

— Article 3: Responsibility and Punishment. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 113-118.

— Article 4: Motives. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 125.

— Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur. ZStW 105 (1993), p. 774-802.

— Thema I: Allgemeiner Teil (Bericht zum Association Internationale de Droit Pénal -Vorkolloquium zum XVI. Internationalen Strafrechtskongreß). ZStW 110 (1998), p. 958-961.

— Grenzen strafbarer Beihilfe. En: Albin Eser (ed.), FS für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag. Band 5. Baden-Baden, 1998, p. 197-212.

— Bericht über die Verhandlungen der I. Sektion: Strafrecht AT (XVI. Internationalen Strafrechtskongreß der Association Internationale de Droit Pénal). ZStW 112 (2000), p. 706-709.

— Zur Frage eines "internationalen" Allgemeinen Teils. En: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (eds.), FS für Claus Roxin. Múnich, 2001, p. 1375-1399.

— *The harmonization of general principles of criminal law. The Statutes and jurisprudence of the ICTY, ICTR, and the ICC: an overview.* En: AIDP (ed.), International Criminal Law: Quo vadis? Toulouse 2004, p. 319-335.

Weik, Beate, Zum Stand der Reform des Allgemeinen Teils des Criminal Code of Canada. ZStW 106 (1994), p. 853-868.

Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts. ZStW 58 (1939), p. 491-566.

— Anmerkung OGH(BrZ) MDR 1949, 370. MDR 1949, p. 373-376.

— Zum Notstandsproblem. ZStW 63 (1951), p. 47-56.

— Gesetzmäßige Judentötungen? NJW 1964, p. 521-523.

Wenig, Jonathan M., Enforcing the Lessons of History: Israel Judges the Holocaust. En: Timothy L.H. McCormack/Gerry J. Simpson (eds.), The Law of War Crimes. National and International Approaches. La Haya/Londres/Boston, 1997, p. 103-122.

Werle, Gerhard, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht. ZStW 109 (1997), p. 808-829.
— Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht. JZ 2000, p. 755-760.
— Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts. JZ 2001, 885-895.
— Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität. NJW 2001, 3001-3008.
— Völkerstrafrecht, Berlín, 2003.

Werner, Wolfhart, Die ersten Entscheidungen des OGH zum KRG 10. NJW 1949, p. 170-174.

Wessels, Johannes / Beulke, Werner, Strafrecht AT, 33ª edición. Heidelberg, 2003.

Weßlau, Edda, Der Exzeß des Angestifteten. ZStW 104 (1992), p. 105-131.

Wetzel, Ralf Günter / Rauschning, Dietrich, The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Preparatoires. Die Wiener Vertragsrechtskonvention. Materialien zur Entstehung der einzelnen Vorschriften. Fráncfort del Meno 1978.

Wiesbrock, Katja, Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private. Berlín, 1999.

Wille, Siegfried, Grundsätze des Nürnberger Ärzteprozesses. NJW 1949, p. 377.

Williams, Glanville, Textbook of Criminal Law. 2ª edición, Londres, 1983.

Williams, Sharon A., The Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. En: International Criminal Law. Volume I. Crimes. Nueva York, 1986, p. 109- 116.
— Laudable Principles lacking Application: The Prosecution of War Criminals in Canada. En: Timothy L.H. McCormack/Gerry J. Simpson (eds.), The Law of War Crimes. National and International Approaches. La Haya/Londres/Boston, The 1997, p. 151-170.

Willis, James F., Prologue to Nuremberg. The Politics and Diplomacy of Punishing War Criminals of the First World War. Westport/Londres, 1982.

Wilt, Harm van der, Commentary (Prosecutor v. Erdemovic, IT-96-22-Tbis). En: André Klip/Göran Sluiter (eds.), Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The ICTY 1993-1998. Amberes, entre otras, 1999, p. 654-656.

Wimmer, August, Unmenschlichkeitsverbrechen und deutschrechtliche Straftat in einer Handlung. SJZ 1949, Sp. 253-258.

Wirth, Steffen, Zum subjektiven Tatbestand des Völkermords – Zerstörungsabsicht und Vertreibungsverbrechen. En: Bernd Rill (ed.), Gegen Völkermord und Vertreibung. Die Überwindung des zwanzigsten Jahrhunderts (Hanns Seidel Stiftung), Múnich, 2001, p. 59-74.

Wirth, Steffen / Harder, Jan, Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen. ZRP 2000, p. 144-147.

Wise, Edward M., Comments on the General Part. RIDP 52 (1981), p. 483-496.
— The Structure of the Draft Code. En: Cherif M. Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. Tolosa, 1993, p. 35-41.
— Part. 3. General Principles of Criminal Law. En: Leila Sadat Wexler (ed.), Model Draft Statute for the ICC Based on the PrepCom Text to the Diplomatic Conference, Rome, June 15-July 17 1998. Tolosa, (Nouvelles Etudes Penales 13 ter) 1998, p. 39-63.
— International Criminal Law: Cases and Materials. Nueva York, 2000.

Woetzel, Robert K., The Nuremberg Trials in International Law with a Postlude on the Eichmann Case. Londres/Nueva York, 1962.
— Criminal responsibility of the individual under International Law. En: Julius Stone/Robert K. Woetzel (eds.), Toward a Feasible ICC. Ginebra, 1970, p. 87-95.
— The Eichmann Case in International Law. En: Jay W. Baird (ed.), From Nuremberg to My Lai. Lexington, Massachusetts, entre otras, 1972, p. 150-159.
— The establishment of an ICC: 1. & 2. International Criminal Law Conferences. Foundation for the Establishment of an ICC (ed.), sin lugar de edición, 1975.

Wohlers, Wolfgang, Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB. NStZ 2000, p. 169-174.

Wohlleben, Marcus, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen. Múnich, 1996.

Wolff-Reske, Monika, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit. Baden-Baden, 1995.

Wolfrum, Rüdiger, Durchsetzung des humanitären Völkerrechts. En: Dieter Fleck (ed.), Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten. Múnich, 1994, p. 413-440.

Wolter, Jürgen, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem. Berlín, 1981.
— Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem. En: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Colonia, entre otras, 1995, p. 3-34.

Wright, Quincy, The Law of the Nuremberg Trial. AJIL 41 (1947), p. 38-72.
— International Law and Guilt by Association. AJIL 43 (1949), p. 746-755.
— Foreword. En: UNWCC, Law Reports of Trials of War Criminals, volume XV. Londres, 1949, p. VII-XVII.

Wu, Timothy / Kang, Yong-Sun, Criminal Liability for the Actions of Subordinates-The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in US Law. HarvILJ 38 (1997), p. 272-297.

Yee, Sienho, The Erdemovic Sentencing Judgement: A Questionable Milestone for the ICTY. GeorgiaJI&CL 26 (1997), p. 263-309.

Zaczyk, Rainer, Das Unrecht der versuchten Tat. Berlín, 1989.

Zaffaroni, Eugenio Raul, Tratado de Derecho Penal, t. IV. Buenos Aires, 1982.

Zaffaroni, Eugenio Raul, Manual de Derecho Penal. Parte General. 6ª edición, Buenos Aires, 2003.

Zaffaroni, Eugenio Raul / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, 2000.

Zagaris, Bruce, Yugoslav War Crimes Appellate Chamber Upholds Furundzija's Convictions. IELR 16 (2000), p. 927-929.

Zayas, Alfred de, Human Rights Implications of the Demjanjuk Case. The Globe 31 (1994), Nr. 5, p. 3-7.
— Impunity for War Crimes, or Mistaken Identity? CLF 6 (1995), p. 547-555.

Zimmermann, Andreas, Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs. Perspektiven und Probleme vor der Staatenkonferenz von Rom. ZaöRV 1998, p. 47-108.

Zimmermann, Stefan, Die strafrechtliche "Bewältigung" der deutschen Diktaturen. JuS 1996, p. 865-871.

— Strafrechtliche Vergangenheitsaufarbeitung und Verjährung. Rechtsdogmatische und -politische Analyse mit vergleichenden Ausblicken nach Tschechien, Ungarn und Frankreich. Friburgo en Brisgovia, 1997.

Zoll, Andrzej, Alleinhandeln und Zusammenwirken aus polnischer Sicht. En: Albin Eser/Barbara Huber/Karin Cornils (eds.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. Friburgo en Brisgovia, 1998, p. 57-60.

Zolo, Danilo, The Iraqi Special Tribunal: Back to the Nuremberg Paradigm? JICJ 2 (2004), p. 313-318.

Zugaldía Espinar, José M. (dir.), Derecho Penal. Parte General. Valencia, 2002.

Zweigert, Konrad, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. RabelsZ 28 (1964), p. 601-643.

Zweigert, Konrad / Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung. 3ª edición. Tubinga, 1996.

Otras fuentes

1. Fuentes de jurisprudencia[1]

Heinze, Kurt / Schilling, Karl, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale. Bonn, 1952.

Kempner, Robert M.W. / Haensel, Carl / Tuerck, C.H. (eds.), Das Urteil im Wilhelmstraßen-Prozess. Schwäbisch-Gmünd, 1950.

Less, Avner W. (ed.), Schuldig. Das Urteil gegen Adolf Eichmann. Francfort del Meno, 1987.

Leszcynski, Kazimierz (ed.), Fall 9. Das Urteil im SS-Einsatzgruppenprozeß. Berlín (del Este), 1963.

Marine-Offizier-Hilfe e.V. (ed.), Kriegsverbrecher-Prozeß gegen die U-Boot-Offiziere Dithmar-Boldt ("Llandovery Castle" Fall). Berlín, 1921.

OGHBrZ, Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die britische Zone in Strafsachen. Bände 1-3. Berlín/Hamburgo, 1948-1950 (cit. Como OGHSt., t. y p.).

Sin ed., Das Urteil im I.G.-Farben-Prozeß. Offenbach, 1948.

Sin ed., Fall 12. Das Urteil gegen das Oberkommando der Wehrmacht. 2ª edición. Berlín (del Este), 1961.

Ostendorf, Heribert / ter Veen, Heino, Das "Nürnberger Juristenurteil". Eine kommentierte Dokumentation. Fráncfort del Meno 1985, p. 113-242.

Peschel-Gutzeit, Lore Maria (ed.), Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947. Baden-Baden, 1996, p. 37-247.

Pritchard, John R. / Zaide, Magbanua Sonia (eds.), The Tokyo War Crimes Trial, 22 t.. Nueva York y Londres, 1981.

Radandt, Hans (ed.), Fall 6. Ausgewählte Dokumente und Urteil des IG-Farben-Prozesses. Berlín (del Este), 1970.

[1] Cfr. también el anexo de jurisprudencia; las usuales antologías de sentencias son citadas solamente en las notas al pie de p...

Röling, Bert V.A. / Rüter, Christiaan Frederik (eds.), The Tokyo Judgment, The IMTFE, volumes I y II. Amsterdam, 1977 (cit como Röling/Rüter I o II).

Sagel-Grande, Irene/Fuchs, H.H./Rüter. C.F. (eds.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung. deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945-1966. 24 t. (I-XXIV). Ámsterdam, 1968-1998.

Steiniger P.A. / Leszczynski, K. (eds.), Fall 3. Das Urteil im Juristenprozeß. Berlín (del Este), 1969.

Thieleke, Karl-Heinz (ed.), Fall 5. Das Urteil im Flickprozeß. Berlín (del Este), 1965.

UNWCC, Law Reports of Trials of War Criminals, Volumes I-XV. Londres, 1947-1949 (cit. como UNWCC, t. y p.).

US Government Printing Office (Office of US Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality), Nazi Conspiracy and Agression, volumes I-IX. Washington D.C., 1946-48.

— Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, vol. I-XV. Washington D.C., 1950-1953.

Zentral-Justizamt für die Britische Zone, Das Nürnberger Juristenurteil- AT (incompleta). Hamburgo,, sin año de edición.

Zöller, Martin / Leszcynski, Kazimierz (eds.), Fall 7. Das Urteil im Geiselmordprozeß. Berlín (del Este), 1965.

2. Fuentes del d.p.i. escrito

Bassiouni, Cherif M. (ed.), ICC: Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference. Roma, 1998.

Simma, Bruno / Fastenrath, Ulrich (eds.), Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz. 3ª edición. Múnich, 1992.

— (eds.), Menschenrechte. Ihr internationaler Schutz. 4ª edición. Múnich, 1998.

United Nations, Human Rights. A compilation of international instruments. volume I (First Part). Universal Instruments. Nueva York y Ginebra, 1994.

Van den Wyngaert, Christine / Stessens, Guy / Van Daele, Ignace (eds.), International Criminal Law. A Collection of International and European Instruments. 2ª edición. La Haya, entre otras, 2000.

3. Proyectos de leyes o de tratados

AIDP/ISISC/MPI, Draft Statute for an ICC – Alternative to the ILC Draft (Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts. Siracusa/ Friburgo en Brisgovia, julio de 1995 (cit. como Siracusa Draft I).

AIDP/ISISC/MPI et al., 1994 ILC Draft Statute for an ICC with suggested modifications (updated Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts. Siracusa/Friburgo en Brisgovia/Chicago, 15 de marzo de 1996 (cit. como Siracusa Draft II).

Bassiouni, Cherif M., International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, Alphen aan den Rijn, entre otras, 1980.

— Draft International Criminal Code and a Draft Statute for an ICC. Dordrecht, entre otras, 1987.

— (ed.), Draft Statute International Tribunal. Projet de Statut du Tribunal Pénal International. Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional. Tolosa, (Nouvelles Etudes Penales 10) 1993.

Eser, Albin / Koenig, Dorean / Lagodny, Otto / Triffterer, Otto, with the assistance of *Ambos, Kai* and *Vest, Hans*, Draft General Part. Friburgo en Brisgovia, 9.2.1996.

International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC), Draft Statute International Criminal Tribunal, presented to the Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana 1990 (UN-Dok. A/CONF. 144/NGO ISISC). Nova Law Review 15 (1991), p. 385-432.

International Law Association, Draft Statute for an ICC (1980). En: Report on the Fifty-Ninth Conference (Belgrado, 1980). 1982, p. 409-418, 429-439.

— Draft Statute for an ICC (1982). En: Report on the Sixtieth Conference (Montreal, 1982). 1983, p. 454-462.

— Draft Statute for an International Commission of Criminal Inquiry (1980). En: Report on the Fifty-Ninth Conference (Belgrado, 1980). 1982, p. 402-408, 421-428;

— Draft Statute for an International Commission of Criminal Inquiry (1982). En: Report on the Sixtieth Conference (Montreal, 1982). 1983, p. 424-445.

— Protocol III. Protocol on the Forms of Commission of Offences: Preparation, Attempt, Perpetration, Inciting, Assistance, Conspiracy, Accessory after the Fact (Revised). En: Report on the Sixty-Third Conference (Varsovia, 1988). 1988, p. 402-408.

— Statute for an ICC (1984). En: Report on the Sixty-First Conference (Paris, 1984). 1985, p. 257-278

Sadat Wexler, Leila (ed.), Model Draft Statute for the ICC based on the PrepCom Text to the Diplomatic Conference, Rome, June 15-July 17 1998. Tolosa, (Nouvelles Etudes Penales 13 ter) 1998.

4. Documentos de la ONU

Bassiouni, Cherif M. (ed.), ICC. Compilation of United Nations Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference. Roma, 1998.

Pella, Vespasien V., Mémorandum présenté par le Secrétariat, Document A/CN.4/39 (24.11.1950). En: Yearbook of the International Law Commission 1950, volume II. Nueva York, 1957, p. 278-362.

PrepCommis for the ICC. Addendum Annex III. Elements of Crimes. PCNICC/1999/L.5/Rev. 1/Addendum 2. 22 December 1999.

— Report of the PrepCommis for the ICC. Addendum Finalized draft text of the Elements of Crimes. PCNICC/2000/INF/3/Addendum 2. 6 July 2000.

Spiropoulos, Jean (1957a), Formulation of Nürnberg Principles, Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur, Document A/CN.4/22 (12.4.1950). En: Yearbook of the International Law Commission 1950, Volume II. Nueva York, 1957, p. 181-195.

— (1957b), Report by J. Spiropoulos, Special Rapporteur, Document A/CN.4/25 (26.4.1950). En: Yearbook of the International Law Commission 1950, Volume II. Nueva York, 1957, p. 253-278.

Thiam, Doudou (1983/85), First Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/364 (18.3.1983). En: Yearbook of the International Law Commission 1983, volume II. Nueva York, 1985, p. 137-152.

— (1984/86), Second Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/377 (1.2.1984). En: Yearbook of the International Law Commission 1984, volume II. Nueva York, 1986, p. 89-100.

— (1985/87), Third Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/387 (8.4.1985). En: Yearbook of the International Law Commission 1985, volume II. Nueva York, 1987, p. 63-83.

(1986/88), Fourth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/398 (11.3.1986). En: Yearbook of the International Law Commission 1986, Volume II, Part I. Nueva York, 1988, p. 53-86.

— (1987/89), Fifth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/404 (17.3.1987). En: Yearbook of the International Law Commission 1987, Volume II, Part I. Nueva York, 1989, p. 1-13.

— (1990/93), Eigth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/430 and Addendum 1 (8.3. and 6.4.1990). En: Yearbook of the International Law Commission 1990, Volume II, Part I. Nueva York, 1993, p. 27-39.

— (1994), Twelfth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/460 (15.4.1994).

— (1995), Thirteenth Report on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, by Mr. Dodou Thiam. Special Rapporteur. Document A/CN.4/466 (24.3.1995).

UN, Report of the ILC on the work of its forty-eight session, 6 May-26 July 1996. GAOR Fifty-first session. Supplement No. 10 (A/51/10). Nueva York, 1996.

— Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an ICC. General Assembly. Official Records. Fiftieth Session. Supplement No. 22 (A/50/22), UN-Dok. A/50/22. Nueva York, 1995.

— Report of the PrepCom on the Establishment of an ICC. Volume I (Proceedings of the PrepCom during March-April and August 1996). General Assembly. Official Records. Fiftieth Session. Supplement No. 22 (A/50/22), UN-Dok. A/51/22. Nueva York, 1996.

— Report of the PrepCom on the Establishment of an ICC. Volume II (Compilation of Proposals). General Assembly. Official Records. Fiftieth Session. Supplement No. 22 A (A/50/22), UN-Dok. A/51/22. New York 1996.
— United Nations Conference for the Adoption of a Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Vienna, 25 November-20 December 1988. Official Records. Volume I (Preparatory work. Conference documents on organizational matters. Main conference documents. Final act and resolutions. UN Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances). Nueva York, 1994. Volume II (Summary records of plenary meetings. Summary records of meetings of Committee I and Committee II). Nueva York, 1991.
— The work of the International Law Commission. 5° edición. Nueva York, 1996.
— Yearbook of the United Nations 1946-47. Nueva York, 1947.
— Yearbook of the United Nations 1947-48. Nueva York, 1949.
— Yearbook of the United Nations 1948-49. Nueva York, 1950.

UN-ECOSOC-CHR-Subcommission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (Subcommission), 49th session, The Administration of Justice and Human Rights. Report of the sessional working group on the administration of justice. Chairman Rapporteur: Mr. Louise Joinet. E/CN.4/Sub.2/1997/21, 19 August 1997.

UN-GA-ILC, The Charter and Judgement of the Nürnberg Tribunal. History and Analysis (Memorandum submitted by the Secretary General). Nueva York, 1949.

UN-GA-ILC, Comments and Observations of Governments on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind adopted on First Reading by the International Law Commission at its Forty-Third Session. UN-Doc. A/CN.4/448 (1.3.1993).

UN-ILC, Yearbook of the International Law Commission 1949-1995 I, Nueva York y Geneva (respectivamente t. I, summary records y t. II, Report to the General Assembly), cit. como Yb ILC según año, t., parte y p./para.

UN-Secretary General, Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Res.808 (1993). S/25704 v. 3.5. 1993 (= ILM 1993, 1159).

UNWCC (ed.), History of the UNWCC and the Development of the Laws of War. Londres, 1948.

5. Informal Papers (PrepCom, PrepCommis)

Clarke, Roger, Some notes for a second reading of The Elements: An informal discussion paper from the Delegation of Samoa. Sin de lugar de edición, 29.1.2000.

HRW, Commentary on the 4th PrepCommis Meeting for the ICC. Ohne Ort März 2000 <www.iccnow.org/html/hrw200003.html>

ICRC, Non Paper. Sin de lugar de edición, 27.1.2000.

Ministry of Justice (Division of Penal Law, Maria Kelt), Memorandum (informal paper). Part III of the Rome Statute. Estocolmo, 2.1.2000.

PrepCommis for the ICC. Working Group on Elements of Crimes. Outcome of an intersessional meeting of the PrepCommis for the ICC held in Siracusa from 31 January to 6 February 2000. PCNICC/2000/WGEC/INF/1. 9 February 2000.

— Working Group on Elements of Crimes. Commentary submitted by Switzerland on Art. 7 of the Statute of the ICC. PCNICC/1999/WGEC/DP. 35. 24. 11. 1999 <www.igc.org/icc/html/icc7_199911.html>.

— Working Group on Elements of Crimes. Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary and South Africa to the United Nations and the head of the delegation of Switzerland to the PrepCommis adressed to the Secretary General (Paper prepared by the ICRC on article 8, paragraph 2 (a), of the Rome Statute of the ICC). PCNICC/1999/ WGEC/INF/1. 19 February 1999 (cit. como ICRC commentary art. 8 (2) (a) con año).

— Working Group on Elements of Crimes. Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, the Republic of Korea, South Africa and the Permanent Oberver Mission of Switzerland to the United Nations regarding the text prepared by the ICRC on article 8, paragraph 2 (b), (c) and (e) of the Rome Statute of the ICC. PCNICC/1999/WGEC/INF/2. 14 July 1999 (cit. como ICRC commentary art. 8 (2) (b), (c) y (e) con año).

— Working Group on Elements of Crimes. Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, the Republic of Korea, South Africa and the Permanent Oberver Mission of Switzerland to the United Nations regarding the text prepared by the ICRC on article 8, paragraph 2 (b), (i), (ii), (iii), (iv), (v), (vi), (vii), (ix), (xi) and (xii), of the Statute. PCNICC/1999/WGEC/ INF.2/Addendum1. 30 July 1999 (cit. como ICRC commentary art. 8 (2) (b) Addendum 1 con año).

— Working Group on Elements of Crimes. Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, the Republic of Korea, South Africa and the Permanent Oberver Mission of Switzerland to the United Nations regarding the text prepared by the ICRC on article 8, paragraph 2 (b), (c) and (e) of the Rome Statute of the ICC. PCNICC/1999/ WGEC/INF/2/Addendum2. 4 August 1999 (cit. como ICRC commentary art. 8 (2) (b) Addendum 2 con año).

— Working Group on Elements of Crimes. Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, the Republic of Korea, South Africa and the Permanent Oberver Mission of Switzerland to the United Nations regarding the text prepared by the ICRC on article 8, paragraph 2 (e) (i), (ii), (iii), (iv), (ix) and (x), of the Rome Statute of the ICC. PCNICC/1999/ WGEC/INF/2/Addendum3. 24 November 1999 (cit. como ICRC commentary art. 8 (2) (e) Addendum 3 con año).

— Working Group on Elements of Crimes. Request from the Governments of Belgium, Costa Rica, Finland, Hungary, the Republic of Korea, South Africa and the Permanent Oberver Mission of Switzerland to the United Nations regarding the text prepared by the ICRC on the mental elementin the common law and civil law systems and on the concepts of mistake of fact and mistake of law in national and international law. PCNICC/1999/WGEC/INF/2/Addendum4. 15 December 1999 (cit. como ICRC paper mental element con año).

Índice analítico

A

act of state 90, 129, 132

actos inhumanos *ver crímenes contra la humanidad* 379, 426, 446

actuar en cumplimiento de una orden 87, 88, 105, 113, 114, 130, 131, 132, 138, 139, 142, 151, 457, 460, 461, 462, 464, 465, 496, 502
- ~ manifest illegality principle 463
- ~ mens rea principle 104, 137, 249, 295, 321, 323, 327, 329, 385, 386, 403, 461, 470
- ~ moral choice 87

actus reus *ver tipo objetivo* 165, 295, 302, 385, 390, 391, 393, 470, 499

AIDP 301

amnistía 98

antijuridicidad 87, 107, 138, 146, 150, 166, 189, 208, 211, 212, 387, 391, 434, 436, 445, 447, 454, 461, 465, 474, 475, 493, 500, 502
- ~ manifiesta *ver también ilicitud manifiesta* 86, 87, 138, 433, 451, 463, 464

aparato organizado de poder 197, 222, 229, 231, 232, 234, 235, 236, 238, 242
- ~ desvinculación del derecho 216 a 220, 234 a 238, 242

aprehensión 377, 378

Auschwitz 180

autoría mediata *ver también dominio* 75, 79, 123, 135, 136, 141, 170, 173, 188, 193, 195 a 197, 200, 201, 203 a 207, 211 a 214, 216, 220, 229, 233, 234, 235, 238 a 240, 242, 274, 285, 286, 288 a 290, 292, 301, 359
- ~ autor de escritorio 233

B

bien jurídico 58, 88, 118, 119, 120, 131, 133, 190, 206, 254, 256, 264, 285 a 288, 290 a 293, 298, 345, 347, 350, 355, 357, 358, 359, 362, 366, 367, 369, 370, 373, 377 a 380, 382, 423, 470, 471, 474 a 477, 479, 486, 490, 492, 495

C

carga de la prueba 164, 342, 343, 443

causa de exculpación 214, 437, 438, 439, 447, 448, 449, 473, 475, 494, 496

causalidad
- ~ acumulativa 314
- ~ alternativa 313

causas personales de exclusión de la punibilidad 90

CCA australiano 195, 392
ceguera intencional (wilful blindness) 101, 104, 326, 331, 332, 399
Celebici (caso) 101, 271
circunstancia *ver tipo objetivo*
coacción, 55, 61, 88, 139, 197, 200 a 207, 209 a 211, 214 a 216, 221, 241, 276, 462, 466, 467, 469, 471, 472, 473, 477, 478, 479, 483, 484, 488, 489, 491, 493, 494, 495, 496
coautoría 75, 76, 77, 84, 123, 124, 136, 156, 170, 173, 175 a 184, 186 a 194, 197, 218, 226, 229, 230, 232, 233, 234, 239, 240, 242, 244, 267, 272, 314
~ common design 75, 81, 176, 177, 186
~ common purpose 177, 178, 186, 272
~ common pursuit 177, 186
~ decisión de inserción 232
~ decisiones colectivas 188, 240
~ joint (criminal) enterprise 74, 76, 82, 140, 164, 176, 177, 178, 185, 186, 239, 272
complicidad 77, 124, 136, 179, 180, 182, 183, 184, 187, 190, 191, 199, 214, 234, 240, 243, 244, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 255 a 262, 264 a 267, 269, 271, 272, 273, 274, 277, 279, 283, 285 a 293, 299, 300, 323, 333, 374, 422, 423
~ accessoryship 123, 273
~ complicity 135, 133, 169, 176, 177, 273, 420, 421
~ secondary participation 273
conciencia de la antijuridicidad 68, 150, 166, 167, 216, 385, 386, 434, 439, 446
condicio sine qua non *ver causalidad*
condición objetiva de punibilidad 346
conducta *ver tipo objetivo*
confianza 85, 336
conflicto
~ armado 47, 48, 107, 108, 112, 121, 184, 185, 187, 199, 375, 379, 393, 395, 406, 407 a 412, 414, 415, 432, 488, 495
~ internacional 47, 98, 409, 410, 440
~ no internacional 97, 184, 314, 410
conocimiento 39, 40, 50, 65, 66, 69, 70, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 92, 93, 102, 103, 113, 136, 137, 140, 142, 167, 201, 202, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 241, 258, 259, 260, 261, 265, 268, 271, 272, 273, 285, 286, 288, 289, 292, 300, 301, 312, 315, 317 a 334, 337, 364, 383, 384, 385, 392, 394, 396 a 406, 408, ,410 a 416, 420 a 423, 426, 427, 430, 432, 435, 437, 441, 442, 450, 460, 461, 481, 497
~ cognitivismo 397
~ constructivo 325, 327, 328
~ del riesgo 324, 396
~ normativo 415
Consejo Federal de Seguridad Nacional 263
consentimiento 139, 198, 240
conspiración/conspiracy 80, 81, 128, 129, 132, 133, 137, 140, 160, 186, 244, 269, 270, 292, 335, 371, 421, 423
Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 91
Convenciones de Ginebra *ver derecho de la guerra* 97
cooperación necesaria 190, 191, 218
Corpus Juris 309
Corte Penal Internacional (CPI) *ver Tribunales* 36, 43, 50, 163, 194, 356, 374
crímenes contra la humanidad 46, 75, 83, 84, 85, 88, 114, 194, 282, 370, 374, 375, 376, 380, 402, 417, 419, 425, 428, 432, 447, 458, 463, 464, 494
~ actos inhumanos 379, 426, 446,
~ apartheid 378, 379, 427, 428, 433
~ desaparición forzada 377, 378, 427, 433
~ exterminio 261
~ persecución 60, 81, 120, 137, 157, 164, 230, 390, 407, 412, 417, 427, 428, 429, 432
~ policy element 402, 403
crímenes contra la paz 80, 335
crímenes de guerra 46, 47, 75, 81, 83, 85, 88, 99, 106, 107, 108, 112, 114, 138, 152, 194, 208, 282, 335, 370, 374, 375, 379, 380, 393, 407, 408, 410, 412, 425, 428, 432, 433, 446, 447, 450, 458, 464, 477, 491, 494
~ personas u objetos protegidos 406, 408
~ wantonly 331, 425, 429
~ wilful(ly) 83, 84, 100, 425, 429, 430, 431, 433
Crimes Bill neozelandés 195
culpabilidad 54, 67, 68, 69, 74, 77, 81, 85, 87,

100, 102, 112, 139, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 161, 162, 166, 167, 202, 212, 213, 214, 215, 239, 241, 246, 299, 300, 301, 316, 317, 318, 322, 327, 328, 330, 333,341, 342, 343, 348, 385, 392, 407, 408, 439, 413, 416, 423, 437, 438, 439, 446, 447, 449, 450, 451, 454, 462, 465, 470, 472, 475, 482, 483, 486, 487, 491, 493, 495

D

Draft Criminal Code Bill (Inglaterra) 177

DDR 69, 78, 156, 196, 230, 237, 238, 449
expectativas normativas 354, 355, 357

decisiones colectivas *ver coautoría* 188, 240

defences 67, 68, 73, 74, 85, 87, 89, 90, 104, 105, 113, 114, 129, 132, 138, 139, 140, 141, 142, 163, 164, 167, 342, 383, 453, 454, 457, 461, 496

delito
- ~ de actividad 380, 426
- ~ de intención 121, 417
- ~ estructura de delito 120
- ~ incompleto 270
- ~ putativo 3 47, 376

delitos sexuales 375

deportación 378

derecho a un proceso penal regular 380

derecho consuetudinario 35, 36, 37, 38, 43, 85, 104, 109, 110, 113, 140, 422, 425

derecho de la guerra/del conflicto armado *ver también crímenes de guerra* 89, 98, 105, 113, 114, 139, 141, 408, 411
- ~ derecho de Ginebra 70, 89, 97, 99, 105, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 139, 307, 409, 425
- ~ aut dedere aut iudicare 98
- ~ Convenciones de Ginebra 97
- ~ infracción grave 98, 99, 103, 105, 112
- ~ ius ad bellum/in bello 89, 105,106
- ~ Protocolos Adicionales Convenciones de Ginebra 97

derecho penal del enemigo 56, 57, 58, 61

desaparición forzada *ver crímenes contra la humanidad* 377, 378, 427, 433

desvalor de acción 256

desvalor de resultado 256, 354, 355

detención 104, 230, 378,412

dolo *ver también conocimiento* y *elementos subjetivos del tipo* 68, 83, 84, 100, 103, 104, 113, 122, 123, 124, 128, 132, 137, 139, 146, 166, 167, 186, 198, 199, 208, 211, 267, 268, 269, 271, 272, 288, 300, 301, 310, 321, 324, 327, 328, 333, 350, 383, 384, 385, 386, 388, 389, 390, 391, 393, 394, 395, 396, 397, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 406, 407, 408, 410, 411, 412, 413, 415, 416, 419, 420, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 440, 441,442,0443, 444, 446, 447, 448, 449, 450, 462, 483,
- ~ dolus directus 334, 395, 396, 397, 418, 420, 427, 432, 433, 444
- ~ dolo especial 123
- ~ dolus eventualis 84, 122, 132, 137, 260, 329, 397, 398, 418, 419, 420, 421, 444
- ~ propósito criminal 339, 348
- ~ teoría del dolo 69, 386
- ~ wantonly 331, 425, 429
- ~ wilful 103, 329, 430

dominancia de la decisión 286

dominancia volitiva 288, 289, 290

dominio
- ~ de la acción 174, 179, 204, 239, 241
- ~ *funcional del hecho* 180, 181, 184, 189, 190, 191, 233, 239
- ~ de la voluntad 181, 196, 197, 200, 201, 203, 204, 205, 208, 209, 212, 228, 241, 285, 288, 289
- ~ del conocimiento 209, 285, 286, 288, 289
- ~ del plan 284, 285, 286, 288, 289, 290, 292
- ~ por coacción 193, 197, 200, 204, 205, 211, 213, 221, 240
- ~ por organización *ver también aparato organizado de poder* 74, 75, 78, 79, 140, 141, 157, 160, 164, 175, 196, 200, 203, 216, 217, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 234, 235, 238, 239, 240, 241, 242, 290

Draft Bill canadiense 195, 268, 392, 469

E

elemento internacional *ver tipo objetivo* 400, 401

elementos subjetivos del tipo *ver también dolo y imprudencia* 385, 434
- ~ elemento cognitivo *ver también conocimiento* 85, 103, 104, 387, 396, 398, 412, 427
- ~ elemento volitivo 84, 103, 104, 113, 123, 268, 388, 395, 430
- ~ intención de destrucción (genocidio) 82, 84, 119, 121, 124, 131, 132, 137, 199, 292, 371, 389, 400, 401, 416, 418, 419, 420, 421, 423, 424, 432

encarcelación 378

error
- ~ de derecho 86, 415, 433, 436, 439, 440, 442, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 452, 462
- ~ iuris 86, 433, 464
- ~ de hecho 86, 383, 433, 434, 435, 436, 438, 440, 442, 443, 444, 449, 450
- ~ de subsunción 415, 446
- ~ evitabilidad 87, 212, 433, 434, 439, 450, 451, 465
- ~ ignorantia iuris 433, 445, 446, 450
- ~ valoración paralela en la esfera del profano 414

espíritu de cuerpo 270

estado de necesidad 87, 88, 89, 138, 141, 142, 150, 200, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 240, 241, 466, 467, 468, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 490, 492, 495, 496, 497
- ~ por coacción 71, 88, 138, 139, 197, 198, 200, 201, 204, 207, 208, 209, 240, 241, 448, 453, 457, 461–466, 462, 463, 465, 466, 472, 473, 474, 475, 476, 483, 488, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497
- ~ por cumplimiento de una orden 149, 200, 207, 208, 209, 215, 240, 241
- ~ Mignonette (caso) 490
- ~ *necesidad militar* 89, 105, 106, 107, 113, 457

exceso 83, 112, 177, 178, 186, 187, 188, 218, 240, 309, 484

exhortar 275

exigibilidad 204, 471, 483, 485, 486, 497

extensiones de la responsabilidad 74, 77, 78, 82, 126, 128, 132, 133, 136, 140, 296

exterminio *ver crimen contra la humanidad* 150, 179, 182, 194, 223, 232, 261, 378, 401, 426, 433, 445, 477, 488, 495, 497

F

funcionalismo 53, 54, 56, 61, 63, 356

G

genocidio 46, 70, 78, 82, 84, 115, 117, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 138, 196, 199, 218, 243, 273, 274, 279, 280, 281, 282, 292, 326, 335, 370, 371, 372, 373, 374, 378, 388, 389, 400, 416, 417, 419 a 424, 426, 427, 432, 433, 458, 463, 464, 494
- ~ incitación *ver inducción* 78, 124, 135, 136, 243, 244, 273, 274, 279, 280, 281, 282, 292, 293, 370, 371, 372, 373, 374, 422, 423
- ~ intención de destrucción 82, 84, 119, 121, 124, 137, 199, 292, 371, 389, 400, 401, 416, 418, 419, 421, 423, 424, 432

H

hecho total 163, 164, 181, 182, 183, 191, 193, 229, 239, 242

homicidio 55, 117, 124, 159, 178, 186, 207, 209, 218, 221, 222, 237, 272, 302, 371, 375, 376, 377, 402, 408, 409, 424, 430, 438, 441, 446, 447, 448, 483, 488, 489, 490, 492, 493, 495, 497

I

ICTR *ver también Tribunales* 65, 78, 80, 99, 114, 124, 167, 243, 248, 280, 281, 282, 407, 417, 418, 420, 421, 423, 424, 428, 429, 430, 499

~ Estatuto del 44, 248, 273, 280, 316

ICTY *ver también Tribunales* 38, 43, 65, 75, 77, 78, 79, 80, 83, 84, 88, 89, 98, 99, 101, 109, 112, 114, 119, 120, 122, 153, 167, 175, 176, 186, 194, 217, 226, 233, 243, 247, 248, 250, 271, 295, 299, 301, 302, 304, 308, 311, 312, 316, 324, 325, 328, 330, 404, 407, 411, 418, 422, 428, 429, 430, 491, 499,
~ Estatuto del 44, 76, 159, 248, 273

International Committee of the Red Cross (ICRC)

ignorancia 51, 321, 325, 329, 441
~ consciente 101, 104, 326
~ inconsciente 113
~ negligente 83, 101, 300, 301, 322, 323, 324, 325, 328, 333, 418, 421

ignorantia iuris *ver error* 445

International Law Association (ILA)

International Law Comission 70

impedimentos procesales 90

implementación 64, 99, 115, 116, 217, 307, 328, 379, 380, 383

imprudencia 85, 137, 146, 211, 212, 213, 214, 300, 310, 321, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 400, 424, 435, 444

~ conscious neglicence 329

imputación 33, 48, 67, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 82, 83, 128, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 176, 178, 179, 181, 185, 186, 187, 188, 193, 196, 228, 229, 240, 242, 255, 257, 258, 259, 264, 267, 282, 296, 309, 311, 314, 316, 330, 398, 442, 450
~ institucionalista-participatoria o sistémica 164
~ objetiva 77, 112, 145, 146, 147, 189, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 287, 291, 293, 315, 354, 355, 357, 358
~ modelos de imputación normativizantes y fundados en la vigilancia 164

inchoate offence 270, 353

incitar/incitación *ver inducción* 78, 124, 125, 126, 132, 135, 136, 243, 244, 273, 274, 275, 277, 279, 280, 281, 282, 292, 293, 370, 371, 372, 373, 374, 377, 421, 423

indicios 85, 102, 180, 325, 332
~ prueba indiciaria 83, 324, 325, 327, 328, 412, 420

inducción 136
~ encourage 275, 277, 283
~ instigar/instigación 275
~ motivo aprobatorio del hecho 287, 288, 290, 291, 292

infracción grave *ver derecho de la guerra* 98, 99, 103, 105, 112

inmunidad 129, 130, 139

interpretación de tratados 93,94
~ teleología 421, 432
~ tratados plurilingües

intervención criminal ver también *autoría mediata, coautoría, complicidad* 70, 74, 75, 77, 126, 128, 133, 141, 136, 169, 170

ius ad bellum/in bello *ver derecho de la guerra* 89, 105,106

J

jurado

L

Law Commission británica 274, 282, 363, 490

legítima defensa 88, 106, 109, 138, 141, 142, 437, 447, 448, 457, 458, 459, 460, 477, 478, 479, 480, 481, 496

libertad de acción 202, 203, 205, 206, 215, 221, 350, 470

libertad de voluntad 202, 241, 483

M

mala in se 445

mala prohibita 445, 446

mandato de determinación o certeza 357

mens rea/mental element *ver también dolo* 104, 137, 139, 165, 249, 295, 321, 323, 327, 329, 385, 386, 403, 424, 435, 434, 437, 449, 461,470
~ principle 36, 37, 38, 42, 48, 95, 99, 362, 364, 453, 461

modelo unitario de autor 75, 124, 140, 172, 173, 245

moral choice *ver actuar en cumplimiento de una orden* 87

Model Penal Code (MPC) 177, 195, 267, 268, 275, 276, 328, 329, 330, 332, 336, 337, 340, 343, 348, 350, 362, 364, 390, 391, 392, 396, 471

neonormativismo 356, 357

N

Núremberg 35, 36, 65, 66, 68, 69, 70, 73, 74, 75, 77, 79, 81, 83, 86, 89, 100,105, 128, 130, 135, 146, 176, 196, 270, 302, 325, 326, 335, 449, 466, 479
~ principios de Núremberg 70, 138

nulla poena sine lege 104

O

omisión (delito de) 297, 298, 305, 306

organización criminal 81, 229, 238

P

parte especial 68, 69, 196, 199, 282, 337, 353, 354, 372, 385, 450

pena
~ fin de la pena 55, 341, 492, 493

personas u objetos protegidos *ver derecho de la guerra* 406, 408

planificación 80, 81, 132, 193, 194, 270, 284, 285, 286, 290, 291, 335, 403, 424

preparación *ver también tentativa* 71, 126, 157, 188, 194, 319, 320, 335, 344, 352, 353, 354, 355, 357, 358, 360, 363, 366, 368, 369, 372, 373, 378, 381, 492

presunción de inocencia 343

prevención 55, 492, 493
~ general positiva 354, 493

previsibilidad 82, 83, 149, 254, 269

principio de determinación 85, 86, 140, 279

principio de la compensación 288, 289

principio de responsabilidad estricto 214, 221, 289

proporcionalidad 88, 89, 458, 459, 479, 489

propósito criminal *ver dolo* 339, 348

Protocolos Adicionales Convenciones de Ginebra *ver derecho de Ginebra* 97

provocación 88, 244, 273, 274, 277, 278, 279, 280, 292, 374, 484, 485, 486

proximity test ver tentativa 350, 362

quebrantamiento de la norma 298, 354, 356

R

reasonableness 451

recklessness 137, 327, 328, 329, 330, 332, 334, 392, 399, 430, 433

reducción teleológica 323

represalias 38, 89, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113

reprochabilidad 34, 166, 212, 215, 318, 446, 472, 483

responsabilidad del superior/comandante 71, 80, 100, 101, 102, 136, 140, 164, 165, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 307, 308, 310, 311, 312 316, 322, 326, 328, 330, 331, 333, 389, 435, 444
~ ceguera intencional (wilful blindness) 26, 331, 332
~ Yamashita (caso) 100

responsabilidad (individual) 34, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 80, 90, 100, 113, 114, 129, 132, 140, 141, 142, 153, 154, 156, 157, 162, 163, 174, 181, 307, 383
~ extensiones de la 74, 77, 78, 82, 136, 140, 295
~ policy level 80, 302, 402, 403
~ ministerial o funcional 78
~ por el mando 79, 80, 83, 102, 113, 114, 136, 295, 303, 304
~ por organización ver también dominio (por organización) 177
retroactividad 85, 86, 104, 113, 114, 139, 140, 158
riesgo
~ jurídicamente desaprobado 259, 355
~ permitido 355, 357

S

Siracusa Draft 336
subjetivización 179, 180, 194, 252, 352, 482, 483, 484

T

tentativa 71, 100, 120, 122, 124, 127, 128, 132, 133, 137, 140, 142, 165, 192, 220, 247, 253, 257, 270, 271, 281, 313, 335, 336, 337, 338, 339, 341, 342, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 391, 419, 421
~ acción preparatoria 233, 358, 373, 378
~ actos intermedios 361, 377
~ acabada 339, 358, 359, 360, 361, 365, 366, 367, 368, 381
~ comienzo 361
~ desistimiento 335, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 366, 381
~ inacabada 340, 365, 366, 367
~ etapa preparatoria 192, 193, 240
~ fórmula de aproximación 337, 364, 365, 367, 381, 382
~ inchoate offence 270, 353
~ inmediatez (del "ponerse a") 254, 355, 362, 364, 367, 370, 382
~ inidónea 347, 350, 356
~ preparatory act test 361, 363
~ proximate acts (proximity test) 361, 362, 364
~ referencia o adscripción al tipo 353, 360, 367, 368, 369, 379, 382
~ substantial step 336, 348, 349, 352, 361, 362, 363, 364, 365, 368, 381,
~ teoría de la impresión 354, 356
~ teoría mixta (objetivo-subjetiva) 345, 346, 347, 350, 352, 381
~ teoría objetiva 345, 346, 349, 352, 360, 371, 377
~ teoría subjetiva 175, 180, 194, 228, 344, 348, 349, 350
~ thin ice principle 36, 37, 38, 42, 48
~ unequivocality test 349, 361, 362
teoría de la *proximate cause* 315
tipo objetivo 84, 145, 146, 250, 252, 253, 256, 267, 292, 295, 358, 364, 390, 391, 392, 393, 419
~ actus reus 165, 295, 302, 385, 390, 391, 393, 470, 499
~ circunstancia 45, 51, 83, 84, 85, 87, 93, 100, 124, 139, 176, 180, 184, 187, 193, 194, 205, 210, 211, 212, 213, 214, 236, 237, 261, 268, 286, 287, 302, 303, 319, 324, 325, 327, 336, 338, 342, 343, 350, 358, 366, 377, 389, 390, 391, 392, 394, 396, 399, 400, 401, 404, 407, 410, 411, 412, 414, 432, 436, 437, 440, 453, 454, 456, 461, 467, 471, 477, 478, 484, 495, 496, 497
~ conducta 34, 35, 36, 55, 56, 67, 75, 77, 81, 83, 84, 85, 99, 100, 103, 112, 113, 117, 133, 137, 141, 144, 146 a 152, 159, 160, 180, 193, 204, 207, 209, 212, 213, 314, 216, 219, 220, 235, 236, 238, 245, 247, 250, 253 a 256, 262, 264, 268, 269, 270 a 273, 281, 285, 287, 297, 298, 300, 301, 302, 306, 307, 310, 312, 313, 314, 318, 319, 333, 336, 341, 354, 355, 358, 359, 366, 367,368, 369, 372, 374, 376, 378, 382, 389, 390 a 397, 400, 403, 404, 405, 409, 410, 411, 412, 415, 418, 424, 425, 427, 430, 439, 441, 442, 444, 458, 461, 470, 471, 473, 474, 481, 483, 486, 487, 493, 494, 497

~ consecuencia 34, 37, 53, 55, 71, 78, 79, 80, 82, 105, 119, 121, 123, 126, 130, 132, 144, 150, 151, 152, 153, 157, 159, 162, 173, 176, 177, 186, 192, 208, 211, 212, 224, 225, 235, 237, 242, 259, 267, 268, 273, 286, 290, 298, 311, 312, 314, 320, 321, 324, 330, 333, 341, 342, 350, 367, 370, 372, 376, 378, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 397, 398, 400, 402, 407, 408, 412, 416, 420, 421, 423, 427, 435, 436, 444, 446, 478, 485, 489, 490, 495
~ elemento internacional 400, 401
~ elemento normativo del 414, 435, 441
~ elementos materiales 389, 391, 392

Tokio *ver Tribunales 302,* 335

tortura 182, 183, 223, 375, 376, 402, 426, 446

Tribunales
~ International Criminal Court (ICC)/Corte Penal Internacional (CPI) 36, 37, 38, 39, 43, 46, 50, 64, 66, 163, 356, 374
~ Núremberg
~ Ruanda (ICTR) 65
~ Tokio 79

tu quoque 89

V

vis absoluta 201, 203, 483

voluntad 84, 85, 88, 91, 92, 93, 94, 95, 103, 113, 137, 143, 161, 167, 175, 180, 184, 185, 186, 194, 196, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 214, 223, 230, 235, 241, 258, 259, 268, 284, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 336, 338, 341, 349, 352, 362, 363, 368, 381, 385, 387, 388, 391, 402, 404, 419, 420, 421, 424, 427, 432, 460, 481, 482, 484, 497
~ criterio de la voluntariedad 340

W

wilful blindness (ceguera intencional) 101, 104, 326, 331, 332, 399

Índice onomástico

Altstoetter 176
Bantekas 304
Baumann 175, 179, 182
Bernsmann 474, 490, 492
Bockelmann 95, 287, 353
Christmann 287
Cobo/Vives 347
Coke 385
Contreras 220, 231
Cramer 182, 183, 184
Crowe 331
D'Amato 302
Díaz y García Conlledo 190
Duff 364
Eagleton 361
Eichmann 78, 148, 176, 179, 182, 194, 196, 218, 223, 230, 483, 484
Faraldo Cabana 217, 219
Fenrick 307, 317, 331, 332
Figueiredo Dias 216, 220, 238, 239
Frank 345, 363
Freund 217, 256
Frisch 256
Furundzija 77, 182, a 184, 193, 247, 249, 250, 271
Gil Gil 418, 419, 421
Gimbernat 191, 192, 217, 218, 226
Gómez Benítez 191
Greenawalt 418, 420, 421, 504
Günther
Heine 216, 229
Hernández Plasencia 206, 214, 215, 217, 218, 224
Herzberg 202, 206, 210, 211, 212, 213, 214, 217, 218, 219, 220, 222, 227, 234
Hessler 327, 328
Himmler 218, 228
Hitler 176, 218, 228
Hold-Ferneck 354
Honecker 218, 228
Honig 287
Hoyer 217
Imre Finta 404, 467
Ingelfinger 286, 288, 289, 290
Jakobs 148, 152, 154, 155, 156, 161, 162, 189, 192, 194, 227, 232, 240, 306, 354
Kayishema/Ruzindana 248, 401, 404, 405, 423
Kelker 475, 476, 477
Kindhäuser 201, 202, 442, 450
Köhler 201, 202
Kordic 88, 299, 308
Küpper 216
Lemkin 115
Levie 302
López Peregrín 190, 256
Mezger 253
Muñoz Conde 216, 217
Murmann 224, 256, 257, 258, 353, 358, 359, 360, 361, 368
Neidlinger 286, 288
Otto 256
Papageorgiou-Gonatas 353, 354, 368
Pérez Alonso 191
Pinochet 130, 220, 222, 226, 227, 228, 231
Pohl 176

Politoff 351
Pradel 351
Renzikowski 217
Rogall 216, 316, 323
Rogers 331
Rotsch 217, 218, 219, 234
Roxin 157, 175, 180, 192, 193, 194, 203, 204, 205, 206, 208, 210, 211, 212, 213, 215, 216, 219, 220, 221, 230, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 255, 258, 259, 358, 366
Ruggiu 405
Salmond 362
Samson 205, 213, 255, 264
Schabas 300
Schaffstein 256
Schlösser 216, 229
Schomburg 175
Schroeder 209, 213, 216, 222, 241
Schulz 284, 285, 286, 288, 289
Stratenwerth 193, 240
Tadic 74, 75, 76, 77, 78, 83, 84, 98, 174, 176, 185, 186, 191, 194, 233, 247, 248, 250, 271, 272, 404, 405, 411
Triffterer 418, 420, 421, 439
v. Gemmingen 354
Vehling 353, 354, 355, 356, 357
Vest 216, 229, 418, 420, 421
Vogler 360, 367
Wohlleben 260
Wu y Kang 307
Zaczyk 353, 357, 358, 359, 360, 361