

DIXIV^F

KAI AMBOS

Derecho penal
y proceso penal
(nacional, internacional
y comparado)
Temas actuales


EDITORIAL
UBIJUS

Contenido

Presentación.....	11
Abreviaturas	13

PRIMERA PARTE: FUNDAMENTOS

¿Un derecho humano a la pena? Reflexiones sobre los alcances del llamado derecho a la justicia.....	17
1. Introducción.....	18
2. El problema en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	21
3. El derecho a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	28
4. ¿Un derecho humano a la pena?	35
5. Conclusiones	41
Estado y futuro del Derecho penal comparado.....	43
A. Fundamentación: Concepto e historia.....	44
B. Importancia y funciones del derecho penal comparado	51
C. Objetivos, métodos y fundamento normativo	61

© Kai Ambos

© Ubijus Editorial, S.A. de C.V.
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080
Azcapotzalco, Ciudad de México
www.ubijus.com
contacto@ubijus.com
(55) 53 56 68 91

ISBN: 978-607-8615-17-9

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

2019

D. Situación de la investigación y enseñanza del Derecho penal comparado.....	87
E. Perspectivas.....	90

SEGUNDA PARTE:

DERECHO PENAL Y PROCESO PENAL

La posesión como delito y la función del elemento subjetivo – Reflexiones desde una perspectiva comparada –	95
I. Estructura, fundamento y algunos problemas de los delitos de posesión.....	96
II. Posesión, conducta y el elemento subjetivo	102
III. Un concepto liberal de responsabilidad penal por la posesión.....	111
Bibliografía.....	116
La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania.....	119
1. Introducción.....	120
2. La defraudación tributaria como objeto material del lavado de dinero	122
3. Doble punición por el hecho previo, relación	130
Bibliografía.....	134
Terroristas y debido proceso. El derecho a un debido proceso para los presuntos terroristas detenidos en la bahía de Guantánamo.....	137
Introducción	138
A. Fuentes relevantes y contenido del derecho a un debido proceso	139
B. Las restricciones a las garantías judiciales durante los juicios contra presuntos terroristas.....	141
C. Enfoques para la justificación de las restricciones al debido proceso.....	145
D. Conclusión.....	177

La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán	179
1. Consideraciones previas.....	179
2. Efecto extensivo en el derecho estadounidense.....	181
3. El efecto extensivo en el Derecho alemán.....	205
4. Consecuencias.....	211

TERCERA PARTE:

DERECHO Y JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas	217
1. Persecución de crímenes internacionales en Latinoamérica	218
2. Evaluación de la práctica del nivel nacional con respecto al principio de complementariedad	236
3. Superación de las deficiencias identificadas y la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional	246
4. Conclusión	248
Bibliografía.....	249
Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio	259
1. Introducción: alcance de este trabajo y aclaraciones conceptuales	260
2. Ciberataques como crímenes de guerra.....	265
3. Principios del derecho internacional humanitario	279
4. Ataques cibernéticos y el crimen de agresión	292
5. Ataques cibernéticos y crímenes contra la humanidad	300
6. Conclusiones	301
7. Bibliografía	302
Tabla de Jurisprudencia	308

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional	
de las empresas	311
I. Cuestiones sobre la responsabilidad	
jurídica (internacional)	312
2. Modelo de organización	
<i>versus</i> modelo de atribución	319
II. Formas de intervención punible	336
Bibliografía.....	355

Presentación

¿Tiene la víctima un derecho humano a la pena? ¿Cuáles son los desafíos que enfrenta el derecho penal y procesal penal en el siglo XXI? ¿Cuál es el fundamento de la responsabilidad penal internacional de las empresas y en qué modelo se puede basar la atribución de responsabilidad? Los interrogantes formulados evidencian la necesidad de abordar, desde una postura sólida y con un andamiaje técnico de vanguardia, los retos que las ciencias penales enfrentan en la actualidad para poder rendir lo que de éstas se espera en el ámbito forense.

Que ejes temáticos como los señalados se publiquen en México no es una casualidad, sino el efecto de una causalidad: el debate que la implementación del sistema de justicia penal de corte acusatorio ha generado entre quienes lo operan, frente a la doctrina más avanzada, que sostiene restricciones garantistas vinculadas a los derechos humanos y que impiden un ejercicio abusivo del poder punitivo. Éste es —por citar sólo un ejemplo—, el caso referido por el autor de «la posesión como delito y la función del elemento subjetivo». Así, mientras la tendencia actual en nuestro país da la espalda al estudio del dolo y el resto de elementos subjetivos del injusto para vincular a proceso a una persona humana o jurídica, la exigencia dogmática —fundamentada en la ciencia y no en la intuición—, sostiene exactamente lo contrario: el derecho penal contemporáneo sólo reacciona frente a acciones dolosas o imprudentes, junto a las cuales es indispensable entrar al estudio de los elementos subjetivos distintos al dolo.

Solamente un experto que domine las ciencias penales —y que haya demostrado ese dominio en la práctica— puede enfrentar problemas como los que aquí se abordan y brindar al lector vías de solución plausibles: defraudación tributaria, terrorismo y el alcance del derecho penal comparado, son sólo tres ejemplos problemáticos que se suman a los ya señalados. Kai Ambos tiene, sin duda alguna, el dominio teórico y práctico al que me he referido, a los que se suma su prestigio a escala internacional. No en balde se trata de uno de los catedráticos alemanes más influyentes en Iberoamérica, cuyas obras —traducidas a nuestro idioma como la que aquí se presenta— son una lectura obligada para penalistas de Latinoamérica. Deseo a este nuevo libro mucho éxito y una amplia difusión.

MIGUEL ONTIVEROS ALONSO
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Autónoma de Chiapas

Abreviaturas

- CADHDP Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos del Pueblo
- CArDH Carta Árabe de Derechos Humanos
- CDFUE Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- CVR Comisión de la Verdad y Reconciliación
- CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CONADEP Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas
- CDH Comité de Derechos Humanos
- CADH Convención Americana sobre Derechos Humanos
- CG Convención de Ginebra
- CEDH Convención Europea de Derechos Humanos
- CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos
- CIJ Corte Internacional de Justicia
- CPI Corte Penal Internacional
- DADDH Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- DIDH Derecho Internacional de Derechos Humanos
- DIH Derecho Internacional Humanitario

- ECPI Estatuto de la Corte Penal Internacional
- ER Estatuto de Roma
- FARC Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
- JEP Jurisdicción Especial para la Paz
- LCM Ley de Comisiones Militares
- MJP Marco Jurídico para la Paz
- OEA Organización de los Estados Americanos
- PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- SIVJRNR Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No-Repetición
- StGB Código Penal Alemán (por sus siglas en alemán)
- TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TFUE Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
- TPIY Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
- TS Tribunal Supremo español
- UE Unión Europea
- UCMJ Código Único de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice*)

PRIMERA PARTE:
FUNDAMENTOS

¿Un derecho humano a la pena?
Reflexiones sobre los alcances
del llamado derecho a la justicia

*Kai Ambos**
*Leandro Dias***

Resumen: Desde hace un tiempo se argumenta que las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos tendrían un "derecho humano a la pena". Este último consistiría tanto en un derecho a que se condene a los agresores, como a que se les imponga una pena (mínima) específica. Contra esta tendencia, en este trabajo se demostrará que la práctica actual en materia de derechos humanos no reconoce ni derecho a obtener una condena penal, ni una pena mínima específica.

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional y Director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero y del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Facultad de Derecho, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Juez de Tribunal provincial (*Landgericht*).

** Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Buenos Aires). Profesor adjunto de Derecho Penal y Contravencional (Instituto Superior de Seguridad Pública).

1. INTRODUCCIÓN

Cierta tendencia —ya no tan reciente—¹ en materia de derechos humanos parecería apoyar el punto de vista de que la identificación, persecución y, eventualmente, castigo de quienes participan en violaciones graves a derechos humanos se ha convertido en una obligación estatal.² Es decir, se estaría produciendo una consolidación de lo que se conoce como un *deber* estatal de perseguir penalmente esta clase de conductas (*duty to prosecute*).³

¹ Véase, solo a modo de ejemplo, lo señalado por la CIDH en el caso Velásquez Rodríguez ya en el año 1988: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos” (énfasis agregado). CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 166 (véase también § 174). Sobre el tema recientemente Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge, University Press, 2016, pp. 256 y ss.

² Spiga, Valentina, “No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, pp. 1377 y ss.

³ La terminología fue acuñada por Orentlicher (“Settling Accounts: The Duty To Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, en *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, pp. 2537 y ss.) en un innovador artículo publicado en 1991 y se ha impuesto en la discusión científica. De todos modos, el término “deber de perseguir” es equívoco, ya que da la impresión de que la única persecución aceptable es la que llevan a cabo los Estados a partir de sus procedimientos internos, cuando en realidad este deber podría satisfacerse a partir de persecución nacional, extradición a otro Estado dispuesto a perseguir o de entregar a un sospechoso a un tribunal internacional. En ese sentido, Robinson, Darryl, “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, núm. 14, 2003, p. 491, nota 41. Para más referencias sobre el estado de la evolución de la discusión desde ese momento hasta la actualidad, véase Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 66 y ss.; “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special

A su vez, ha ganado terreno el argumento de que la contracara de este deber es el derecho de las víctimas a un recurso efectivo, que abarcaría un *derecho* a que se lleve adelante una *persecución penal* contra el infractor.⁴ Si bien no existe unanimidad respecto de la denominación de este derecho, así como tampoco de sus contornos precisos, podría decirse que se propugna un *derecho a la justicia* para las víctimas.⁵

No es el objetivo de este trabajo poner en tela de juicio esta tendencia, por lo que una crítica general deberá buscarse en otro lado.⁶ En cambio, en esta contribución se intentará ofrecer claridad

Focus on the Role of the ICC”, en Kai Ambos – Judith Large – Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2008, pp. 29 y ss.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, University Press, 2013, pp. 394 y ss.

⁴ Así Spiga, Valentina, “No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, p. 1383, señala que “[e]n definitiva, los años recientes han dado testimonio de una preocupación creciente por la necesidad de llevar justicia a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y la creciente conciencia de que garantizar una satisfacción adecuada a las víctimas requiere de la responsabilidad penal de los violadores de quienes infringen derechos humanos”. Fundamental para la discusión en Alemania Holz, Wilfried, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Berlín, Duncker & Humblot, 2007, p. 68 *et passim*, quien fundamenta tal derecho, de un modo general, en el artículo 19 IV Grundgesetz (Ley Fundamental). Véase también la crítica de Weigend, Thomas: “Die Strafe für das Opfer? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht”, en *Rechtswissenschaft*, núm. 1, 2010, pp. 46 y ss.

⁵ Sobre los problemas de denominación Spiga, Valentina, “No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law”, en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, p. 1383. Crítico Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 103 y ss., quien señala que no resulta claro qué significa “derecho a la justicia” y cómo se puede pretender su satisfacción.

⁶ Véase, solamente Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 319 y ss.; “The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC”, en Kai Ambos – Judith Large – Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín, Springer, 2008, pp. 30 y ss.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, University Press, 2013, pp. 394 y ss.

respecto de una de las supuestas derivaciones de este deber de perseguir y el correspondiente derecho a la justicia. En particular, se analizará un punto de vista que recientemente ha aparecido en la discusión política y académica, que afirma que las víctimas tendrían un "derecho humano a la pena", esto es, a que se *condene* a los responsables de las violaciones a sus derechos humanos y que, además, se les *imponga una pena (mínima) específica*.⁷ La hipótesis que guiará el trabajo puede formularse de la siguiente forma: la práctica actual en materia de derechos humanos no reconoce un derecho a obtener una condena penal contra su agresor, mucho menos una pena mínima específica, y hay buenas razones para no extender los derechos de las víctimas con ese alcance.

A los fines de corroborar la hipótesis, en primer lugar, se analizará la jurisprudencia de los dos tribunales regionales de derechos humanos que por su influencia marcan la tendencia en la discusión: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH).⁸ Con esto se intentará demostrar que los alcances de tales derechos de las víctimas no abarcan a la obtención de una

⁷ Sobre este argumento, en el marco de proceso de paz colombiano, Ambos, Kai, "Derechos humanos y pena", en *El Espectador*, consultable en: [http://www.elespectador.com/opinion/derechos-humanos-y-pena], <5.5.2016>. Desde ya que no se trata de un argumento novedoso. En Alemania reflexiones similares se produjeron sobre el eventual derecho de la víctima a que se castigue al autor del delito, en especial a partir del secuestro de Jan Philipp Reemtsma. Véase la síntesis de la discusión alemana en Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2015, pp. 115 y ss.

⁸ Esto no significa una negación de que en otras jurisdicciones no se hayan producido discusiones semejantes, sino que simplemente se trata de una limitación del objeto de la investigación. La aclaración resulta relevante especialmente porque el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también ha desarrollado de modo extenso la cuestión. Sobre el tema, véase David, Valeska, "The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court", en *British Journal of American Legal Studies*, núm. 3, 2014, pp. 264 y ss. De todos modos, si se extiende el análisis al derecho internacional en general, la tendencia parecería ser similar, pues no existe ningún derecho consuetudinario que le otorgue a la víctima del castigo una pretensión a la pena, ni tampoco sería posible derivar tal derecho (como principio general del derecho) de los sistemas jurídicos internos. Así, con claridad, Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge, University Press, 2016, p. 257.

condena penal, ni a la imposición de una pena mínima al infractor. En segundo lugar, se ofrecerán argumentos en contra de una extensión de este tipo de derecho a la justicia de las víctimas. Finalmente, se expondrán unas breves reflexiones finales.

2. EL PROBLEMA EN EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien en principio parecería no haber un "derecho a la justicia" en sentido estricto en el sistema europeo de derechos humanos,⁹ para analizar la postura del TEDH sobre el tema, debe hacerse una distinción entre el deber de perseguir penalmente violaciones a los derechos humanos, que le correspondería al Estado con independencia de los derechos procesales de las víctimas, y el derecho de estas últimas a la justicia. Respecto del primer deber, en supuestos en los cuales se ven afectados derechos humanos básicos, como cuando se produce una privación intencional de la vida, sería necesaria una disuasión efectiva por medio de la criminalización de las conductas de los infractores,¹⁰ y en ocasiones el Tribunal les ha ordenado a los Estados que tomen medidas legislativas y judiciales tendentes al desarrollo de investigaciones penales.¹¹ Así, en ciertos casos de graves violaciones a los derechos humanos tales actos deberían ser castigados, por lo que no sería suficiente una mera reacción administrativa.¹²

⁹ En detalle, Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge, University Press, 2016, pp. 258 y ss.; Ambos, Kai-Böhm, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor-Eduardo Herrera García, *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1074, con referencias adicionales a la jurisprudencia del TEDH.

¹⁰ Para un análisis detallado de la postura del TEDH respecto de la criminalización como medio para la protección efectiva de los derechos materiales señalados en la CADH, véase Ambos, Kai-Böhm, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *op. cit.*, pp. 111 y ss.

¹¹ TEDH, *Kiliç v. Turkey*, núm. 22492/93, fallo 28/3/2000, § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, núm. 22535/93, fallo 28.3.2000, § 85.

¹² TEDH, *Öneryıldız v. Turkey*, núm. 48939/99, Fallo 30/11/2004, § 94, con referencias adicionales.

Esta jurisprudencia parecería dar lugar a una aceptación de una obligación procesal positiva¹³ de perseguir penalmente las violaciones graves a los derechos humanos protegidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH).¹⁴ Sin embargo, debe hacerse una serie de aclaraciones al respecto. En primer lugar, el TEDH explícitamente negó que exista un deber de que en todos los casos de violaciones a derechos humanos se lleve a cabo un proceso penal,¹⁵ por lo que este deber del Estado de perseguir regiría sólo en ciertos casos, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de la interferencia sobre los derechos en cuestión.¹⁶ Este deber existiría, en principio, sólo para ciertas

¹³ Por obligaciones positivas se entienden aquellos deberes que van más allá de la no interferencia estatal en el goce de determinados derechos (deberes negativos) y que requieren, por tanto, de un fomento de los derechos, como el deber que tendrían los Estados de garantizar y proteger los derechos humanos dentro de su territorio. En este sentido, Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres, New York, Routledge, 2012, pp. 195 y ss. En detalle sobre el concepto y las clasificaciones posibles de las obligaciones positivas en el marco de la jurisprudencia del TEDH, Ashworth, Andrew, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 196 y ss.; Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al., Springer, 2003, pp. 6 y ss., 11 y ss.; Benavides Casals, María Angélica, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 57 y ss.; Szczekalla, Peter, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002, pp. 712 y ss.; Mowbray, Alistair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 2 y ss.

¹⁴ Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", en *Indret: Derecho Penal 3/2016*, consultable en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> <27.9.2016>, p. 15.

¹⁵ Así, el TEDH, en el caso *Calvelli and Ciglio v. Italy* (núm. 32967/96, fallo 17/1/2002, § 51) consideró que el efecto disuasorio de la pena no era necesario en casos de violaciones no intencionales al derecho a la vida (con disidencias de los jueces Rozakis y Bonello). Para un análisis de esta sentencia, véase Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres, New York: Routledge, 2012, pp. 195 y ss. En un mismo sentido, TEDH, *VO v. France*, núm. 53924/00, fallo 8/7/2004, § 90; *Mastromatteo v. Italy*, núm. 37703/97, fallo 24/10/2002, § 90.

¹⁶ *Menteş and Others v. Turkey*, núm. 22535/93, fallo 28/03/2000, § 124. En un mismo sentido, Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al., Oxford University Press, 2009, p. 115.

afectaciones de gran entidad, como las vulneraciones intencionales al derecho a la vida (art. 2, CEDH, en su aspecto procesal);¹⁷ a la libertad personal (art. 5, CEDH, en casos de desapariciones de personas detenidas);¹⁸ al derecho a no ser torturado (art. 3, CEDH),¹⁹ y a la vida privada y familiar (art. 8, CEDH).²⁰ En segundo lugar, estas obligaciones positivas se basan en la protección (por medio de la prevención en general y de la disuasión en particular) que debe brindar un Estado a diversos derechos fundamentales de la generalidad, y no en la protección de una persona en particular,²¹ por lo que no se derivaría un derecho a que se persiga penalmente a un tercero.²² Estas dos aclaraciones permiten llegar a una conclusión provisional: el deber estatal de persecución penal estaría limitado a ciertas violaciones particularmente intensas a derechos humanos y de dicho deber no se desprendería el derecho de la víctima a que el Estado lleve a cabo tal persecución en el caso concreto.

Los derechos de las víctimas de violaciones graves a sus derechos humanos estarían garantizados, en cambio, a partir de su derecho a un recurso efectivo (art. 13, CEDH). La posición del Tribunal en este aspecto resulta compleja. Como se señaló previamente, las víctimas en principio no tienen un derecho a instituir, o a que

¹⁷ TEDH, *Öneryıldiz v. Turkey*, núm. 48939/99, fallo 30/11/2004, § 111, con referencias adicionales.

¹⁸ TEDH, *Kurt v. Turkey*, núm. 24276/94, fallo 25/5/1998, § 140.

¹⁹ TEDH, *Assenov and Others v. Bulgaria*, núm. 90/1997/874/1086, fallo 20/10/1998, § 90; *Aksoy v. Turkey*, núm. 21987/93, fallo 18/12/1996, § 98. Respecto de la obligación positiva de tomar medidas para que los individuos no sean sometidos a torturas ni a otros tratos inhumanos (incluyendo aquellos realizados por otros ciudadanos), véase TEDH, *A v. UK*, núm. 100/1997/884/1096, fallo 23/09/1998, § 22; *Z and Others v. UK*, núm. 29392/95, fallo 10/5/2001, § 73. En detalle sobre la cuestión, Mowbray, Alistair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 59 y ss.

²⁰ *Menteş and Others v. Turkey*, núm. 22535/93, fallo 28/03/2000, § 124.

²¹ Ambos, Kai-Böhm, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *op. cit.*, p. 1074; Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

²² TEDH, *Calvelli and Ciglio v. Italy*, núm. 32967/96, fallo 17/1/2002, § 51; TEDH, *Öneryıldiz v. Turkey*, núm. 48939/99, fallo 30/11/2004, § 94.

se instituya, un proceso penal contra otra persona, por lo que no estaría asegurado un derecho a la justicia por la CEDH. Incluso algunas condenas a los Estados por violación al derecho a un recurso efectivo ocurrieron en razón de que no se había establecido un procedimiento que pudiese dar lugar a una reparación civil, no penal.²³ Empero, ciertas sentencias del Tribunal en parte matizan estas conclusiones. En el caso *Kaya v. Turquía*, por ejemplo, los magistrados del Tribunal señalaron que

Teniendo en cuenta la importancia fundamental del derecho a la protección de la vida, el artículo 13 requiere, además del pago de una compensación, en caso de ser apropiada, de una investigación exhaustiva y efectiva, capaz de llevar a la identificación y al castigo de los responsables de la privación de la vida y que incluya un acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación.²⁴

Para solucionar esta aparente inconsecuencia, se ha entendido que si bien por regla general las víctimas de violaciones a derechos humanos no tendrían un derecho a que se lleven a cabo procesos penales contra los autores de dichas vulneraciones, en algunos casos sí estaría garantizado tal derecho procesal por el artículo 13, CEDH, dado que el alcance de este último artículo varía de acuerdo con el derecho sustantivo afectado.²⁵ Esto sería así cuando se esté en presencia de una violación grave a ciertos derechos, como en el caso de violaciones intencionales al derecho a la vida, cometidas por actores estatales y en circunstancias que hiciesen necesario tal remedio.²⁶ Para casos de violaciones

²³ TEDH, *Öneryıldız v. Turkey*, núm. 48939/99, fallo 30/11/2004, § 148; *Dink v. Turkey*, núm. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124, fallo 10/9/2010, § 144.

²⁴ TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, núm. 22535/93, fallo 28/03/2000, § 124. Previamente: TEDH, *Mahmut Kaya v. Turkey*, núm. 58/1996/677/867, fallo 27/11/1997, § 89; *Menteş and Others v. Turkey*, núm. 22535/93, fallo 28/3/2000, § 124. También TEDH, *D.P.&J.C. v. The United Kingdom*, núm. 38719/97, fallo 10/10/2002, § 107; *El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, núm. 39630/09, fallo 13/12/2012, § 75. Sobre este fallo, véase Ambos, Kai, "Comentario sentencia TEDH", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, núm. 3, 2013, pp. 161 y ss.

²⁵ Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Múnich, C.H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn, 2014, p. 335.

²⁶ Así Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al., Springer, 2003, p. 331; Benzing,

a derechos cometidas por agentes no estatales, este derecho de las víctimas a que se inicie una investigación no derivaría ya del artículo 13, CEDH, en principio limitado al establecimiento de recursos contra acciones estatales, sino de cada derecho afectado en particular, en caso de que la ausencia de una investigación pudiese poner en peligro la validez del derecho afectado.²⁷

A partir de lo señalado, puede decirse que, según el TEDH, los Estados tienen el deber de perseguir ciertas violaciones graves a los derechos humanos,²⁸ como por ejemplo, las vulneraciones

Markus, "The Complementarity Regime of the International Criminal Court, International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, núm. 7, 2003, p. 608; Kuhn, Sascha, "Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts", en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 4, 2005, pp. 125 y ss., aunque limitando el alcance a las violaciones intencionales al derecho a la vida. Sin embargo, esta postura tan restrictiva desconoce que se ha establecido este derecho procesal incluso en casos de violaciones al artículo 8 de la CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). En ese sentido, *Menteş and Others v. Turkey*, núm. 22535/93, fallo 28/3/2000, § 124.

²⁷ Sobre el tema, en detalle Dröge, Cordula, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlín et al., Springer, 2003, p. 59; Ambos, Kai-Böhm, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *op. cit.*, pp. 1079 y ss. Esta justificación pragmática también se ha utilizado para justificar los derechos de las víctimas a que se lleve a cabo una investigación efectiva en casos de violaciones al derecho a la vida presuntamente cometidas por funcionarios estatales. Así, por ejemplo, TEDH, *McCann and others v. United Kingdom*, núm. 18984/91, fallo 27/9/1995, § 161 (aunque en ese caso tal investigación había, de hecho, tenido lugar). Cf. Weigend, Thomas: "Die Strafe für das Opfer? - Zur Renaissance des Genußtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht", en *Rechtswissenschaft*, núm. 1, 2010, pp. 47 y ss. Véase también Ohlin, Jens David, "The Right to Punishment for International Crimes", *Cornell Legal Studies Research Paper* núm. 18-31, 2018, pp. 3 y ss., quien a partir de un análisis de la sentencia de la Gran Sala del TEDH en el caso *Gaefgen vs. Alemania* (núm. 22978/05, fallo 1/6/2010) señala que lo decisivo es el *status* de víctima, no el del autor, por lo que sería indiferente que este último forme parte, o no, del Estado. En todo caso, según este autor, lo decisivo sería que se esté en presencia de cierta clase de violaciones a derechos individuales universales que darían lugar a una "prohibición de brutalidad" (p. 12).

²⁸ Cuando se habla de violaciones graves a sus derechos humanos, en este marco, se está haciendo referencia a los derechos humanos garantizados por la CEDH. Esta aclaración resulta importante porque en principio no po-

intencionales al derecho a la vida y la comisión de torturas, y que las víctimas también poseen, bajo ciertas circunstancias, un derecho procesal a que se inicien tales procedimientos. Ante este panorama, aparece la pregunta, fundamental a los fines de este trabajo, sobre los alcances de este deber limitado de perseguir que reconoce el Tribunal y del correspondiente (y también limitado) derecho de las víctimas a que se lleve a cabo la persecución. En particular, ¿se garantiza de esta forma un deber de condenar a los acusados y un derecho de las víctimas a que se los condene? Y en caso de que se llegue a una condena, ¿se le garantiza a las víctimas un derecho humano a la imposición de una pena mínima al autor?

Para responder al primer interrogante, lo primero que debe decirse es que este deber de persecución no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta.²⁹ En particular, lo que se exige es que se arbitren los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, por lo que le corresponde al Estado una obligación de medios de perseguir y no una obligación de resultado de castigar.³⁰ Se requiere, entonces, una investigación capaz de conducir a la identificación y al castigo de los responsables de la violación a los derechos humanos de las víctimas,³¹ pero sin

dría generalizarse este derecho hasta el punto de afirmar que el TEDH garantiza un derecho a la justicia ante la comisión de cualquier delito, sino que se está suponiendo la violación a uno de los derechos positivizados en la CEDH. Así Weigend, Thomas: "Die Strafe für das Opfer?...", *op. cit.*, p. 47; Jerouschek, Günter, "Straftat und Traumatisierung", en *Juristen-Zeitung*, 2000, p. 194. Equivocado en la generalización Holz, Wilfried, *Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers*, Berlín, Duncker & Humblot, 2007, pp. 99 y ss.

²⁹ Ambos, Kai-Böhm, María Laura, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos...", *op. cit.*, p. 1070.

³⁰ TEDH, *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, núm. 46477/99, fallo 14/3/2002, § 71; *Bazorkina v. Russia*, núm. 69481/01, fallo 27/7/2006, § 118; *Nadrosov v. Russia*, núm. 9297/02, fallo 31/07/2008, § 38; *Umarova and Others v. Russia*, núm. 25654/08, fallo 17/12/2012, § 84. En detalle, con referencias adicionales, Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al., Oxford University Press, 2009, pp. 115 y ss.; Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", en *Indret: Derecho Penal 3/2016*, consultable en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> <27.9.2016>, p. 16.

³¹ TEDH, *Auguelova v. Bulgaria*, núm. 38361/97, fallo 13/6/2002, § 139; *Bazorkina v. Russia*, núm. 69481/01, fallo 27/7/2006, § 118; *Nadrosov v. Russia*,

que esté asegurado el resultado de la investigación.³² El correlato de esta obligación de medios para el Estado es el derecho de la víctima a que se lleven a cabo investigaciones penales aptas para dar lugar a un castigo penal, pero no un derecho a la venganza privada³³ o a que esté asegurada una condena o un castigo en concreto.³⁴ Resulta claro, entonces, que el TEDH no le establece ningún derecho al castigo a la víctima, sino a pesar de todo a que en ciertos casos se realice una investigación penal.³⁵

Si se tiene en cuenta este panorama, un eventual derecho a una pena mínima sólo entraría en consideración si ya se logró el resultado condena (no asegurado como derecho). Dentro de este marco, el TEDH ha señalado que si bien la víctima no tiene un derecho a que se le imponga una pena a su agresor, si se impusiesen sanciones indulgentes y desproporcionadamente bajas en relación con la gravedad del crimen, el Tribunal podría intervenir para revisar la pena.³⁶ Esto no sería, empero, un derecho de la víctima a que se establezca un cierto mínimo de pena, sino que se vincula con la obligación de los Estados de asegurar que el deber de investigación no pierda sentido y que ciertos derechos de importancia fundamental no se tornen inefectivos en la práctica.³⁷ En definitiva, tampoco existiría un derecho de la víc-

núm. 9297/02, fallo 31/7/2008, § 38; *Umarova and Others v. Russia*, núm. 25654/08, fallo 17/12/2012, § 84.

³² *Nadrosov v. Russia*, núm. 9297/02, fallo 31/07/2008, § 38; *M.P. and others v. Bulgaria*, núm. 22457/08, fallo 15/11/2011, § 111, entre otros.

³³ TEDH, *Perez v. France*, núm. 47287/99, fallo 12/2/2004, § 70.

³⁴ TEDH, *Öneryildiz v. Turkey*, núm. 48939/99, fallo 30/11/2004, § 148.

³⁵ Coincide con esta apreciación Seibert-Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, *op. cit.*, p. 115, con referencias adicionales. Este deber, a su vez, presenta importantes problemas en ciertos supuestos, como en el de las amnistías (en casos de *core crimes* o de otras violaciones graves a los derechos humanos). Esta cuestión, sin embargo, excede los límites de este trabajo. Para un panorama general de la cuestión, véase Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, University Press, 2013, pp. 419 y ss.; Engle, Karen, "Anti-impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights", en *Cornell Law Review*, núm. 100, 2015, pp. 1105 y ss.

³⁶ TEDH, *Nikolova and Velichkova v. Bulgaria*, núm. 7888/03, fallo 20/12/2007, § 62.

³⁷ *Idem*. En un mismo sentido, Turković, Ksenija, "International and national courts confronting large-scale violations of human rights", en *Euro-*

tima a una pena específica, sino un deber de los Estados de asegurar que las sanciones por violaciones al derecho a la vida no sean tan indulgentes que podría ponerse en peligro la existencia misma del derecho en cuestión.

3. EL DERECHO A LA JUSTICIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH ha considerado ya desde el *leading case* "Velásquez Rodríguez" de 1988, que los Estados tienen el deber de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁸ Los deberes de investigar y sancionar, que podrían considerarse como partes integrantes del deber general de perseguir, no se encuentran establecidos de modo expreso en la CADH,³⁹ pero han sido señalados desde el principio derivado por la Corte de

pean Court of Human Rights. Opening of the Judicial Year - Seminar - 28 January 2016, consultable en: [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20160129_Turkovic_JY_ENG.pdf], <27/9/2016>. Para un análisis de la jurisprudencia posterior del TEDH, véase Tomás-Valiente Lanuza, Carmen, "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *op. cit.*, pp. 23 y ss.

³⁸ CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 166. Sobre la trascendencia del caso y sus repercusiones en la jurisprudencia posterior de la Rey, Sebastián, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 178 y ss. Puede observarse que, en principio, la CIDH no realiza las mismas distinciones que el TEDH sobre el tema. De todos modos, la Corte ha señalado, en ciertos casos, que en supuestos de, por ejemplo, violaciones al derecho a la vida, los deberes estatales de persecución resultan particularmente estrictos. Véase, por ejemplo, CIDH, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, fallo 25/11/2013 (fondo, reparaciones y costas), § 133.

³⁹ Dondé Matute, Javier, "The Duty to Prosecute Human Rights Violations Before the Supreme Court of Mexico", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 124, 2009, p. 175; Ibañez Rivas, Juana María, "Artículo 25. Protección judicial", en Christian Steiner-Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., p. 628.

la obligación de garantizar establecida en el artículo 1.1 del Tratado.⁴⁰ Esta sanción debe ser en principio *penal*,⁴¹ sin perjuicio de que otros mecanismos, procedimientos o modalidades pueden resultar útiles o eficaces como complemento para establecer la verdad, determinar los alcances y dimensiones de la responsabilidad estatal y reparar integralmente las violaciones.⁴² Por su parte, el derecho de las víctimas a que tal persecución se lleve a cabo (el ya mencionado "derecho a la justicia"),⁴³ tras una serie de indefiniciones iniciales,⁴⁴ al menos desde el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, se entiende como una derivación del artículo 25.1 de la CADH (derecho a un recurso judicial efectivo) en conjunto con el artículo 8.1 (garantías judiciales).⁴⁵ Según la CIDH, el derecho

⁴⁰ CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 166, entre muchos otros.

⁴¹ Si bien la terminología resulta ambigua, dado que las sanciones también pueden ser no penales, lo cierto es que al menos desde el caso *Barrios Altos vs. Perú* (fallo 14/3/2001 [fondo], §41 ss.) ha quedado en claro que la CIDH se refiere a sanciones penales. Así, Dondé Matute, Javier, "The Duty to Prosecute Human Rights Violations Before the Supreme Court of Mexico", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 124, 2009, p. 175.

⁴² Véase, entre muchos, CIDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, fallo 26/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 130.

⁴³ Así, CIDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, fallo 29/12/2006 (fondo, reparaciones y costas), § 149.

⁴⁴ En particular, en algunos casos posteriores a Velásquez Rodríguez, la Corte rechazó argumentos de la Comisión Interamericana tendentes a desarrollar un deber de investigar, juzgar y sancionar con base en el artículo 25, CADH, sobre recurso judicial efectivo, y afirmó que tal obligación estaría basada en el derecho a un juicio justo del artículo 8.1, CADH. Así, CIDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, fallo 29/1/1997 (fondo, reparaciones y costas), § 89; CIDH, *Caso Blake vs. Guatemala*, fallo 24/1/1998 (fondo), § 91, 98, 104; CIDH, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fallo 08/3/1998 (fondo), § 159-160, 164-168. Sobre el tema, en detalle, David, Valeska, "The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court", en *British Journal of American Legal Studies*, núm. 3, 2014, pp. 273 y ss.

⁴⁵ CIDH, *Caso Durand y Ugarte vs. Perú*, fallo 19/8/2000 (fondo), § 124, 130. Coinciden en esta apreciación Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge, University Press, 2016, p. 258 (aunque a través de una cita al caso CIDH, *Gomes Lund y otros vs. Brasil*, fallo 24/11/2010); David, Valeska, "The Expanding Right to an Effective Remedy: Common Developments at the Human Rights Committee and the Inter-American Court", en *British Journal of American Legal Studies*, núm. 3, 2014, p. 274; Seibert-Fohr, Anja,

a la justicia incluiría el suministro estatal de una investigación efectiva y un proceso judicial tendientes al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y una compensación adecuada.⁴⁶ A partir de lo expuesto, no hay mayores dudas de que, según la jurisprudencia de la CIDH, a diferencia de lo que sucede en el TEDH, existe tanto un deber estatal de perseguir penalmente las violaciones a los derechos señalados en la CADH como un derecho de las víctimas a que se realice una investigación penal. La pregunta reside nuevamente en si ese derecho de las víctimas es de tal entidad como para que pueda afirmarse un *derecho a una condena y/o un derecho a la imposición de una pena específica*.

En este aspecto, la respuesta es más compleja que en el TEDH, debido a ciertos parámetros que ha establecido la CIDH respecto de los deberes de investigar y sancionar. En particular, la CIDH ha intentado combatir la impunidad, entendida como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH",⁴⁷ mediante la imposición de un deber de perseguir robusto a los Estados. Así, esos últimos deberían remover todos los obstáculos *de facto y de jure*, al menos en casos de violaciones graves a los derechos humanos,⁴⁸ que mantengan

Prosecuting Serious Human Rights Violations, op. cit., p. 66. Esta tendencia, de todos modos, ya podía anticiparse, aunque de un modo no tan claro, en el caso "Niños de la calle" (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, fallo 19/11/1999 (fondo), § 199-238.

⁴⁶ Véase, entre otros, CIDH, *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, fallo 24/11/2011 (fondo, reparaciones y costas), § 291; *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, fallo 23/11/2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 180; *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, fallo 25/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 206.

⁴⁷ CIDH, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, fallo 08.03.1998 (fondo), § 173. Sobre el concepto de impunidad, en detalle Ambos, Kai, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 33 y ss.

⁴⁸ Esta noción resulta particularmente equívoca en la jurisprudencia de la CIDH, ya que no termina de quedar claro en qué situaciones no se podría recurrir a estas defensas procesales (¿violaciones graves a todos los derechos humanos?, ¿solamente en casos de *core crimes*?). Sobre estos problemas terminológicos, véase Malarino, *Sistema Interamericano*, 27, notas 9 y 38. En lo que se refiere a este tema puntual, parecería que la Corte ha desarrollado un concepto de "violaciones graves a los derechos humanos"

una situación de impunidad,⁴⁹ incluyendo ciertas defensas procesales que suelen ser reconocidas a los ciudadanos en el derecho interno, tales como las amnistías de cualquier clase,⁵⁰ el principio de *ne bis in idem*⁵¹ y los plazos de prescripción.⁵² Esta decisión de la Corte ha generado muchísimo debate y un análisis de cada una de estas limitaciones a la utilización de defensas procesales excede sin dudas el alcance de este trabajo.⁵³ Lo relevante aquí

que abarca no sólo a crímenes internacionales, sino también a violaciones a los derechos humanos que no reúnen todos los requisitos de los *core crimes*. Así, Piqué, María Luisa, "Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución", en Roberto Gargarella-Sebastián Guidi (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 947 y 948, con referencias adicionales. Entre las violaciones "no graves" a los derechos humanos estarían incluidas, por ejemplo, los delitos imprudentes cometidos por particulares *Caso Albán Cornejo vs. Ecuador*, fallo 22/11/2007 (fondo, reparaciones y costas), § 111.

⁴⁹ CIDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fallo 25/10/2012 (fondo, reparaciones y costas), § 249; *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fallo 25/11/2003 (fondo, reparaciones y costas), § 277.

⁵⁰ CIDH, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, fallo 14/3/2001 (fondo), § 41; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fallo 26/09/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 120; *Caso Gelman vs. Uruguay*, fallo 24/02/2011 (fondo y reparaciones), § 227, entre otros.

⁵¹ CIDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fallo 26/9/2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 154. Más recientemente CIDH, *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, fallo 24/10/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 195, entre otros.

⁵² CIDH, *Caso Bulacio vs. Argentina*, fallo 18/9/2003 (fondo, reparaciones y costas), § 116-117; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, fallo 22/11/2007 (fondo, reparaciones y costas), § 111; *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*, fallo 19/5/2011 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 117; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fallo 01/9/2010 (fondo, reparaciones y costas), § 207, entre otros.

⁵³ Para un tratamiento general de las defensas procesales en supuestos de justicia transicional Ambos, Kai, "The Legal Framework of Transitional Justice, A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC", en Kai Ambos-Judith Large-Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlín, Springer, 2008, pp. 54 y ss.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, University Press, 2013, pp. 396 y ss. Respecto de las críticas a la jurisprudencia de la CIDH, véase, entre otros, Pastor, Daniel, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, núm. 2005/A, 2005, pp. 77

simplemente es señalar que esta remoción de obstáculos fácticos y jurídicos que propicia la CIDH podría ser entendida como una obligación de los Estados de llegar efectivamente a una condena penal contra quienes violen derechos humanos y que si las víctimas tienen derecho a que se lleve a cabo un proceso penal, deberían tener también derecho a una condena.

Sin embargo, la cuestión también aquí requiere ciertos matices. Y es que la Corte, al igual que el TEDH, ha señalado expresamente que el deber de investigación y sanción es una obligación de medios.⁵⁴ En ese sentido, el Estado no está obligado a llegar a una condena y, como correlato, las víctimas tampoco tendrían un derecho a obtenerla. Esto puede observarse claramente, por ejemplo, en un párrafo del caso *Gutiérrez y Familia vs. Argentina*:

el derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables⁵⁵ (énfasis agregado).

Por tanto, si según la jurisprudencia de la CIDH las víctimas tienen un derecho a que se haga todo lo necesario para investigar lo sucedido y a que sólo eventualmente se sancione a los infrac-

y ss.; Malarino, Ezequiel, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos-Ezequiel Malarino-Gisela Elsner (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., 2010, pp. 45 y ss.

⁵⁴ CIDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, fallo 30/11/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 157; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fallo 25/10/2012 (fondo, reparaciones y costas), § 248; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, fallo 30/11/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 127; *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, fallo 17/11/2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 136. Coinciden con este análisis Peters, Anne, *Beyond Human Rights*, Cambridge, University Press, 2016, p. 266; Piqué, María Luisa, "Los derechos de las víctimas de delitos en nuestra Constitución", en Roberto Gargarella-Sebastián Guidi (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 941 y ss.

⁵⁵ CIDH, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, fallo 25/11/2013 (fondo, reparaciones y costas), § 97.

tores, la remoción de los obstáculos mencionados previamente se vincula con la necesidad de que la tarea de investigación se emprenda de un modo serio y no como una simple formalidad destinada de antemano a ser infructuosa.⁵⁶ Más que un derecho a la condena, entonces, se trataría de un derecho a que se realice una investigación seria, imparcial y efectiva⁵⁷ y el deber correlativo del Estado no se vería incumplido por el solo hecho de que no se produzca un resultado satisfactorio.⁵⁸

Respecto de un *derecho de las víctimas* a que se imponga una *pena mínima específica*, la Corte nunca llegó tan lejos como para establecer tal prerrogativa. De todos modos, también deben hacerse aquí algunas aclaraciones. Por un lado, al igual que en el TEDH, la Corte considera que debe haber una proporción entre la gravedad del hecho cometido y la pena impuesta, a los fines de que no se produzcan arbitrariedades que puedan dar lugar a una forma de impunidad *de facto*.⁵⁹ Se trata, nuevamente, de verificar qué reacción penal no sea desproporcionadamente leve y para ello se requiere que la sanción esté debidamente fundada y los factores a tener en cuenta serían, entre otros, las características del delito, así como la participación y culpabilidad del acusado.⁶⁰

⁵⁶ Esta doctrina fue expuesta ya en CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 177. Recientemente *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, fallo 30/11/2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 157; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, fallo 25/10/2012 (fondo, reparaciones y costas), § 248, entre otros.

⁵⁷ CIDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, fallo 31/1/2006, § 143; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, fallo 15/9/2005, § 219; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fallo 08/7/2004 (fondo, reparaciones y costas), § 131, entre otros.

⁵⁸ CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fallo 29/7/1988 (fondo), § 177; *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, fallo 22/9/2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), § 123; *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, fallo 23/11/2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 192; *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*, fallo 17/11/2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones), § 136 entre otros.

⁵⁹ CIDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, fallo 26/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 153.

⁶⁰ CIDH, *Caso Masacre de Heliodoro Portugal vs. Panamá*, fallo 12/8/2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 203; *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, fallo 26/5/2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 150, entre otros.

Esto significa que si se condena al imputado, el Estado debe imponer una sanción proporcional a la ofensa, pero no implica establecer un derecho de la víctima a que se imponga una pena mínima en específico.

Por otro lado, la CIDH también considera que este análisis de proporcionalidad se debe realizar en la etapa de ejecución de la pena. En particular, ha considerado que si bien no puede excluirse *a priori* ninguna categoría de condenados por violaciones graves a derechos humanos al momento de conceder beneficios carcelarios, debe ponderarse su aplicación de modo tal que no se produzca un otorgamiento indebido que pueda eventualmente conducir a una forma de impunidad.⁶¹ Debe quedar en claro que la Corte no está diciendo que la víctima tiene un derecho a que se le imponga una pena de prisión de cumplimiento efectivo al agresor, sino que en principio no deben hacerse distinciones arbitrarias en lo que se refiere a los beneficios carcelarios. Así, lo que estaría prohibido sería un *otorgamiento indebido* de beneficios tales como la prisión domiciliaria, pero en principio no estaría excluida esta clase de modalidad de ejecución. A modo de ejemplo, no estaría prohibido que el Estado le concediese una modalidad morigerada de encierro a quien por sufrir una enfermedad terminal no puede recibir el debido tratamiento en prisión,⁶² salvo

⁶¹ CIDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, fallo 08/7/2004 (fondo, reparaciones y costas), § 145.

⁶² Esto resulta particularmente relevante en la medida de que la CIDH ha derivado del artículo 5, CADH, estándares fuertes en lo que se refiere al deber de los Estados de garantizar ciertas condiciones mínimas en los establecimientos penitenciarios. A modo de ejemplo, la Corte ha señalado que "el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal". Cf. CIDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, fallo 07/9/2004 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 156; *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fallo 25/11/2006 (fondo, reparaciones y costas), § 301, con cita al Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988. En detalle sobre los estándares que deben cumplir los Estados para garantizar la integridad personal de las personas privadas de su libertad, véase Nash, Claudio, "Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal", en

que en realidad se trate de una puesta en escena para encubrir una situación de impunidad.

En síntesis, y más allá de los matices, lo cierto es que *tampoco la CIDH ha consagrado un derecho humano a la pena*. Si bien resulta más claro el derecho de las víctimas a la justicia (penal), no existe un deber estatal de garantizar una condena, ni la imposición de una pena mínima específica.

4. ¿UN DERECHO HUMANO A LA PENA?

Lo expresado hasta el momento da cuenta del panorama en dos importantes tribunales regionales de derechos humanos y puede servir para ilustrar el estado actual de la discusión. Sin embargo, queda latente la pregunta relativa a si los jueces del TEDH y la CIDH, o de cualquier otro Tribunal, *deberían* reconocer un derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos a la pena. Para ofrecer un punto de vista respecto de la cuestión, debe hacerse la distinción entre un eventual derecho a una condena y un derecho a que se imponga una pena mínima específica.

Quien considere que existe un derecho a una condena o, mejor dicho, a que el Estado le garantice una condena a la víctima de violaciones a derechos humanos, debería resolver un problema que aparece como evidente. Más allá de la cuestión contingente relativa a que no siempre va a ser posible siquiera identificar al autor del delito, lo cierto es que incluso en casos en los cuales se encuentra identificado el presunto autor, establecer una obligación de resultado por parte del Estado daría lugar a que deba obtenerse una condena *a toda costa*. Esta afirmación de inmediato trae consigo la consecuencia no deseada de que deberían ser dejadas de lado las garantías procesales de todo acusado, que existen con independencia de la gravedad del hecho cometido, que también están reconocidas como derechos humanos de modo explícito y que funcionan como límites a la voluntad de persecución penal.⁶³

Christian Steiner-Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlín, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung e. V., pp. 151 y ss.

⁶³ Cf. Damaška, Mirjan, "Reflections on Fairness in International Criminal Justice", en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, pp. 614 y ss.

Resulta así extraño que de un deber de proteger y hacer efectivos los derechos humanos establecidos en un instrumento internacional se pretenda extraer como consecuencia la obligación no sólo ya de persecución activa, sino además de lograr una condena sin tener en cuenta los derechos de quien está sometido a proceso, que dichos instrumentos también pretenden proteger.⁶⁴

Para ilustrar este punto piénsese en un caso en el que la única forma posible de obtener una condena es mediante la utilización de una prueba sobre la que rige una prohibición probatoria, ya sea de producción o de utilización.⁶⁵ Esta clase de prohibiciones se fundan tanto en la garantía de tales derechos ante el poder estatal (fundamento individual) como en la integridad constitucional, por medio de la realización de un juicio justo (fundamento colectivo),⁶⁶ y hoy en día sería prácticamente imposible legitimar una condena recurriendo a prueba obtenida mediante

⁶⁴ En detalle *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, University Press, 2013, p. 394, con referencias adicionales. Le asiste razón en ese aspecto a Pastor, quien considera que el problema de esta clase de argumentos es que desconocen que toda persona acusada de un crimen tiene derechos y garantías inherentes a su dignidad, que deben ser respetados como único modo de llegar a una sentencia condenatoria legítima. Cf. Pastor, Daniel, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, p. 20.

⁶⁵ En general, sobre prohibiciones probatorias, Ambos, Kai, *Beweisverwertungsverbot. Grundlagen und Kasuistik - internationale Bezüge - ausgewählte Probleme*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010; Beling, Ernst-Ambos, Kai-Guerrero, Óscar, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá, Temis. A los fines de este artículo, la distinción entre reglas de exclusión —que prohíben la introducción al proceso de la prueba viciada, características de los sistemas acusatorios— y prohibiciones probatorias —que prohíben solamente el uso de la prueba viciada, características de los sistemas inquisitivos— no resulta relevante. Sobre esta distinción, véase Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, University Press, 2016, p. 514, con referencias adicionales. Para un desarrollo reciente de la llamada regla de exclusión de la prueba ilícita como símbolo del Estado de derecho Turner: *SMU Law Review*, 67, 2014, pp. 831 y ss.

⁶⁶ Sobre esta distinción Ambos, *RDPP*, pp. 76 y ss. Para un desarrollo de la cuestión en el Derecho penal internacional Guariglia, *Concepto*, pp. 211 y ss.

violaciones graves a derechos humanos.⁶⁷ Pero si se considerase que el Estado debe cumplir con la obligación de garantizarle un derecho a la víctima de que se condene al autor, cualquier impedimento debería ser removido, incluso las prohibiciones probatorias.⁶⁸ Esta misma argumentación podría aplicarse respecto de todas las derivaciones del derecho general al debido proceso o a un juicio justo, lo que daría lugar, consecuentemente, a una puesta en peligro de las salvaguardas para evitar condenas de inocentes —tales como el principio de inocencia—,⁶⁹ con base en las cuales está organizado el derecho procesal penal moderno.⁷⁰ Probablemente por esto, tanto el TEDH como la CIDH han establecido explícitamente que el deber de perseguir penalmente a quienes cometan violaciones a los derechos humanos es una obligación de medios y no de resultados. La única forma entonces de compatibilizar un deber de perseguir penalmente violaciones graves a los derechos humanos con los derechos fundamentales del

⁶⁷ En este contexto puntual, con violaciones "graves" a derechos humanos se quiere hacer referencia aquí en el sentido de que la evidencia ha sido obtenida por medio de una violación a derechos humanos tan grave que resulta imposible cualquier clase de ponderación con los intereses en la realización del *ius puniendi*. Sobre el tema, en detalle Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, University Press, 2016, p. 517.

⁶⁸ Una argumentación de esta clase puede encontrarse en Pastor, *Nueva Doctrina Penal*, 2005.

⁶⁹ Similar Pastor, quien señala los riesgos de la creación de un "*in dubio pro víctima*". Cf. Pastor, Daniel, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?", en *Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2012, p. 20. Sobre la presunción de inocencia como principio generalmente aceptado y constitucionalmente garantizado, por todos, Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law...*, *op. cit.*, pp. 69 y ss.

⁷⁰ Así Zappalà, Salvatore, "The Rights of Victims v. the Rights of the Accused", en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 8, 2010, p. 140, citando a la clásica máxima de Blackstone de que es preferible liberar a diez culpables antes que condenar a un inocente. Sobre los problemas de esa máxima, desde una perspectiva epistemológica, véase Laudan, Larry, "El contrato social y las reglas de juicio: un replanteo de las reglas procesales", en *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 241 y ss.; Laudan, Larry, "The Elementary Epistemic Arithmetic of Criminal Justice", en *Episteme*, vol. 5, 2008, p. 282.

imputado, basados en la idea del "fair trial", es negando un derecho a una condena a toda costa.⁷¹

Más difícil de justificar aun sería, *a fortiori*, un derecho humano a la imposición de una pena mínima específica. Lo más paradójico de este supuesto derecho es que su estructura sería distinta a la del resto de los derechos humanos. Ya no se trataría de una prerrogativa de los individuos que limita el ejercicio del poder estatal, sino de una facultad del individuo para que el Estado amplíe el alcance de su poder en contra de otro individuo del modo más drástico, es decir, a partir de la irrogación intencional de un daño.⁷² A su vez, parece contra-intuitivo que las víctimas tengan el derecho a obtener una pena además del reconocimiento de la culpabilidad del imputado, en especial en los casos en los que sus derechos pueden ser asegurados por otros mecanismos.⁷³ En

⁷¹ Es decir, negando lo que Pastor ha denominado "poder punitivo absoluto", esto es, un poder punitivo que considere que siempre deben reprimirse penalmente las graves violaciones a los derechos humanos, con relajamiento de las garantías de los acusados y sin alternativas. Cf. Pastor, Daniel, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...", *op. cit.*, p. 35.

⁷² Señala esta paradoja, aunque extendiéndola a la tendencia general de la CIDH de reconocerles derechos a las víctimas, Pastor, Daniel, "La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos...", *op. cit.*, pp. 38 y ss. Véase también Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2015, p. 110; quien realiza un análisis detallado de las argumentaciones basadas en el carácter expresivo de la pena y en la teoría de la prevención general positiva. Para un análisis de la irrogación de un mal como parte integral de la pena y la vinculación con las teorías expresivas, véase recientemente Pérez Barberá, Gabriel, "Pena, delito y sistema del delito en transformación. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret: Derecho Penal 4/2014*, consultable en: <http://www.indret.com/pdf/1081.pdf> <27/9/2016>. Reconoce esta contradicción entre la estructura general de los derechos humanos y este supuesto derecho humano a la pena o al castigo (y aun así defiende tal derecho) Ohlin, Jens David, "The Right to Punishment for International Crimes", *Cornell Legal Studies Research Paper no. 18-31*, 2018, p. 2.

⁷³ Ambos, Kai, "The Legal Framework of Transitional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC", en Kai Ambos-Judith Large-Marieke Wierda, *Building a Future on Peace and Justice Studies on Transitional Justice, Peace and Development The Nuremberg Declaration on Peace and Justice*, Berlin, Springer, 2008, pp. 29 y ss.; *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, Uni-

ese sentido, no resulta sencillo sostener una pretensión legítima de castigo efectivo cuando se ha producido una declaración de culpabilidad del autor que ya ha reestablecido la dignidad de la víctima, que no esté basada en la necesidad de racionalizar deseos de venganza.⁷⁴ Si esto último resulta moral y jurídicamente admisible, excede los límites de este trabajo, pero al menos debe señalarse que considerar que la única alternativa tras la acreditación de la responsabilidad del infractor es la imposición de la pena da lugar a un punto de vista reduccionista,⁷⁵ que no tiene en cuenta que la pena implica una fuerte restricción a los derechos humanos del condenado. Por este último motivo, los indi-

versity Press, 2013, p. 394. En profundidad sobre el argumento de que el recurso que se le tiene que garantizar a la víctima no necesariamente debe ser una pena; Schlunck, Angelika, *Amnesty versus accountability: third party intervention dealing with gross human rights violations in internal and international conflicts*, Berlín, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH, 2000, pp. 44 y ss.; Gavron, Jessica, "Amnesties in the Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 282 y ss.

⁷⁴ Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2015, p. 104.

⁷⁵ Críticos también, en el marco de la llamada "lucha contra la impunidad", Silva Sánchez, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2015, p. 105; Pastor, Daniel, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, pp. 75 y ss. Ohlin ("The Right to Punishment for International Crimes", *Cornell Legal Studies Research Paper no. 18-31*, 2018, pp. 12 y ss.) de hecho argumenta a favor de un derecho humano a la pena efectivamente impuesta y proporcional al delito cometido contra la víctima porque la pena sería la única forma de expresar la condenación de la sociedad hacia el hecho ilícito. Sin embargo, esto no es así necesariamente, como incluso parece conceder el autor ("Although some form of expression is possible using other mechanisms—such as a legal declaration—only the perpetrator's suffering adequately communicates the profound moral devastation caused by the perpetrator's actions", p. 14). Se debe recordar que la pena es únicamente una forma convencional de expresar condenación, pero no la única, ni necesariamente la más idónea en todos los casos (como ya reconocía en su momento Joel Feinberg en su innovador artículo sobre el tema: "The Expressive Function of Punishment", en *Doing & Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970, p. 98). Por tanto, la generalización de Ohlin es incorrecta y en la medida de que gran parte de su argumento descansa en esa generalización, su propuesta no resulta convincente.

viduos tendrían más bien un *derecho a no ser punidos*,⁷⁶ que sólo puede ceder a partir de una fundamentación robusta, y que entra en contradicción con un supuesto derecho a la víctima a que se imponga la pena en todos los casos.

Por otro lado, si se estableciera un derecho a la pena en todos los casos, se desconocería que en muchas oportunidades la pena privativa de la libertad puede convertirse en un trato inhumano o degradante, es decir, en un tipo de tratamiento que el derecho internacional de los derechos humanos necesariamente debe evitar.⁷⁷ Pueden imaginarse casos en los cuales la imposición de una pena mínima ya luce *ab initio* como un trato inhumano, por ejemplo, por las condiciones físicas de quien debe soportar sus consecuencias y esas violaciones a los derechos humanos del condenado no deberían ser toleradas. Por tanto, si se afirma la existencia de un deber de perseguir y de un derecho de las víctimas a la justicia, la persecución penal no debe ser interpretada como un derecho a una condena a toda costa, ni a la imposición de una pena específica, y se debe ser consciente de que no toda investigación dará lugar a un resultado coincidente con la versión de los hechos de las víctimas.⁷⁸ Ir más allá genera una serie de problemas que difícilmente puedan ser resueltos en un sistema internacional en el que ciertos principios esenciales, como los derechos de los acusados o la necesidad de que las penas sólo puedan imponerse si se cumplen ciertos requisitos, deben ser respetados.⁷⁹ Entonces, a lo máximo que se podría aspirar es a un derecho débil, ponderable, en el sentido de derecho a que se

⁷⁶ En un sentido similar, Husak, Douglas, "Why Criminal Law: A Question of Content?", en *Criminal Law & Philosophy*, vol. 2, 2008, pp. 105 y ss. Véase también du Bois-Pedain, Antje, "The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State", en AP Simester-Antje du Bois-Pedain-Ulfrid Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 314 y ss.

⁷⁷ Para un análisis de la cuestión Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights. Commentary*, Múnich, C.H. Beck, Hart, Nomos, Helbing Lichtenhahn, 2014, pp. 36 y ss.

⁷⁸ Spiga, Valentina, "No Redress without Justice. Victims and International Criminal Law", en *Journal of International Criminal Justice*, núm. 10, 2012, p. 1383.

⁷⁹ Cf. Ambos, Kai, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, University Press, 2013, p. 88.

investigue el delito e hipotéticamente (si se cumplen ciertas condiciones) se castigue al autor del hecho ilícito. Esto parecería proponer, en última instancia, Ohlin,⁸⁰ en particular para no excluir de la consideración los posibles actos estatales de compasión hacia ciertos autores de hechos punibles que, en principio, deberían ser castigados para satisfacer el supuesto derecho de las víctimas al castigo. Sin embargo, eso da lugar ni más ni menos que a un derecho débil, centrado una obligación de medios de perseguir penalmente ciertos delitos, tal como existiría hoy en el sistema interamericano de derechos humanos (y, con varios matices, en el europeo), pero no un derecho absoluto de la víctima a la imposición de una pena mínima específica.

5. CONCLUSIONES

De lo expuesto pueden derivarse las siguientes conclusiones sobre el supuesto derecho humano a una pena de las víctimas:

(i) Según el TEDH, la CEDH *no garantiza*, de modo general, un *derecho a la justicia*, por lo que las víctimas, en principio, no tendrían derecho a que los infractores sean perseguidos penalmente. Sin embargo, en ciertos casos los Estados están obligados a emprender procesos penales contra quienes violan ciertos derechos humanos de gran importancia, particularmente el derecho a la vida o la integridad física a través de la tortura, y las víctimas tendrían derecho a que se lleve a cabo tal proceso en estos supuestos. De todos modos, este deber del Estado de sancionar penalmente a los responsables de violaciones a derechos humanos es una obligación de medios y no una de resultados, por lo que no se encuentra garantizada una condena. Las víctimas de un delito, por tanto, no tienen derecho a que se condene a su agresor ni tampoco a que se le imponga una pena mínima específica. En todo caso, la jurisdicción del TEDH queda habilitada para revisar aquellos casos en los cuales la sanción impuesta resulta manifiestamente indulgente en relación con el hecho cometido.

⁸⁰ Ohlin, Jens David, "The Right to Punishment for International Crimes", *Cornell Legal Studies Research Paper no. 18-31*, 2018, pp. 16 y ss.

(ii) *Tampoco la CIDH reconoce un derecho humano a la pena.* Si bien resulta más claro que según su jurisprudencia los Estados parte de la CADH tienen un deber de perseguir penalmente a quienes cometieron violaciones graves a los derechos humanos, también aquí se está en presencia de una obligación de medios y no de resultados. Por ende, si bien las víctimas de violaciones a los derechos humanos tendrían en principio el derecho a que se investigue penalmente dicha violación, no tendrían garantizada una condena. Tampoco existiría un derecho a que se imponga una pena mínima específica, pero los Estados, de todos modos, no podrían sustraerse a su deber de investigar y, eventualmente, sancionar, por medio de la imposición de penas desproporcionadamente leves o a través de abusos en la aplicación de modalidades morigeradas de ejecución de la pena.

(iii) Con independencia de la jurisprudencia del TEDH y de la CIDH, hay fuertes argumentos que hablan en contra de un derecho humano a la pena. Por un lado, afirmar que existe un derecho a que se condene a quien realizó una violación a un derecho humano, con la contrapartida de una obligación estatal de resultados, daría lugar a que puedan lograrse condenas a toda costa. Esto necesariamente va en contra de un derecho internacional de los derechos humanos que reconoce que los imputados y acusados de delitos, por más graves que sean, tienen ciertos derechos que deben respetarse en todas las ocasiones. Por otro lado, un derecho humano a una pena específica se opone a la estructura de todo derecho humano, al concederle una mayor amplitud al poder estatal, en vez de limitarlo. Además, desconoce que existen otras alternativas a la pena y que esta última medida implica una grave restricción a los derechos humanos del condenado, que sólo puede imponerse en determinadas situaciones (por eso, el ciudadano, siendo acusado en un determinado momento, tendría más bien el derecho a no ser condenado). Finalmente, un derecho a la imposición sin más de una pena, incluso en casos en los cuales puede convertirse en un trato cruel e inhumano, entraría en contradicción directa con la finalidad de todo sistema de protección de los derechos humanos.

Estado y futuro del Derecho penal comparado*

Kai Ambos**

Resumen: El derecho penal comparado se encuentra ante nuevos retos, debido a la globalización e internacionalización del

* La versión original en alemán de este trabajo será publicada en la revista *Rechtswissenschaft* de la editorial Nomos con el título "*Stand und Zukunft der Strafrechtsvergleichung*". Traducción al español por Gustavo Emilio Cote Barco, LLM y candidato Dr. jur. en la Universidad Georg-August de la ciudad de Gotinga (Alemania), profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia).

Nota del traductor: las citas textuales en alemán tanto del texto principal como de los pies de página han sido traducidas y la versión original se encuentra entre corchetes. Asimismo, las citas textuales en inglés que se encuentran en el texto principal también se han traducido, no así las que se encuentran en los pies de página, dada la extensión de los mismos. Tampoco han sido traducidas las citas textuales en francés. Adicionalmente, se debe advertir que el término "*Strafrechtsvergleichung*" podría ser traducido de forma literal más exactamente como "comparación del Derecho penal", lo cual permitiría expresar con mayor claridad que la expresión "Derecho penal comparado", que dicho término no designa una "rama" del Derecho penal, sino más bien una aproximación metodológica a su estudio. Sin embargo, se ha mantenido la expresión "Derecho penal comparado", dado que esta resulta más común en el ámbito hispanohablante.

** Profesor de la Universidad Georg-August de Gotinga (Alemania) y juez del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya. Las opiniones expresadas en el presente trabajo corresponden a la condición de investigador del autor - Agradezco a mis estudiantes asistentes M. Nißle y J. Schlake por su apoyo en la investigación y formateo del texto.

derecho, así como a la aparición de nuevas amenazas (terrorismo, criminalidad cibernética). Esta situación permite plantear la siguiente pregunta: ¿puede esta disciplina hacer un aporte significativo para mejorar la seguridad de los ciudadanos? Para responder a este interrogante es necesario realizar algunas precisiones fundamentales, especialmente con relación a los siguientes temas: concepto e historia del derecho penal comparado (al respecto A.); su importancia y funciones (al respecto B.); sus objetivos, métodos y fundamento normativo (al respecto C.); así como sobre el estado de la investigación y su enseñanza (al respecto D.). El análisis detallado de todos estos aspectos tendría que ser tratado en una monografía particular; por esta razón, las notas al pie del presente trabajo contienen numerosas referencias. Las alternativas y la importancia que el derecho penal comparado puede tener en el futuro (al respecto E.) dependen de la forma como se afronten los retos a los que se ha hecho alusión.

A. FUNDAMENTACIÓN: CONCEPTO E HISTORIA

I. Concepto

Por "derecho penal comparado" se debe entender, al menos en sentido programático y si se toma en serio este concepto, la investigación comparativa del Derecho penal extranjero,¹ lo cual, en sentido amplio, debe comprender también al Derecho procesal penal así como a la administración de justicia —en el sentido

¹ Para un concepto de derecho comparado de esta clase véase en general por ejemplo, E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, en: K. Zweigert/H.-J. Putfarken (ed.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, p. 86 ("derecho comparado significa que las disposiciones jurídicas de un Estado son discutidas junto con las disposiciones de otro ordenamiento jurídico o con todos, pasados o presentes, los que sea posible. Nosotros investigamos qué preguntas son formuladas aquí y allá y cómo se responden, luego, cómo se relacionan las respuestas entre ellas" [*Rechtsvergleichung bedeutet, daß die Rechtssätze eines Staates ... mit den Rechtssätzen einer anderen Ordnung auseinandergesetzt werden oder auch mit möglichst vielen anderen aus Vergangenheit und Gegenwart. Wir untersuchen, welche Fragen da und dort gestellt und wie sie beantwortet werden, sodann, wie sich die Antworten zueinander verhalten.*]); véase también A. Junker, *Rechtsvergleichung als Grundlagenfach*, JZ 1994, p. 921 (922) (Comparación como "proceso" [*Vorgang*]).

de una comparación integral de la justicia penal ("*comparative criminal justice*").² Solo de esta manera es posible una comparación estructural tal y como se explicará más adelante. En lo que a la comparación se refiere, esta puede tomar como base el ordenamiento jurídico propio, para valorarlo teniendo en cuenta el derecho penal extranjero; aunque los ordenamientos jurídicos objeto de análisis simplemente pueden compararse sin llevar a cabo ninguna valoración.³ En todo caso, es difícil establecer un único concepto de "Derecho penal comparado", dado que este se adapta de forma dinámica de acuerdo con los fines u objetivos que se persiguen con cada comparación.⁴ En este sentido, es posible afirmar que el Derecho penal comparado se dirige de cierta manera a un "*moving target*", por lo cual "captarlo en una definición global pero que al mismo tiempo sea específica y tenga validez general" parece "casi imposible".⁵ Además, el objeto de la comparación puede variar considerablemente:⁶ es posible comparar

² Fundamental D. Nelken, *Comparative Criminal Justice, Making Sense of Difference*, Los Angeles, Sage 2010. Este concepto es empleado con frecuencia para referirse a la comparación normativa del Derecho penal sustancial y procesal, véase por ejemplo E. Grande, *Comparative Criminal Justice: a Long Neglected Discipline on the Rise*, en: M. Bussari/U. Mattei (ed.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge 2012, pp. 191-204; también P. Roberts, *On Method, The Ascent of Comparative Criminal Justice*, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002), pp. 539-561 (revisando D. Nelken, *Contrasting Criminal Justice, Getting from Here to There*, Aldershot, Hants, England, Vermont, Vt., Ashgate/Dartmouth 2006).

³ Véase A. Eser, *Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung*, en: H.-J. Albrecht (ed.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht - Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*, Berlin 1998, p. 1499 (1501).

⁴ Véase A. Eser, *Strafrechtsvergleichung: Entwicklung - Ziele - Methoden*, en: A. Eser/W. Perron (ed.), *Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa*, Berlin 2015, p. 929 (941) con más referencias en el pie de página 7 ("el concepto depende decisivamente de la finalidad que se persiga con la comparación" [*wonach das Verständnis des Begriffs "offenbar entscheidend davon" abhängt, "welcher Zweck damit gerade verfolgt wird."*]).

⁵ [*"fast aussichtslos"*] , [*"in einem sowohl allumfassenden wie gleichermaßen spezifischen und dabei auch noch allgemeingültigen Begriff zu erfassen"*] Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1500.

⁶ Véase también Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1501; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 1050-1056 con más referencias.

solamente el derecho positivo – en el sentido del antiguo derecho comparado legalista (dogmático-conceptual y normativo) – o incluir también los valores que le son subyacentes; asimismo, es posible ir más allá de lo normativo y tomar como punto de referencia problemas concretos para investigar las respuestas que estos han generado – en el sentido del método funcional, aún hoy dominante –, para lo cual es posible concentrarse en los problemas sociales concretos (“*problem-solving approach*”) o incluir también en el análisis las instituciones jurídicas que se han implementado para solucionarlos (“*functional-institutional approach*”). De hecho, las condiciones socioculturales de los ordenamientos jurídicos particulares también pueden ser objeto de comparación (“*Kulturvergleich*”). Sobre esto se volverá más adelante.⁷ En consecuencia, siguiendo la definición de *Rheinsteins* aún hoy válida, es posible afirmar que el derecho comparado es “una ciencia del derecho (entendido como producto social) empírica, que investiga la correspondencia de la vida en sociedad con las normas legales”,⁸ o, según una definición más reciente de Eser, “una comparación de diferentes derechos, científica y sistemáticamente dirigida a un objetivo específico y de acuerdo con esto metodológicamente adaptada”.⁹ Por otro lado, el derecho comparado, en cuanto comparación de la justicia penal tal y como se ha entendido sobre todo en el ámbito angloamericano, se pregunta de manera más general y decididamente más empírica (en contraste con las anteriores definiciones), sobre cómo “las personas e instituciones en diferentes lugares” tratan con “problemas de delincuencia”,¹⁰ para lo cual la atención se centra la mayoría de las veces en la ejecución penal y en los operadores

⁷ Al respecto, véase más adelante apartado C.II.

⁸ [*empirische, Gesetzmäßigkeiten des Soziallebens erforschende Wissenschaft vom Recht als allgemeiner Kulturercheinung*] M. Rheinsteins, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München 1987, p. 21.

⁹ [*ein wissenschaftlich-systematisch auf ein bestimmtes Ziel ausgerichtet und dementsprechend methodisch angepasstes Vergleichen verschiedener Rechte*] Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 962; más sencillo J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris: Dalloz 2008, p. 3 (“*l'étude des différences et des ressemblances entre deux (ou plusieurs) ensembles juridiques pénaux*”).

¹⁰ [*people and institutions in different places*] , [*crime problems*] Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1.

judiciales.¹¹ Este tipo de comparación parece más adecuada que la propuesta por los enfoques tradicionales para abordar los retos a los que se ha hecho referencia.

II. Historia

La importancia del derecho penal comparado fue descubierta desde principios del siglo XIX.¹² Anselm von Feuerbach (1775-1833) no solo se sirvió teóricamente del empirismo del método comparativo con miras a la creación de una – también históricamente orientada –¹³ “jurisprudencia univer-

¹¹ Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 1 (“... links between crime, social order and punishment, and explores the roles played by police, prosecutors, courts, prisons and other actors and institutions in the wider context of various forms of social control.”).

¹² Véase H.-H. Jescheck, *Entwicklung, Aufgaben und Methode der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955, p. 10 (10-24); Pradel, *Droit* (nota al pie 9), p. 16 ff.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), pp. 1503 ss.; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 943 ss., 949. – en general sobre la historia del derecho comparado H. Jung, *Zu Theorie und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, en: R. De Giorgi (ed.), *Il diritto e la differenza: scritti in onore di Alessandro Baratta*, vol. 1, Lecce: Pensa multimedia 2002, p. 361; Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 193; W. Heun, *Die Entdeckung der Rechtsvergleichung*, en: W. Heun/F.Schorkopf (ed.), *Wendepunkte der Rechtswissenschaft: Aspekte des Rechts in der Moderne*, Göttingen 2014, p. 9 (10 y ss.) (quien ubica este desarrollo alrededor del año 1800, pero ve un auge en la primera mitad del siglo XX con Feuerbach); J. Basedow, *Comparative Law and its Clients*, *American Journal of Comparative Law* (AJCL) 62 (2014), pp. 821, 827 ss. (“not before the end of the nineteenth century”, p. 829; diferencia seis niveles de desarrollo); M. Siems, *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 10 (“*traditional comparative law*” a principios del siglo XX). Sobre la importancia, incluso más temprana, de los estudios comparados en otras áreas (etnología, lingüística, religión, etc.) como “*scientific method*”, véase N. Jansen, *Comparative Law and Comparative Knowledge*, en: M. Reimann/R. Zimmermann (ed.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press 2006, pp. 305 (318 y ss.).

¹³ Sobre la relación entre derecho comparado e historia del derecho, primero durante la República de Weimar, véase S. Vogenauer, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen “Emanzipation durch Auseinanderdenken”*, *RabelsZ* 76 (2012), pp. 1122 y ss.; también H. Kötz, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, *JZ* 1992, p. 20 (21 s.) (“madera del mismo tronco” [“Holz vom

sal",¹⁴ sino que de esta misma manera utilizó el Derecho procesal penal comparado en su lucha por la reforma al proceso penal, para lo cual tuvo en cuenta especialmente los desarrollos que habían tenido lugar en Francia.¹⁵ Posteriormente, Karl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867) y Heinrich Albert Zachariä (1806-1875), discípulos de Feuerbach, también se inspiraron en la perspectiva comparada con este mismo objetivo.¹⁶ Así pues,

gleichen Stamm"); Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 923 ("la misma raíz" ["*dieselbe Wurzel*"]); Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12) pp. 15 y ss., 19; para un enfoque decididamente histórico véase A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1. edición, Edinburgh, Scottish Academic Press 1974, p. 1 (3) (derecho comparado como "*Legal History concerned with the relationship between systems*", p. 6); al contrario, resaltando las diferencias U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015, § 1 notas marginales (nm.) 27 ss. [en el marco de la investigación histórica no se discute sobre la interpretación correcta del derecho extranjero por medio de entrevistas con juristas prácticos, de manera que la comparación estructural a la que se hace referencia más adelante (nota al pie 119 ss.) no es posible].

¹⁴ P.J.A. von Feuerbach, *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft. Vorrede zu Unterholzners juristischen Abhandlungen* (1810), en: Anselms von Feuerbach *kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1. Abteilung, Nürnberg 1833, p. 152 (163).

¹⁵ P.J.A. von Feuerbach, *Über die Gerichtsverfassung und das richterliche Verfahrens Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Aalen 1825. En relación con Feuerbach también Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 11 f.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1503; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 y ss.; M. D. Dubber, *Comparative Criminal Law*, en: Reimann/Zimmermann (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), p. 1287 (1292 y ss.: "*good place to start*"). Sobre la importancia especial del desarrollo en Francia, véase T. Vormbaum, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2a. ed., Berlin 2011, pp. 88 y ss.

¹⁶ Vgl. C. J. Mittermaier, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwornengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder geprüft*, Stuttgart und Tübingen 1845; Mittermaier, *das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren im Zusammenhang mit den politischen, sittlichen und sozialen Zuständen und in den Einzelheiten der Rechtsausübung dargestellt*, Erlangen 1851; H. A. Zachariä, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer konsequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips*, Göttingen 1846; al respecto, tam-

el proceso penal alemán (reformado) liberal no hubiera sido posible sin los modelos francés y angloamericano.¹⁷ A principios del siglo xx Franz von Liszt, "el gran impulsor y promotor del derecho comparado en el área del Derecho penal",¹⁸ presentó su teoría, de orientación empírica, según la cual el derecho comparado debía informar sobre la "dirección del desarrollo" de la vida en sociedad, para permitir al legislador la "intervención decidida" en dicho desarrollo o la "proposición consciente de objetivos"¹⁹ y así identificar los "rasgos del 'derecho correcto'".²⁰ Además, bajo la influencia decisiva de Liszt, apareció a principios del siglo xx (1905-1909) en 16 tomos la "Presentación comparativa del derecho penal alemán y extranjero",²¹ la cual traía consigo los primeros lineamientos del Derecho penal comparado legislativo²² y ha sido definida por Leon Radzinowicz como un

bién E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen 1965, pp. 288 y ss., 292 y ss., 297.

¹⁷ Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1512.

¹⁸ ["*der große Förderer und Anreger der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Strafrechts*"] Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 10.

¹⁹ ["*Entwicklungsrichtung*"] ... ["*zielbewusstes Eingreifen*"] ... ["*die bewusste Zwecksetzung*"] F. v. Liszt, *Tötung und Lebensgefährdung* (§§ 211-217, 222 RStGB), en K. Birkmeyer entre otros (ed.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, Berlin 1905-1909, BT Bd. V, 1905, p. 1 (4 s.).

²⁰ ["*Kennzeichen des 'richtigen Rechts'*"] F. v. Liszt, *Das „richtige Recht“ in der Strafgesetzgebung. II.*, ZStW 27 (1907), p. 91 (95) ("en la tendencia empírica existente de la vida social organizada en el Estado visualizo la marca del 'derecho correcto'; solo de esta manera es posible construir un sistema científico de la política" ["*In der empirisch gegebenen Entwicklungsrichtung des im Staat organisierten gesellschaftlichen Lebens erblicke ich als das Kennzeichen des 'richtigen Rechts'; nur auf dieser Grundlage lässt sich ein wissenschaftliches System der Politik aufbauen*"]); *ders.*, *Das "richtige Recht" in der Strafgesetzgebung*, ZStW 26 (1906), p. 553 (556). Sobre v. Liszt, también Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), pp. 10 y ss.; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 949.

²¹ ["*Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*"] Birkmeyer entre otros (ed.), nota al pie 19.

²² Sobre el origen histórico del derecho comparado legislativo véase Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 13 y ss., el cual es visto por este autor — junto con el derecho comparado científico y jurídico-práctico — como una de las raíces del derecho comparado moderno.

“hito en la historia de los estudios penales comparados”;²³ con esto, el Derecho penal comparado debería haberse erigido como una disciplina autónoma.²⁴ De hecho, incluso antes se comenzó con la “Edición de Códigos Penales no alemanes en traducción alemana”,²⁵ la cual, aunque en forma diferente, subsiste hasta hoy.²⁶

Paralelamente se dio una cierta *institucionalización* del derecho comparado, por medio de la creación de varias asociaciones,²⁷ de las cuales se deben mencionar dos en especial: en primer lugar, en 1888 fue fundada la *Internationale Kriminalistische Vereinigung* por Liszt, van Hamel und Prins,²⁸ y luego, como su sucesora, en 1924 y por iniciativa francesa la AIDP.²⁹ En el ámbito del *common law*, aunque considerablemente después (1989), se estableció la *Society for the Reform of Criminal Law* con sede en Canadá.³⁰ A nivel científico el trabajo de estas asociaciones ha sido complementado por organizaciones especializadas dedicadas a la investigación, especialmente por el Instituto Max-Planck para Derecho Penal

²³ [“landmark in the history of comparative penal studies”] L. Radzinowicz, *International Collaboration in Criminal Science*, *The Law Quarterly Review* 58 (1942), p. 110 (128).

²⁴ Véase también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 943 (ningún método sistemático o disciplina especial del derecho comparado hasta finales del siglo XIX).

²⁵ [“Edition außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung”] Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 13, 15 (de 1888 a 1942 54 tomos, después otra vez a partir de 1952). La sección extranjera de la revista *ZStW* fue fundada solo hasta 1953 como boletín informativo (Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 15 con pie de página 19).

²⁶ Vgl.: <https://www.mpicc.de/de/forschung/publikationen/uebersetzungen.html>

²⁷ Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), pp. 16 y ss.; Pradel, *Droit* (nota al pie 9), pp. 21 y ss.; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), pp. 1504 y ss.; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 949 y ss.

²⁸ Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 12 s., 17; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1505.

²⁹ *Ibidem*, pp. 18 y ss., sobre el grupo alemán [Landesgruppe] de Adolf Schönke fundado en 1951, véase p. 24.

³⁰ Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1505. La revista oficial de esta sociedad es la “*Criminal Law Forum*”, Springer, cuyo editor “*in-chief*” es el autor de este texto.

Extranjero e Internacional de la ciudad de Friburgo, el cual hace parte de la Sociedad Max-Planck desde 1965.³¹

B. IMPORTANCIA Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL COMPARADO

I. Importancia

Si bien aquí no se pretende sobredimensionar la relevancia del derecho (penal) comparado al punto de llegar a considerarlo como el “oficio de la época”,³² su importancia difícilmente puede ser exagerada en tiempos de globalización e internacionalización del derecho.³³ La globalización ha conducido a una institucionali-

³¹ Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 947 y ss., con más referencias (el cual surgió de un instituto fundado por Adolf Schönke en 1938 en la Universidad de Friburgo); véase también Pradel, *Droit* (nota al pie 9), pp. 24 y ss.

³² Así A. von Bogdandy, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, *JZ* 2011, p. 1; *del mismo autor*, *Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess*, en: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (ed.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen 2015, p. 145; similar Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 950 y ss. (“... probablemente no ha habido época en la que el llamado al derecho comparado haya sido tan fuerte como hoy en día” [“... wahrscheinlich gab es noch keine Zeit, in welcher der Ruf nach Strafrechtsvergleichung lauter als heutzutage erschallt wäre.”]).

³³ Sobre el incremento en general de la importancia debido a cinco factores véase U. Sieber, *Strafrechtsvergleichung im Wandel - Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft*, en: U. Sieber/H.-J. Albrecht (ed.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, Berlin 2006, p. 78 (80 ss.); sobre cuatro fenómenos en particular Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 951-953 (de un “mercado de oferta a uno de demanda” [von “Angebots- zu einem Nachfragemarkt”]); *del mismo autor*, *Zum Stand der Strafrechtsvergleichung: eine literarische Nachlese*, en: Ch. Safferling entre otros (ed.), *FS Streng*, Heidelberg 2017, p. 669 (672 s.); véase también H. Jung, *Grundfragen der Strafrechtsvergleichung*, *JuS* 1998, p. 1 (“importancia creciente” [“Bedeutungszuwachs”]), 7 (“nueva era...” [“neue Ära ...”]); *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 380 (“efecto estimulante de la europeización e internacionalización” [“stimulierende Wirkung von Europäisierung und Internationalisierung”]); *del mismo autor*, *Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen*

zación masiva en forma de organizaciones y asociaciones supranacionales — las cuales operan a nivel mundial o regional, como instituciones públicas o privadas —, que generan³⁴ una enorme demanda de estudios legales comparados y en las que miles de juristas procedentes de varias naciones día a día deben realizar análisis comparativos, dando lugar a una “comparación viva de sistemas jurídicos”.³⁵

Para el *Derecho penal supranacional* la importancia del derecho comparado surge de las mismas fuentes legales primarias,³⁶ especialmente de los derechos fundamentales europeos, derivados desde tiempo atrás de las “tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros”.³⁷ Adicionalmente, la “apro-

elastischen Begriff, GA 2005, p. 1 (2 s.) (derecho comparado como “ganador” de la internacionalización [*Strafrechtsvergleichung als “Gewinner” der Internationalisierung*]); T. Weigend, *Criminal Law and Criminal Procedure*, en: J. M. Smits, *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Elgar 2006, p. 214 (215 ss.) (“increase of its relevance”); S. Beck, *Strafrecht im interkulturellen Dialog*, en: S. Beck/C. Burchard/B. Fateh-Moghadam (ed.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Baden-Baden 2011, p. 65 (66) (“reactivación” [*“Wiederbelebung”*]); F. Meyer, *Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 87 (87-89) (“mayor impulso” [*“ungeheurer Auftrieb”*]). — respecto a la influencia de la globalización sobre el derecho comparado véase Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 825 y ss., 837, 857; sobre “global comparative law” en este sentido Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 187 y ss. (quien diferencia entre “hegemonic and counter-hegemonic globalisation”, así como “globalised localism” y “localised globalism”), sobre el debilitamiento de las fronteras estatales (“fading state borders”) a través de convergencia de normas jurídicas, regionalización y transnacionalización pp. 222 y ss.

³⁴ Para un enfoque basado en la demanda véase Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 837 y ss. (quien diferencia entre “clients” de la academia, “legal professions”, “legislature” y las “unification agencies”).

³⁵ [*“living comparison of laws”*] véase Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 854-856, 857 (“massive institutional foundation for comparative law”, “institutional side of globalization”).

³⁶ Sobre esta influencia vertical de arriba hacia abajo, véase también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 999-1001.

³⁷ [*“aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten”*]. Véase artículo 6 (3) Tratado de la Unión Europea (TUE).

ximación de las legislaciones penales”,³⁸ propuesta en el marco del *Derecho penal de la Unión Europea (UE)*, así como la creación de “normas mínimas” tanto en el campo del Derecho penal procesal como material,³⁹ supone, en primer lugar, determinar mediante investigaciones comparativas sobre los sistemas legales de los Estados que pertenecen a la UE, en dónde existe dicha necesidad de aproximación. Para establecer normas procesales mínimas se deben tener en cuenta, además, “las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos” de dichos Estados.⁴⁰ Estas diferencias se deben identificar precisamente mediante investigaciones de derecho comparado. La posibilidad de iniciar el trámite de “suspensión del procedimiento legislativo”, prevista en el Tratado de Lisboa, cuando un “proyecto de directiva” dirigida a la aproximación de las legislaciones internas afecta “aspectos fundamentales” del sistema de justicia penal de uno de los Estados miembros,⁴¹ exige también a la Comisión, en cuanto iniciadora del trámite legislativo, tener en cuenta este tipo de aspectos al proponer cada proyecto, anticipando al mismo tiempo las posibles reservas que los Estados puedan presentar; nuevamente, esto exige que la Comisión esté familiarizada — mediante estudios comparativos — con los fundamentos de los ordenamientos jurídico-penales nacionales. A nivel operativo, los órganos de la UE a los que se les ha confiado realizar investigaciones transfronterizas (Europol, OLAF, Eurojust y la futura fiscalía europea)⁴² se deben ocupar permanentemente de

³⁸ Artículo 67 (3) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); también artículo 82 (1) TFUE; artículo 83 (2) TFUE; sobre reparación de perjuicios “de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” véase artículo 340 (2) TFUE.

³⁹ Para el Derecho procesal penal véase artículo 82 (2) TFUE (“para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza”); para el Derecho penal material véase artículo 83 (1) TFUE (“normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza”).

⁴⁰ Artículo 82 (2) TFUE.

⁴¹ Artículo 82 (3); artículo 83 (3) TFUE.

⁴² Sobre estos órganos, véase K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, München, Beck, 5a. ed., 2018, § 13; en castellano Ambos, *Derecho Penal Europeo*, Madrid, Thomson Reuters, 2017, Cap. V nm. 1 ss.

la interpretación y aplicación del derecho interno de los Estados miembros, ya que, debido a la inexistencia de un verdadero Derecho procesal penal europeo, dichas investigaciones se deben realizar conforme al sistema legal del Estado en donde se lleven a cabo este tipo de actividades en concreto (*lex loci*), de manera que las investigaciones criminales transfronterizas suponen la aplicación de diferentes ordenamientos jurídicos. Precisamente aquí se evidencia el cambio de perspectiva desde el plano nacional al supranacional y europeo.⁴³ En el marco del Consejo de Europa, especialmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha ocupado de asuntos que involucran problemas jurídico-penales (materiales y procesales) que exigen un conocimiento profundo del derecho del Estado demandado.⁴⁴ Asimismo, la prohibición europea de doble persecución penal⁴⁵ requiere una decisión que ponga fin al proceso en el Estado que en un primer momento ha juzgado a la persona en cuestión,⁴⁶ pues bien, la clasificación legal de dicha decisión, necesaria para determinar si en el caso concreto la prohibición de doble persecución es aplicable, no es posible si no se conoce el derecho procesal extranjero relevante.⁴⁷

En el área del *Derecho penal internacional* se tienen los principios generales del derecho en sentido clásico —entendidos como los principios comunes a los ordenamientos jurídicos más importantes—⁴⁸ como una de las fuentes que aquí siempre se han recono-

⁴³ Sobre europeización metodológica, véase von Bogdandy, *Internationalisierung* (nota al pie 32), pp. 144-146.

⁴⁴ Véase Ambos, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 10 nm., pp. 12 y ss.; Ambos, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. II nm., pp. 16 y ss. y 104 y ss.

⁴⁵ Véase artículo 54, Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa y artículo 50, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴⁶ Al respecto y sobre las demás condiciones, véase Ambos, *Strafrecht* (nota al pie 42), § 10 nm., pp. 163 y ss.; Ambos, *DP Eur.* (nota al pie 42), Cap. II nm., pp. 161 y ss.

⁴⁷ Véase en este sentido también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 994 y ss.

⁴⁸ Solo en este contexto puede reclamar cierta relevancia la división entre "familias jurídicas" (clásico al respecto, R. David, *Les grands systèmes de*

cido.⁴⁹ Esto se desprende de la teoría tradicional de las fuentes

droit contemporains, 1a. ed., Paris, Dalloz, 1964, pp. 12 y ss.; R. David/C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 15 y ss.; K. Zweigert/H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen 1996, pp. 62 y ss.; Siems, *Comparative Law*, nota al pie 12, pp. 73 y ss.), especialmente la distinción entre el ámbito angloamericano ("*common law*") y germanorománico ("*civil law*"), en la medida en que permite —por decirlo de alguna manera, desde una primera mirada— delimitar la investigación a ordenamientos jurídicos representativos (asimismo, P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 3a. ed., London, Routledge-Cavendish 2007, p. 35; Kötz, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, *ZEuP* 1998, pp. 493, 504 ("primera orientación a grandes rasgos" ["*erste grobe Orientierung*"]); Siems, en el lugar indicado, p. 92 ("*didactic aim*"); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 19, 25 f.). Por lo demás, dicha división se debe rechazar, debido a que ignora las diferencias que existen al interior de cada "familia" —por ejemplo entre el Derecho penal inglés y el de los Estados Unidos (a nivel federal) o entre el derecho francés y el alemán— y resalta solo las similitudes, en otras palabras, tiende a la simplificación; además, tiene un sesgo hacia el derecho civil y margina a los ordenamientos jurídicos no occidentales, como aquellos de las antiguas colonias o del mundo islámico y budista (véase críticas de Kötz, en el lugar arriba indicado, pp. 495 y ss.; Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 7, 80 y ss.; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 4 nm. 11-17, 20-24; crítico también H. Heiss, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung: Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?*, *ZVglRWiss* 100 (2001), p. 396 (399 ss.), aunque él mismo propone una división jerárquica (pp. 412 y ss., pp. 416 y ss.); J. Husa, *Classification of Legal Families Today – Is it Time for Memorial Hymn?*, *Revue Internationale de Droit Comparé* 56 (2004), pp. 11 y ss.; Weigend, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 219; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 1069 y ss.; antes también G. Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), pp. 411 (442 y ss.)). — También existen otros intentos de división, por ejemplo, a nivel general entre tradiciones jurídicas, véase H. P. Glenn, *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 1 y ss., 60 y ss. (crítico al respecto, véase Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm., pp. 131 y ss.); o desde una perspectiva político-criminal según modelos de Estado y de sociedad, M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, Presses universitaires de France 1992, pp. 81 y ss. Sobre las "*units of comparison*", véase también Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), pp. 28 y ss.

⁴⁹ Véase, aunque algo exagerado, Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), p. 31 (lucha contra la "criminalidad internacional" a través del derecho comparado; especial responsabilidad en relación con la creación de un "Derecho penal internacional", el cual "en cuanto conciencia objetiva de la humanidad está llamado a asegurar... los grandes postulados de la justicia

del derecho internacional,⁵⁰ acogida en el Estatuto de Roma (ER) para el derecho penal internacional contemporáneo.⁵¹ La existencia de la Corte Penal Internacional (CPI), así como de varios tribunales penales internacionales, ha contribuido para que el Derecho penal comparado adquiriera una importancia práctica enorme,⁵² aunque la práctica judicial la mayoría de las veces no va más allá de una selección arbitraria ("cherry picking")⁵³ de ordenamientos jurídicos nacionales, razón por la cual en este contexto sería deseable un proceder más sistemático.⁵⁴ Sobre esto se volverá más adelante.⁵⁵

frente a los efectos del «odio incondicional» de los tiempos de guerra" [Bekämpfung des "internationale[n] Verbrechen[s]" durch Rechtsvergleichung, besondere Verantwortung bezüglich der Schaffung eines "völkerrechtlichen Strafrechts", nämlich als "das sachliche Gewissen der Menschheit dazu berufen, die Gerechtigkeit in ihren großen Postulaten ... zu sichern gegen die Auswirkungen des «bedingungslosen Hasses» der Kriegszeit ..."]; recientemente también L. Chiesa, Comparative Criminal Law, en: M. D. Dubber/T. Hörnle (ed.), Oxford Handbook of Criminal Law, Oxford, Oxford University Press 2014, p. 1089 (1093 s.); Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1013.

⁵⁰ Véase artículo 38 (1) (c) ER ("general principles of law recognized by civilized nations").

⁵¹ Véase artículo 21 (1) (c) ER ("general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime ..."). Al respecto, también Grande, Comparative (nota al pie 2), p. 191; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 991 (aplicación subsidiaria del derecho extranjero en el marco del Derecho penal comparado judicial [subsidiäre Fremdrechtsanwendung im Rahmen judikativer Strafrechtsvergleichung]), (1002).

⁵² Véase también Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), p. 217.

⁵³ Así la crítica formulada especialmente en los Estados Unidos al uso del derecho comparado por parte de los tribunales, véase M. Siems, Comparative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 (e-book), p. 147; T. Kadner Graziano, Is it Legitimate and Beneficial for Judges to Compare?, en: M. Andenas/D. Fairgrieve (ed.), Courts and Comparative Law, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 25 (30) con más referencias.

⁵⁴ Véase también P. Roberts, Comparative Law for International Criminal Justice, en: E. Öricü/D. Nelken (ed.), Comparative Law. A Handbook, Oxford, Hart, 2007, pp. 339 (340, 350 y ss., 363, 365) (quien aboga por un "more explicit, systematic, and methodologically astute recourse to comparative legal method" y en este sentido discute seis áreas).

⁵⁵ Véase apartado C.II.

En el derecho de la cooperación judicial [Rechtshilfe] existe un contacto permanente con ordenamientos jurídicos extranjeros y, dependiendo del tipo de cooperación —extradición/entrega, "pequeña" asistencia judicial o cooperación en la ejecución de decisiones judiciales— y de relación jurídica entre los Estado —mediada o no por un tratado internacional, bilateral o multilateral—, los conocimientos sobre el Derecho del Estado requirente o requerido son necesarios o por lo menos útiles. Incluso en un sistema como la UE, en el cual cada vez adquiere mayor relevancia el reconocimiento mutuo⁵⁶ de las decisiones judiciales, el derecho interno no es desplazado completamente por el derecho secundario,⁵⁷ sino que de hecho puede aparecer como una de las razones para rechazar una petición o requerimiento⁵⁸ o para la imposición de condiciones para la ejecución de una determinada decisión judicial.⁵⁹ En la clásica asistencia judicial basada en un tratado de cooperación, el principio de la punibilidad recíproca supone examinar el Derecho penal del Estado requirente,⁶⁰ de manera similar a lo que ocurre en el contexto de las normas sobre la aplicación del Derecho penal a hechos cometidos en el extranjero respecto al derecho del lugar en donde se ha consumado la conducta punible.⁶¹ Cuando no existe tratado la situación depende del Estado requerido, razón por la cual es recomendable estar familiarizado desde antes con su sistema legal y sobre todo con su práctica en esta materia.

⁵⁶ Sobre este principio, véase Ambos, Strafrecht (nota al pie 42), § 9 nm. 26 y ss.; Ambos, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. I nm. 25 y ss.

⁵⁷ Sobre los instrumentos de la UE con carácter de derecho secundario, véase Ambos, Strafrecht (nota al pie 42), § 12 nm. 14 y ss.; Ambos, DP Eur. (nota al pie 42), Cap. IV, nm. 14 ss.

⁵⁸ Véase por ejemplo, artículos 3, 4, Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (Diario Oficial n° L 190 de 18/07/2002 p. 0001 - 0020), modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI.

⁵⁹ Véase por ejemplo, artículo 5, Decisión Marco del Consejo (nota al pie 58).

⁶⁰ Véase por ejemplo, artículo 2 (1) Convenio Europeo de Extradición. Al respecto, en este contexto también Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 992-4 ("poder punitivo dependiente del derecho extranjero" ["fremdrechtsabhängige Strafgevalt"]).

⁶¹ Véase § 7 (1) y (2) Código Penal alemán ("en el lugar de los hechos con amenaza de pena" ["am Tatort mit Strafe bedroht"]).

II. Funciones

Estos ejemplos muestran que el derecho comparado, por un lado, constituye en varios sentidos el fundamento del Derecho penal a nivel internacional. Debido a que el Derecho penal internacional y el derecho penal europeo se alimentan en buena parte de los ordenamientos jurídico-penales nacionales —no obstante la interpretación autónoma del derecho supranacional y el proceso de institucionalización a este nivel—, le corresponde al derecho comparado una función fundamental en tanto fuente de información, no solamente como mecanismo para “producir” principios generales del derecho en el sentido clásico ya mencionado. Al mismo tiempo, el derecho comparado permite la comparación horizontal a nivel internacional entre las distintas instituciones y su derecho, por decirlo de alguna manera, más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales. Sobre esto se volverá más adelante.

Por otro lado, bajo ciertas circunstancias, puede ser razonable para el legislador nacional consultar en perspectiva comparada el derecho extranjero antes de regular una determinada situación (*Derecho penal comparado legislativo*).⁶² Pero, también los distintos actores del sistema de justicia penal —fiscales, defensores y jueces— dependen cada vez más de los resultados de análisis comparativos para resolver problemas en casos concretos (*Derecho penal comparado judicial*),⁶³ debido a que la criminalidad —justamente en

⁶² Véase Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), p. 215; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 1005 y ss.; Chiesa, Comparative (nota al pie 49), p. 1091; véase también Sect. 3 (1) Law Commissions Act 1965 (“duty of each of the commissioners ... to obtain ... information as to the legal system of other countries ...”); desde una perspectiva comparativa general, véase Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 22 y ss.; sobre el legislador como “cliente” del derecho comparado, véase Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 842 y ss.

⁶³ Esta función del derecho comparado fue formulada incluso en 1900 por el civilista Zitelmann como “importancia en la aplicación del derecho” [“Bedeutung in der Rechtsanwendung”], véase E. Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Dt JZ V (1900), p. 329, reproducido en: K. Zweigert/H.-J. Puttfarcken (ed.), Rechtsvergleichung, Darmstadt: Wiss. Buchges, 1978, p. 11 (11 s.). Los ejemplos en la jurisprudencia penal alemana son múltiples, véase BGHSt 1, 297; 2, 152; 2, 257; 5, 30; 5, 337 así como BGHSt 38, 214 (228 y ss.: consideración del derecho procesal extranjero sobre la pregunta del incumplimiento de los deberes policiales y sus con-

el espacio de libertad, seguridad y justicia que constituye la UE —⁶⁴ ya no tiene lugar únicamente al interior de las fronteras nacionales. Finalmente, pero no menos importante, el derecho penal comparado puede ser desarrollado desde el punto de vista científico-teórico,⁶⁵ bien sea para obtener una visión ampliada del derecho propio o para la solución de problemas jurídicos fundamentales (derecho comparado como quinto método de interpretación).⁶⁶

Hasta aquí se han mencionado las funciones clásicas del Derecho penal comparado⁶⁷ que han ganado importancia desde mediados del siglo XIX. Si, además, es posible complementar estas tres funciones con una cuarta función por medio del “Derecho penal comparado evaluativo-competitivo”,⁶⁸ es una pregunta que puede dejarse abierta, puesto que la valoración⁶⁹ cumple de todas

secuencias). Sobre derecho comparado judicial, véase también Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), pp. 16 y ss.; K. H. Ebert, Rechtsvergleichung: Einführung in die Grundlagen, Berlín 1978, pp. 176 y ss.; Eser, Funktionen (nota al pie 3), pp. 1507-1510; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 984 y ss.

⁶⁴ Vgl. artículo 67 (1) TFUE.

⁶⁵ Sobre las diferentes denominaciones (“científico-teórico”, “teorético”, “académico” [“wissenschaftlich-theoretisch”, “theoretisch”, “akademisch”]) véase Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 967.

⁶⁶ La reivindicación de interpretación comparativa del derecho nacional se remonta a K. Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 15 (1949/50) pp. 5 (8 y ss.) (con referencia al art. 1 del Código Civil suizo); sobre el derecho comparado como quinto método de interpretación en derecho constitucional, véase P. Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, JZ 1989, pp. 913 (916 y ss.); con más detalle Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 53 ff. (resaltando especialmente la importancia para resolver casos difíciles, nm. 72-76); desde el punto de vista jurídico-penal Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 380; Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 953 y ss., con pie de página 67.

⁶⁷ Sobre estas tres funciones, véase Eser, Funktionen (nota al pie 313), pp. 1506 y ss.; (nota al pie 4), pp. 955 y ss., 966 y ss.; antes también Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), pp. 26 y ss., pero no tan diferenciado ni tan sistemático.

⁶⁸ [“evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung”] Así Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 956, 1020 y ss. (con una impresionante diferenciación y construcción de varios subgrupos y formas), para una lista de 30 (!) enfoques adicionales, pp. 956-959.

⁶⁹ Sobre el rol de la valoración en el derecho comparado, véase Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 1026 y ss., quien asume una posición intermedia

maneras un rol importante en el verdadero derecho comparado, por ejemplo, en el marco de una muestra comparativa de diferentes alternativas jurídico-políticas.⁷⁰

entre las de Radbruch y von Liszt, según la cual la valoración es posible pero no obligatoria, es decir que, por un lado, puede haber derecho comparado sin valoraciones, pero, por otro, según el objetivo de la comparación la valoración puede ser deseable y necesaria (pp. 1028 y ss., auch 1084). Sobre la diferencia entre descripción y valoración (sin excluir esta última), véase M. Mona, *Strafrechtsvergleichung und comparative justice: Zum Verhältnis zwischen Rechtsvergleichung, Grundlagenforschung und Rechtsphilosophie*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 103 (113). En contra de entender la valoración como parte del derecho comparado (lo cual haría parte de la crítica que el derecho comparado hace posible), véase E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, Rhein. Zeitschrift für Zivil- und ProzessR 13 (1924), p. 279 (280) (véase, sin embargo, pp. 286 y ss., en donde este exhorta a la crítica jurídica y política, así como al mejoramiento del ordenamiento jurídico); sobre Rabel y la inclusión de la valoración como quinto nivel en el análisis comparativo por Konrad Zweigert como uno de los sucesores de Rabel en el Instituto Max-Planck de Hamburgo Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 832 y ss. Sobre una diferenciación entre "comparación de valoraciones" ["*Vergleich von Wertungen*"] y "valoración de soluciones" ["*Wertung von Lösungen*"], según la cual esta última no pertenecería al derecho comparado en estricto sentido U. Sieber, *Grenzen des Strafrechts. Strafrechtliche, kriminologische und kriminalpolitische Grundlagenfragen im Programm der strafrechtlichen Forschungsgruppe am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, en: H.-J. Albrecht/U. Sieber (ed.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung: Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 2004*, Berlín 2006, p. 35 (74 y ss.); sin embargo, sobre la poca importancia de la pregunta sobre la ubicación, véase *del mismo autor*, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120; crítico en este sentido también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1027. Sobre la formulación de la "pregunta esencial sobre la valoración ... de una manera válida para todos los sistemas" ["*wesentlichen Wertungsfragen ... in einer für alle System gültigen Weise*"] en el marco del Derecho penal comparado, W. Perron, *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, ZStW 109 (1997), p. 281 (299).

⁷⁰ Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 120 ("fundamentación racional de las decisiones valorativas" ["*rationale Begründung der Bewertungsentscheidung*"] como condición del rol cumplido por el derecho comparado en cuanto instrumento de *good governance*); Weigend, *Criminal Law* (nota al pie 33), pp. 219 y ss. (importancia de "*quality judgments*"); Mona, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), pp. 115 y ss. (valoración con miras a la teoría de la justicia); Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 1084-1087 (1084: "... se espera una toma de posición definitiva, la cual no se pue-

C. OBJETIVOS, MÉTODOS Y FUNDAMENTO NORMATIVO

I. Objetivos

Las funciones aquí mencionadas del derecho penal comparado describen al mismo tiempo sus —en todo caso múltiples—⁷¹ objetivos: orientación al legislador por medio del Derecho penal comparado legislativo, apoyo a la administración de justicia en el marco del Derecho penal comparado judicial y problematización de aspectos fundamentales del sistema penal a través del Derecho penal comparado científico-teórico. Sobre esta base, se debe resaltar que en la discusión comparativa sobre el derecho propio surgen a la luz sus fortalezas y sobre todo sus debilidades.⁷² El derecho comparado hace posible entonces —o al menos así debería hacerlo— la reflexión crítica sobre el sistema jurídico propio⁷³

de entender sin una cierta valoración" ["... eine abschließende Stellungnahme erwartet, bei der meist nicht ohne gewisse Wertungen auszukommen sein wird."]); Beck, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 78 (no solamente entender la regulación sino también valorarla), 85 (valoración "inevitable"); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 10 y ss.

⁷¹ Sobre la pluralidad de los objetivos Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 378 y ss.; sobre su flexibilidad Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 5; sobre cuatro funciones o metas de conocimiento, véase G. Dannemann, *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, en: Reimann/Zimmermann (nota al pie 12), p. 383 (402-6: *unifying law, solving particular problems, applying foreign law, understanding law*).

⁷² Véase también Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 928 ("condicionamientos del derecho propio" ["*Bedingtheiten des eigenen Rechts*"]); M. D. Dubber/T. Hörnle, *Criminal Law. A comparative approach*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. vi; Chiesa, *Comparative* (nota al pie 49), p. 1091; Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 969; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 1.

⁷³ Fundamental Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), pp. 411 y ss., 443 y ss. (derecho comparado como "*learning experience*" por medio del distanciamiento y diferenciación y con el objetivo de la autoreflexión), quien de hecho reprocha al método funcional tradicional la poca capacidad de autocritica y reflexión (pp. 433 y ss.); crítico también en este sentido frente al método funcional R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, en: Reimann/Zimmermann (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), pp. 339 (379 y ss.). Diferente Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 20 s. (a pesar de que el derecho comparado promueve la comprensión, es limitado para el estudio dogmático profundo del derecho propio).

y facilita una visión integral del mismo.⁷⁴ Además, la perspectiva comparada crea "contrapesos para evitar la sobrevaloración de la dogmática propia y su mundo conceptual"⁷⁵ y —aún más— evidencia "en el derecho qué es cambiante y qué es perpetuo [...]".⁷⁶ No obstante, el derecho comparado puede considerarse científico, tal y como ocurre con cualquier disciplina, solo si a través suyo es posible conocer algo que sin él permanecería oculto. Esto exige más que el simple conocimiento del derecho extranjero⁷⁷ y más que la yuxtaposición de normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos foráneos, aislada y alejada de la realidad social; cuando se habla de Derecho penal comparado en realidad se hace referencia, como lo propagó Franz von Liszt, a "algo nuevo, autónomo [...] que es diferente de los ordenamientos jurídicos individuales comparados y no se encuentra sin más comprendido en ellos".⁷⁸

Más allá de esto, los riesgos que trae consigo la globalización económica —"sociedad mundial del riesgo"—,⁷⁹ como hechos punibles cometidos en o a través de Internet, criminalidad organizada

⁷⁴ Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 14 ("holistic picture").

⁷⁵ Jescheck, Entwicklung (nota al pie 12), p. 44; véase también G. Radbruch, Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen 1957, pp. 108 y ss. ("valorar en sus deficiencias y ventajas" ["... in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen"]).

⁷⁶ Radbruch, Mensch (nota al pie 75), pp. 108 y ss.

⁷⁷ Al respecto, como simple aspecto del derecho comparado sin pretensión científica, Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 3 ss. (8), 13.

⁷⁸ ["etwas Neues, Selbständiges ... das von den einzelnen verglichenen Rechten verschieden, in ihnen nicht ohne weiteres enthalten ist"] F. von Liszt, Zur Einführung, Rückblick und Zukunftspläne, en: F. von Liszt (ed.), Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Band I: Das Strafrecht der Staaten Europas, Berlín, 1894, p. XIII (XIX); crítico H. Schultz, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, en: H.-H. Jescheck/G. Kaiser (ed.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlín 1980, pp. 7 (19 y ss.) (también acepta un derecho comparado con menos pretensiones). En este sentido, también sobre "comparing" vs. "compiling criminal law", Chiesa, Comparative (nota al pie 49), pp. 1090 y ss.

⁷⁹ ["Weltrisikogesellschaft"] El concepto se remonta a Ulrich Beck, véase U. Beck, Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a. M. 1986; también U. Sieber, Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, ZStW 119 (2007), pp. 1 (3 y ss.).

transnacional y terrorismo, imponen al Derecho penal comparado nuevos retos y lo llevan a asumir nuevas tareas con nuevos objetivos. En este contexto, en general se espera que el Derecho penal comparado proporcione respuestas sólidas desde el punto de vista normativo y empírico, dirigidas al control jurídico-penal de estas situaciones.⁸⁰ Respuestas racionales y bien concebidas, como se esperan del derecho comparado científico-teórico, requieren suficiente tiempo, con el cual, sin embargo, la mayoría de las veces no cuenta la política criminal de corto plazo y ligada a cálculos electorales. De hecho, se han planteado incluso serias dudas sobre si el derecho comparado realmente puede proporcionar dichas respuestas. Éstas dependen en realidad de una variedad de factores ajenos al derecho, de manera que se debe reivindicar una perspectiva interdisciplinaria, en donde además se tenga en cuenta la práctica de persecución policial (incluso secreta), en el sentido de la ya mencionada comparación integral de la justicia penal.

II. Métodos

Lo anterior demuestra la importancia de la determinación del objetivo para definir el método. No es posible desarrollar un método de derecho comparado de manera abstracta, puesto que en cada caso se deben tener en cuenta los objetivos principales del proyecto de comparación.⁸¹ Se requiere entonces una cierta *apertura metodológica*, la cual deja espacio suficiente para la imaginación,⁸² ya que el método seleccionado debe corresponder al objetivo perseguido; el método debe entonces ser funcional al

⁸⁰ Véase, también Sieber, Grenzen (nota al pie 79), pp. 16, 53 y ss. (derecho comparado metodológicamente asegurado como fundamento de una política criminal racional).

⁸¹ Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 961, 966, 1038 y ss.; del mismo autor, Stand (nota al pie 33), p. 682; también Lagodny, ZIS 2016, pp. 679 y ss.; del mismo autor, GA 2017, 165 (167); resaltando también la determinación del objetivo Beck, Strafrecht (nota al pie 33), pp. 77 y ss.; similar Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 2; también P. Roberts, Interdisciplinarity in Legal Research, en: M. McConville/W. Hong Cui (ed.), Research Methods for Law, Edinburgh, 2017, p. 90 (105: "research questions" determinan "interdisciplinary methods").

⁸² Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 1038; véase también Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 343 (sin adherir a un método específico); Siems, Comparative Law (nota al pie 12), p. 7 ("plurality of methods").

objetivo, de manera que se debe escoger el método más idóneo para lograrlo.⁸³ Sin embargo, se debe diferenciar entre objetivo y método,⁸⁴ pero reconociendo su interdependencia, debido a que el método no se puede determinar sin tener en cuenta los objetivos.⁸⁵ Así pues, a pesar de que no es posible determinar un solo método específico para el derecho comparado, sí es posible delimitar un marco metodológico dentro del cual se puede mover la investigación comparativa.

En primer lugar, teniendo en cuenta la necesidad de estar abierto a todos los resultados posibles, quien realiza una comparación no debe partir desde el principio de su propio punto de vista dogmático o político-criminal, en cuanto hipótesis de trabajo o punto de referencia (*tertium comparationis*),^{86, 87} aunque naturalmente este puede servir como primer parámetro de orientación⁸⁸ y de hecho lo hará debido al bagaje jurídico previo de todo investigador.⁸⁹ Como punto de partida la atención se debe centrar, en

⁸³ *Ibidem*, p. 1040; véase también Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 362 (direccionamiento de los métodos hacia el objetivo); Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 837 ("*purpose and context ... determine the research design...*").

⁸⁴ En ocasiones esto se pierde de vista en el Derecho penal comparado dada la gran variedad de enfoques posibles (véase pie de página 68), crítico también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1038.

⁸⁵ Véase por ejemplo, Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 2 ("ilusorio" ["*illusorisch*"]), 147 y ss. Véase, en otro sentido, von Liszt, *Tötung* (nota al pie 19), p. 4 (derecho comparado "solo es posible debido a un método bien establecido" ["*nur möglich auf Grund einer feststehenden Methode...*"]); también Schultz, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 1 (derecho comparado mismo como un "método específico" ["*bestimmte Methode*"]).

⁸⁶ "Punto de referencia para la comparación".

⁸⁷ Así todavía Jescheck, *Entwicklung* (nota al pie 12), pp. 36 y ss., 37 y ss., 40 y ss., quien propone como punto de partida la perspectiva dogmática o político-criminal propia (primer nivel), posteriormente la interpretación del derecho extranjero (segundo nivel), para después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar jurídica y políticamente (cuarto nivel). Crítico con razón al respecto por ejemplo U. Nelles, *Rechtsvergleichung per Internet? Einige Aspekte zum Generalthema "Zukunft der Strafrechtsvergleichung"* en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/G. Heine entre otros (ed.), *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, p. 1005 (1009); Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1045.

⁸⁸ Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1063.

⁸⁹ Crítico sobre la orientación marcadamente occidental del derecho comparado tradicional Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), pp. 422 y ss., 442.

principio, — en el sentido del *método funcional* ya mencionado —⁹⁰ en el problema específico sobre el que se pretende indagar, para preguntarse posteriormente cómo se ha intentado solucionar dicho problema en cada uno de los ordenamientos jurídicos objeto de investigación o — con mayor acento en la institucionalización — qué función cumple la institución jurídica específica desarrollada en el ordenamiento jurídico analizado para la solución de este problema ("pregunta por la funcionalidad"),⁹¹ más allá de la terminología empleada en cada contexto y de su clasificación bajo una determinada disciplina.⁹² El funcionalismo en

⁹⁰ Sobre su origen en la teoría del carácter instrumental del derecho formulada por Jhering (*Zwecktheorie*), véase K. Zweigert/K. Siehr, *Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method*, *AJCL* 19 (1971), pp. 215 (218 y ss.); también Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), p. 433 con pie de página 78 (mencionando también a Pound); sobre la primera vez que este método se mencionó explícitamente por Ernst Rabel en 1925 Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), p. 20 y Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 831; desarrollado por Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), pp. 33 y ss.; Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 25 y ss.; en el contexto del Derecho penal comparado mencionado explícitamente por primera vez por H.-H. Jescheck, *Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozessreform*, *ZStW* 86 (1974), p. 761 (772), haciendo referencia a un problema social), 775 ("equivalencia funcional" ["*funktionellen Gleichwertigkeit*"])).

⁹¹ ["*Funktionalitätsfrage*"] Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 48), p. 33; Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 922; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), p. 1521; Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 363 y ss.; Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 342; Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 112-114; Pradel, *Droit* (nota al pie 9), pp. 47 y ss.; Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 25 y ss.; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 14-16, § 3 nm. 3-5, 181; C. Wendehorst, *Rechtssystemvergleichung*, en: Zimmermann (ed.), *Zukunftsperspektiven der Rechtsvergleichung*, Berlin: Mohr Siebeck 2016, p. 1 (30); sobre la aplicación en "mercados jurídicos transnacionales" G.-P. Callies, *Zur Rolle der Rechtsvergleichung im Kontext des Wettbewerbs der Rechtsordnungen*, en el mismo lugar, p. 167 (182 y ss., 188 y ss.).

⁹² Véase Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 71, quien señala acertadamente que la limitación del método funcional a ciertas ramas del derecho parece no tener sentido, dado que la división tradicional entre derecho civil, público y penal, así como las subdivisiones al interior de cada categoría, no está presente en otros ordenamientos jurídicos, de manera que se debe preguntar más bien de forma general cómo cada ordenamiento jurídico y a través de cuál institución jurídica reacciona ante el problema analizado.

el derecho comparado⁹³ hace referencia entonces — en principio sin ninguna pretensión metodológica adicional —⁹⁴ a una forma de proceder que no parte de conceptos jurídicos y legales,⁹⁵ sino

- ⁹³ El término “funcionalismo” tiene varios significados y es utilizado en diferentes disciplinas; crítico respecto a su frecuente ambigüedad y su uso arbitrario Michaels, *Functional* (nota al pie 73), pp. 341, 342 y ss., 381; crítico también Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 45 (“*can involve a number of traps*”); sobre el reemplazo de este concepto por un derecho comparado contextual, con el fin de comprender mejor su significado Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 199-201.
- ⁹⁴ Acertadamente M. Kubiciel, *Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung*, RW 2012, p. 212 (213 f.); crítico Michaels, *Functional* (nota al pie 73), pp. 340 (“*As theory it hardly exists...*”), 362 (resaltando el enfoque instrumental), 363 (“*undertheorized approach ...*”); crítico también Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), pp. 416 y ss. (“*marginal role of theory*”), 433 y ss. (“*vulgar version of sociological functionalism*”); en cierta medida sobre una teoría basada, entre otros, en el método funcional, Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 126-129.
- ⁹⁵ Crítico por esta razón B. Fateh-Moghadam, *Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 41 (43 y ss.), quien pretende reemplazar el método funcional por un funcionalismo operativo, debido a que aquel se basaría en suposiciones estructural-funcionalistas (como la existencia de los mismos problemas sociales en relaciones sociales estables) y, al orientarse por consideraciones extrajurídicas, negaría la autonomía de la argumentación jurídica (44 y ss.). El enfoque propuesto por este autor se fundamenta en la teoría de sistemas y en consecuencia parte de la autopresencia de los sistemas jurídicos y de la autorreferencia de la argumentación legal, en vez del reconocimiento de problemas sociales extrajurídicos (pp. 52 y ss.). Aunque este enfoque tiene razón cuando afirma que dentro de cada sistema jurídico también se deben tener en cuenta las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática [“*juristisch-dogmatische Begründungszusammenhänge*”] (en este sentido, también Kubiciel, *Funktionen* (nota al pie 93), p. 215), acepta la idea bastante problemática y poco plausible, según la cual los sistemas jurídicos son completamente autónomos; crítico con razón T. Weigend, *Diskussionsbemerkungen*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 131 (el ordenamiento jurídico no tiene “*vida propia*”, sino que se encuentra determinado por “*decisiones sociales y políticas específicas*” [“*Rechtsordnung führe “kein Eigenleben”, sondern werde von “bestimmten sozial und politisch geprägten Entscheidungen determiniert*”]); crítico también en este sentido, Kubiciel, *Funktionen* (nota al pie 93), pp. 215 y ss., cuando reconoce que las formas específicas de fundamentación jurídico-dogmática al final están influenciadas jurídico-estructuralmente y por esto puede ser necesaria “una comparación parcial del entorno socio-cultural” [“*Partialvergleich des soziokulturellen Regelungsumfelds*”], especialmente cuando se trata de comprender una institución jurídica determinada o un sistema jurídico en general a través de una micro-comparación.

— con orientación empírica —⁹⁶ de la consideración de problemas sociales como *tertium comparationis*⁹⁷ (“problemas sociales que requieren regulación”)⁹⁸ y de la función de las instituciones que han sido desarrolladas como respuesta a ellos, para así posibilitar la comparación — libre de prejuicios conceptuales o dogmáticos — entre instituciones jurídicas de distintos ordenamientos que hacen las veces de equivalentes funcionales.^{99, 100} Por ejemplo:

- ⁹⁶ Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 342 (“*functionalist comparative law is factual*”); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 181 (“*enfoque fáctico*” [“*faktische Herangehensweise*”]); Callies, *Rolle* (nota al pie 91), pp. 170, 172, 187 (“*law in action*”); también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), p. 35 (“*the way it is enforced*”); desde el punto de vista jurídico-penal E. Hilgendorf, *Zur Einführung: Globalisierung und Recht*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), p. 11 (24).
- ⁹⁷ Véase Michaels, *Functional* (nota al pie 73), pp. 367-369.
- ⁹⁸ [“*regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem*”] Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1053.
- ⁹⁹ La equivalencia funcional es resaltada por Michaels, *Functional* (nota al pie 73), pp. 363, 381, como fundamento — junto a una “*epistemology of constructive functionalism*” — de un método funcional más robusto, sobre su cercanía a la *praesumptio similitudinis* pp. 370 y ss. (371: “*functional equivalence is similarity in difference*” en la medida en que las instituciones jurídicas pueden ser similares en relación con la función que cumplen, pero en sí pueden ser al tiempo diferentes); al respecto, nuevamente crítico Frankenberg, *Comparisons* (nota al pie 48), pp. 436 y ss.; Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 46 (“*misleading to assume that modern criminal justice systems all face the same ‘problems’...*”); relativizando Dannemann, *Comparative* (nota al pie 71), pp. 338, 394-396, 399, 401, 406, 418 y ss. (solo respecto a los resultados prácticos de una micro-comparación e incluso por funcionalistas mismos relativizado; al final, tanto las semejanzas como las diferencias son igual de importantes y el balance apropiado en la atención sobre unas u otras depende del objetivo de la comparación); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 77 s., § 3 nm. 15, 194-197. La presunción de similitud es de todas maneras una presunción y por consiguiente se puede desvirtuar, dado que “*comparative work is both about discovering surprising differences and unexpected similarities*” y “*what we will usually need to explain is the unfamiliar mixture of both ...*” (Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), pp. 32, 37); también Jansen, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 306, 336 (búsqueda de “*similarities and dissimilarities of different cultural or social phenomena*”, “*process of constructing relations of similarity and dissimilarity*”); Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 184. Sobre *praesumptio dissimilitudinis* en la comparación de sistemas jurídicos no nacionales Wendehorst, *Rechtssystemvergleichung* (nota al pie 91), p. 31.
- ¹⁰⁰ Resumiendo la crítica al funcionalismo Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 6 ff. (diferenciando entre la crítica al enfoque, al trasfondo

- No se debe preguntar si la *instigación* es punible en un ordenamiento jurídico-penal extranjero, sino cómo se trata en dicho contexto la influencia psíquica de una persona sobre el autor (principal) o el hecho de haber generado en este la decisión de cometer una conducta punible.
- No se debe preguntar si el *hurto* [*Diebstahl*] en el sentido del § 242 del Código Penal Alemán (StGB por sus siglas en alemán) es punible, sino cómo se protege en determinado contexto el patrimonio económico o, más exactamente, cómo se protege de la apropiación de cosas o bienes por parte de un tercero.
- No se debe preguntar si el proceso penal puede terminar debido a la *confesión*, sino si existe alguna posibilidad de terminar anticipadamente un proceso penal mediante el reconocimiento de responsabilidad o la negociación entre quienes en él participan.

Para evitar un enfoque instrumental demasiado estrecho,¹⁰¹ ciertamente se debe tener en cuenta el contexto *histórico y cultural*¹⁰² en los que operan las instituciones jurídicas, así como algunos conceptos generales¹⁰³ y el rol que cumplen los actores de cada sistema penal (*agency*), en el sentido de la ya varias veces men-

y del posmodernismo), 189 y ss. (identificación de los diferentes estilos de pensamiento de los funcionalistas y de sus críticos); también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 27 y ss., 37 y ss. (identifica tres puntos críticos: énfasis excesivo en las semejanzas, aceptación inadmisibles de que existen los mismos problemas sociales, así como — crítica posmoderna — de que el derecho cumple funciones específicas).

¹⁰¹ Crítico por ejemplo Roberts, *On Method* (nota al pie 2), p. 540 con más referencias.

¹⁰² Con material ilustrativo H. Jung, *Rechtsvergleich oder Kulturvergleich*, en: G. Freund/U. Murmann/R. Bloy/W. Perron (ed.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin 2013, pp. 1467 (1475 y ss.).

¹⁰³ De esta manera se pasa de la comparación de problemas funcionales a la comparación de conceptos, la cual en todo caso hace parte del enfoque funcional; véase Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 166-169, 190-192.

cionada comparación de la justicia penal.^{104, 105} En este sentido,

¹⁰⁴ Véase también Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), p. 45 (quien critica que para el enfoque funcionalista el rol de los actores es irrelevante), 48 (“*finding out what criminal justice actors ... actually think ...*”); para esto también T. Hörnle, *Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft*, en: K. Tiedemann/U. Sieber/H. Satzger/C. Burchard/D. Brodowski (ed.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Baden-Baden 2016, p. 289 (303); sobre teoría del derecho comparativo (*comparative jurisprudence*) Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 129 y ss. (“*law in minds*”). De hecho, uno de los padres del enfoque funcional (nota al pie 89), Hein Kötz, aceptó en 1998 que este método tiende a dejar de lado los procesos mediante los cuales se generan ciertos resultados (Kötz, *Abschied*, nota al pie 48, p. 505).

¹⁰⁵ Un “giro cultural” de este tipo ha sido discutido especialmente en la literatura francesa e inglesa, véase P. Legrand, *Le Droit Comparé*, 5a. ed., Paris, Presses universitaires de France 2015, p. 123 (“*la comparaison ... sera CULTURELLE ou ne sera pas*”; al respecto, H. Jung, *Kontinuität und Wandel — Der französische Beitrag zur Theorie zur Theorie*, en: U. Sieber/G. Dannecker/U. Kindhäuser/J. Vogel y otros (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht — Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Köln 2008, pp. 1515 (1521 y ss.)); V.G. Curran, *Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law*, *AJCL* 46 (1998), p. 43 (reclamando, en la p. 51, una “*immersion into the political, historical, economic and linguistic contexts*”, para emprender una “*valid examination of another legal culture*”); R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, en: Reimann/Zimmermann (ed.), *Handbook* (nota al pie 12), pp. 709 y ss. (711) (“*Culture ... appears fundamental — a kind of lens through which all aspects of law must be perceived ...*”); D. Nelken, *Defining and using the concept of legal culture*, en: Öricü/Nelken (ed.), *Comparative Law* (nota al pie 54), pp. 109 y ss. (110: “*... a focus on legal culture directs us to examine the interconnections between law, society and culture as they are manifested also in the ‘law in action’ and the ‘living law’.*”); Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), pp. 48 y ss.; Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 101 y ss., 119 y ss. (“*cultural turn*” como consecuencia de la crítica posmoderna al derecho comparado tradicional, consideración de la “*legal culture*” como parte de un derecho comparado socio-jurídico); desde la perspectiva alemana recientemente G. Olson, *Introduction: Mapping the Pluralist Character of Cultural Approaches to Law*, *German Law Journal (GLJ)* 18 (2017), pp. 233 y ss. (245) (“*transdisciplinary and culturally-oriented research on law in Germany*”) y F. Reimer, *Law as Culture? Culturalist Perspectives in Legal Theory and Theory of Methods*, *GLJ* 18 (2017), pp. 255 y ss. (sobre la relación entre cultura y derecho desde el punto de vista alemán). En la literatura alemana se encuentran autores, incluso desde el siglo xx con Wilhelm Arnold y Josef Kohler, que problematizan la relación entre derecho y cultura (véase Reimer, en el lugar antes mencionado, p. 256 con más referencias). Algunas décadas después Radbruch definió al derecho como un “fenómeno cultural” [“*Kulturerscheinung*”] y a la cien-

cia jurídica como "ciencia de la cultura" [*"verstehende Kulturwissenschaft"*] (Rechtsphilosophie. Studienausgabe, Heidelberg: C.F. Müller, 1999, pp. 34, 115), para hablar de "comparación entre las culturas jurídicas" [*"Vergleich zwischen den Rechtskulturen"*] (Solo la comparación entre las dos culturas jurídicas enseña a valorarlas en su singularidad, en sus deficiencias y en sus ventajas [*"Erst der Vergleich zwischen den beiden Rechtskulturen lernt jede von ihnen in ihrer Eigenart kennen, in ihren Mängeln und Vorzügen würdigen"*]), G. Radbruch, Erneuerung des Rechts, en: A. Kaufmann (ed.), Gesamtausgabe, t. 3: Rechtsphilosophie, Heidelberg 1990, p. 80 (81); siguiendo a Radbruch H. Scholler, Rechtsvergleichung als Vergleich von Rechtskulturen - Ein Beitrag zu Gustav Radbruchs Rechtsvergleichung, en: F. Haft (ed.), Strafgerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 743 (744); también Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 182, 185, 220-5, § 4 nm. 40-44; Reimer, en el lugar antes indicado, p. 262 [*"compare law means to compare cultures"*], quien es de la opinión de que *"almost any legal system can be viewed as a cultural archive - a repository of the history of social-political thought"*, p. 269); aunque la discusión en términos jurídico-penales es más reciente, véase Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), pp. 22 y ss.; Beck, Strafrecht (nota al pie 33), pp. 65 y ss. (derecho comparado referido a la cultura, el cual "va más allá de la comparación de culturas jurídicas e incluye diversos hallazgos interdisciplinarios sobre la cultura" [*"über den Vergleich von Rechtskulturen hinausgehend, diverse interdisziplinäre Erkenntnisse über die Kultur ... in die Vergleichung einbezieht"*]), p. 67); crítico al respecto, Fateh-Moghadam, Funktionalismus (nota al pie 95), pp. 49 y ss. (sin embargo, desde la perspectiva del funcionalismo operativo, véase nota al pie 95); crítico debido a un cierto nacionalismo Wendehorst, Rechtssystemvergleichung (nota al pie 91), p. 32 s. Sobre un derecho comparado contextual - solo diferente en la denominación (ver nota al pie 93) - que también incluye la cultura jurídica, véase Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 146 y ss., 199 y ss. (en resumen nm. 201; haciendo énfasis en la teoría del error 202), § 4 nm. 45 y ss.; similar sobre la dependencia contextual y reclamando un "cambio contextual de las teorías" [*"eines Kontextwechsels der Theorien"*] K. Yamanaka, Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg - Zum Kontextwechsel der Theorien in der japanischen Straftatlehre, en: M. Jehle/V. Lipp/K. Yamanaka (ed.), Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht, Göttingen 2008, pp. 173 (174 y ss.); con más detalle y con ejemplos, *el mismo autor*, Kontext - und Paradigmenwechsel bei Rechtsrezeption und -fortbildung mit Beispielen der japanischen Strafrechtswissenschaft, en: E.W. Plywaczewski and E.M. Guzik-Makaruk (ed.), Aktuelle Problem des Strafrechts und der Kriminologie, Warschau 2017, pp. 252 y ss. (análisis del cambio de contexto en relación con conceptos y sistemas jurídicos receptionados en el sistema social y de normas así como en la argumentación); sobre el desarrollo actual del Derecho penal japonés G. Duttge/M. Tadaki (ed.), Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jh., Tübingen 2017. Sobre la relación entre enfoques jurídico-culturales y plu-

se debe proceder de manera empírica,¹⁰⁶ desde una perspectiva macro, para llevar a cabo - al contrario de la frecuente implementación esquemática de instituciones jurídicas ("trasplantes jurídicos") -¹⁰⁷ la adaptación pertinente a cada cultural jurídica y así no solamente hacer los ajustes necesarios respecto a la institución jurídica adoptada, sino también para lograr entender adecuadamente (en su contexto) las instituciones jurídicas existentes.¹⁰⁸ Un enfoque funcional ampliado de esta manera permite tener en cuenta las particularidades culturales¹⁰⁹ de cada

ralistas, véase Olson, en el lugar antes mencionado, pp. 233 y ss. así como el número correspondiente del GLJ.

¹⁰⁶ Sobre Derecho penal comparado empírico, véase por ejemplo, R. Sacco, Einführung in die Rechtsvergleichung, Baden-Baden, 2011, p. 65; Nelles, Rechtsvergleichung (nota al pie 87), pp. 1013 y ss.); sobre el enfoque empírico en el derecho comparado en general, véase Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 837, 856; sobre enfoques socio-jurídicos y cuantitativos Siems, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 119 y ss., 145 y ss. (sobre *"comparative criminal law"* en este sentido pp. 140 y ss.); sobre el enfoque empírico en *comparative criminal justice* nota al pie 10, así como el texto principal correspondiente.

¹⁰⁷ Fundamental al respecto, Watson, Legal Transplants (nota al pie 13), p. 21; de manera comprensiva sobre la razón, efectos, formas y práctica (desde el derecho romano) Siems, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 190 y ss. (reconociendo la importancia real en el desarrollo del derecho, diferenciando la dependencia contextual para identificar efectos positivos y negativos y proponer una orientación más fuerte hacia las distintas políticas); también Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 34 y ss., § 3 nm. 127 y ss.; crítico frente a la imposición del Derecho penal extranjero A. Eser, Evaluativ-kompetitive Strafrechtsvergleichung. Zu "wertenden" Funktionen und Methoden der Strafrechtsvergleichung, en: Freund y otros (ed.), FS Frisch (nota al pie 102), pp. 1441 (1459 y ss.).

¹⁰⁸ Véase Nelken, Comparative (nota al pie 2), pp. 18 y ss. (entendimiento de distintos métodos de control social *"in the context of their own structures and expectations"*, 21), 40 y ss. (*"cross-culturally valid explanations"*), 88 (*"broader cultural ways of thinking"*), 93 (*"cross-cultural collaboration"*); Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 1 nm. 11, 14, 75 (consideración del contexto jurídico-cultural, extra-jurídico, político y social [en este sentido - contexto social - sobre la importancia de la sociología del derecho § 1 nm. 36]), § 3 nm. 170 y ss. (condiciones de funcionamiento del derecho); también Dannemann, Comparative (nota al pie 71), pp. 413 y ss.; Basedow, Comparative Law (nota al pie 12), p. 837; Siems, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 194 y ss.

¹⁰⁹ Sobre el condicionamiento cultural en nuestro contexto, véase Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 14; Jung, Strafrechtsver-

ordenamiento jurídico,¹¹⁰ sin pretender una comparación cultural demasiado ambiciosa,¹¹¹ los aspectos culturales a los que se

gleichung (nota al pie 12), pp. 366, 371 y ss.; más reciente Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 23 (derecho como "parte de la cultura" [*Recht als "Teil der Kultur"*]); Beck, Strafrecht (nota al pie 33), pp. 81, 83, 86 ("entrelazamiento" [*Verwobenheit*]); Meyer, Internationalisierung (nota al pie 33), p. 90; Kubiciel, Funktionen (nota al pie 94), p. 214 ("culturalmente impregnado" [*kulturell imprägniert*]); también K. Ambos, Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität, GA 2016, pp. 177 (184-187) con más referencias; en castellano: sobre el Futuro de la Ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, *Revista Penal*, 2016, pp. 5 y ss. (19-20). Fundamental sobre los factores que marcan un ordenamiento jurídico, verbalmente ("formantes" [*Formanten*]), por ejemplo, ley, jurisprudencia) o implícitamente ("criptotipos" [*Kryptotypen*]), especialmente formas de pensamiento), véase Sacco, Rechtsvergleichung (nota al pie 106), pp. 59 y ss., 61 y ss., 74; crítico Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 39 y ss.

¹¹⁰ Asimismo, Michaels, Functional (nota al pie 73), p. 365 ("*assumes that legal rules are culturally embedded...*"), 381.

¹¹¹ Es posible afirmar que una comparación cultural es demasiado ambiciosa teniendo en cuenta el concepto mismo de cultura, el cual es abierto e indeterminado; esto lo deben aceptar incluso quienes promueven este tipo de comparación, véase Nelken, Comparative (nota al pie 2), pp. 48 y ss. ("*highly controversial*", p. 50); Beck, Strafrecht (nota al pie 33), pp. 71 y ss. ("riesgo de la vaguedad del término cultura" [*Risiko der Vagheit von Kultur!*]); al respecto también — como uno de los autores más representativos — D. Nelken, Using the concept of legal culture, *Australian Journal of Legal Philosophy* (Austl.J.Leg.Phil.) 29 (2004), p. 1 (1, 7 y ss.), quien de hecho también propone una definición vaga ("*stable patterns of legally oriented social behaviour and attitudes*", p. 1) y reconoce que dicho concepto es "*difficult to define and easy to abuse*" (p. 8); resumiendo Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 4 nm. 30 y ss., 44 (diferencia entre cultura jurídica externa — actitud de la población — e interna — actitud de los juristas —) y nm. 33-36 (presenta la controversia ilustrativa entre Friedman y Cotterrell), quien sigue un enfoque específicamente jurídico — a diferencia de un socio-jurídico — (§ 4 nm. 51: "aspectos no-jurídicos del contexto" no se dejan "solo a otras disciplinas" [*nichtjuristische Aspekte des Kontexts nicht "alleine anderen Fachdisziplinen" überlassen*]), sobrevalora la frontera entre estos dos enfoques (§ 4 nm. 38-44) y finalmente acepta el concepto de cultura jurídica haciendo referencia al contexto (§ 4 nm. 45 y ss.; al respecto, véase nota al pie 105); crítica fundamental por T. Gutmann, *Recht als Kultur?*, Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 13 (el concepto de cultura solo genera "confusión" [*Kulturbegriff stiftet nur "Verwirrung"*], 36 y ss.

hace referencia — la correspondiente "cultura de control" —¹¹² se deben tener en cuenta, más bien, de manera complementaria,¹¹³ no solamente para "reprimir" la subjetividad que surge del contexto cultural de cada quien,¹¹⁴ sino también para ser siempre

("el derecho comparado que hace referencia a la cultura ... está condenado al fracaso ... visiones según las cuales los ordenamientos jurídicos nadan como albóndigas en una sopa de culturas y se consumen completamente no pueden explicar nada" [*kulturbezogene Rechtsvergleichung ... zum Scheitern verurteilt ... Vorstellung, dass Rechtsordnungen wie Knödel in einer trüben Kultursuppe schwimmen und sich langsam voll saugen, vermag nichts zu erklären*]); véase respuesta a la crítica en Reimer, Law (nota al pie 105), pp. 263 y ss.

¹¹² Nelken, Comparative (nota al pie 2), p. 58 con más referencias.

¹¹³ Asimismo, Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 1054 y ss.; Hörnle, Plädoyer (nota al pie 104), pp. 303 y ss.; reconciliando las posiciones de Beck (nota al pie 33) y Fateh-Moghadam (nota al pie 95) W. Perron, Operative-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 121 y ss. (método operativo-funcionalista para el derecho comparado legislativo y método orientado a la cultura para la unificación jurídico-penal a nivel internacional, lo cual conduce, sin embargo, — en el marco del derecho comparado legislativo — a los trasplantes legales criticados líneas atrás, véase nota al pie 107); Beck, Strafrecht (nota al pie 33), p. 67, quien presenta el enfoque que propone como complemento de los métodos existentes; mediando también Siems, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 285 y ss., 313 y ss. (quien en todo caso promueve expresamente la expansión del derecho comparado por medio de disciplinas no jurídicas; véase nota al pie 105, y en este sentido habla de "*implicit comparative law*", pero finalmente reclama el enriquecimiento mutuo entre los enfoques); Kubiciel, Funktionen (nota al pie 94), pp. 212 (216) (comparación cultural parcial); Reimer, Law (nota al pie 105), p. 270 (diálogo entre el derecho y ciencias de la cultura); sobre interpretación teniendo en cuenta la comparación cultural Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 2 nm. 63 y ss.

¹¹⁴ Véase también Beck, Strafrecht (nota al pie 33), p. 71 (percepción consciente de la subjetividad del punto de partida propio), 77 (revelación del condicionamiento cultural propio); también Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 12-4, 186 y ss. (entendimiento estrecho de neutralidad y libertad de prejuicios), 227 y ss. (perspectiva jurídica nacional como fuente de errores); Jansen, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 314 y ss. ("*wholly neutral perspective ... neither possible nor desirable...*"). La subjetividad de quien realiza una comparación fue señalada especialmente por Legrand, *Droit* (nota al pie 105), p. 5, y desde el escepticismo epistemológico de otras visiones posmodernas (al respecto, Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 28; también Siems, Comparative Law (nota al pie 12),

conscientes de la relatividad y condicionalidad valorativa del ordenamiento jurídico propio.¹¹⁵ Todo esto hace que la cooperación interdisciplinaria sea necesaria,¹¹⁶ lo cual de todas maneras no implica que todos los factores culturales y toda la complejidad que encierra el fenómeno estudiado pueda ser comprendida automáticamente.¹¹⁷ Al final se depende en buena medida de la experticia y seriedad de los socios cooperantes provenientes de los ordenamientos jurídicos foráneos,¹¹⁸ mientras no se tenga la posibilidad de familiarizarse con estos mediante estadías de investigación medianamente largas.¹¹⁹

p. 97); véase también Frankenberg, Comparisons (nota al pie 48), pp. 414 y ss. (por esto la diferenciación mencionada antes) y Nelken, Comparative (nota al pie 2), pp. 18 y ss. (peligro del etnocentrismo). Los prejuicios que de aquí resultan explican la afirmación de Damaška, según la cual "*lawyers socialised in different settings of authority can look at the same object and see different things*" (M. R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 66).

¹¹⁵ Convincente Beck, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 75 (derecho como "acuerdo entre todas las verdades y valores de una sociedad determinada" y "en todo caso como expresión y elemento precisamente de la cultura y de la comunicación de una sociedad histórica y geográficamente específica" [*Recht als "Kompromiss zwischen alle individuellen Wahrheiten und Werten einer konkreten Gesellschaft" und "doch notwendig Ausdruck und Element gerade der Kultur und Kommunikation dieser historisch und geographisch speziellen Gesellschaft..."*]).

¹¹⁶ Véase también Beck, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 80; Meyer, *Internationalisierung* (nota al pie 33), p. 92; en general sobre la necesidad de la interdisciplinaria, véase Schultz, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 14; Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 368 y ss.; sobre interdisciplinaria como visión metodológica (inglesa) Roberts, *Interdisciplinarity* (nota al pie 81), pp. 92 y ss.; escéptico, sin embargo, Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 162-164 (resaltando los métodos jurídicos originales y rechazando los "préstamos" de disciplinas extrañas).

¹¹⁷ Esto lo acepta también Beck, *Strafrecht* (nota al pie 33), p. 80 (la consideración de todos los factores culturales es imposible, la cultura es "categóricamente incomprensible" [*"kategorisch nicht fassbar"*]).

¹¹⁸ Sobre este problema, véase nota al pie 128.

¹¹⁹ Véase en este sentido la diferenciación que hace Nelken entre "*virtually there*", "*researching there*" y "*living there*" ("*observing participants*"), la cual constituye un "*continuum running from least to greatest engagement with another society*" y su ordenamiento jurídico, Nelken, *Comparative* (nota al

Adicionalmente, el método que involucra el sistema de justicia penal en general, como subyace a la *comparación estructural* jurídico-penal [*strafrechtlicher Strukturvergleich*],¹²⁰ posibilita la identificación más exacta de las diferencias entre los ordenamientos jurídicos particulares, especialmente a nivel de la aplicación del derecho. El objetivo de una comparación estructural de esta clase consiste en investigar la "conexión específica de regímenes normativos y aplicación práctica del derecho" en diferentes ordenamientos jurídicos,¹²¹ por medio de un método empírico-inductivo de análisis de casos —desde la subsunción de un supuesto fáctico¹²² hipotético bajo el Derecho penal material vigente, pasando por el tratamiento jurídico-procesal, hasta

pie 2), pp. 93 y ss. con más referencias; sobre la necesidad de intercambio ("*immersion*") en el ordenamiento jurídico extranjero, también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 104 y ss. (reconociendo con razón que no es posible ser un "*complete insider*", p. 308); sobre las dificultades de la investigación sobre el derecho vivido, véase también Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 265.

¹²⁰ Sobre este concepto, véase también W. Perron, *Überlegungen zum Erkenntnisziel und Untersuchungsgegenstand des Forschungsprojekts "Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich"*, en: J. Arnold/B. Burkhardt/W. Gropp/H.-G. Koch (ed.), *Grenzüberschreitungen: Beiträge um 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg 1995, pp. 127 y ss.; del mismo autor, *Grenzen* (nota al pie 69), pp. 291 y ss.; también Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), pp. 2 y ss.; del mismo autor, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 363 (366 y ss.) (quien probablemente se inspiró en las consultas del Consejo Asesor del Instituto Max-Planck, al cual perteneció durante el desarrollo del proyecto sobre comparación estructural, véase también del mismo autor nota al pie 19); sobre el origen del proyecto, el cual se remonta a 1988, véase A. Eser, § 1 *Zur Genese des Projekts - Ein Werkstattbericht*, en: Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), pp. 3 (14 y ss.).

¹²¹ [*"spezifische Verbindung von normativen Regelungen und praktischer Rechtsanwendung"*] En Eser/Perron fueron cubiertos ocho países (Alemania, Inglaterra/Gales, Francia, Italia, Austria, Portugal, Suecia y Suiza); sobre la justificación de esta limitación, véase W. Perron, § 2 *Ziel und Methode der Untersuchung*, in Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), pp. 27 (37).

¹²² "*Método de la solución de casos ficticios*" [*"Methode der Lösung fiktiver Fälle"*], véase Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (34) (cursiva en original). La comparación de casos ficticios garantiza la identidad del objeto de comparación; los casos reales se diferenciarían siempre entre sí (p. 35).

llegar a la etapa de ejecución penal — ^{123, 124} Las variaciones en el supuesto fáctico¹²⁵ permiten precisar las diferentes valoraciones del contenido de injusto de los hechos relevantes —la “graduación del desvalor del hecho” —,¹²⁶ no solamente con miras a la adecuación típica, sino también —en todo el sentido del análisis procesal de casos ya mencionados— en relación con la pena prevista, a la dosificación punitiva concreta a nivel judicial y a la ejecución penal. Quien investiga sobre el sistema jurídico de un determinado Estado debe entonces realizar entrevistas a profundidad semiestructuradas con la ayuda de juristas prácticos y académicos;¹²⁷ en este sentido, la selección de las personas entrevistadas,¹²⁸ así como la evaluación y/o análisis de las res-

¹²³ Eser, § 1 (nota al pie 120), pp. 3 (21); Perron, en el mismo lugar, p. 31; Perron, en el mismo lugar, pp. 767-770; véase también en este sentido, el catálogo de criterios para las entrevistas con los expertos nacionales, en el mismo lugar, pp. 39 y ss.; antes, también Schultz, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 78), p. 12 (inclusión del “curso real de la administración de justicia... desde la investigación policial hasta... salida de la ejecución” [*Einbeziehung des “tatsächliche[n] Gangs der Strafrechtspflege ... von der polizeilichen Ermittlung bis zur ... Entlassung aus dem Vollzug”*]); Weigend, *Criminal Law* (nota al pie 33), p. 218 (“... look at the foreign system as a whole...”).

¹²⁴ Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (29); W. Perron, § 11 *Einführung*, en: Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 767.

¹²⁵ Véaseificación de cuatro variantes del caso del tirano del hogar, véase Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (32 y ss.), sobre la selección de este grupo de casos por medio del análisis de la literatura nacional relevante p. 38.

¹²⁶ Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (32). Ese era el punto central de las tres primeras variantes del caso (homicidio planeado o espontáneo del esposo mientras estaba dormido), mientras que la cuarta variante (homicidio ante un ataque) se centraba en la existencia de una posible justificante (legítima defensa) o exculpación; Perron, § 11 (nota al pie 124), pp. 767 (768), especialmente sobre la absolución en la cuarta variante, pp. 821 y ss. (822-838).

¹²⁷ Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (34 y ss., 39 y ss.) (60-120 minutos por entrevista con guías para realizarlas; sobre las preguntas, véase el formato de análisis en el anexo, pp. 1137 y ss.

¹²⁸ Se escogió entre 9 (Portugal) y 17 (Francia) personas para entrevistar, tanto de la práctica como del ámbito académico, véase Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (38 y ss.). Crítico en general sobre encuestas a expertos Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), pp. 91 y ss. (entre otras preguntas, ¿cómo podemos estar seguros de que los expertos nacionales realmente nos cuentan lo que ellos saben?).

puestas —necesariamente heterogéneas—¹²⁹ adquieren una relevancia especial.¹³⁰ La referencia al proceso penal está dirigida al resultado en tanto se debe preguntar si el tipo de proceso en el caso específico tiene alguna influencia en la sentencia y en una posible condena y, de ser así, en qué medida; mientras que el curso del proceso penal como tal (en cuanto proceso penal ordinario o abreviado), así como las cargas que pueda tener el acusado son, al contrario, dejadas de lado.¹³¹ De esta manera debe ser posible adquirir información sobre el “funcionamiento real” de las normas jurídico-penales en el ordenamiento jurídico analizado y extraer de allí las similitudes y diferencias con otros sistemas.¹³² Además, se deben poder “reconocer las estructuras y formas de funcionamiento de las diferentes culturas jurídicas”.¹³³ En primer plano, no se encuentran entonces los contenidos jurídico-positivos de las diferentes disposiciones normativas individuales en sí mismas —en el sentido de una simple explicación del derecho extranjero—, sino más bien las “relaciones estructurales” entre dichas disposiciones y su aplicación práctica.¹³⁴ Un enfoque de este tipo, el cual es más empírico y se ocupa del sistema de justicia penal en general, presupone (acertadamente) el reconoci-

¹²⁹ Autocrítico en este sentido, también Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (36) (respuestas “bastante heterogéneas” [*recht heterogen*], “vacíos considerables” [*erhebliche Lücken*] en el análisis), (44) (no siempre hay una diferencia clara entre la visión del entrevistado y el pronóstico sobre decisiones judiciales; no todas las preguntas son relevantes en todos los países, pero debido a que se trata de un método explorativo esto es inevitable); además, no todos los entrevistados cuentan con el mismo nivel de competencia en todas las áreas, véase por ejemplo, W. Perron, § 16 *Besonderheiten der Strafvollstreckung*, en: Eser/Perron (ed.), *Strukturvergleich* (nota al pie 4), p. 909 (en relación con la ejecución penal solo una competencia limitada).

¹³⁰ Sobre este tipo de análisis con más detalle Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (40-45) (análisis de transcripciones literales por medio de EDV); sobre el formulario de análisis, véase anexo, pp. 1137 y ss.

¹³¹ Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (33 y s.) (centro de atención en “la terminación del proceso mediante un veredicto sobre la culpabilidad y la pena” [*Fokus auf “Verfahrensbeendigung durch Urteilsspruch über Schuld und Strafe”*]).

¹³² Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (29).

¹³³ [*Strukturen und Funktionsweisen der unterschiedlichen Rechtskulturen*] Perron, § 11 (nota al pie 124), p. 767.

¹³⁴ Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (29).

miento de la limitación del enfoque “dogmático” tradicional o puramente normativo, ya que este no solamente no puede “dar cuenta completamente” del “sentido normativo” de diferentes regulaciones nacionales,¹³⁵ sino que tampoco puede explicar la forma real de funcionamiento de las disposiciones respectivas en un determinado sistema de justicia penal.¹³⁶ El alcance de un enfoque de estas características obviamente depende de cuántos grupos de delitos y tipos de casos, así como de cuántos países se investiguen.¹³⁷ Otra ventaja del método de comparación estructural es que el enfoque inductivo hace necesario un proceder discursivo del proyecto a nivel grupal y de esta manera permite superar un déficit de los proyectos comparativos tradicionales.¹³⁸

¹³⁵ [“den normativen Bedeutungsgelhalt”] ... [“nicht vollständig erfassen”] Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (30).

¹³⁶ Sobre la consideración de “concepciones ético-sociales y ... relaciones sociales” [“sozialethischen Vorstellungen und ... sozialen Verhältnissen”], así como de la “realidad social” [“soziale[n] Wirklichkeit”], véase Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), pp. 10 y ss.; igualmente Perron, Grenzen (nota al pie 69), pp. 286 y ss., 301 (“obviedad” [“Binsenweisheit”]); Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 364 (“validez empírica de las normas” [“empirische Geltung der Normen”]), 368 (“trabajo de campo” [“Feldforschung”]); Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), pp. 116 y ss. (inclusión de la realidad por medio del derecho comparado [“Wirklichkeitsebene”]); Weigend, Criminal Law (nota al pie 33), pp. 218 y ss.; también Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 22; Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), pp. 110 y ss. (inclusión de la “realidad social” [“sozialen Wirklichkeit”]).

¹³⁷ En este sentido, el proyecto de comparación estructural realizado en Friburgo tiene — respecto a un solo tipo de delito (homicidio) con una sola clase de casos (tirano del hogar) y solo ocho países analizados (nota al pie 121) — un valor cognitivo limitado. Sin embargo, dicho proyecto tenía sobre todo un carácter experimental, razón por la cual debería “servir más que todo para el desarrollo y prueba de un método de investigación que pueda ser tenido en cuenta en futuros proyectos y trabajar con él otros temas y otros ordenamientos jurídicos” [“vorrangig der Entwicklung und Erprobung einer Untersuchungsmethode dienen, mit der in etwaigen späteren Projekten auch andere Themen und andere Rechtskreise bearbeitet werden können.”] (Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (37); al respecto también Ambos, GA 2017, 560). En general, sobre la elección de países y criterios Eser, FS Streng, pp. 673 y ss.

¹³⁸ Una comparación clásica de estas tiene lugar mediante tres pasos: (1) trabajo exegético con los ordenamientos jurídicos seleccionados, dado el caso teniendo en cuenta los fundamentos socio-económicos y culturales, y elaboración de los informes por país; (2) sistematización y organización del

la elaboración paralela de los informes sobre los países comparados sin o con muy poca comunicación entre los investigadores de cada país y la elaboración del análisis transversal con preguntas (bilaterales) ocasionales a los investigadores.¹³⁹ Por lo demás, el método inductivo — en el marco de un proyecto de investigación continental-europeo — también demuestra que la contraposición entre una fundamentación deductiva propia del *civil law* y una fundamentación inductiva propia del *common law* constituye una simplificación,¹⁴⁰ la cual probablemente ni siquiera se puede constatar en un primer nivel teórico-jurídico de diferenciación en los diferentes sistemas jurídicos pertenecientes a cada uno de estos dos ámbitos.¹⁴¹

Adicionalmente, la existencia de varios *tribunales penales internacionales* hace que sea necesario aplicar la perspectiva comparada no solamente de forma horizontal, para analizar los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados, sino también de forma vertical, con el fin de determinar en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha sido influenciada por los sis-

material y de los resultados para la elaboración del análisis transversal, y (3) formulación de la valoración jurídico-política y recomendaciones. Similar el modelo de tres fases para la comparación individual de L.-J. Constantinesco/Léontin-Jean, Rechtsvergleichung, Bd. 2, Die rechtsvergleichende Methode, Köln u.a.: Heymann 1972, pp. 137 y ss. (determinar, entender y comparar), también Dannemann, Comparative (nota al pie 71), pp. 406-418 (selección de los objetos de comparación, así como de las preguntas y ordenamientos jurídicos; descripción de dichos objetos, del contexto y de los resultados; análisis de las diferencias y de las similitudes y de la información); para una estructura de cuatro niveles, véase Siems, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 13 y ss. (la determinación de la pregunta de investigación y de los países a comparar aparece aquí como una cuestión preliminar en primer lugar, pero los otros tres pasos son similares a las propuestas ya mencionadas); aún más detallados los ocho pasos de de Cruz, Comparative Law (nota al pie 48), pp. 242 y ss.; resumiendo Kischel, Rechtsvergleichung (nota al pie 13), § 3 nm. 32 y ss., quien además da consejos útiles para la construcción de una investigación comparativa y para la forma concreta de trabajo, § 3 nm. 236 y ss., 249 y ss.).

¹³⁹ En este sentido, sobre la realización concreta de la investigación Perron, § 2 (nota al pie 121), pp. 27 (34 y ss.)

¹⁴⁰ Véase Chiesa, Comparative (nota al pie 49), pp. 1098 y ss.

¹⁴¹ Al respecto, véase Siems, Comparative Law (nota al pie 12), pp. 41 y ss. (concluyendo que se ha exagerado la diferenciación y que mejor se debe distinguir entre derecho occidental y no occidental, pp. 68 y ss.).

temas jurídicos nacionales y, al contrario, en qué medida los sistemas jurídicos nacionales han sido influenciados por aquella.¹⁴² En este sentido, es posible hablar de un Derecho penal comparado circular – influencia del derecho nacional sobre los tribunales penales internacionales (hacia arriba) y al revés (hacia abajo) –,¹⁴³ lo cual parece ser más idóneo que el derecho comparado¹⁴⁴

¹⁴² Véase, desde la perspectiva del derecho internacional, D. Shelton, *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation and persuasion*, Oxford, Oxford University Press, 2011; E. Kristjansdottir/A. Nollkaemper/C. Ryngaert (ed.), *International Law in Domestic Courts: Rule of Law Reform in post-conflict States*, Cambridge, Intersentia, 2012; Eser, *Funktionen* (nota al pie 3), pp. 1508 y ss.; A. Dolidze, *Bridging Comparative and International law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *European Journal of International Law (EJIL)* 26 (2015), p. 851 ff. (analizando la “vertical diffusion” de instituciones jurídicas entre el Estado nacional y el derecho internacional, en forma de una “upward diffusion” de conceptos nacionales con la respectiva internacionalización como resultado y una “downward diffusion” de conceptos internacionales); desde el punto de vista del Derecho penal internacional, véase M. Delmas-Marty, *The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 1 (2003), pp. 13 (16 y ss.) (aporte del derecho comparado, por un lado, al desarrollo del Derecho penal internacional [“hybridization”], por otro lado, a su integración en el derecho nacional); sobre la influencia del Derecho penal internacional a nivel nacional, véase Ebene W. W. Burke-White, *The Domestic Influence of International Criminal Tribunals: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Creation of the State Court of Bosnia & Herzegovina*, *Columbia Journal of Transnational Law* 46 (2008), p. 279; E. Kirs, *Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina*, *Goettingen Journal of International Law* 3 (2011), pp. 397 y ss.; S. Horowitz, *How International Courts Shape Domestic Justice: Lessons from Rwanda and Sierra Leone*, *Israel Law Review (IsLRev)* 46 (2013), p. 339; N. Roht-Arriaza, *Just a “Bubble”? Perspectives on the Enforcement of International Criminal Law by National Courts*, *JICJ* 11 (2013), pp. 537 y ss.; Y. Shany, *How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings? Lessons from the First Two Decades of International Criminal Justice in Operation*, *IsLRev* 46 (2013), pp. 431 y ss.

¹⁴³ Sobre la concepción tradicional de la circulación entre ordenamientos jurídicos nacional, véase Sacco, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), pp. 25 y ss.

¹⁴⁴ Cuyo objetivo, el cual consiste en incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido y en relación con la “jurisprudencia universal” de Feuerbach, véase nota al pie 14; sobre el derecho

universal clásico – por lo general sobredimensionado – para desarrollar reglas y principios de validez realmente universal teniendo como base el nivel supranacional mismo¹⁴⁵ y reconociendo a la jurisprudencia supranacional como su fuente.¹⁴⁶ De

civil Rabel, *Aufgabe* (nota al pie 69), p. 283: “Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo que aún no ha sido captado completamente por nadie con suficiente comprensión” [“Tausendfältig schillert und zittert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes.”]), es, por muchas razones, casi imposible de realizar, una de ellas es que dicho enfoque siempre ha sido eurocentrista, a pesar de que fue precisamente desde esta perspectiva que se propuso este objetivo (demasiado acrítico en este sentido Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 111 y ss., quien, sin embargo, con razón se refiere el problema de la sistematización, pp. 114-116, el cual realmente solo se puede solucionar con ayudas informáticas; sobre el complemento informático en el derecho comparado, aunque solo rudimentariamente, pp. 124 y ss.); también crítico Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 976-978 (“menos realista” [“wenig realistisch”], el derecho comparado “no puede ser global ni total desde el punto de vista temático” [“weder gleichermaßen global noch thematisch total sein”], sin embargo, debe ser abierto “en relación con el espacio y el objeto” [“räumlich wie gegenständlich offen sein”], es decir, debe evitar el aislamiento y en principio debe ser lo más amplio posible); A. von Bogdandy, *Zur sozialwissenschaftlichen Runderneuerung der Verfassungsgleichung. Eine hegelianische Reaktion auf Ran Hirschs Comparative Matters*, *Der Staat* 55 (2016), pp. 103 (110) (en discusión con la obra mencionada debido al universalismo norteamericano y afirmando que “todo universalismo es al mismo tiempo un particularismo” [“ein jeder Universalismus doch stets auch ein Partikularismus ist”]). Obviamente, en este contexto juega un rol importante el problema varias veces mencionado de los recursos, al respecto por ejemplo, Callies, *Rolle* (nota al pie 91), pp. 173 y ss.

¹⁴⁵ Para una discusión instructiva sobre los efectos de la globalización sobre la administración de justicia y el derecho comparado, véase Nelken, *Comparative* (nota al pie 2), pp. 71 y ss.

¹⁴⁶ En general, sobre la relación entre derecho comparado y jurisprudencia internacional, véase E. Rabel, *Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprechung*, *RabelsZ* 1 (1927), S. 1 (5 ff.); sobre el derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional, véase M. Bothe, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte*, *ZaöRV* 36 (1976), p. 280; sobre la necesidad del derecho comparado con miras a la “hybridization” o “cross-fertilization” para el desarrollo de un Derecho penal internacional pluralista, Delmas-Marty, *Contribution* (nota al pie 142), pp. 13, 16, 18-21; más específico, sobre el desarrollo de principios generales en

esta manera, por un lado, los tribunales penales internacionales hacen las veces de "laboratorios de un discurso jurídico-penal transcultural",¹⁴⁷ al tiempo que, por otro lado, los principios generales del derecho deben ser desarrollados a partir de los ordenamientos jurídicos nacionales con miras a los fines y objetivos de dichos tribunales.¹⁴⁸ Para esto, como se mencionó líneas atrás,¹⁴⁹ es necesario que el análisis sea lo más representativo y sistemático posible. Un enfoque circular, como el que aquí se ha mencionado, toma en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, tal y como se han construido especialmente en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, puesto que hace más fácil entender el nivel supranacional como un nivel autónomo de creación de derecho.¹⁵⁰ A su turno, los sistemas supranacionales mismos —bien sea regionales o universales— también posibilitan un análisis comparado horizontal,¹⁵¹ más allá de los ordenamientos jurídicos nacionales, como sería, por ejemplo, la comparación entre distintos tribunales penales internacionales.¹⁵²

la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, F. O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Leiden: Nijhoff 2008, pp. 84 y ss.

¹⁴⁷ ["Laboratorium für transkulturelle Strafrechtsdiskurse"] J. Vogel, *Transkulturelles Strafrecht*, GA 2010, p. 1 (12); también Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1003.

¹⁴⁸ Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 1111.

¹⁴⁹ Véase nota al pie 54.

¹⁵⁰ Véase al respecto Meyer, *Internationalisierung* (nota al pie 33), pp. 90 y ss. (resaltando la necesidad de enfoques multidisciplinares).

¹⁵¹ Al respecto, desde una perspectiva principalmente civilista, Wendehorst, *Rechtssystemvergleich* (nota al pie 91), pp. 8 y ss. (quien entiende por "sistemas jurídicos no atados al derecho nacional" ["nationalrechtlich ungebundene Rechtssysteme"] también aquellos sistemas que no están anclados institucionalmente, como por ejemplo, el derecho religioso o los principios del derecho reconocidos en un área determinada).

¹⁵² Véase, desde una perspectiva más normativa, R. O'Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, OUP 2015, pp. 111 y ss., 483 y ss.; K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford, OUP 2013, pp. 40 y ss. (51-53); *del mismo autor*, *Treatise on International Criminal Law. Volume III: International Criminal Procedure*, Oxford, OUP 2016, pp. 8 y ss. (44); desde una perspectiva decididamente más empírica A. Smeulers/B. Hola/T. van den Berg, *Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures*, *Int.Cr.L.Rev.* 13 (2013), pp. 7 y ss.

III. Fundamento normativo

Independientemente del método aplicado, los estudios de derecho comparado no deben realizarse solo de forma instrumental, buscando resultados concretos,¹⁵³ pues también se deben tener en cuenta —en el sentido de un derecho comparado valorativo [*wertende Rechtsvergleichung*]¹⁵⁴ o, en todo caso, como lo haría un legislador democrático —¹⁵⁵ las decisiones axiológicas que en términos *constitucionales y de derechos fundamentales* han tomado los Estados liberales de derecho.¹⁵⁶ Esto se desprende de la necesi-

¹⁵³ Crítico en este sentido J. Vogel, *Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung*, en: Beck y otros (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 205 (207 y ss.); también P. Hauck, *Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechts-harmonisierung in der EU*, en: *ibidem*, pp. 255 (260); Kubiciel, *Funktionen* (nota al pie 94), pp. 218 y ss.; Eser, *Evaluativ* (nota al pie 107), p. 1460; también Michaels, *Functional* (nota al pie 73), p. 351.

¹⁵⁴ Fundamental, también sobre la historia de los conceptos Eser, *Evaluativ* (nota al pie 107), pp. 1443 y ss. (1450 y ss.); *del mismo autor*, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 929 (1020 y ss.); antes también Jung, *Wertende* (nota al pie 33), pp. 1 y ss.; sobre la importancia para el derecho europeo Heun, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 26 y ss.; delimitando frente al Derecho penal comparado en donde se comparan valoraciones ["wertvergleichende Strafrechtsvergleichung"] Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 119 y ss.; sobre "values" y "evaluation" en la dogmática jurídica N. Jareborg, *Legal Dogmatics and the Concept of Science*, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), pp. 49 (57).

¹⁵⁵ Sobre la vinculación del legislador democrático a los derechos fundamentales, prohibición de arbitrariedad y derechos humanos, véase Ambos, *Zukunft* (nota al pie 109), p. 187; Ambos, *Futuro* (nota al pie 109), p. 16.

¹⁵⁶ Para un fundamento axiológico anclado en los derechos humanos véase también H. Jung, *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Bern y otros 1992, pp. 43-48; también Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 121 y ss. ("orientación hacia el ser humano en una sociedad abierta y así hacia el principio general de la libertad..." ["Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip ..."]); también Eser, *Evaluativ* (nota al pie 107), pp. 1463 y ss.; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 79 y ss. ("comparación ... orientada a los derechos humanos" ["menschenrechtsorientierte ... Vergleichung"]); antes también K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlín 2002, p. 45. - Un enfoque orientado a la obtención de beneficio económico y a la eficiencia, como subyace especialmente al análisis económico del derecho (véase Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 3 nm. 56 y ss., 68 y ss.), no es compatible con esto (crítico frente

dad de valoración mencionada líneas atrás,¹⁵⁷ puesto que con el análisis comparado surge la pregunta subsiguiente sobre la mejor forma de cumplir dichos ideales. El método funcional no proporciona los elementos necesarios para realizar esta valoración, pues se centra, desde una perspectiva micro, sobre todo en los rendimientos de cada institución jurídica analizada.¹⁵⁸ En todo caso, el interés por establecer el grado de realización de los valores constitucionales y el respeto a los derechos humanos constituye solo un punto de partida en un meta-nivel, el cual se debe concretar de manera intersubjetiva en el marco de cada proyecto de investigación comparativo.¹⁵⁹

Un derecho (penal) comparado de orientación funcional, estructural y cultural se centra también en la construcción teórica de fundamentos, de ahí su carácter científico. Con esto no se quiere negar la relevancia del Derecho penal comparado legislativo o judicial.¹⁶⁰ Sin embargo, los análisis comparados teóricamente más elaborados van más allá de las preguntas concretas relevantes para un legislador o un juez y buscan también comprender de manera general el sistema penal como un todo, sus

al análisis económico en el derecho comparado también *ibidem*, § 3 nm. 65-7ff., 95 y ss., quien señala que aquí solo se emplea el análisis económico ortodoxo de manera selectiva y limitada); predominantemente económico es también el derecho comparado estadístico, al respecto *ibidem*, § 3 nm. 106 y ss.; sobre derecho comparado numérico en este sentido también Siems, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 145 y ss.

¹⁵⁷ Véase nota al pie 69.

¹⁵⁸ Véase Michaels, *Functional* (nota al pie 73), pp. 373 y ss. (381).

¹⁵⁹ Véase Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 119-123 (con delimitación correcta de las preguntas preliminares frente a la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación [problemas comparables]; (2) comparabilidad de los parámetros de valoración y (3) comparación de las normas concretas, pp. 119-21); también *del mismo autor*, *Grenzen* (nota al pie 79), pp. 53 y ss.; crítico y complementando desde una perspectiva "evaluativa-competitiva" Eser, *Evaluativ* (nota al pie 107), pp. 1447 (1449 y ss., 1450 y ss.), en donde él entiende como tal un derecho comparado cuyos "objetivos ... pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la competencia de intereses específicos" ["*deren Zielsetzungen ... von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können...*"] (pp. 1453, con más detalle 1454 y ss.) y diferencia entre funciones y métodos (pp. 1450 y ss., 1460 y ss.).

¹⁶⁰ Sobre esta clasificación del derecho comparado, véase nota al pie 62.

principios fundamentales y las instituciones que lo soportan. En este sentido, el Derecho penal comparado puede ser considerado como método, en general, de la dogmática jurídica y, en particular, de la dogmática jurídico-penal,¹⁶¹ ya que a través suyo es posible sistematizar el contenido del derecho vigente y, mediante la comparación de diferentes enfoques y soluciones, contribuir a su aplicación consistente y libre de contradicciones. El Derecho penal comparado así entendido supone sobre todo investigar y discutir (teóricamente) los fundamentos del sistema penal, más allá de la simple comparación de normas jurídicas y conceptos dogmáticos, bien sea analizando a profundidad fenómenos específicos (perspectiva micro) o estudiando aspectos generales de cada sistema y sus instituciones (perspectiva macro),¹⁶² así como sus efectos en diferentes contextos sociales y culturales.¹⁶³ De esta manera, como se mencionó al

¹⁶¹ Véase también M. Donini, *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*, Berlin 2006, p. 30; similar sobre la relación simbiótica entre derecho comparado y dogmática Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 924.

¹⁶² Sobre derecho comparado micro y macro, véase por ejemplo, Jung, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 12), pp. 362 y ss.; Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 17 s.. Esta terminología [Mikro- und Makrovergleichung] no está libre de discusión; en otro sentido, por ejemplo, Sacco, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 106), pp. 29 y ss. (comparación al interior de una familia jurídica o entre familias jurídicas); sobre "sistemología" ["*Systemologie*"] (comparación de sistemas) como aporte original del derecho comparado a la ciencia *ibidem*, pp. 125-127; desde la perspectiva de las familias jurídicas Dannemann, *Comparative* (nota al pie 71), pp. 387 y ss.; desde una perspectiva histórica Basedow, *Comparative Law* (nota al pie 12), pp. 830 y ss.; más reciente Wendehorst (nota al pie 91), pp. 1 y ss. Además, esta diferenciación no se puede realizar siempre con claridad, más bien existe "una continuidad creciente de comparaciones que identifican tipologías a nivel muy especializado ... hasta llegar a una división en jurisdicciones con un alto grado de generalización" ["*ein Kontinuum zunehmend typisierender Vergleichung vom sehr spezialisierten Einzelvergleich ... bis hin zu hochgradig generalisierenden Einteilung in Rechtskreise.*"] (Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 18.

¹⁶³ Véase también Sieber, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 94 y ss., 109 y ss. (conocimiento sistemático de distintos ordenamientos jurídico-penales); Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), pp. 973-975 (con una lista de diferentes orientaciones); como asignatura básica desde una perspectiva histórica A. Koch, *Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung*, en: Freund y otros (ed.), *FS Frisch* (nota al pie 102), pp. 1483 (1485 y ss.).

principio de este trabajo,¹⁶⁴ es posible analizar críticamente el sistema jurídico propio.¹⁶⁵ En todo caso, el derecho comparado así desarrollado no está libre de objetivos más concretos,¹⁶⁶ ya que (como toda investigación con la cual se pretende identificar y elaborar fundamentos) de todas maneras busca proporcionar conocimientos sobre temas puntuales¹⁶⁷ y aspira a tener validez intercultural,¹⁶⁸ en el camino (pedregoso) hacia una ciencia jurídico-penal universal.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Véase líneas atrás, apartado C.I.

¹⁶⁵ Véase también Hilgendorf, Einführung (nota al pie 96), p. 15; Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), pp. 104, 106 y ss. (quien por esta razón define al derecho comparado como una "disciplina subversiva" ["*subversive Disziplin*"]). Esto sucede (por su puesto), con mayor razón, cuando se trabaja como jurista extranjero en un ordenamiento jurídico distinto al propio, al respecto, con experiencia propia, O. Lagodny, Fallstricke der Strafrechtsvergleichung am Beispiel der deutschen Rechtsgutslehre, ZIS 2016, p. 679.

¹⁶⁶ Asimismo, Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 963-965 (resaltando con razón la legitimidad de los objetivos y la corrección de los métodos); diferente, sin embargo, la opinión mayoritaria, Jescheck, Rechtsvergleichung (nota al pie 90) p. 764; G. Kaiser, Strafrechtsvergleichung und vergleichende Kriminologie, en: G. Kaiser/T. Vogler (ed.), Strafrecht - Strafrechtsvergleichung, Freiburg 1975, pp. 79 (82); Schultz, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 78), p. 8 ("pura comparación" ["*reine Forschung*"]); así también Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), p. 94; igualmente Callies, Rolle (nota al pie 91), p. 174.

¹⁶⁷ Asimismo, Mona, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 69), p. 109, quien a pesar de citar a Schultz (nota al pie 166), reconoce que se deben perseguir objetivos más generales, como por ejemplo, la justicia. El mismo Schulz se pregunta por los "objetivos científicos" ["*wissenschaftliche Ziele*"] del derecho comparado (p. 19).

¹⁶⁸ Sobre el "principio de generalización" en este contexto, el cual hace referencia a la capacidad de generalización de ideas jurídicas o instituciones, véase von Bogdandy, Rechtsraum (nota al pie 32), p. 1.

¹⁶⁹ Frente a esto von Liszt (Einführung (nota al pie 78), pp. XX, XXV) declaró como principal tarea del derecho comparado ["*höchste Aufgabe*"] la construcción de "una ciencia jurídico-penal común a partir de todos los ordenamientos jurídicos individuales, pero que va más allá de todos ellos" ["*eine "gemeinsame, allen einzelnen Rechten entnommene, aber über ihnen allen stehende Strafrechtswissenschaft"*] como "derecho del futuro" ["*Recht der Zukunft*"]; más ambicioso sobre una ciencia jurídico-penal "universal" Sieber, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), pp. 129 y ss., quien recientemente ha hecho accesible en la página web del Instituto Max-Planck el "Sistema de Información para Derecho Penal Comparado" ["*Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung*"] (Sieber Strafrechtsvergleichung (nota al pie 33), pp. 124, 129); sin embargo, el proyecto, implementado desde 2004, solamente comprende 25 ordenamien-

D. SITUACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL COMPARADO

La internacionalización a la que se hizo referencia al principio del presente trabajo, y de la que hoy en día tanto se habla, indudablemente ha conducido a que la *investigación* comparativa gane mayor importancia; así lo demuestran el número de tesis doctorales y de colecciones en distintas editoriales con enfoque comparativo.¹⁷⁰ La investigación que se lleva a cabo en Alemania es razonablemente visible a nivel internacional, aunque también aquí tiene primacía el idioma inglés.¹⁷¹ En este sentido, se debe destacar que una de las principales obras contemporáneas de derecho comparado ha sido escrita precisamente por un investigador alemán que actualmente se desempeña como profesor en Inglaterra.¹⁷² Sin embargo, la internacionalización no ha tenido el mismo efecto sobre la enseñanza del derecho, a pesar de que la importancia del derecho comparado en este ámbito ha sido reconocida desde tiempo atrás¹⁷³ y de que este es considerado, con razón, como una

tos jurídicos en relación con varios problemas de la parte general del Derecho penal, véase: <https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html> (14.11.2017). La idea original fue presentada en el 2000 por Ursula Nelles, con ocasión de la invitación del Director del Instituto de ese entonces, Eser, véase Nelles, Rechtsvergleichung (nota al pie 87), pp. 1005 y ss. con pie de página 1, pp. 1016 y ss.; también crítico sobre la implementación Eser, Entwicklung (nota al pie 4), pp. 976 y ss. Sobre una "ciencia jurídico-penal transnacional" ["*transnationale Strafrechtswissenschaft*"] también Hörnle, Plädoyer (nota al pie 104), pp. 303 y ss.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, las colecciones sobre Derecho penal internacional y extranjero de las editoriales Duncker & Humblot y Nomos, las cuales complementan las colecciones tradicionales del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero.

¹⁷¹ Así, también Ambos, Zukunft (nota al pie 109), pp. 187 y ss.; Ambos, Futuro (nota al pie 109), pp. 16 y 17.

¹⁷² Siems, Comparative Law (nota al pie 12).

¹⁷³ Véase, por ejemplo, B. C. Aubin/K. Zweigert, Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht, Tübingen 1952, pp. 28 y ss. ("factor central de la formación..." ["*zentraler Bildungsfaktor...*"]; Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung (nota al pie 48), p. 20 (importancia para la instrucción académica como objetivo); Junker, Rechtsvergleichung (nota al pie 1), p. 921 ("implementado en la enseñanza universitaria" ["*in der Universitätslehre etabliert*"]); además Jung, Strafrechtsvergleichung (nota al pie 12), p. 378; también Eser, Entwicklung (nota al pie 4), p. 948.

asignatura básica,¹⁷⁴ precisamente debido a que esta disciplina es capaz, como ninguna otra, de generar reflexiones críticas sobre el derecho propio. De hecho, anteriores reclamos, mediante los cuales se llamó la atención sobre la necesidad de tener en cuenta en la formación de nuevos juristas la internacionalización,¹⁷⁵ únicamente han conducido – al margen de algunos pocos proyectos emblemáticos –¹⁷⁶ al establecimiento del derecho europeo como curso obligatorio.¹⁷⁷ El derecho (penal) comparado sigue estando en una especie de estancamiento, de manera que la afirmación realizada por Jung en 1998, según la cual “aún no es fácil” para el derecho comparado “encontrar su espacio en los estudios de derecho”,¹⁷⁸ todavía hoy se mantiene vigente.¹⁷⁹ Incluso la jurisprudencia acude al derecho comparado solo de manera selectiva y buscando sobre todo fundamentar resultados concretos.¹⁸⁰

La poca importancia que el Derecho penal comparado ha tenido en la práctica se debe también a que los estudios comparados del derecho han sido dominados por el derecho civil.¹⁸¹

¹⁷⁴ Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), pp. 921, 927.

¹⁷⁵ Véase Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 1.

¹⁷⁶ Véase por ejemplo, el proyecto de Wurzburg “Sistemas Globales y Competencia Intercultural” [*Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz*], mediante el cual se intenta inculcar en la formación de juristas competencias fundamentales para el tratamiento del derecho y cultura extranjeros; al respecto, Hilgendorf, *Einführung* (nota al pie 96), p. 14, así como: www.gsik.de.

¹⁷⁷ Así, también, Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 7 (“referencias europeas” [*europarechtliche Bezüge*] como curso obligatorio en Saarland); sobre la importancia también Junker, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 1), p. 921. Esto también se puede confirmar con una mirada a los reglamentos vigentes de los exámenes estatales de derecho, los cuales prevén el derecho europeo como materia obligatoria (en Saarland también aspectos internacionales).

¹⁷⁸ [*“nach wie vor nicht leicht” sei, “sich im Studium des Rechts zur Geltung zu bringen”*] Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 6.

¹⁷⁹ Sobre las dificultades de la integración en la enseñanza general, véase Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 2 nm. 18.

¹⁸⁰ Véase E. Schramm, *Die Verwendung strafrechtsvergleichender Erkenntnisse in der Rspr. des BGH und BVerfG*, en: Beck y otros. (ed.), *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 33), pp. 155 y ss.

¹⁸¹ Véase Jung, *Grundfragen* (nota al pie 33), p. 1; H. Heiss, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung – Von der Rechtskreislehre zur Typologie der Rechtskulturen?*, *ZVglRWiss* 100 (2001), p. 396 (401) (“típicamente ... asentado

Así, en el ámbito de habla alemana,¹⁸² existen 57 facultades de derecho,¹⁸³ con un total de 141 departamentos [*Lehrstühle*] de derecho comparado,¹⁸⁴ de los cuales 12, tienen énfasis en Derecho penal, 24, en derecho público (en sentido estricto) y 96, en derecho civil; ocho de los 11 departamentos que existen en Alemania con énfasis en Derecho Penal utilizan la denominación “Derecho penal comparado” [*“Strafrechtsvergleichung”*],¹⁸⁵ mientras que la denominación de las tres restantes únicamente hace referencia a “derecho comparado” en general [*“Rechtsvergleichung”*].¹⁸⁶ En lo que tiene que ver con las áreas de profundización en los programas académicos, el Derecho penal comparado aparece a lo sumo en el marco del derecho comparado en general,¹⁸⁷ del derecho internacional¹⁸⁸ o de las ciencias criminales.¹⁸⁹

en el derecho civil” [*“typischerweise ... im Privatrecht angesiedelt”*]); Dubber, *Comparative* (nota al pie 15), p. 1288; Hilgendorf, *Einführung* (nota al pie 96), p. 12 (“dominio del derecho civil” [*“Domäne des Zivilrechts”*]); Mona, *Strafrechtsvergleichung* (nota al pie 69), pp. 104 y ss.; Grande, *Comparative* (nota al pie 2), p. 191; Eser, *Stand* (nota al pie 33), p. 670; diferente Kischel, *Rechtsvergleichung* (nota al pie 13), § 1 nm. 68 y ss. (“cierto predominio” [*“gewisse Vorherrschaft”*], pero el derecho comparado es universal y existe en todas las ramas del derecho).

¹⁸² Los siguientes datos fueron proporcionados por mi (antigua) asistente Muriel Nißle, con base en la búsqueda por ella realizada en Internet.

¹⁸³ Cuarenta y cinco en Alemania, cinco en Austria, seis en Suiza (de habla alemana) y uno en Luxemburgo.

¹⁸⁴ Alemania: 126 departamentos para derecho comparado (85 derecho civil, 21 derecho público, 11 derecho penal, 9 historia del derecho); Austria: tres departamentos, un instituto (dos derecho civil, un Derecho penal, así como un instituto para derecho procesal civil, derecho de insolvencia y derecho procesal comparado); Suiza: 10 departamentos (ocho Derecho civil, dos derecho público); Luxemburgo (un derecho civil, un derecho público).

¹⁸⁵ Bonn, Fráncfort del Óder, Friburgo, Gießen, Hamburgo, Hannover, Colonia, Osnabrück.

¹⁸⁶ Gotinga, Fráncfort del Meno, Berlin (Humboldt-Universität).

¹⁸⁷ Así, por ejemplo, en Wurzburg: <https://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02000100/studium/schwerpunktbereich/SPB_mit_Vorlesungen_fuer_HP.pdf> (1.11.2017).

¹⁸⁸ Así, por ejemplo, en Jena: <http://www.rewi.uni-jena.de/rewi2media/Downloads/Studium/Hinweise_SB.pdf> (1.11.2017).

¹⁸⁹ Así, por ejemplo, en Berlín (Humboldt-Universität): <<https://www.rewi.hu-berlin.de/sp/sp/sp7>> y en Gotinga: <<http://www.uni-goettingen.de/de/kurzbeschreibung-sb-6---kriminalwissenschaften/450905.html>> (1.11.2017).

De esta manera, en relación con la formación jurídica, probablemente Alemania se mantiene rezagado frente a Francia y varios otros países.¹⁹⁰ El hecho de que la situación en los Estados Unidos probablemente sea peor, si se acepta la famosa crítica formulada por el profesor de Yale John Langbein contra las facultades de derecho norteamericanas y la práctica jurídica en general en dicho país,¹⁹¹ resulta de poco consuelo. Esta consideración también se puede realizar respecto a otros ordenamientos jurídicos pertenecientes al *common law*, sobre todo, cuando se trata de la comparación con sistemas cuyo idioma no es el inglés.¹⁹²

E. PERSPECTIVAS

A pesar de las tendencias hacia la renacionalización que surgen en medio de corrientes populistas —bien sea en Europa o más allá (*America first*)—, los retos que trae consigo la criminalidad transnacional, la cual ciertamente no solo se limita al denominado Estado Islámico, promueven un mayor protagonismo del Derecho penal comparado, pero con mayor énfasis en la comparación integral del sistema de justicia penal que en la elaboración de fundamentos, y con especial interés en las formas de persecución penal y en la cooperación judicial. La práctica, especialmen-

¹⁹⁰ Véase Eser, *Entwicklung* (nota al pie 4), p. 948, con más referencias en el pie de página 42.

¹⁹¹ J. Langbein, *The Influence of Comparative Procedure in the United States*, *AJCL* 43 (1995), pp. 545 (549, 554) (“... study of comparative procedure ... little following ... If the study of comparative law were to be banned from American law schools tomorrow morning, hardly anyone would notice. ... They operate on the assumption that the foreigners have nothing to teach ... Fortified in the lucrative fool's paradise that they inhabit, American legal professionals have little incentive to open their eyes to the disturbing insights of comparative example”); algo más optimista V. V. Palmer, *Insularity and Leadership in American Comparative Law: The Past One Hundred Years*, *Tulane Law Review* 75 (2001), pp. 1093 (1097) (“In truth, given its isolation, it would appear to have done well under the circumstances, at least by any quantitative measure”).

¹⁹² Es sintomático que el único libro sobre Derecho penal comparado (nota al pie 72; crítico C.-F. Stuckenberg, Dubber, Markus D./Hörnle, Tatjana, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford, Oxford University Press 2014, XXXVIII, 671; *ZStW* 128 (2016), p. 292) es de autoría de dos alemanes (Dubber und Hörnle), de los cuales, el primero enseña en Canadá.

te policiva, reclama aportes dirigidos a la armonización de los sistemas penales —especialmente con miras al trabajo conjunto de las agencias e instituciones encargadas de la persecución penal—, ya que las diferencias en los detalles técnicos y operativos dificultan la persecución penal transnacional contra sospechosos de haber cometido conductas punibles. En consecuencia, respecto al Derecho penal comparado entendido como disciplina científica y académica, es posible preguntarse hasta donde está dispuesto a quedar reducido a una simple herramienta auxiliar para la consecución de intereses judiciales y policivos, con mayor razón, además, si se tiene en cuenta que difícilmente se puede esperar del Derecho penal comparado tradicional respuestas aceptables desde el punto de vista práctico, que no puedan ser encontradas de todas maneras por cualquier operador judicial lo suficientemente creativo o a las que no se pueda llegar por medio de la cooperación concreta entre agencias o instituciones dedicadas a la persecución penal. El Derecho penal comparado científico no debe perder el interés por el sistema penal entendido como un todo, es decir, por los fundamentos de la persecución penal propia de un Estado de Derecho, en donde los derechos humanos y constitucionales se aseguren, aun cuando esta tenga lugar más allá de las fronteras nacionales y se dirija contra personas que se definan a sí mismas como enemigas de las sociedades liberales. El Derecho penal comparado entendido como investigación y elaboración de fundamentos, debería entonces transformarse en una ciencia jurídico-penal inter y transnacional, en las que se discuta menos sobre la dogmática nacional de cada ordenamiento jurídico y, por el contrario, ocupe un lugar más relevante la reflexión teórica jurídico-penal, así como el análisis de los sistemas de justicia, mediante procesos orientados al diálogo intercultural.¹⁹³

¹⁹³ Para un intento de diálogo anglo-alemán, véase: <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/en/anglo-german-dialogue>.

SEGUNDA PARTE:

DERECHO PENAL
Y
PROCESO PENAL

La posesión como delito y la función
del elemento subjetivo – Reflexiones
desde una perspectiva comparada –

Kai Ambos*

Resumen: Si bien hay muchos problemas en torno a los delitos de posesión, aquí se realizará solo una investigación teórica de la estructura, del fundamento y del concepto de estos delitos, incluyendo su aspecto subjetivo. Para ello se tomará como base la literatura alemana y angloamericana relevante. Luego del análisis aquí realizado debe quedar claro que este es otro de muchos temas donde esas dos tradiciones legales todavía se ignoran mutuamente a pesar de que un intercambio mutuo podría resultar provechoso, considerando sus acercamientos y resultados notablemente similares. Este artículo se estructurará de la siguiente manera: en primer lugar, se investigará la estructura y el fundamento de los "delitos de posesión" y se resaltarán algunos de los problemas conceptuales que surgen de aquí (*infra* I). Luego de

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional y Director del Departamento de Derecho Penal Internacional y Extranjero de la Georg-August-Universität Göttingen, juez del Tribunal provincial (Landgericht) de Göttingen, actualmente delegado al Tribunal superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig. La presente traducción fue realizada por Gustavo Urquiza Videla, estudiante de maestría y doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen, a partir de la versión inglesa de este artículo: "Possession as a Criminal Offence and the Function of the Mental Element - Reflections from a Comparative Perspective"; revisión por el autor.

ello, se examinará de una manera más cercana el concepto de la posesión en relación con los requisitos de la conducta en Derecho penal y las funciones atribuidas al elemento subjetivo (II). Finalmente, propondrá un concepto de los delitos de posesión compatible con un sistema de Derecho penal liberal (III).

I. ESTRUCTURA, FUNDAMENTO Y ALGUNOS PROBLEMAS DE LOS DELITOS DE POSESIÓN

Los delitos de posesión criminalizan la mera posesión de cosas u objetos. Dado que existe una amplia variedad de estos delitos,¹ es necesario abordarlos de un modo sutil y realizar una clasificación o categorización. Una clasificación bastante simple, de índole naturalista, se enfoca en la peligrosidad de los objetos poseídos. En tal sentido, estos podrían ser *per se* peligrosos (por ejemplo, armas, drogas ilícitas, materiales obscenos o ciertas sustancias químicas)² o ser *per se* neutrales o inocuos (por ejemplo, aquellas herramientas que son normalmente usadas para un propósito completamente lícito, *verbigracia*, para reparar una bicicleta, pero que además podrían ser usadas para un propósito criminal, *verbigracia*, un robo).³ Debido a esta posible doble utilización se puede de-

¹ Véase, p. ej., Ashworth, Andrew / Zedner, Lucia, "Prevention and Criminalization: Justifications and Limits", en *New Criminal Law Review* [*New Cr.L.Rev*] vol. 15 (2012), pp. 542, y pp. 545-5 (Inglaterra); Dubber, Markus D., "Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law", en *Journal of Criminal Law & Criminology* [*J. Crim. L. & Criminology*], vol. 91 (2001), pp. 829, y 834-835, 856-857; *idem*, "The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process", en: Duff y Green (eds.), *Defining Crimes: Essay on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, OUP, 2005, pp. 91, y 96-97 (EEUU, Nueva York); Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, 39 pp. (Alemania); Hochmayr, Gudrun: *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, Vienna, Manz, 2005, pp. 6 y ss. (Austria, Alemania, Suiza).

² Sobre objetos peligrosos, véase además Eckstein, *supra* nota 1, pp. 70-72; Hochmayr, *supra* nota 1, p. 51 (con una vista sobre el interés legal [*Rechtsgut*] violado).

³ Para la misma distinción Pastor Muñoz, N., "Besitz- und Statusdelikte: eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* [GA], vol. 153 (2006), pp. 793, p. 797-798 (casos con la estructura a y b). [Nota del trad.: en español véase: Pastor Muñoz, N., *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier, 2005].

nominar a estos últimos objetos como objetos de uso dual. La naturaleza del objeto poseído influye sobre el fundamento de la criminalización. A primera vista, solo la criminalización de la posesión de objetos peligrosos podría estar justificada. Aquí, el fundamento de la criminalización residiría en los peligros o riesgos inherentes a estos objetos y en el objetivo del legislador de controlarlos, con el fin de contener tales peligros y riesgos, mediante la prohibición penal de su posesión.⁴ Por consiguiente, estos delitos de posesión persiguen normalmente fines preventivos:⁵ ellos apuntan a evitar el surgimiento o el agravamiento del daño que podría ocasionarse con el uso y la posesión descontrolada de los respectivos objetos.⁶ Por el contrario, la posesión de objetos neutrales solo puede o debe ser criminalizada cuando existe algo más — adicionalmente a la mera posesión — que justifica tal criminalización, o sea, el uso ilícito del respectivo objeto para la comisión de un delito (p. ej., el ladrón usa herramientas "normales" en un robo). Volveremos sobre esta limitación más adelante.

La criminalización de la posesión de objetos *per se* neutrales suscita varios problemas. En primer lugar, esto implica centrarse en el poseedor peligroso y ya no en el objeto no peligroso. Pero, esto convierte el Derecho penal de la posesión en un derecho de poseedores (supuestamente) peligrosos, o sea, en una nueva *ley de vagancia*⁷ que funciona como una forma de "control social dis-

⁴ De manera similar Pastor, *supra* nota 3, p. 799; véase además F.C. Schroeder: "Besitz als Straftat", en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* [ZIS] vol. 2 (2007) pp. 444, 448 columna derecha ("Quelle von Gefahren"); para una comparación con los delitos de peligro abstracto véase además Hochmayr, *supra* nota 1, p. 150.

⁵ De manera similar, Ashworth/Zedner, *supra* nota 1, p. 546; más específicamente en favor de la seguridad como justificación para la criminalización de la posesión de armas de fuego Tadros, V., "Crimes and Security", en *Modern Law Review* [*Mod.L.Rev.*] vol. 71 (2008), pp. 940, y 943-946.

⁶ A favor de cómo este enfoque facilita una intervención policial temprana, Simester, A.P./Spencer, J.R./Sullivan, G.R./Virgo, G.J., *Simester and Sullivan's Criminal Law*, Oxford, Hart, 5a. ed., 2013, pp. 81 y 82.

⁷ Dubber, *supra* nota 1 [*J. Crim. L. & Criminology*], p. 836 ("possession has replaced vagrancy as the sweep offense of choice"), p. 859 ("paradigmatic offense in the current campaign to stamp out crime by incapacitating as many criminals as we can get our hands on"), p. 908 ("offense designed and applied to remove dangerous individuals even before they have had an opportunity to manifest their dangerousness in an ordinary inchoate offense"), pp. 908 y ss.

crecional" de individuos supuestamente peligrosos.⁸ Desde esta perspectiva, los delitos de posesión son parte integrante de una justicia penal convertida en un sistema policial que recurre a los delitos de posesión para "vigilar", esto es, para apuntar, estigmatizar e incapacitar, a determinados miembros de la sociedad "peligrosos" o "antisociales".⁹ Por tanto, desde la perspectiva de la dicotomía represión-prevención, que distingue entre un Derecho penal represivo (orientado al pasado) y un derecho policial preventivo (orientado al futuro), los delitos de posesión pertenecen más bien a este último, pues crean una responsabilidad de tipo policial por un estado peligroso del ser y convierten a los poseedores en perturbadores.¹⁰ Evidentemente, los legisladores modernos no pueden decir esto abiertamente, pues ellos no pueden criminalizar objetos *per se* neutrales con la condición de que estos sean poseídos por individuos peligrosos. Por esta razón, ellos criminalizan directamente la posesión de estos objetos a pesar de la sobrecriminalización que resulta de ello.

En segundo lugar, esta criminalización opera sobre la base de una doble presunción referida tanto a la peligrosidad del poseedor como a la posibilidad de que ocurran otras infracciones (previas o posteriores). De un lado, la presunción respecto al poseedor sustituye la falta de peligrosidad del objeto. Tómese el ejemplo ya mencionado de ciertos objetos de uso dual: la criminalización de su posesión reside en su posible uso criminal, lo cual, a su vez, reside en la presunta peligrosidad del poseedor. De cual-

⁸ Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford, OUP, reimpr. 2002, pp. 202 y ss.

⁹ Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 97 ("*Possession [...] functions like a modern sweep offense that sweeps far wider than the original sweep offense, vagrancy, as every day there are far more criminal possessors than there are vagrants and packs a far greater punch, with maximum penalties for possession alone extending to life imprisonment without the possibility of parole, without mentioning the substantial possession enhancements for other crimes, as contrasted with the overnight jailings followed by a more or less formal order to 'get out of town' once common for those deemed vagrants*"); sobre las características del poseedor en relación con el estatus, peligrosidad, véase *ibidem*, pp. 113-114; acerca de la equiparación de persona y objeto peligroso, véase *ibidem*, p. 116.

¹⁰ Desde una perspectiva alemana, véase Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, Mohr, 1996, pp. 323, 336 y ss. ("*polizeirechtliche[r] Zustandsstörerverantwortlichkeit*").

quier modo, solo puede considerarse legítima tal presunción cuando existen indicios serios y objetivos de la peligrosidad del poseedor como, por ejemplo, el acto preparatorio de un delito o la pertenencia del poseedor a una organización criminal.¹¹ De lo contrario, la criminalización constituye una presunción ilegítima, equivalente a una *Verdachtsstrafe*, o sea, al castigo con base en una mera sospecha.¹² La distinción entre una presunción legítima y otra ilegítima pasa por la clásica dicotomía entre criminalidad manifiesta y criminalidad subjetiva:¹³ mientras que para la primera de estas se necesita un objeto peligroso que manifieste la criminalidad,¹⁴ la criminalidad subjetiva solo se sustenta en la peligrosidad del poseedor para justificar la criminalización. Por supuesto, resulta difícil determinar el límite exacto entre una presunción legítima y una ilegítima, pues ello se basa en la naturaleza y la intensidad de la manifestación objetiva de la peligrosidad del poseedor.¹⁵ De otro lado, la presunción respecto a otros delitos (previos o posteriores) puede operar con miras al pasado o al futuro. Tómese como ejemplo la posesión de drogas, en donde, por un lado, se criminaliza "la conducta anterior de importación, fabricación, compra", y, por otro lado, la conducta posterior de

¹¹ Cf. Pastor, *supra* nota 3, p. 800-2 (quien sostiene que en los casos con la "estructura c, d y e" la "manifestación de peligrosidad subjetiva" del infractor [*Äußerung der subjektiven Gefährlichkeit*] viola las "condiciones personales de seguridad" en tanto elemento de un concepto de seguridad normativa como pilar esencial de nuestra sociedad [traducción del alemán al inglés realizada por el autor y del inglés al español por el traductor]).

¹² De modo similar Nestler, C., "Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmittel", en Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt/M: P. Lang, 1995, pp. 65, y 68; Eckstein, *supra* nota 1, pp. 261-263 (con referencia a algunos delitos de posesión); Deiters, "Review of Eckstein", en GA, vol. 151 (2004) pp. 58 y 61; Pastor, *supra* nota 4, pp. 800, 803 (para los casos con la "estructura b").

¹³ Fletcher, *supra* nota 8, p. 200.

¹⁴ Véase en ese sentido, por ejemplo, la secc. 5.06 (2) MPC ("presunción de un propósito criminal por la posesión de un arma" [*presumption of criminal purpose from possession of weapon*])).

¹⁵ Véase además Pastor, *supra* nota 3, p. 803 (admitiendo que es difícil determinar "cuándo una conducta afirma inequívocamente la manifestación de peligrosidad subjetiva" [*when a conduct unambiguously affirms the manifestation of subjective dangerousness*]) [traducción del alemán al inglés por el autor y del inglés al español por el traductor]).

“uso, venta, o exportación”.¹⁶ Esto nos lleva a otra característica importante de los delitos de posesión, a saber: que estos siguen la lógica de la criminalización anticipada (*Vorverlagerung*) o la de la criminalización de una conducta posterior (*Nachverlagerung*).¹⁷ La mayoría de los delitos de posesión sigue la primera lógica, en la que la posesión como tal no causa un daño o lesiona algún bien jurídico (*Rechtsgut*).¹⁸ Por consiguiente, desde la perspectiva del principio del daño los delitos de posesión pueden ser caracterizados como “no dañosos”¹⁹ – aunque no necesariamente como “carentes de resultado” –.²⁰ Desde la perspectiva del principio del bien jurídico puede distinguirse una fase precedente y una posterior a la violación del respectivo interés legal.²¹ Por tanto, como ya se afirmó, los delitos de posesión criminalizan usualmente la posesión con el objetivo de prevenir futuros daños o la violación de un interés legal. Sin embargo, la criminalización se fundamenta excepcionalmente en la no perpetuación del daño que ya se ha causado o de la violación de un interés legal que ya ha ocurrido. Los delitos de posesión siguen aquí la lógica de

¹⁶ Dubber, *supra* nota 1 [J. *Crim. L. & Criminology*], p. 907.

¹⁷ Cf. Pastor, *supra* nota 3, pp. 798-805.

¹⁸ Para un análisis comparativo de los conceptos de daño y bien jurídico, véase Ambos, “The Overall Function of International Criminal Law: Striking the Right Balance between the *Rechtsgut* and the Harm Principles”. *Criminal Law and Philosophy* [Crim.Law and Philos] 8 (2014), núm. 3 (disponible en línea en Springer link). [Nota del trad.: existe versión española: *Castigo sin soberano? Ius puniendi y función del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Colección de Estudios, núm. 42, Bogotá (Colombia) 2013].

¹⁹ Dubber, *supra* nota 1 [J. *Crim. L. & Criminology*], pp. 861, 926; *idem.*: *supra* nota 1 [en Duff y Green], pp. 91 y 99; con matices Fletcher, *supra* nota 8, p. 198 (no hay prueba “that the defendant intended to harm anyone with the material possessed”).

²⁰ Impreciso en ese sentido Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 99 colocando “resultado” y “daño” en un mismo nivel. Esto es incorrecto puesto que “daño” es solo un “resultado” posible de la conducta humana o de la comisión de un delito. En otras palabras, “resultado” es un término aglutinante que abarca el ‘daño’. En el caso de los delitos de posesión bien se podría argumentar que el ‘resultado’ es la posesión misma lograda por medio de un acto previo (p. ej., la posesión de drogas como resultado de su adquisición) aunque este resultado como tal no es usualmente dañoso; véase además *infra* nota 47 con el texto principal.

²¹ Eckstein, *supra* nota 1, pp. 81-83, 256 y 257 (“*Vor- und Nachverletzungsphase*”).

la clásica criminalización del *auxilium post delictum*, por ejemplo, en el caso de la receptación de bienes hurtados.²² El fundamento subyacente, esto es, evitar la perpetuación de la privación injusta de la propiedad,²³ resulta aquí completamente legítimo y, como tal, reconocido en muchos sistemas legales.²⁴ Un ejemplo más específico es la posesión de pornografía infantil. Aquí la criminalización tiene como objetivo, entre otras cosas, la prevención del abuso de niños en la producción de material pornográfico por medio de la reducción considerable de la demanda y, por tanto, de la eliminación del incentivo económico para los productores de ese material.²⁵

La lógica de la criminalización anticipada es contraria a los conceptos de daño (*harm principle*) y de bien jurídico (*Rechtsgut*), pues los respectivos delitos de posesión no contribuyen en nada a la prevención de resultados dañosos, ya que los respectivos objetos son completamente inocuos. Por el contrario, cuando se criminaliza la posesión de objetos peligrosos, los delitos de posesión apuntan a prevenir, como los denominados delitos de peligro,²⁶ riesgos de daños o riesgos para los intereses legales. Pero de nuevo aquí resulta difícil distinguir entre riesgos suficientemente concretos/daños suficientemente próximos y daños excesivamente abstractos/remotos. Tómese por ejemplo el caso de la posesión de armas: si bien un arma es, como tal, un objeto peligroso – pues podría ser usada para lesionar o matar a alguien – y, por tanto, representa un riesgo de daño, en un caso concreto ella podría ser guardada de forma segura y ser usada solo por su legítimo propietario para propósitos legales. Por consiguiente, la criminalización de la posesión de armas puede considerarse

²² Cf. Green, “Thieving and Receiving: Overcriminalizing the Possession of Stolen Property”, en *New Cr.L.Rev.*, vol. 14 (2011), p. 35.

²³ Green, *supra* nota 22, p. 37.

²⁴ Véanse, p. ej., los artículos 257, 259 del Código Penal alemán así como – representando los sistemas en lengua española y portuguesa – el artículo 298 del Código Penal español; 194-195 del Código Penal peruano, y 180 del Código Penal brasileño (receptación y *receptação*).

²⁵ Pastor, *supra* nota 3, p. 804; Eckstein, *supra* nota 1, pp. 67-69.

²⁶ Ellos constituyen en ese sentido por lo menos delitos de peligro abstracto (“*Gefährdungsdelikte*”); para una discusión, véase Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], pp. 99-101.

legítima o ilegítima, dependiendo de las concretas circunstancias del caso, de las características del arma y, quizá lo más importante, de los presupuestos y valores subyacentes de la sociedad en cuestión. En todo caso, se ha criticado correctamente que los delitos de posesión anticipan la criminalización incluso más allá de la tentativa,²⁷ pues no exigen un elemento de conducta restrictivo (como, por ejemplo, un "paso sustancial", "proximidad física", o algún otro criterio limitador).²⁸ En ese sentido, los delitos de posesión constituyen "delitos doblemente incompletos",²⁹ que anticipan la responsabilidad en un doble sentido, o sea, no solo en relación con un daño real o a la violación de un interés legal, sino también antes de la etapa de tentativa.

II. POSESIÓN, CONDUCTA Y EL ELEMENTO SUBJETIVO

La responsabilidad criminal está basada en la conducta humana, esto es, en una acción o en una omisión.³⁰ Por tanto, para que un resultado criminal, tal como es definido en un específico tipo penal, sea imputado a una persona tiene que haber sido causado por esta, esto es, por su conducta. La necesidad de la práctica de una conducta es generalmente aceptada en el derecho penal alemán³¹ y también ha sido tradicionalmente reconocida en el

²⁷ Cf. Dubber, *supra* nota 1 [J. Crim. L. & Criminology], p. 908 ("one step farther from the actual infliction of personal harm than ordinary inchoate offenses like attempt"); véase además Ashworth, A./Horder, J., *Principles of Criminal Law*, Oxford, OUP, 7a. ed., 2013, p. 98.

²⁸ Desde una perspectiva comparada véase Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I, Oxford, OUP, 2013, pp. 245 y ss.

²⁹ Dubber, *supra* nota 1 [J. Crim. L. & Criminology], p. 908; de modo similar Nestler, *supra* nota 12, p. 67.

³⁰ Acerca del fundamento y el concepto de omisión como una "no-acción", véase Ambos, *supra* nota 28, pp. 180 ss.

³¹ Lagodny, *supra* nota 10, pp. 322 y 323; Struensee, E., "Besitzdelikte", en: Samson E. (ed.), *Festschrift für G. Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 713, y 714 y 715; Hochmayr, *supra* nota 1, 53; Eckstein, "Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte - EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen", *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften [ZStW]*, vol. 117 (2005), pp. 107 y 110; Schroeder, *supra* nota 4, p. 448 columna izquierda.

common law bajo la denominación, bastante limitada, de requisito de acto (*act requirement*),³² y, actualmente como requisito de conducta,³³ control³⁴ o acción.³⁵

³² La Fave, W.R., *Criminal Law*, St. Paul, Minn: West/Thomson, 5a. ed., 2010, pp. 320-326; Robinson, P.H., *Fundamentals of Criminal Law*, Boston et al., Little, Brown, 2a. ed., 1995, pp. 250-260 (con diversas referencias); para una "defensa normativa", Moore, M.S., *Act and Crime - The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (Oxford, OUP, 1993), pp. 46 y ss.; crít. Husak, D., *Philosophy of Criminal Law* (Totowa, NJ, Rowman & Littlefield, 1987), pp. 79 y ss. (pero, aparentemente, equiparando "act" y "actus reus"); *idem*, "The alleged act requirement in criminal law", en Deigh, J./Dolinko, D. (eds.), *The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law [Oxf.Handbook]*, Oxford, OUP, 2011, p. 107 (sosteniendo, entre otras cosas, que la cuestión básica de este requisito, esto es, el significado de un acto, no ha sido aclarado, pp. 108-116). De cualquier modo existe un concepto normativo de acto (o acción) plausible, por ejemplo, el concepto de acción de Roxin como una expresión de la personalidad socialmente relevante ("*Persönlichkeitsäußerung*": cf. Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, München: C.H. Beck, 4a. ed., 2006, § 8 mn. 44-75) o el concepto de "action" de Duff, de hecho bastante similar, como un "social phenomenon" basado en la interacción con el mundo y en el ejercicio de un razonamiento práctico (Duff, R.A., *Answering for Crime*, Oxford and Portland, Hart, 2007, pp. 99 y 100).

³³ Véase Secc. 2.01(1) MPC ("A person is not guilty [...] unless his liability is based on a conduct"); véase además Husak, *supra* nota 32 [Oxf.Handbook], p. 116 (quien sostiene correctamente que el MPC contiene la exigencia de una conducta).

³⁴ Husak, *supra* nota 32 [Philosophy], pp. 81, 97 y ss.; *idem*: *supra* nota 32 [Oxf. Handbook], pp. 108 y ss. (proponiendo una exigencia de control o competencia sobre la base de la capacidad para comportarse razonablemente, pp. 116-122). De cualquier modo, el criterio del control adolece de vaguedad e imprecisión, lo que es admitido por el propio Husak (Oxf.Handbook, pp. 121 y 122; crít. también Duff, *supra* nota 32, p. 101 y *passim*); adicionalmente, la exigencia de "control" es actualmente empleada como un concepto que distingue las formas de participación en derecho penal internacional y Derecho penal comparado (cf. Ambos, "A Workshop, a Symposium and the Katanga Trial Judgment of 7 March 2014", JICJ 12 [2014] pp. 219 y 226-228).

³⁵ Duff, *supra* nota 32, pp. 101 y ss. (sustituyendo la exigencia de un acto por "a more modest 'action presumption'" [101], lo cual requiere, en concordancia con el concepto de acción de Duff [*supra* nota 32], "an actualization of the results of practical reasoning in a way that has an impact on the world" [107], y difiere, esencialmente para esta realización, de la exigencia del acto [106 y 107 con ejemplos]; ello es además "limited" en tanto acepta la responsabilidad por omisiones propias [112 y 113]). El problema con esta exigencia es, por supuesto, que es difícil demostrar que una determinada acción es el

Los delitos de posesión son difíciles de conciliar con este requisito,³⁶ pues la posesión expresa una relación de dominio o control entre una persona y una cosa.³⁷ Si esta cosa es peligrosa la mencionada relación constituirá una "unidad de amenaza".³⁸ La posesión es estática antes que dinámica, o sea, "un estado del ser, un estatus".³⁹ Además, en el derecho penal la posesión hace referencia, objetivamente, a una relación de dominio o control complementada, subjetivamente, con una voluntad de poseer (*Herrschaftswille*).⁴⁰ El poseedor puede ejercer un control real (efectivo) o potencial (posible) sobre el respectivo objeto. En consecuencia, podemos hablar de una posesión "real" o "constructiva",⁴¹ la última de las cuales hace referencia a la particular imputación en caso de la posesión, esto es, "del objeto a la persona, antes que de persona a persona".⁴²

Esta naturaleza de la posesión tiene importantes implicancias teóricas. En primer lugar, la posesión no constituye una conducta⁴³ ni tampoco puede verse en los delitos de posesión — contra

resultado de la "actualization of the results of practical reasoning" ya que no se puede conocer el razonamiento que tiene lugar en la esfera interna del agente.

³⁶ Véase sin embargo, Dubber, M.D./Kelman, M., *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*, NY: Foundation Press, 2a. ed., 2009, pp. 252-253 (quienes sostienen que con el creciente número de leyes de posesión la exigencia del acto no significó más un problema).

³⁷ Struensee, *supra* nota 31, p. 716; Eckstein, *supra* nota 1, p. 17; Hochmayr, *supra* nota 1, p. 54 ("Zuteilungsrelation" [citando A. Kaufmann]).

³⁸ Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 114 ["threat unit"].

³⁹ Dubber/Kelman, *supra* nota 36, p. 253; véase además Eckstein, *supra* nota 1, p. 17 ("statischer Zustand"); Schroeder, *supra* nota 4, pp. 448 y 449 ("Zustand"); Hochmayr, *supra* nota 1, p. 63.

⁴⁰ Véase extensamente Eckstein, *supra* nota 1, pp. 94 y ss., 239 y 240; además Schroeder, *supra* nota 4, p. 448, columna izquierda; contra, Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 79-81, 135, 146 (centrándose en la mera presencia objetiva del respectivo objeto en la esfera privada de la respectiva persona).

⁴¹ La Fave, *supra* nota 32, pp. 328 y 329; Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], pp. 115 y 116.

⁴² Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 116.

⁴³ Struensee, *supra* nota 32, 716; Eckstein, *supra* nota 1, pp. 209 y 210, 220-225 (ausencia de una acción en particular en el caso de la así denominada "aufgedrängter Besitz" [posesión impuesta]), p. 226; *idem*: *supra* nota 31,

riamente a la opinión dominante en las doctrinas angloamericana⁴⁴ y alemana⁴⁵ — un elemento de conducta implícito mediante

p. 112; Hochmayr, *supra* nota 1, p. 53 (pero últimamente recurriendo a una conducta [previa] de acuerdo con la opinión dominante, *infra* nota p. 45); Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 103 (solo "constructive conduct offence"); Pastor, *supra* nota 3, p. 797 (contra la reformulación como una acción, pero en favor de la omisión); de modo similar nuevamente G. Grünwald, "Anmerkung", *Strafverteidiger* (StV) 6 (1986) pp. 243 y 245; además Husak, *supra* nota 32 [Oxf. Handbook], p. 111, sostiene que la posesión no es un acto pero toma esto como un argumento contra la exigencia de un acto aunque esta exigencia solo formula una proposición normativa. — La incompatibilidad con la exigencia de una conducta, de cualquier modo, no hace a los delitos de posesión incompatibles con la exigencia de legalidad (*nullum crimen sine lege*) consagrada en el artículo 103 (2) de la Ley Fundamental alemana ("Un hecho solo puede castigarse si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho"). El Tribunal Constitucional alemán [BVerfG, abreviatura en alemán = *Bundesverfassungsgericht*] ha sostenido correctamente en ese sentido que en esta disposición el término "Tat" ("hecho") no predetermina la cualidad de la conducta incriminada (BVerfG, Decisión de 16 de junio de 1994, en: *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW] vol. 47 (1994), p. 2412, columna derecha; *idem*, Decisión de 6 de julio de 1994, en NJW vol. 48 (1995), p. 248, columna derecha; de acuerdo Eckstein, *supra* nota 1, pp. 234 y 235; Pastor, *supra* nota 3, p. 797; sin embargo, véase además Lagodny, *supra* nota 10, pp. 321-335 (quien ve una incompatibilidad constitucional en tanto los delitos de posesión no presuponen una conducta humana, como es requerido por el artículo 103 (2) de la Ley Fundamental alemana y, por tanto, son "not suitable", o sea, inapropiados ["ungeeignet"] en el sentido del *test* de proporcionalidad constitucional; sobre este *test* véase Ambos, *supra* nota 18, en notas de pie de pp. 31 y ss.).

⁴⁴ Cf. Sección 2.01(4) MPC (con referencia a la previa obtención y a la posterior capacidad para culminar la posesión); véase además La Fave, *supra* nota 32, 327; Moore, *supra* nota 32, p. 21 (sosteniendo que "either the act of taking possession or [...] the omission to rid oneself of possession" está penado) y p. 22 (posesión "defined so as to include an act or an omission"); Simester et al., *supra* nota 6, p. 81; Dubber, *supra* nota 1 [en Duff y Green], p. 115; además Husak, *supra* nota 32 [Oxf. Handbook], p. 114 (refiriéndose a la obtención y la recepción como "prior conduct" que incluye la omisión [¡aunque esto es usualmente posterior a la posesión!]).

⁴⁵ Véase el razonamiento del legislador alemán en relación con la posesión de drogas, Bundestags-Drucksache (BT-DrS) 6/1877, p. 9 (sosteniendo que no se sanciona un estado ["Zustand"] sino una conducta causal, o sea "bringing about and maintenance ["Herbeiführung oder Aufrechterhaltung"] of this state" [sic!]); además BVerfG, Decisión de 16 junio de 1994, en NJW vol. 47 (1994), pp. 2412, 2413, columna izquierda; *idem*, Decisión de 6 de julio de 1994,

una referencia al acto previo que lleva a la posesión (p. ej., a obtener el objeto) o a la omisión posterior, esto es, la falta de disposición del objeto.

En cuanto al primer elemento, o sea, una acción positiva, hay en realidad tres clases de actos positivos, los cuales pueden coexistir con la posesión: la adquisición previa del objeto, el mantenimiento o incluso la defensa activa de la posesión del objeto y el uso del objeto.⁴⁶ Pero de cualquier forma, no puede ponerse estos actos en el mismo nivel de la posesión en sí misma: o bien esos actos la preceden y pueden resultar después en posesión (adquisición),⁴⁷ o bien, siguen a la posesión real (mantenimiento y uso). Además, ellos son usualmente criminalizados de modo separado.⁴⁸ Un ejemplo paradigmático a este respecto lo constituye la posesión de drogas: ella está, de un lado, precedida por

en NJW vol. 48 (1995), p. 248, columna izquierda. Véase además Eckstein, *supra* nota 1, pp. 18, 124, 141 y ss., 224, 226, 239 y 240, 264; Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 54 y 55, 64 y 65, 85 y ss. (acto positivo), pp. 96 y ss. (omisión), p. 145; Gropp, W., "Besitzdelikte und periphere Beteiligung", en Danneker, G. et al., (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Köln et al.: Carl Heymanns, 2007, pp. 249 y 251; Eisele, J., "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, München, Beck, 29a. ed., 2014, número marginal (nm.) 42; crit. Schroeder, *supra* nota 4, p. 448, columna derecha.

⁴⁶ Cf. Struensee, *supra* nota 31, pp. 716-718.

⁴⁷ En ese sentido, un delito de posesión puede ser calificado como un delito de resultado: véase Lagodny, *supra* nota 10, p. 326 (estado de posesión como un sub-caso de un delito de resultado); Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 63 y ss., 146 (quien ve un resultado ["Erfolg"] en la custodia ["Gewahrsam"] de una cosa lograda a través del acto previo y conectada al elemento temporal de permanencia en el sentido del concepto de un "Dauerdelikt" [delito permanente], por eso transformando un delito de posesión, de forma similar a un delito de privación de libertad, en un delito de resultado permanente ["Erfolgs-Dauerdelikt"]); Walter, T., "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", en Laufhütte/Rissing-Van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Volume I*, Berlin, De Gruyter, 12th ed. 2006, mn. 36; véase además Eckstein, *supra* nota 1, pp. 213-215, 264 (quien ve un "result" en el mantenimiento de la posesión, y p. 226); véase previamente *supra* nota 20.

⁴⁸ Véase además Lagodny, *supra* nota 10, p. 325 (sosteniendo que la adquisición de drogas es criminalizada por separado); Schroeder, *supra* nota 4, p. 448, columna derecha; crit. Hochmayr, *supra* nota 1, p. 86 (argumentando que este no es siempre el caso).

diversos actos previos (cultivo, adquisición, importación, etc.) y, del otro, seguida por actos posteriores (distribución, tráfico, etc.). Adicionalmente, ver un acto positivo en los delitos de posesión no resulta compatible con uno de los objetivos principales de estos delitos, esto es, facilitar la persecución penal por medio de la reducción de los requisitos probatorios, en particular, la renuncia a alguna prueba respecto a la adquisición ilegal (¡un acto positivo!) del respectivo objeto.⁴⁹ Pues en realidad, si un delito de posesión es fundamentado conceptualmente en un acto previo de adquisición (o de otra naturaleza), entonces este acto constituirá un elemento de este delito y, por consiguiente, tendrá que ser probado. Pero de esa forma, se arruinaría el objetivo de la ley.⁵⁰ Por otro lado, si no se exige la prueba de un acto positivo, ¿cómo podría entonces ese acto positivo ser parte de la posesión?⁵¹

Aunque a primera impresión parecería más plausible ver una omisión en la negativa del poseedor de terminar con su posesión,⁵² al final este punto de vista tampoco es convincente. La omisión es lo opuesto de la acción, esto es, una no-acción,

⁴⁹ Véase el explícito razonamiento del legislador alemán en relación con la posesión de drogas, BT-DrS: *supra* nota 45, p. 9; véase además Moore, *supra* nota 32, pp. 21 y 22.

⁵⁰ De forma similar Lagodny, p. 318; Eckstein, *supra* nota 31, p. 111.

⁵¹ Cf. Struensee, *supra* nota 31, p. 717.

⁵² Véase por la opinión dominante por ejemplo, Corte de apelación (Oberlandesgericht) de Zweibrücken, Decisión del 18 diciembre de 1985, en NJW vol. 39 (1986), pp. 2841 y 2842 (el acusado a quien se imputó la posesión de un arma pues omitía terminar con la posesión"); véase además la segunda parte de la Sección 2.01(4) MPC — "consciente de su control por un periodo de tiempo suficiente como para haber sido capaz de terminar su posesión" ("aware of his control for a sufficient period to have been able to terminate his possession") —, lo que implica que el poseedor, una vez consciente de su (ilícita) posesión, queda bajo el deber de disponer del objeto; al respecto, véase American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries. Part I. General Provisions §§ 1.01 to 2.13*, Philadelphia 1985, p. 224 ("Un actor que es consciente de su control sobre la cosa poseída por un periodo que le permitiera terminar ese control ha fallado en la actuación frente al deber legalmente impuesto, lo que hace que su posesión sea criminal" ["An actor who is aware of his control of the thing possessed for a period that would enable him to terminate control has failed to act in the face of a legal duty imposed by the law that makes his possession criminal"]). Sobre la discusión académica véase además Pastor, *supra* nota 3, p. 797 (competencia del poseedor por la posesión); acerca de la clasificación como delitos impropios de omisión, véase *infra* nota 60.

una ausencia de acción o una negativa a actuar.⁵³ Pero si, como se dijo anteriormente, la posesión es acción, esto es, el control efectivo sobre un objeto, entonces resulta lógicamente imposible definirla de forma negativa, como no-acción, o sea, como la negativa a terminar ese control efectivo.⁵⁴ No obstante, si a pesar de todo se hace esto, entonces surgen diversos problemas. En primer lugar, no resulta claro cómo tiene lugar la terminación de la posesión.⁵⁵ El derecho de posesión no dice nada al respecto⁵⁶ y tampoco parece muy plausible aceptar cualquier forma de terminación,⁵⁷ incluso cuando esto implica la pérdida definitiva del objeto (p. ej., su destrucción) o la creación de riesgos ulteriores (p. ej., que la droga sea entregada a un menor).⁵⁸ En segundo lugar, la responsabilidad penal por omisión está fundamentada en un deber de actuar.⁵⁹ Esto hace surgir la compleja y controvertida cuestión referida a la determinación de la fuente de donde debe extraerse ese deber para los delitos de posesión. Si se concibe a estos como delitos de conducta (en la forma de delitos de omisión propios)⁶⁰ se podría encontrar tal deber en el elemento de la omisión, esto es, conforme a la comprensión lingüística del inglés (donde "conducta" comprende la acción y la omisión),⁶¹

⁵³ Ambos, *supra* nota 28, p. 180.

⁵⁴ Incluso más radical Struensee, *supra* nota 31, p. 719 ("absurd" y no cubierto por el "literal meaning").

⁵⁵ Cfr. Lagodny, *supra* nota 10, p. 327; Struensee, *supra* nota 31, p. 720.

⁵⁶ Véase, en relación con el derecho de las jurisdicciones de habla germana, Lagodny, *supra* nota 10, p. 327; Hochmayr, *supra* nota 1, p. 105.

⁵⁷ Sin embargo, en este sentido Scheinfeld, J., "Buchbesprechung Festschrift Grünwald", GA vol. 154 (2007) pp. 721 y p. 725.

⁵⁸ Cf. Lagodny, *supra* nota 10, pp. 328-332 (quien discute las posibilidades de culminación de la posesión y considera que solo un deber de retomar el objeto parece razonable, aunque ello no exime de sanción); véase, además Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 105 y ss.

⁵⁹ Cf. Ambos, *supra* nota 28, pp. 183 y 184.

⁶⁰ Cf. Eckstein, *supra* nota 1, pp. 169 y 170; Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 96 y ss. (y p. 100); Eisele, *supra* nota 45. La doctrina alemana distingue entre un delito de omisión "propio" ("echtes Unterlassungsdelikt"), donde el deber de actuar está basado en la ley, y un delito de omisión "impropio" ("unechtes Unterlassungsdelikt") con deberes de actuación extralegales ("Garantenstellung y -pflicht") véase Ambos, *supra* nota 28, pp. 186-188.

⁶¹ Cf. Ambos, *supra* nota 28, p. 185.

en la descripción misma de la conducta;⁶² de otro modo, se tendría que buscar una obligación extralegal de actuar.⁶³ En tercer lugar, se tendría que probar que el poseedor tuvo la posibilidad de disponer del objeto, esto es, que él era, en primer lugar, consciente de su existencia, y, adicionalmente, de su deber y de la posibilidad de librarse de él.⁶⁴ Pero ello, de nuevo, arruinaría el objetivo del legislador de facilitar la prueba del delito.⁶⁵

Esto nos deja con el elemento subjetivo de la posesión, sus funciones y su preciso significado. Primero, el elemento subjetivo ha sido invocado para superar la incompatibilidad con el requisito de la conducta, por medio de la redefinición de la posesión como un "acto" cuando el poseedor es consciente de su posesión. De ese modo, la sección 2.01 (4) MPC define la posesión como "un acto [...] si el poseedor obtuvo o recibió *a sabiendas* la cosa poseída o era *consciente* de su control".⁶⁶ Por supuesto, una concepción naturalista sobre el acto como movimiento corporal *voluntario*⁶⁷ y el Comentario del MPC sobre esta disposición dejan claro que el elemento subjetivo no sirve aquí principalmente, o por lo menos no exclusivamente, para transformar la posesión en un acto

⁶² Véase además Lagodny, *supra* nota 10, p. 327.

⁶³ Sobre tales obligaciones véase Ambos, *supra* nota 28, pp. 184 y 185.

⁶⁴ Véase además Struensee, *supra* nota 31, p. 720 (indicando que no hay jurisprudencia que demostrara tal estado mental del poseedor).

⁶⁵ Véase además Lagodny, *supra* nota 10, pp. 318, 331, 332; Eckstein, *supra* nota 31, p. 111.

⁶⁶ Según el original en inglés, ["an act [...] if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof..."]. El resaltado es nuestro. Crít. respecto a esta disposición (en tanto se la entienda literalmente) Husak, *supra* nota 32 [Oxf. Handbook], p. 112.

⁶⁷ Cf. Secc. 2.01 (1) y (2) ambos con referencia a acto(s) "voluntario(s)"; del mismo modo Moore, *supra* nota 32, pp. 39 y 40, 44-46 ("simple bodily movement [...] caused by volition"). Esto corresponde al concepto causal, naturalista de acción, alguna vez defendido por la teoría clásica del delito de finales del siglo XIX y principios del XX (cf. Roxin, *supra* nota 33, § 8 nm. 10-16) pero superado hace mucho tiempo por la moderna doctrina alemana. De acuerdo con esta perspectiva la voluntariedad no es una exigencia adicional de la acción sino que está implícita en todo acto humano, o sea, los movimientos no-voluntarios, por definición, no son acciones (del mismo modo Duff, "Action, the act requirement and criminal liability", en Hyman y Stewart (eds.), *Agency and Action*, Cambridge, CUP, 2004, 69). Sobre la importancia de la voluntariedad, véase además Husak, *supra* nota 32 [Oxf. Handbook], p. 119.

sino para reafirmar la voluntariedad de la posesión.⁶⁸ Esto nos lleva de regreso al lado subjetivo del concepto de posesión ya definido anteriormente,⁶⁹ vale decir, la voluntad de poseer. Efectivamente, nadie puede poseer una cosa "sin la participación de un mínimo de voluntad discernible".⁷⁰ Por tanto, el componente subjetivo básico de la posesión es la voluntariedad expresada por medio de una voluntad mínima de poseer y una voluntad máxima de dominar la cosa poseída.

Esto explica la declaración de Lord Parker en el caso *Lockyer vs. Gibb*, en el cual él hizo depender el concepto mismo de la posesión de la conciencia del poseedor respecto a la cosa poseída, afirmando que "no puede decirse que una persona está en posesión de algún objeto si él o ella no se percata de que está, respecto al objeto, [...] en alguna posición que le da el control".⁷¹ En el caso *Warner*, aunque mediante una decisión confusa con una *ratio decidendi* difícil de identificar,⁷² la Cámara de los Lores siguió a *Lockyer*, en la medida en que consideró un componente subjetivo en el término mismo de la posesión (para evitar una responsabilidad objetiva por la mera posesión) aunque resistiéndose a entender este requisito como parte del delito como tal, como hizo Lord Reid.⁷³

⁶⁸ "Un actor que conscientemente obtiene o recibe la cosa poseída se ha, por supuesto, involucrado en una acción voluntaria, lo cual puede servir como base para la responsabilidad criminal". Según el texto original en inglés: "An actor who knowingly procures or receives the thing possessed has, of course, engaged in a voluntary act that can serve as the predicate for criminal liability" (American Law Institute, *Model Penal Code and Commentaries. Part I. General Provisions* §§ 1.01 to 2.13, Philadelphia 1985, en 224 [el resaltado es nuestro]).

⁶⁹ *Supra* nota 40 con el texto principal.

⁷⁰ Eckstein, *supra* nota 1, p. 239 ("Minimum an erkennbarer Willensbeteiligung").

⁷¹ Según el texto original en inglés, "... a person cannot be said to be in possession of some article which he or she does not realize is [...] in some place over which she has control": ALLER 2 (1966), p. 655; citado de acuerdo con Clark, "Strict Liability Offences of Possession", en *The New Zealand Law Journal* (1967), p. 182, columna derecha.

⁷² Crit. Ashworth/Horder, *supra* nota 27, p. 98; Simester *et al.*, *supra* nota 6, p. 163; Ormerod, D., *Smith & Hogan's Criminal Law*, Oxford: OUP, 13a. ed., 2011, p. 173.

⁷³ Cf. Ormerod, *supra* nota 72, p. 173; Ashworth/Horder, *supra* nota 27, p. 98; Simester *et al.*, *supra* nota 6, p. 163.

Adicionalmente, la jurisprudencia inglesa distinguió entre un conocimiento general (necesario) respecto a la posesión de "la cosa en sí misma" ("algo") y un conocimiento más preciso (no necesario) respecto a su naturaleza, cualidades o contenidos.⁷⁴ Aunque esta distinción pueda sonar artificial y ser de escaso valor práctico en muchos casos⁷⁵ — ya solo por el hecho de que la prueba de tal requisito de conocimiento es difícilmente posible —, ello pone de relieve la cuestión referida al contenido preciso del elemento subjetivo de la posesión.

Después de todo, podría decirse que esta es la (tercera) función más importante del elemento subjetivo: compatibilizar los delitos de posesión con el principio de culpabilidad. En efecto, la definición de posesión de la MPC, que prevé los requisitos subjetivos, puede ser vista como una cláusula de culpabilidad⁷⁶ que, de cualquier modo, deja abierta una definición más precisa del elemento subjetivo. Esta definición es la parte fundamental de un concepto liberal de posesión, el cual será desarrollado en la siguiente sección.

III. UN CONCEPTO LIBERAL DE RESPONSABILIDAD PENAL POR LA POSESIÓN

Si la posesión, como hemos dicho previamente,⁷⁷ es un estado del ser (*Zustand*), basado en la relación entre persona y objeto, entonces los delitos de posesión castigan ese estado como tal⁷⁸ y pueden ser clasificados como delitos que criminalizan un estado del ser (*Zustandsdelikte*).⁷⁹ ¿Pero qué tanto se puede conci-

⁷⁴ Cf. Simester *et al.*, *supra* nota 6, p. 162 (citando a Lord Pearce con un resumen de la ley).

⁷⁵ *Ibidem*, p. 163 ("fictional, artificial...").

⁷⁶ Cf. Husak, *supra* nota 32 [*Oxf. Handbook*], p. 115.

⁷⁷ *Supra* notas 40 y ss. y texto principal.

⁷⁸ Eckstein, *supra* nota 1, p. 226.

⁷⁹ Cf. Eckstein, *supra* nota 1, pp. 170, 225 (quien define "*Zustandsdelikte*", por un lado, como "*offences of commission and genuine omission plus x*" y, por otro, como una forma de responsabilidad criminal nueva, autónoma, al lado de los delitos de comisión y omisión, y opuestos a los delitos basados en conductas/actos; *idem*: *supra* nota 31, pp. 113, 141; conc., Lampe, *infra*

liar estos delitos con los principios fundamentales de un derecho penal liberal, en especial con los principios de legalidad y culpabilidad?⁸⁰

En cuanto a la legalidad ya hemos hecho referencia líneas atrás⁸¹ a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, según la cual los delitos de posesión no violan el principio de legalidad de la Ley Fundamental alemana (*Grundgesetz*). En efecto, el principio de legalidad no puede ser interpretado como una imposición al legislador de pautas rígidas respecto a la naturaleza y cualidad de la incriminación, sino solo del cumplimiento de las reglas sustantivas del principio, esto es, las exigencias de *lex praevia, certa, stricta y scripta*. El principio de legalidad no contiene un estándar distinto para los delitos de posesión. Como todos los demás delitos, aquellos tienen que existir al momento de su comisión (*lex praevia*) en forma escrita (*lex scripta*) de una manera clara y no

nota 88; Schroeder, *supra* nota 4, pp. 448 y 449; contra, Eisele, *supra* nota 45, y especialmente Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 133 y ss. Ella sostiene en especial, sobre la base de su concepto de un "*Erfolgs-Dauerdelikt*" (*supra* nota 47), que con el concepto de Eckstein la criminalización en los casos de "*imposed possession*" ["*aufgedrängter Besitz*"] es más amplio pues el poseedor no tiene, a diferencia de su posición (pp. 102-105), tiempo para deliberar ["*Überlegungsfrist*"] acerca de una razón para terminar con la posesión (pp. 136-138) y de este modo, finalmente, la mera intención de no terminarla, p. ej., el mero pensamiento resulta sancionado ["*reine Gedankenstrafe*"], (pp. 142 y 143). Sin embargo, esta crítica no es convincente. Aparte de ser incompatible con la posesión como un estado en lugar de una conducta, el concepto de Hochmayr de un "*Erfolgs-Dauerdelikt*" no provee criterios limitantes a la criminalización en sí misma. La exigencia de un "*Überlegungsfrist*" en casos de una posesión impuesta no se sigue conceptualmente de la propuesta de Hochmayr pero es una mera proposición la cual puede igualmente ser aplicada a estos casos bajo el enfoque de Eckstein. También tendría que demostrarse que el poseedor no tuvo la intención o el deseo de terminar la posesión (véase además Eckstein, *supra* nota 31, p. 112). Esto presupondría que, en términos objetivos, para él era realmente posible actuar de ese modo. Hochmayer resta importancia a los criterios de control objetivos y subjetivos propuestos por Eckstein (*supra* notas 87 y 88 con texto principal).

⁸⁰ Cf. Ambos, *supra* nota 28, pp. 87 y ss. e *idem*, *Treatise on International Criminal Law*. Vol. II, Oxford, OUP, 2014, pp. 287 y 288 (sobre la justicia y la proporcionalidad como principios fundamentales adicionales además de la legalidad y culpabilidad).

⁸¹ *Supra* nota 43 y texto principal.

ambigua (*lex certa*) y no tienen que ser aplicados a una conducta similar por medio de la analogía (*lex stricta*).⁸²

La verdadera prueba de fuego para un Derecho penal liberal es, por tanto, su compatibilidad con el principio de culpabilidad. La culpabilidad es entendida aquí en un sentido normativo, esto es, como un principio que fundamenta la punibilidad en la reprochabilidad de la conducta injustificada del agente, o sea, como un concepto de reprochabilidad que va más allá de un mero estado mental y con excusas que operan como su negación.⁸³ La culpabilidad normativa va (mucho) más allá de los meros elementos psicológicos (descriptivos, empíricos) del ámbito subjetivo del tipo, esto es, de la intención (propósito, voluntad) y conocimiento (conciencia). En la terminología del *common law*, la culpabilidad va más allá del elemento (psicológico) de la culpa, del clásico *mens rea* en sentido restringido y, además, del *élément moral* francés.⁸⁴ De hecho, la culpabilidad así entendida no tiene ninguna relación con el concepto naturalista de intención y conocimiento — como erróneamente da a entender la sección 2.02 del MPC al hacer referencia a los "Requisitos generales de la culpabilidad"* (!) — sino que se centra en la culpa, la responsabilidad moral, en la gravedad del reproche para el merecimiento de una sanción, o sea, en conceptos normativos, basados en valores (lo que ha sido denominado en el sistema anglosajón, no muy afortunadamente, como *mens rea* en sentido amplio).⁸⁵

⁸² Cf. Ambos, *supra* nota 28, p. 90, con referencias adicionales (más).

⁸³ Acerca de tal teoría normativa (de la culpabilidad) en inglés Fletcher, *supra* nota 8, pp. 499 y 500; *idem*.: *The Grammar of Criminal Law*, Oxford, OUP, 2007, pp. 319 y ss.

⁸⁴ Cf. Ambos, "Zur Entwicklung der französischen Straftatlehre", *ZStW* vol. 120 (2008), pp. 181, 187-191, 194 y 195; en francés: "Réflexions sur la théorie française de l'infraction pénale du point de vue allemand", en J. Leblois-Happe (ed.), *Vers un nouveau procès pénal?* Paris, Société de Législation comparée, 2008, pp. 147-162; en español: "Observaciones a la doctrina francesa del hecho punible desde la perspectiva alemana", *InDret* (Revista para el análisis del derecho) 3/2008 (22.7.2008), consultable en: www.indret.com

* Nota del trad.: según el texto original en inglés: "*General requirements of culpability*".

⁸⁵ Sobre el *mens rea* en un sentido restringido y amplio (intención/conocimiento e imprudencia/negligencia), véase Robinson, P., "*Mens rea*", en

Si se entiende los delitos de posesión, tal como se defiende en este artículo, como delitos de no conducta que criminalizan ciertos estados del ser, entonces resulta incoherente recurrir a una conducta previa para compatibilizar estos delitos con el principio de culpabilidad.⁸⁶ En lugar de ello, se necesita una interpretación de estos delitos que sea restrictiva, autónoma y basada en la culpabilidad. En ese sentido, se sigue de las consideraciones sobre el elemento subjetivo realizadas antes, de que la voluntad de poseer y un mínimo de conciencia en relación con la cosa poseída son los componentes necesarios de toda definición del elemento subjetivo de la posesión.⁸⁷ Solo la existencia de tal estándar subjetivo mínimo permite al poseedor ejercer el control personal sobre la cosa poseída (como elemento objetivo constitutivo de la posesión)⁸⁸ y, de este modo, justifica la imputación del objeto a la persona, conforme a lo mencionado líneas atrás.⁸⁹ Este estándar mínimo es el punto de partida para la discusión de cuestiones más concretas, en especial las referidas al grado mínimo del elemento subjetivo (plena conciencia y voluntad frente a la aceptación de un estándar más bajo para la negligencia) y a los contenidos del requisito cognitivo en relación con el deber de terminar la posesión (conciencia de la posibilidad *general* frente a la posibilidad *concreta* de actuar).⁹⁰

En cualquier caso, la conciencia mínima es un prerrequisito de otro, aunque más objetivo, elemento constitutivo de todo delito

Dressler (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, New York et al., Macmillan, 2a. ed., 2002, p. 995.

⁸⁶ Sin embargo, véase Eckstein, *supra* nota 1, pp. 239 y 240 (incluso invocando la "act accessory" ["Handlungsakzessorietät"] de la posesión); en ese sentido, acertadamente criticado por Deiters, *supra* nota 13, p. 60; para una refutación véase Eckstein, *supra* nota 31, p. 115.

⁸⁷ De modo similar Eckstein, *supra* nota 1, pp. 240, 242 y 243, 265 (pero incluyendo la posesión imprudente, "Besitzfahrlässigkeit").

⁸⁸ Esto puede ser mucho mejor expresado en alemán con el concepto del "personale Beherrschung" o la "Beherrschbarkeit" (véase Eckstein, *supra* nota 1, p. 239; *idem*: *supra* nota 31, p. 114; Lampe, E.-J., "Buchbesprechungen", ZStW vol. 113 (2001) pp. 885, 895).

⁸⁹ *Supra* nota 42 y texto principal.

⁹⁰ Para el primero de ellos, Hochmayr, *supra* nota 1, p. 126; para el último, Struensee, *supra* nota 31, p. 720; para una discusión, véase Hochmayr, *op. cit.*, pp. 125-127.

de posesión, esto es, el ejercicio de control personal del poseedor sobre el objeto. Esto, a su vez, presupone que el poseedor tenga, de acuerdo con Warner,⁹¹ la oportunidad de descubrir el objeto relevante. Por consiguiente, el ejercicio personal de control significa el ejercicio de un control real y no de uno meramente potencial.⁹² Una limitación objetiva adicional puede extraerse de la causa (legítima) de la posesión: ninguna posesión que sea el resultado de una actividad legítima de las autoridades de persecución criminal (y excepcionalmente de los particulares), por ejemplo, la confiscación de drogas o el desarme de un poseedor ilegítimo, puede estar prohibida y, por eso, no puede ser objeto de una criminalización.⁹³ Del mismo modo, una posesión (breve) para anticiparse a peligros o a la ocurrencia de daños está justificada y, en tal sentido, no puede ser objeto de una sanción.⁹⁴

Por supuesto, tales restricciones no son suficientes para conciliar la criminalización de la posesión de objetos neutrales o de uso dual con el principio de culpabilidad. Como ya se ha argumentado líneas atrás,⁹⁵ en estos casos la criminalización se apoya en el presunto uso criminal del (de los) respectivo(s) objeto(s) y en la peligrosidad implícita del poseedor. Adicionalmente a la información "altamente" confiable que indique esta peligrosidad, la criminalización debe basarse en la prueba de la intención del poseedor de usar el respectivo objeto de un modo criminal.⁹⁶ De

⁹¹ Cf. Ormerod, *supra* nota 72, pp. 173 y 174, 916; Simester et al.: *supra* nota 6, p. 162; *crit.*, en relación con el uso de este elemento para una expansión de la responsabilidad en Lewis, Ashworth/Horder, *supra* nota 27, p. 98; Simester et al., *op. cit.*, p. 163; Ormerod, *op. cit.*, p. 174.

⁹² Simester et al., *supra* nota 6, p. 164.

⁹³ La actual ley concede la defensa en estas situaciones: véase, p. ej., la Directiva Europea 2011/92/EU de 13 de diciembre de 2011 (sobre la criminalización de, entre otras cosas, la posesión de pornografía infantil), considerando 17 (el término "without right" provee una defensa en casos de "legitimate possession" de autoridades para la dirección de procedimientos criminales) o la defensa del *common law* de posesión inocente (Dubber/Kelman, *supra* nota 36, pp. 269 y 270).

⁹⁴ Hochmayr, *supra* nota 1, pp. 88 y ss., 91 ("Gewahrsam zur Gefahrenbeseitigung").

⁹⁵ *Supra* nota 11 y texto principal.

⁹⁶ Véase, además, Fletcher, *supra* nota 8, pp. 199 y 200; Ormerod, *supra* nota 72, p. 916 (con referencia al fraude pero para una aplicación más amplia).

hecho, esta intención de usar, como un objetivo específico de la posesión, vincula a la posesión con una conducta y de ese modo la distingue de un mero delito de posesión.⁹⁷

BIBLIOGRAFÍA

Ashworth, A. /Horder, J., *Principles of Criminal Law*, Oxford, OUP, 7a. ed., 2013.

Ashworth, Andrew /Zedner, Lucia, "Prevention and Criminalization, Justifications and Limits", en *New Criminal Law Review* [*New Cr.L.Rev*] vol. 15 (2012).

Clark, "Strict Liability Offences of Possession", en *The New Zealand Law Journal* (1967).

Deiters, "Review of Eckstein", en *GA*, vol. 151 (2004).

Dubber, Markus D., "Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law", en *Journal of Criminal Law & Criminology* [*J. Crim. L. & Criminology*], vol. 91 (2001).

—, "The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process", en Duff y Green (eds.), *Defining Crimes: Essay on the Special Part of Criminal Law*, Oxford, OUP 2005 (EEUU, Nueva York).

Dubber, M.D./ Kelman, M., *American Criminal Law: Cases, Statutes, and Comments*, NY, Foundation Press, 2a. ed., 2009.

Duff, R.A., *Answering for Crime*, Oxford and Portland, Hart, 2007.

—, "Action, the act requirement and criminal liability", en Hyman y Stewart (eds.), *Agency and Action*, Cambridge, CUP, 2004.

Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat*, Berlin, Duncker & Humblot, 2011 (Alemania); Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz von Gegenständen*, Vienna, Manz, 2005 (Austria, Alemania, Suiza).

⁹⁷ Véase además Lagodny, *supra* nota 10, pp. 334 y 335. Duff: *supra* nota 32, p. 114; habla en ese sentido de "active possession" como posesión más la intención de hacer algo, por ejemplo, retener una droga ilegal; un fin adicional intencional corresponde a la realización de los resultados del razonamiento práctico de uno (*supra* nota 35).

—, "Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte - EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen", *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* [*ZStW*], vol. 117 (2005).

Eisele, J., "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.", en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, München, Beck, 29a. ed., 2014.

Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford, OUP, reimpr. 2002.

—, *The Grammar of Criminal Law*, Oxford, OUP, 2007.

Green, "Thieving and Receiving, Overcriminalizing the Possession of Stolen Property", en *New Cr.L.Rev*, vol. 14 (2011).

Gropp, W., "Besitzdelikte und periphere Beteiligung", en Dannecker, G. et al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Köln et al., Carl Heymanns, 2007.

Grünwald, G., "Anmerkung", *Strafverteidiger* (StV) 6 (1986).

Husak, D., *Philosophy of Criminal Law* (Totowa, NJ, Rowman & Littlefield, 1987).

—, "The alleged act requirement in criminal law", en Deigh, J./Dolinko, D. (eds.), *The Oxford Handbook of the Philosophy of Criminal Law* [*Oxf.Handbook*]. Oxford, OUP, 2011.

La Fave, W.R., *Criminal Law*, St. Paul, Minn, West/Thomson, 5a. ed., 2010.

Lagodny, O., *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen, Mohr, 1996.

Lampe, E.-J., "Buchbesprechungen", *ZStW*, vol. 113 (2001).

Moore, M.S., *Act and Crime - The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (Oxford, OUP, 1993).

Nestler, C., "Rechtsgüterschutz und Strafbarkeit des Besitzes von Schußwaffen und Betäubungsmittel", en Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt/M. P. Lang, 1995.

Ormerod, D., *Smith & Hogan's Criminal Law*, Oxford, OUP, 13a. ed., 2011.

- Pastor Muñoz, N., "Besitz- und Statusdelikte, eine kriminalpolitische und dogmatische Annäherung", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht* [GA], vol. 153 (2006).
- , *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona, Atelier, 2005.
- Robinson, P.H., *Fundamentals of Criminal Law*, Boston et al., Little, Brown, 2a. ed., 1995.
- , "Mens rea", en Dressler (ed.), *Encyclopedia of Crime & Justice*, New York et al., Macmillan, 2a. ed., 2002.
- Roxin, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, München, C.H. Beck, 4a. ed., 2006.
- Scheinfeld, J., "Buchbesprechung Festschrift Grünwald", GA vol. 154 (2007).
- Schroeder, F.C., "Besitz als Straftat", en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* [ZIS] vol. 2 (2007).
- Simester, A.P./ Spencer, J.R./ Sullivan, G.R./ Virgo, G.J., *Simester and Sullivan's Criminal Law*, Oxford, Hart, 5a. ed., 2013.
- Struensee, E., "Besitzdelikte", en Samson, E. (ed.), *Festschrift für G. Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- Tadros, V., "Crimes and Security", en *Modern Law Review* [Mod.L.Rev], vol. 71 (2008).
- Walter, T., "Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff", en Laufhütte/ Rissing-Van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Volume I*, Berlin, De Gruyter, 12th ed., 2006.

La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania*

Kai Ambos**

Resumen: Esta breve contribución analiza los (nuevos) problemas que ha generado la introducción de la defraudación tributaria (§ 370 Ley General Tributaria [Abgabenordnung, AO]) cometida profesionalmente o por medio de una banda como un hecho previo del lavado de dinero (§ 261, StGB). En principio, ya el significado mismo de los elementos agravadores de la pena "profesionalmente" o "por medio de una banda" no es suficientemente claro. Además de ello surgen diversas cuestiones relacionadas con la defraudación tributaria como objeto material del lavado de dinero, porque aquí se trata de gastos ahorrados, o sea, objetivamente, de una nada. Esto plantea, entre otras cosas, cuestiones acerca de la causalidad y de la determinación de la parte contaminada del patrimonio. Finalmente, se discutirá el problema de la doble sanción por el hecho previo y la regla de exclusión del § 261 párr. 9, StGB.

* Artículo basado en la ponencia llevada a cabo por el autor en la Conferencia de la Asociación hispano-germana de Juristas, Bilbao, 1.6.2013. Actualización y traducción por Gustavo Urquiza Videla, estudiante del LL.M y doctorado en la Georg-August-Universität Göttingen; revisión del autor.

** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional y Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen (<http://cedpal.uni-goettingen.de/>), juez del Tribunal provincial (Landgericht) de Göttingen, actualmente delegado al Tribunal superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig, Alemania.

1. INTRODUCCIÓN

La defraudación tributaria (§ 370, AO) constituye un *hecho previo del lavado de dinero* (desde inicios de este milenio!) cuando ella es cometida profesionalmente o por medio de una banda (§ 261 párr. 1, frase 2, Nr. 4 b) así como frase 3, StGB).¹ De la misma manera, también son hechos previos del lavado (§ 261 párr. 1 Nr. 3 StGB) los delitos tributarios de contrabando cometido profesionalmente, con violencia o por medio de una banda (§ 373, AO) y de receptación de impuestos cometida profesionalmente o por medio de una banda (§ 374, párr. 2, AO). Sin embargo estos últimos delitos no serán considerados de aquí en adelante.

El lavado de dinero puede fundamentar *restricciones a los derechos fundamentales* (como, por ejemplo, una vigilancia de las telecomunicaciones, de acuerdo con el § 100a II Nr. 1 m) StPO) salvo en los casos en los que resulta aplicable la cláusula de exclusión del § 261 párr. 9, frase, 2 StGB.²

¹ La parte relevante del § 261 dice lo siguiente:

"(1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años. Son hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1:

1. crímenes

(...)

[...]

3. Delitos según el § 373 y según el § 374 párrafo 2 de la AO, también en conexión con el § 12 párr. 1 de la Ley para la ejecución de las organizaciones comunes de mercado y de los pagos directos.

[...]

La frase 1 vale en los casos de *defraudación tributaria cometida profesionalmente o por medio de una banda* según el § 370 de la Ley General Tributaria para los *gastos ahorrados* y las devoluciones o beneficios tributarios conseguidos por medio de la defraudación tributaria, así como en los casos de la frase 2 nr. 3 también para un objeto, con respecto al cual se ha defraudado tributos". (Resaltado del autor).

² Cf. BGHSt 48, 240.

^{*} "Gesetz zur Neuregelung der TKÜ u. anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG". Nota del traductor.

La defraudación tributaria cometida profesionalmente o por medio de una banda que aquí interesa estaba prevista hasta el 1.1.2008 como tipo delictivo autónomo en el § 370a, AO y sancionada con una pena de uno hasta diez años. Sin embargo, con la modificación realizada a través de la "Ley para la nueva regulación de la vigilancia de las telecomunicaciones y otras medidas de investigación ocultas y para el reemplazo de la Directiva 2006/24/EG"^{*} de 21.12.2007, aquella fue prevista como modalidad agravada de la defraudación tributaria en el § 370 párr. 3 Nr. 1 y 5, AO. El § 370 párr. 1, AO contiene el tipo básico de la defraudación tributaria; por su parte, el mencionado párr. 3 regula los casos especialmente graves de la siguiente manera:

.... Un caso especialmente grave existe *por regla general*, cuando el autor:

1. Reduce los impuestos u obtiene beneficios tributarios injustificados a *gran escala*,

...

5. Reduce los impuestos a la venta o al consumo u obtiene beneficios tributarios relacionados con el impuesto a la venta o al consumo, como miembro de una banda vinculada a la comisión frecuente de hechos según el inciso 1.³

Las diferencias respecto al antiguo § 370a, AO son las siguientes:

- Se trata ahora de una regla de determinación de la pena ("por regla") en lugar de un tipo independiente;
- Se ha suprimido la profesionalidad;
- La comisión por medio de una banda se restringe al impuesto a la venta o al consumo y
- La pena mínima es de seis meses.

³ ["... Ein besonders schwerer Fall liegt *in der Regel* vor, wenn der Täter:

1. *in großem Ausmaß* Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt,

...

5. als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten nach Absatz 1 verbunden hat, *Umsatz- oder Verbrauchssteuern* verkürzt oder nicht gerechtfertigte Umsatz- oder Verbrauchssteuervorteile erlangt"] Resaltado del autor en la versión original y en la traducción al español.

La *profesionalidad* todavía sigue siendo mencionada en el § 261, StGB⁴ a pesar de que ella ya no constituye una circunstancia agravante. No queda claro cómo debe entenderse esto. La mayoría de autores defiende la idea de restringir la expresión "actuar como profesional"⁵ a la persecución de una fuente de ingresos con una determinada duración (clásicamente: trabajo negro en su comprensión habitual)⁶ o a la defraudación tributaria a gran escala con base en el § 370, párr. 3, frase 2, Nr. 1, AO.⁷ Contra esto se critica especialmente su escasa determinación.⁸

Por cierto, ya con anterioridad se había señalado críticamente respecto al § 370a, AO que las circunstancias agravantes de la profesionalidad o de la comisión por medio de una banda resultaban demasiado indeterminadas como para garantizar una delimitación segura respecto de los casos simples de defraudación tributaria.⁹

2. LA DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO OBJETO MATERIAL DEL LAVADO DE DINERO

De acuerdo con el § 261, párr. 1, frase 3, StGB, el lavado de dinero en el sentido de la frase 1 se refiere (para la defraudación tributaria profesional o por medio de una banda que es aquí relevante) a "los gastos ahorrados y a las devoluciones y restituciones de tributos injustificados obtenidos por medio de la defraudación tributaria". Por ejemplo: yo no pago impuestos por los honorarios recibidos por una conferencia y obtengo así un ahorro de impuestos (o sea, "gastos ahorrados") por una suma ascendente a € 300 (cuota defraudada), o, por otro lado, obtengo una devolución del impuesto a la venta por medio de cuentas ficticias.

⁴ Crít. Bittmann, *wistra*, 2010, p. 128.

⁵ Joecks, *wistra*, 2002, pp. 201, 204 y ss.; BGH *wistra*, 2008, pp. 180, 181, respecto al § 370a, AO.

⁶ Bittmann, *wistra*, 2010, p. 129.

⁷ Cfr Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 16; en contra LK-Schmidt/Krause: § 261, nm. 6.

⁸ Véase, por ejemplo, Samson, *FS Kohlmann*, 2003, p. 267; Harms, *FS Kohlmann*, 2003, pp. 413, 425 y ss.

⁹ Wulf, *wistra*, 2008, p. 327.

A diferencia de los gastos ahorrados la *devolución o reintegro de impuestos* llevan a una ganancia *objetiva* como consecuencia de la declaración tributaria falsa, o sea, ellas resultan de un delito tributario (véase mi ejemplo líneas atrás). En tal sentido, ellas podrían ser consideradas como un objeto idóneo del lavado de dinero incluso si no existiera la explícita mención del párr. 1, frase 3. Esto significa además que respecto a la *devolución o reintegro de impuestos*, la regulación es meramente declaratoria¹⁰ y que entonces puedo concentrarme en su aspecto realmente problemático: los gastos ahorrados.

2.1. "Gastos ahorrados"

Aunque el § 261, párr. 1, frase 3, StGB fue introducido con un propósito aclaratorio,¹¹ la regulación, en todo caso la relacionada con los gastos ahorrados, lleva en realidad a una "incertidumbre jurídica".¹² En principio, se renuncia con ello a la concreción o materialización del objeto de la acción — tanto el párr. 1 y párr. 2 del § 261 se refieren a un "objeto" — pues los gastos ahorrados constituyen ya conceptualmente un *nullum*¹³ y el valor del dinero defraudado reside en una "*nada objetiva*".¹⁴ De otro lado, una comprensión más amplia del concepto de objeto (todas las cosas, derechos y valores patrimoniales)¹⁵ tampoco puede crear un objeto (un "algo")¹⁶ de una nada.

Precisamente el legislador incluyó los gastos ahorrados porque estos no son un "objeto normal" del lavado de dinero¹⁷ y como tal no están abarcados realmente por el tipo del lavado de di-

¹⁰ Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 17; LK-Schmidt/Krause: § 261, nm. 13; NK-Altenhain: § 261, nm. 82.

¹¹ Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 15.

¹² *Idem*.

¹³ Dierlamm, *FS Mehle*, 2009, pp. 177, 178; Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 16.

¹⁴ Bittmann, *wistra*, 2010, p. 129.

¹⁵ LK-Schmidt/Krause, § 261, nm. 10.

¹⁶ Samson, *FS Kohlmann*, 2003, p. 270.

¹⁷ *Ibidem*, p. 268.

nero. Si bien tal inclusión de los gastos ahorrados podría servir para incorporar en el ámbito típico del lavado de dinero aquellos otros tipos en los que tal ahorro puede ser una consecuencia del hecho (por ejemplo, los gastos ahorrados como consecuencia de la no construcción de una planta eliminadora de desperdicios para la eliminación de residuos peligrosos para el medio ambiente), sin embargo, esto no es posible, pues la mencionada frase 3 se limita a los gastos ahorrados por medio de la defraudación tributaria.¹⁸

Por otra parte, dado que el § 261, párr. 1, frase 3, StGB vincula la surrogación de los tributos solo con los comportamientos del párr. 1, pero no con los del párr. 2, entonces tendría que entenderse que los comportamientos del párr. 2 quedan limitados al "objeto", o sea, que ellos no pueden referirse a gastos ahorrados. Si esto es así, entonces podría asumirse que la defraudación tributaria quedaría excluida como hecho previo del párr. 2.¹⁹ Pero puesto que el propio párr. 2 vincula expresamente sus comportamientos con el "objeto señalado en el párr. 1", al final de cuentas tendrá que entenderse que el párr. 2 incluye a los gastos ahorrados, etc., en su ámbito típico.

Pero después de todo ¿cómo se puede "ocultar", encubrir o procurar para un tercero, etc., los gastos ahorrados? Aquí surgen diversos problemas. Si, como mencioné anteriormente, los gastos ahorrados constituyen una nada, entonces tampoco se puede encubrir o hacer algo con esta nada.²⁰ El absurdo lingüístico queda claro si se sustituye el término "objeto" en el § 261, párr. 1, frase 1, StGB y en el párr. 2²¹ por el de "gastos ahorrados".

- 1) El que oculta *gastos* que se han *ahorrado* por medio de una *defraudación tributaria cometida profesionalmente o a través de una banda*, encubre su origen o frustra o hace peligrar la investigación de su origen, el descubrimiento, el comiso,

¹⁸ *Ibidem*, p. 269.

¹⁹ En tal sentido, Wulf, *wistra*, 2008, p. 327.

²⁰ Crítico Wulf, *wistra*, 2008, p. 328 refiriéndose al uso normal del lenguaje; crítico también Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 16; Fischer: § 261, nm. 16c.

²¹ Cf. ya Samson, *FS Kohlmann*, 2003, p. 268.

la confiscación, o el aseguramiento de tales gastos ahorrados, será... sancionado.

- 2) Del mismo modo será sancionado quien, respecto a los *gastos ahorrados* en el sentido del párrafo 1:
 - a) se los procura para sí mismo o para un tercero, o
 - b) los custodia o utiliza para sí o para un tercero, si conocía el origen de los *gastos ahorrados* en el momento en que los obtuvo.²²

Desde luego esa sustitución infringiría claramente el principio de legalidad, pues ninguna interpretación razonable en el marco del texto de la ley podría transformar un "objeto" en una "nada".²³ De otro lado, si se quiere entender la regulación especial de la frase 3 como una ampliación del lavado de dinero a la "nada" de los gastos ahorrados, seguirán existiendo las mencionadas fricciones con el tipo y su *ratio*.

2.2. ¿Causalidad?

Si uno examina una vez más el tipo de lavado de dinero referido a los gastos ahorrados, entonces resulta que estos tendrán que haberse producido a través de la defraudación tributaria. Esto es quizás aún más claro en la versión original del § 261, StGB: El "objeto" tiene que "provenir" del hecho antijurídico. Por eso el requisito mínimo de causalidad que existe entre el hecho previo (aquí la defraudación tributaria cometida profesionalmente o a través de una banda) y el objeto material del lavado (gastos ahorrados) tiene que enfrentar algunos problemas, pues los gastos ahorrados no son "algo" sino justamente "nada".²⁴ Aunque se podrá afirmar una relación de causalidad entre la defraudación tributaria cometida por medio del engaño a la autoridad financiera y el correspondiente ahorro de impuestos, sin embargo, es difícil comprobar una tal causalidad entre los gastos ahorrados (o sea, una "nada") y un concreto monto dinerario (o sea, un "algo") en el patrimonio del defraudador tributario, incluso por el hecho de que la "causalidad de un algo desde la nada [requie-

²² Resaltado del autor.

²³ Samson, *FS Kohlmann*, 2003, p. 271.

²⁴ Más detalladamente Samson, *FS Kohlmann*, 2003, pp. 271 y ss.

re] consideraciones hipotéticas sobre esto", lo que "habría sucedido si hubiera estado un algo en lugar de una nada".²⁵ Ahora bien, si esto se supera a través de la asunción de una (hipotética) cuasi-causalidad o —normativamente— por medio del recurso a la imputación objetiva,²⁶ queda aún la cuestión de los complejos cursos temporales: ¿cuándo puede hablarse de gastos ahorrados? ¿En el momento en que se toma el dinero que se tiene que tributar, en el momento de la declaración tributaria (incorrecta), en el momento de la liquidación incorrecta de impuestos, en el momento de la liquidación de impuestos corregida o en el momento del pago posterior de la deuda tributaria?

Por ejemplo: el honorario por una conferencia es, en principio, parte de mi patrimonio. El derecho del Estado a percibir tributos por ello surge recién cuando ha vencido el plazo para la entrega de mi declaración tributaria respecto al año de la conferencia, o sea, recién luego de un año. Entonces la liquidación tributaria que se envía algunos meses después sería incorrecta en cuanto a la declaración de honorarios omitida, o sea por el monto de los impuestos que correspondía por ellos (€ 300 según mi ejemplo). Aunque la liquidación de impuestos es "algo", sin embargo, la no imposición del impuesto en relación con mi honorario es "nada" —justamente no se ha impuesto "nada". Esta "nada" — el efectivo ahorro de impuestos — ocurre ciertamente, pero ya antes de la liquidación, o sea, el punto de partida de la cadena causal a comprobar es "nada". Ahora bien, ¿en qué momento he ahorrado los gastos y dónde reside el ahorro? ¿Ha de equipararse esto con el efectivo ahorro de impuestos o los "gastos ahorrados" no requieren más bien la prueba de los gastos que yo no habría efectuado, si no hubiera ahorrado la deuda tributaria realmente existente? En el caso que se afirme esto: ¿En qué momento tendría que haberse ahorrado estos gastos?

Esto puede verse de la siguiente manera: la cuestión de la causalidad hace surgir diversos problemas, los cuales consisten en que el punto de partida de la cadena causal es una "nada" y con ello el curso causal depende de numerosas consideraciones hipotéticas.

²⁵ Samson, *FS Kohlmann*, 2003, p. 272.

²⁶ Sobre esto, véase Carlos Caro, *Lavado*, pp. 154 y ss.

2.3. ¿Impuestos reducidos como parte del patrimonio total?

La inclusión del no pago de impuestos como hecho previo del lavado de activos invierte *la ratio* del tipo del lavado de activos, porque con ello queda vinculado a un *patrimonio originalmente legal*, respecto del cual no se tributa.²⁷

Esto nos lleva al problema central del lavado de activos punible. Por cierto, este problema también existe respecto a otros hechos previos pero se torna especialmente virulento en relación con la deuda tributaria reducida: las cantidades de dinero defraudadas serán parte del patrimonio total, o sea, el patrimonio legal y el ilegal se mezclarán y en tal sentido la parte ilegal no podrá ser individualizada, o sea, concretizada, de una forma razonable.²⁸ Si se parte de una contaminación total del patrimonio, entonces la porción legal del patrimonio (en su caso incluso mayor) quedaría incluida en el ámbito de aplicación del § 261, StGB y de esa manera se vulneraría la garantía de la propiedad prevista en el artículo 14 GG.²⁹ Por eso, desde un punto de vista del Estado de Derecho solo podría aceptarse en general una aplicación del § 261 si la suma defraudada es pasible de concretización o si constituye ya una considerable porción del patrimonio, o sea, cuando esta resulta equiparable a la porción legalmente adquirida del patrimonio,³⁰ pues en cualquiera de estos casos podría defenderse la proporcionalidad de un bloqueo del patrimonio total por medio de la tesis de la contaminación.

²⁷ Crítico Fischer, § 261, nm. 16a; también NK-Altenhain: § 261, nm. 24 ("ruptura del principio del origen").

²⁸ MüKo-Neuheuser, § 261, nm. 40; NK-Altenhain: § 261, nm. 83.

²⁹ Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach, § 261, nm. 16; críticamente también Sch/Sch-Stree/Hecker: § 261, nm. 12.

³⁰ Cf. Bittmann, *wistra*, 2010, p. 129; en ese sentido, también NK-Altenhain: § 261, nm. 83 ("... porque el patrimonio total o la parte de éste de donde se ha producido el gasto de un modo demostrable, en general o en todo caso en una extensión tal que excede la porción legal del patrimonio obtenida y retenida...") [{"... weil das gesamte Vermögen oder der Teil des Vermögens, aus dem nachweislich die Aufwendung erfolgt wäre, insgesamt oder jedenfalls in einem Umfang, die den legal erlangten und einbehaltenen Anteil des Vermögens übersteigt..."}].

Así pues, el verdadero problema que representa el párr. 2, referido a los delitos tributarios como hecho previo, para el Estado de Derecho reside en que podría dar lugar a suponer que el pago de una suma dineraria a un tercero constituye en realidad un monto defraudado (los gastos ahorrados). Por ejemplo: Yo defraudo impuestos por un valor de € 1 000 y luego pago esos € 1 000 a otra persona. Por lo general, no se puede fijar con certeza si estos € 1 000 provienen de mi patrimonio legal o del patrimonio afectado por la defraudación tributaria, o sea, del patrimonio contaminado. Puesto que una tal diferenciación es prácticamente imposible — se trata de un patrimonio total —, un precepto como el § 261 párr. 2, StGB — para aspirar a un efectivo combate contra el lavado de activos —³¹ tiene que impedir la transmisibilidad del patrimonio total, lo que sin embargo, plantea insuperables problemas respecto a la protección de la propiedad y al principio de proporcionalidad.³²

Si bien la determinación de las porciones legal e ilegal del patrimonio se basa principalmente en una consideración económica, no existe acuerdo en cómo debe calcularse la mácula, o sea, la contaminación del patrimonio: ¿debe considerarse que el patrimonio total está maculado por el monto correspondiente a la porción/cuota del patrimonio ilegal? ¿Debe aceptarse entonces una "procedencia" de la parte maculada recién cuando el valor del dinero o de una cosa de la que se dispone excede la porción no maculada del objeto patrimonial (teoría de la contaminación parcial)? ¿Debe asumirse que existe una contaminación total a partir de un determinado valor de la "mácula" (por ej. 70%)?³³ Por ejemplo: según el primer punto de vista (cuota), en un estado de cuenta de € 10 000 y un monto defraudado de € 2 000 estaría contaminado un 20% del patrimonio total y correspondientemente podría considerarse contaminado un 20% del monto dispuesto (por ej. € 800 para una deducción de € 4 000). De acuerdo con el segundo punto de vista tendrían que disponerse

³¹ En ese sentido, LK-Schmidt/Krause: § 261, nm. 13.

³² En ese sentido, véase la situación en Perú presentada por Caro Coria, *Lavado*, pp. 158 y ss. y también García Cavero, *Lavado*, pp. 114 y ss.

³³ Cf. MüKo-Neuheuser, § 261, nm. 57 con más referencias; Samson, FS Kohlmann, 276 (cuota).

más de € 8 000, pues recién entonces el monto dispuesto excedería el monto no maculado (€ 8 000); si fueran tomados exactamente € 8 000 o menos, tendría que darse por sentado de que los bienes no están maculados. De acuerdo con el tercer punto de vista recién podría hablarse de una contaminación total a partir del valor fijado para la maculosidad (por ejemplo, el 70%, o sea, € 7 000).

Tales posiciones conllevan naturalmente una dosis de arbitrariedad (¿por qué 70% y no 60% u 80% del patrimonio total?) y por lo mismo no permiten aislar satisfactoriamente el monto defraudado del patrimonio del autor.³⁴ Desde un estricto punto de vista del Estado de Derecho se tiene que considerar cada acto de lavado o sea, cada uso del patrimonio, por separado y reparar en que la parte legal del patrimonio permanece intacta.³⁵ Si esto no es posible, porque no se puede aislar el monto defraudado, entonces una sanción por lavado de activos infringiría la garantía de la propiedad y el principio de proporcionalidad.³⁶

Por otra parte, los defensores de la regulación extraen un paralelo con el comiso del valor sustitutivo (§ 73a, StGB).³⁷ Ciertamente no se puede objetar a esta posición, contrariamente a Samson,³⁸ que dado que no existe un particular al que se hubiera privado de algo no se cumpliría con una de las exigencias del § 73, I, 2, StGB, porque aquí el Estado mismo ha sido lesionado y por tanto, tiene derecho a ser reparado en el sentido del precepto. Por otro lado, los gastos ahorrados también se pueden entender como "algo obtenido" en el sentido del § 73.³⁹ Sin embargo, a diferencia del comiso, donde el juez puede determinar el valor sustitutivo concretamente de la mano de un objeto que ya no está disponible, esto no es fácilmente posible para el caso de los gastos ahorrados.

³⁴ NK-Altenhain, § 261, nm. 83.

³⁵ Ejemplo en Bittmann, *wistra*, 2010, p. 129 columna derecha.

³⁶ NK-Altenhain, § 261, nm. 83.

³⁷ LK-Schmidt/Krause, § 261, nm. 13.

³⁸ Samson, FS Kohlmann, 2003, p. 270; de la misma opinión NK-Altenhain: § 261, nm. 83 (ambos sin una justificación detallada).

³⁹ Samson, FS Kohlmann, 2003, p. 270.

3. DOBLE PUNICIÓN POR EL HECHO PREVIO, RELACIÓN

Si bien antes (hasta el 9.5.1998)⁴⁰ tenía que tratarse de un hecho previo de otro, en la actualidad incluso el autor del hecho previo puede ser autor del § 261, StGB — como, por ejemplo, también según el artículo 301 del CP español (“... actividad delictiva, cometida por él ...”) y los artículos 1, 2 y 3 del DL, 1106 de Perú (que usan la fórmula para la autoría propia de los delitos comunes [“El que...”]) en conexión con el artículo 10 de la misma norma peruana (“También podrá ser considerado autor del delito ... quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”) —, con lo cual él no podría en principio evitar la punibilidad por el § 261, StGB. Por tal razón, viene en consideración aquí la cuestión de una doble sanción por el hecho previo y el lavado de dinero: piénsese, por ejemplo, en el traficante de drogas que quiere lavar la ganancia proveniente de la venta de droga o — en nuestro contexto — en el delincuente tributario que quiere invertir los impuestos cuya devolución ha conseguido ilegalmente.

Precisamente, para evitar una doble sanción y, con ello, una infracción del principio jurídico constitucional del *ne bis in idem* (art. 103, III, GG), el § 261, párr. 9, frase 2, StGB⁴¹ excluye la punibilidad por lavado de activos para los *partícipes en el hecho previo*.⁴²

Aquí se debate dogmáticamente si la regulación representa una regla concursal basada en el concepto de un *hecho posterior copenado*⁴³ o si el § 261, StGB es formalmente subsidiario.⁴⁴ Como argu-

⁴⁰ Entrada en vigencia de la “Ley para la mejora de la lucha contra la criminalidad organizada” de 4.5.1998 [“Ges. zur Verbesserung der Bekämpfung der organisierten Kriminalität”].

⁴¹ Esta parte de la norma dice: “Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen *Beteiligung an der Vortat* strafbar ist.” (resaltado del autor).

⁴² BGHSt 48, 240, 245; Fischer: § 261, nm. 18; MüKo-Neuheuser: § 261, nm. 112; Graf/Jäger-Eschelbach: § 261 nm. 19.

⁴³ Así la exposición de motivos, BT-DrS: 13/8651, 11; del mismo modo LK-Schmidt/Krause: § 261, nm. 50; Sch/Sch-Stree/Hecker: § 261, nm. 7; MüKo-Neuheuser: § 261, nm. 112.

⁴⁴ NK-Altenhain: § 261, nm. 21.

mentos a favor de la solución del concurso cuentan tanto el objetivo del legislador — en principio, la inclusión típica del autor del hecho previo en el ámbito del § 261, StGB, pero la exclusión de su punibilidad, cuando aquél ha participado en el hecho previo —⁴⁵ así como el texto de la norma (“no... será sancionado”).⁴⁶ También apoya una posición tal una comparación con la receptación: o sea, la receptación como hecho posterior copenado, cuando el receptor ha intervenido como partícipe en el hecho previo (en caso de que hubiese sido autor, ya estaría típicamente excluido por el § 259, StGB!) Pero en contra de esa solución se encuentra la circunstancia de que los hechos previos y el § 261, StGB poseen distintos objetos de protección.⁴⁷ En todo caso, el mencionado párr. 9, frase 2 es (también) una *causa personal de exclusión de la pena*, pues el autor del delito previo actúa para autofavorecerse (véase el § 257, párr. 3, frase 1, StGB),⁴⁸ o sea, para aprovechar lo que ha obtenido con el hecho previo.

Sin embargo, la exclusión personal de la pena a favor del partícipe en el hecho previo deja intacta la *punibilidad de otras personas* por su participación en el § 261, StGB, pues la existencia de una acción típica y antijurídica de lavado de dinero basta ya para satisfacer las exigencias del principio de la accesoriedad limitada.⁴⁹ Por consiguiente, sí es punible la participación en el lavado de dinero impune para el autor del hecho previo.⁵⁰ Un partícipe solo permanece impune cuando (también) interviene a favor suyo el párr. 9, frase 2, debido a que él también ha participado en el hecho previo y ya es punible por eso.⁵¹

Todo esto suena bastante claro, pero el precepto no está de ninguna forma exento de problemas.⁵² Puesto que este se orienta a la “participación” en el hecho previo, entonces la exclusión de la

⁴⁵ BT-DrS 13/8651, 11; NK-Altenhain: § 261, nm. 21.

⁴⁶ NK-Altenhain: § 261, nm. 21.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*, también Fischer, § 261, nm. 18.

⁴⁹ MüKo-Neuheuser, § 261, nm. 112; Sch/Sch-Stree/Hecker: § 261, nm. 7.

⁵⁰ NK-Altenhain, § 261, nm. 21.

⁵¹ *Idem.*

⁵² Más detalladamente sobre los problemas Bernsmann, *FS Amelung*, pp. 382 y ss.

pena alcanza a *toda forma de participación*. Así, por ejemplo, la punibilidad por la comisión *en autoría* del § 261, StGB será desplazada ya por una *complicidad* punible en el hecho previo⁵³ y esto puede llevar a un solo difícilmente razonable favorecimiento – o sea impunidad – del lavador en casos de aportaciones mínimas a hechos previos que desembocan en considerables lavados de dinero (piénsese, por ejemplo, en una intervención secundaria en un robo con un posterior lavado del botín ascendente a 5 millones de €).

Además de ello, la exclusión de la sanción requiere que la participación en el hecho previo haya sido fijada con certeza,⁵⁴ pues en el fondo esto no debe llevar a la impunidad sino solo a evitar una doble sanción.⁵⁵ El hecho previo no tiene que haberse consumado o agotado.⁵⁶ Si existen dudas respecto a la participación en el hecho previo, este puede juzgarse por el § 261, StGB por la vía de la *fijación de la postpendencia (litispendencia)* – para dos hechos consecutivos en el tiempo se fija solo el último –.⁵⁷ Sin embargo, esto solo puede proteger al condenado frente a nuevas persecuciones en aquellos casos en los que el hecho previo y el lavado de dinero constituyen el mismo hecho (*idem*), aunque en un sentido procesal – correspondiente a la comprensión procesal del hecho, dominante en Alemania –.⁵⁸ Solo puede partirse con seguridad de ello cuando el hecho previo y el lavado de dinero han sido acusados como un hecho. Pero esto solo sucederá cuando el Ministerio Público tiene una sospecha suficiente excluyente de duda o ya ninguna duda respecto al hecho previo (§§ 170, I, 203, StPO) y por esa razón solo acusa por lavado de dinero. Si falta una sospecha suficiente del hecho, entonces escasamente podrá exigirse al Ministerio Público una acusación para garantizar la prohibi-

⁵³ NK-Altenhain: § 261, nm. 22.

⁵⁴ Fischer: § 261, nm. 18; MüKo-Neuheuser: § 261, nm. 112; LK-Schmidt/Krause: § 261, nm. 7; Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 19; NK-Altenhain: § 261, nm. 23.

⁵⁵ NK-Altenhain: § 261, nm. 23.

⁵⁶ BGH NJW 2000, p. 3725; MüKo-Neuheuser: § 261, nm. 112; NK-Altenhain: § 261, nm. 22.

⁵⁷ Fischer: § 261, nm. 18; Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach: § 261, nm. 19; Sch/Sch-Stree/Hecker: § 261, nm. 7; LK-Schmidt/Krause: § 261, nm. 50.

⁵⁸ Cf. también Bernsmann, *FS Amelung*, pp. 387 y ss.

ción de doble persecución.⁵⁹ Por cierto, resulta más realista partir de diferentes hechos procesales por la simple razón de que normalmente existirá un considerable tiempo entre el hecho previo y el lavado de dinero. La prohibición de doble persecución y la objeción de la *cosa juzgada* no limitan la persecución del hecho previo. Ahora bien, si la agencia de persecución considera que – como consecuencia de nuevas pruebas incriminatorias – existe una suficiente sospecha respecto al hecho y que además existe un interés público en la persecución del hecho previo – por ejemplo, por su especial relevancia en relación con el lavado del dinero –, entonces son posibles nuevas investigaciones y enjuiciamientos.

Pero aquí se trata en todo caso solo de la punibilidad según el derecho alemán, puesto que una sanción con base en el derecho extranjero ya no caería dentro del ámbito de la prohibición de doble sanción del artículo 103, III, GG.⁶⁰

Finalmente, algo más sobre el argumento del *ne bis in idem* y contra la solución del concurso real del Tribunal Supremo español (TS): el TS considera que el blanqueo de capitales y el delito tributario como delito previo son delitos autónomos. Para el TS es la *relevancia penal de la conducta del partícipe* tanto en el delito previo como en el blanqueo de capitales lo que elimina la posibilidad de que el blanqueo sea absorbido por el delito previo y, lo que por el contrario, habilita la posibilidad de un concurso real de delitos. El TS⁶¹ defiende así un concepto material del hecho señalando que “los comportamientos de uno y otro delito son diferentes y diversos son los bienes jurídicos protegidos”. Además dice: “(...) se trata de conductas que adquieren relevancia penal y criminológica autónoma y permiten su aplicación conjunta como suma de actividades delictivas de distinto carácter y de bienes jurídicos de distinta naturaleza afectados, por lo que la norma del delito penal no abarca la total antijuridicidad del hecho”. O sea, el TS sostiene que el tipo de cada uno de los delitos no contiene todo

⁵⁹ Así, sin embargo, Bernsmann: *FS Amelung*, p. 389.

⁶⁰ Cf. también NK-Altenhain: § 261, nm. 22.

⁶¹ Véase al respecto, la Sentencia 974/2012 de 5.12.12 (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=6603543&links=blanqueo&optimize=20130116&publicinterface=true> [última revisión: 20.11.2014]

el contenido del injusto, lo que es lógico desde su posición de aceptar un concurso real. Por lo demás, el ts niega una violación del *ne bis in idem* también por medio de una distinción bastante sofisticada, por no decir confusa, entre los objetos de referencia del delito fiscal y del lavado de dinero: el objeto del delito fiscal sería la base imponible que motiva la cuota (liquidación tributaria de un fraude al erario público)⁶² mientras que en el blanqueo el objeto sería la ganancia obtenida de ese fraude, o sea, la cuota tributaria concretamente defraudada. Como puede verse toda la argumentación del ts depende de este concepto material del *"idem"*. Sin embargo, esta situación cambia si, como en el derecho alemán y europeo,⁶³ se entiende el *"idem"* como hecho procesal.

BIBLIOGRAFÍA

- Altenhain, Karsten, "§ 261", en Kindhäuser -Neumann-Paeffgen, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. 3, Nomos, Baden-Baden, 2013, 4a. ed., cit. NK-Altenhain, § 261.
- Ambos, Kai, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, Beck, München, 4a. ed., 2014.
- Bernsmann, Klaus, "Im Zweifel: Geldwäsche? Überlegungen zum Verhältnis von materiellem und Prozess-Recht bei der Geldwäsche (§ 261 StGB)", en Martin Böse - Detlev Sternberg-Lieben (ed.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, cit. Bernsmann, *FS Amelung*.
- Bittmann, Folker, "Telefonüberwachung im Steuerstrafrecht und Steuerhinterziehung als Vortat der Geldwäsche seit dem 1.1.2008", en *wistra*, núm. 4, Heidelberg, 2010, cit. Bittmann, *wistra*, 2010.
- Caro Coria, Dino Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en Kai Ambos-Dino Carlos Caro Coria-

⁶² Véase STC 974/2012, pp. 162, 163.

⁶³ Véase con más detalle, Ambos, *Internationales Strafrecht*, 4a. ed., 2014, § 10 nm. pp. 112 y ss.

- Ezequiel Malarino (coord.), *Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista Editores, Lima, 2015, cit. Caro Coria, *Lavado*.
- Dierlamm, Alfred, "Geldwäsche und Steuerhinterziehung als Vortat - die Quadratur des Kreises", en Stefan Hiebl-Nils Kassebohm-Hans Lilie (eds.), *Festschrift für Volkmar Mehle: zum 65. Geburtstag am 11.11.2009*, Baden-Baden, Nomos, 2009, cit. Dierlamm, *FS Mehle*, 2009.
- Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, C.H. Beck, 2014, 61a. ed., cit. Fischer: § 261.
- Eschelbach, Ralf, § 261, Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte (mit § 17 GwG) en: Jürgen Graf-Markus Jäger-Petra Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht: Kommentar*. Beck, München, 2011, cit. Graf/Jäger/Wittig-Eschelbach, § 261.
- García Caverro, Percy, *El delito de lavado de activos*, Jurista, Lima, 2013, cit. García Caverro, *Lavado*.
- Harms, Monika, "§370a AO -Optimierung des steuerstrafrechtlichen Sanktionensystems oder gesetzgeberischer Fehlgriff", en Hans Joachim Hirsch-Jürgen Wolter-Uwe Brauns, *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt Verlag, 2003, cit. Harms, *FS Kohlmann*, 2003.
- Joecks, Wolfgang, "Strafvorschriften im Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz", en *wistra*, núm. 6, Heidelberg, 2002, cit. Joecks, *wistra* 2002.
- Neuheuser, Stephan, "§ 261", en Wolfgang, Joecks-Klaus Miebach (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 4, C.H. Beck, München, 2012, 2a. ed., cit. MüKo-Neuheuser, § 261.
- Samson, Erich, "Geldwäsche nach Steuerhinterziehung? Gedanken zur Halbwertzeit von Strafgesetzen" en Hans Joachim Hirsch- Jürgen Wolter-Uwe Brauns, *Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt Verlag, 2003, cit. Samson, *FS Kohlmann*, 2003.
- Schmidt, Wilhelm/Krause, Juliane, "§ 261", en Heinrich Wilhelm Laufhütte-Ruth Rissing-Van Saan-Klaus Tiedemann (ed.),

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, t. 8, De Gruyter, Berlin-New York, 2010, 12a. ed., cit. LK-Schmidt/Krause, § 261.

Stree /Hecker, "§ 261" en Schönke, Adolf-Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, München, 2014, 29a. ed., cit. Sch/Sch-Stree/Hecker, § 261.

Wulf, Martin, "Telefonüberwachung und Geldwäsche im Steuerstrafrecht- Die Reform der schweren Steuerhinterziehung (§370a AO a.F.) durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung - Flug oder Segen", en *wistra*, núm. 9, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2008, cit. Wulf, *wistra*, 2008.

Terroristas y debido proceso.
El derecho a un debido proceso
para los presuntos terroristas detenidos
en la bahía de Guantánamo*

Kai Ambos y Annika Maleen Poschadel**

Resumen: En este trabajo se indaga si el derecho al debido proceso puede ser restringido en relación con presuntos terroristas en el marco de la "guerra contra el terror". Después de identificar brevemente las fuentes relevantes de este derecho y su contenido, se analizan las posibles restricciones. Se estudia, en particular, el Derecho Internacional Humanitario (DIH) — como la Convención de Ginebra (CG) III y IV — y el Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) — como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) —. Se aborda

* (Orig.: "Terrorismus und faires Verfahren. Zum Recht auf ein faires Verfahren für mutmaßliche Terroristen in Guantánamo Bay"). Traducido por John E. Zuluaga T., abogado de la Universidad de Antioquia (Colombia); Magister Legum (LL.M.) y Doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); revisión por Kai Ambos. Una versión inglesa de este artículo fue publicada en *Utrecht Law Review* 2013, pp. 109-126 (<http://www.utrechtlawreview.org>).

** Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania) y Juez del Tribunal Provincial (Landgericht). Annika Maleen Poschadel es asistente de investigación en las Universidades de Göttingen y Freiburg.

además el derecho constitucional de los EEUU. Concluimos que el derecho al debido proceso se aplica plenamente a presuntos terroristas, independientemente del contexto de su detención (conflicto armado o tiempo de paz) o la calificación de estos terroristas (*de facto* o combatientes ilegales), por lo que equivale a un principio general del Derecho penal transnacional.

INTRODUCCIÓN

Algunos presuntos terroristas están detenidos por parte de los EEUU en la bahía de Guantánamo, en la base aérea de Bagram en Afganistán y en otros sitios desconocidos.¹ Hasta el momento se llegó a juicios en contra de 30 personas,² siendo impuesta la primera sentencia en 2008.³ ¿Estas personas gozan del derecho a un debido proceso? o ¿puede este derecho ser restringido en el marco de la "guerra contra el terror? Luego de una resumida presentación del fundamento jurídico y del contenido de dicho derecho, analizaremos algunas posibles restricciones. Se hará una especial consideración del DIH y de las normas de derechos humanos, así como de la misma Constitución de los EEUU. Concluimos que el derecho al debido proceso es aplicable también para presuntos terroristas sin limitación, independiente del contexto de su detención (en conflicto armado o en tiempos de paz) o de su clasificación jurídica como combatiente *de facto* o ilegal.

¹ F. de Londras, *Detention in the War on Terror*, 2011, p. 45. Desde su apertura en enero de 2002, 779 hombres han estado detenidos en Guantánamo; a partir de enero de 2013, 166 de ellos aún están presos (American Civil Liberties Union, 'Guantánamo by the Numbers', consultable en: <<http://www.aclu.org/national-security/guantanamo-numbers>> (última visita 14.10.2013). Acerca de las condiciones de detención en Guantánamo, véase D. Gartensstein-Ross, "The Future of Preventive Detention Under International Law", en P. Muller et al. (eds.), *The law of the Future and the Future of law: Volume II*, 2012, pp. 257, 259 y ss.

² Office of Military Commissions, 'Military Commissions Cases', consultable en: <<http://www.mc.mil/CASES/Military Commission.aspx>> (última visita 14.10.2013).

³ M. Englerth, "Quo Vadis Guantanamo? Reflections on the U.P. Supreme Court's Boumediene Decision", en *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal Justice* 16 (2008), núm. 4, pp. 397, 407.

A. FUENTES RELEVANTES Y CONTENIDO DEL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO

El derecho a un debido proceso, que es aplicable a la detención y el posterior procesamiento de presuntos terroristas, se desprende de diferentes fuentes. En primer lugar, en el plano internacional, se garantiza en las Convenciones de Ginebra (CG)⁴ y en tratados de derechos humanos.⁵ En segundo lugar, se concede el derecho a un debido proceso normalmente en las constituciones nacionales, como la Constitución de los EEUU (en particular, las Enmienda V y XIV).⁶ El derecho a un debido proceso representa un término genérico para una serie de derechos procesales concretados de manera diferenciada,⁷ en particular:

- El derecho a la igualdad de armas ante un tribunal, que debe ser competente, independiente e imparcial y establecido por la ley;⁸

⁴ Cf. Especialmente artículo 3 Común, artículos 84-108 de la CG III y 64-78 de la CG IV.

⁵ Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) o las —no aplicables por competencia territorial— Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), Carta Árabe de Derechos Humanos (CArDH) y la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos del Pueblo (CADHP).

⁶ Sobre la normatividad alemana, véase Rzepka, *Zur Fairness im deutschen Strafverfahren*, 2000, pp. 115 y ss.

⁷ Cf. Comité de Derechos Humanos (CDH), Observación General No. 32 (23.08.2007), doc. CCPR/C/GC/32. Hay una gran cantidad de literatura sobre el significado del principio del debido proceso, véase, por ejemplo, R. Smith, *Textbook on International Human Rights*, 2012, pp. 265-282; W. Kälin/J. Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, 2009, pp. 440-465; L. Doswald-Beck, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, 2011, pp. 251-372; J.H. Israel/W.R. LaFave, *Criminal procedure: constitutional limitations in a nutshell*, 2006, pp. 457-513; Rzepka (*supra* nota 6), pp. 34 y ss.; muy detallado E. Hoven, *Rechtsstaatliche Anforderungen an völkerstrafrechtliche Verfahren*, 2012, pp. 184-504; así como Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3a. ed., 2011, § 12 nm. 19 y ss.

⁸ Cf. Artículos 14 (1) del PIDCP; 8 (1) del CEDH; 6 (1) CEDH; XXVI de la DADDH, Sexta Enmienda Constitución de los EEUU, 84 (2) CG III; 3 Común (1) (d) CG; 47 II de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE).

- El derecho a un juicio público y una declaración pública de la sentencia;⁹
- El derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre la culpabilidad de acuerdo con la ley¹⁰ y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*);¹¹
- El derecho a ser informado de la acusación y a disponer de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa, incluido el derecho a tener acceso a las actuaciones y los documentos pertinentes de apoyo a los cargos, así como el derecho a elegir a un abogado (si es necesario, de forma gratuita y por cuenta del Estado) y a comunicarse con él confidencialmente;¹²
- El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas en un plazo razonable;¹³
- El derecho a ser asistido por un traductor o un intérprete, si es necesario;¹⁴
- El derecho a tener una revisión de la sentencia condenatoria por parte de una instancia superior¹⁵ y exigir una indemnización en caso de errores de la justicia;¹⁶

⁹ Cf. Artículos 14 I, PIDCP; 8 (5) CEDH, (1); 6 (1), CEDH; 47 (2), CDFUE.

¹⁰ Cf. Artículos 14 (2) del PIDCP; 8 (2), CADH; 7 (1) (b), CArDH; 16, CArDH; (2) del CEDH; XXVI, DADDH; 48 I, CDFUE.

¹¹ Cf. Artículos 14 (3) (g) del PIDCP; 8 (2) (g), CADH; 16 (6), CArDH, Quinta Enmienda a la Constitución de los EEUU, 99 (2), CG III.

¹² Cf. Artículos 14 (3) (a), (b), (d), (e), PIDCP; 7 (4) y 8 (2) (c) - (e), CAIS; 16 (1), (3), (4), y 13 (2), CArDH, 6 (3) (a) - (c), CEDH, 17 (1) (c), CArDH, Sexta enmienda a la Constitución de los EEUU, 99 (3), 105, CG III; 71, 72, CG IV; 47 (3), CDFUE. Véase también en el marco de la UE la Directiva 2012/13/EU (DO. 2012 L, 142, 1) y la propuesta de Directiva sobre el derecho a un abogado en los procesos penales y el derecho a la comunicación en el momento de detención (Ratsdok. 10190/13 ANNEX).

¹³ Cf. Artículos 14 (3) (c) del PIDCP; 8 (1) del CEDH; 7 (1) (c), CADHDP; 6 (1) CEDH, Sexta Enmienda a la Constitución de los EEUU; 47 (2), CDFUE.

¹⁴ Cf. Artículos 14 (3) (f) del PIDCP; 8 (1) (a), CADH; 16 (4), CArDH; 6 (3) (e) del CEDH; 105 (1), GC III. Véase en el marco de la UE también Directiva 2010/64/EU (DOC. 2010 L 280, 1).

¹⁵ Cf. Artículos 14 (5) del PIDCP; 8 (2) (h), CADH; 16 (7), CArDH; 7 Prot. 7 CEDH, 106, CG III; 73 CG IV.

¹⁶ Cf. Artículos 14 (6) del PIDCP; 10, CADH; 19 (2), CArDH; 3 Prot 7, CEDH.

- El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito (*ne bis in idem*) y la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley (*nulla poena sine lege praevia*).¹⁷

Muy relacionado con el derecho al debido proceso es el derecho a la protección contra detenciones arbitrarias y a impugnar la legalidad de la detención, así como el derecho a ser llevado sin demora ante un juez.¹⁸

B. LAS RESTRICCIONES A LAS GARANTÍAS JUDICIALES DURANTE LOS JUICIOS CONTRA PRESUNTOS TERRORISTAS

I. Las comisiones militares (Military Commissions)

En contraste con otras personas detenidas durante un conflicto armado, los detenidos en Guantánamo no son juzgados ante tribunales militares americanos siguiendo el procedimiento del Código Único de Justicia Militar (*Uniform Code of Military Justice - UCMJ -*), sino que tienen que enfrentarse a comisiones militares.¹⁹ La historia de estas comisiones se remonta a una orden militar del presidente Roosevelt emitida durante la Segunda Guerra Mundial.²⁰ Su base legal actual es la Ley de Comisiones Militares (LCM) de 2009, la que sustituyó la LCM de 2006, que había sido modificada varias veces debido a una serie de decisiones

¹⁷ Cf. Artículos 14 (7) del PIDCP; 8 (4), CADH; 19 (1); AChHR; 4 Prot. 7, CEDH; XXVI DADDH, Quinta Enmienda a la Constitución de los EEUU, 67, CG IV; 49 I, 50, CDFUE.

¹⁸ Cf. Artículo 9, PIDCP; 7, CADH; 14, CArDH; 6, CADHDP; 5 CEDH.

¹⁹ Para un panorama amplio cf. H.W. Elliott, "Military Commissions: An Overview", en D.K. Linnan (ed.), *Enemy Combatants, Terrorism, and Armed Conflict law*, 2008, pp. 121, 126 sp.

²⁰ F.D. Roosevelt, "Order Establishing a Military Commission to Try Eight Captured German Saboteurs", en G. Peters/J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, consultable en: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=16280>> (última visita 14.10.2013); cf. K. Kögler, *Rechtlos in Guantanamo?*, 2007, p. 16. Sobre la historia de las comisiones militares, véase J.P. Lutz, *Die Behandlung von 'illegalen Kämpfern' im US-Amerikanischen Recht und Völkerrecht*, 2011, pp. 226-234.

de la Corte Suprema de los EEUU.²¹ Estas comisiones militares constan de un juez militar y al menos cinco oficiales militares.²²

II. Restricciones al debido proceso

Aunque históricamente la principal diferencia entre tribunales militares y comisiones militares consistía en la jurisdicción exclusiva de este último sobre los extranjeros enemigos (*enemy aliens*),²³ los procesos ante comisiones militares conllevan actual-

²¹ *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006). Sobre la influencia de estas decisiones sobre la ley y acerca de su cronología, véase L.A. Malone, "The Legal Dilemma of Guantánamo Detainees from Bush to Obama", en *Criminal Law Forum* 23 (2012), núm. 4, pp. 347-362.

²² Cf. *Militar Commissions Act* (MCA – Ley de Comisiones Militares –), 2009, §948j(a) y §948m(a) I.

²³ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 53. En la jurisdicción de los antiguos tribunales militares/comisiones militares, véase F.D. Roosevelt, "Proclamation 2561 – Denying Certain Enemies Access to the Courts", en G. Peters/J.T. Woolley, *The American Presidency Project*, consultable en: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=16281>> (última visita 14.10.2013): "all persons who are subjects, citizens, or residents of any Nation at war with the United States or who give obedience to or act under the direction of any such Nation and who during time of war enter or attempt to enter the United States or any territory or possession thereof, [...], and are charged with committing or attempting or preparing to commit sabotage, espionage, hostile or warlike acts, or violations of the law or war, shall be subject to the law of war and to the jurisdiction of military tribunals; and that such persons shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on their behalf, in the courts of the United States, or of its States, territories, and possessions." ["todas las personas que sean sujetos, ciudadanos o residentes de cualquier país en guerra con los Estados Unidos o que obedezcan o actúen bajo la dirección de cualquier nación, y quienes en tiempo de guerra entren o intenten entrar a los Estados Unidos o en cualquier territorio o posesión del mismo, (...), y estén acusados de cometer o intentar cometer o preparar sabotaje, espionaje, actos hostiles o bélicos, o violaciones de la ley o de la guerra, estarán sujetos a la ley de la guerra y a la jurisdicción de los tribunales militares; y que esas personas no tendrán el privilegio de acudir a los recursos o sostener cualquier procedimiento, directa o indirectamente, o tener algún recurso o procedimiento en su propio beneficio, en las Cortes de los Estados Unidos, ni de sus Estados, territorios y posesiones". Traducción de John E. Zuluaga T.].

mente serias restricciones jurídicas.²⁴ Como ejemplos se advierte que los detenidos en Guantánamo tienen sólo un derecho limitado a la *asistencia jurídica*,²⁵ la detención de la mayoría de los presos nunca ha sido sometida a una *revisión sustantiva*,²⁶ la comisión puede cambiar las reglas relativas a la *admisión de las pruebas* que se aplican ante los tribunales militares²⁷ y los testigos de oídas son admitidos sin objeción.²⁸ Existe una presunción a favor de la autenticidad y exactitud de los medios probatorios del Gobierno.²⁹ El descubrimiento probatorio (*disclosure*) – totalmente constitutivo del proceso penal americano –³⁰ puede ser notablemente restringido, mientras que, por ejemplo, informaciones que poseen cierto grado de reserva pueden ser excluidas del descubrimiento probatorio;³¹ sin embargo, esto también es posible ante

²⁴ Para un análisis criminológico del tratamiento de los detenidos en Guantánamo, véase H.E. Müller, "Staatsführungen als Tätergemeinschaften am Beispiel der Gefangenenmisshandlungen und Folter in Guantanamo und Abu Ghraib", en H.E. Müller *et al.*, *Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag*, 2009, pp. 83-117.

²⁵ Un defensor civil (no militar) llegará a ser admitido cuando él alcanza el nivel de confidencialidad (*secret*) o un nivel más alto (MCA, 2009, § 949c(b) III lit. D; cf. también el ordenamiento de las antiguas comisiones militares (MCO) No. 1 2005, §§ 4(C) II-III).

²⁶ M.C. Bassiouni, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration*, 2010, p. 273, citando L.B. Wilkerson.

²⁷ Por ejemplo, no fueron excluidos ni los medios probatorios, por considerar que fuera de EEUU las pruebas no se consiguieron en virtud de una orden de registro o autorización (MCA, 2009, § 949a(b) III (A)), ni – bajo determinadas condiciones – las declaraciones de los acusados, que fueron obtenidas por coacción o autoinculpación inducida (MCA, 2009, § 949a(b) III lit. B; respecto a los métodos de interrogación utilizados, véase Bassiouni (*supra* nota a pie 26), p. 51 sp. con el estudio de algunos casos).

²⁸ MCA, 2009, § 949a(b) III lit. D; cf. J.K. Elsea, "The Military Commissions Act of 2009: Overview and Legal Issues", en *CRS Report for Congress*, 13.05.2013 consultable en: <<http://www.fap.org/sgp/crs/natsec/R41163.pdf>> (última visita 14.10.2013), p. 27.

²⁹ Cf.: <http://www.defense.gov/news/Aug2006/d20060809CSRTProcedurerep.pdf> (última visita 14.10.2013) p. 6; cf. también Elsea (*supra* nota a pie 28), pp. 23 y ss.

³⁰ Cf. Swoboda, *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad-hoc-Tribunalen*, 2013, pp. 181 y ss.

³¹ MCA, 2009, § 949, pp. 1 y ss.

cortes federales civiles.³² El juez militar puede *excluir al acusado* de cualquier parte del procedimiento cuando se determine que el acusado persiste en una conducta que justifica la exclusión de la sala con el fin de garantizar la seguridad física de las personas o para evitar cualquier interrupción del proceso por el acusado.³³ También hay dudas sobre la imparcialidad, la independencia y competencia de los miembros de la comisión, ya que son designados por el Secretario de Defensa (u otro funcionario designado por él a tal efecto) y, a menudo, carecen de experiencia judicial.³⁴ En conclusión, se trata de serias limitaciones al debido proceso,³⁵ aunque numerosas restricciones fueron ya levantadas con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU.³⁶

³² D. Eviatar, "Obama Legacy: A Parallel Justice System?", en *The Washington Independent*, 29.10.2009, consultable en: <http://washingtonindependent.com/65579/parallell-justice-system-could-become-obama-legacy> (última visita 14.10.2013).

³³ MCA, 2009, § 949d(d); cf. la antigua MCO No. 1 2005, § 6(B) III y MCO No. 1 2005, § 5(K).

³⁴ MCA, 2009, §§ 948h, 948i(b); AI, "Guantánamo schließen, die Wahrheit offenlegen", Enero 2007, consultable en: (<http://www.konfliktbearbeitung.net/downloads/file705.pdf> última visita 14.10.2013), p. 2; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 215; G. Robertson, "Fair Trials for Terrorists?", en R.A. Wilson (ed.), *Human rights in the War on Terror*, 2005, pp. 169, 174 y ss. (dando el ejemplo de que algunos miembros del jurado habían estado a cargo de llevar a los detenidos de Afganistán a Guantánamo o eran *altos oficiales de inteligencia* en Afganistán); cf. también la ley anterior: Comisión Militar No. 3 3.A. (todas las reglas de la Comisión Militar están disponibles en: <http://biotech.law.lsu.edu/blaw/dodd/corres/mco.htm>) [última visita 14.10.2013]).

³⁵ Cf. Lutz (*supra* nota a pie 20), pp. 219, 223, 386; Robertson (*supra* nota a pie 34) p. 169, cf. también las tempranas modificaciones por medio de la *National Defense Authorization Act 2012* consultable en: (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s1867es/pdf/BILLS-112s1867ep.pdf> última visita 14.10.2013); cf. también McGreal, *Military given go-ahead to detain US terrorist suspects without trial*, *The Guardian* v. 15.11.2011 consultable en: (<http://www.guardian.co.uk/world/2011/dec/15/americans-face-guantanamo-detention-obama> última visita 14.10.2013).

³⁶ En un reglamento anterior todas las pruebas que 'tendrían valor probatorio para una persona razonable' ["would have probative value to a reasonable person"] eran admisibles, incluso "testimonios de oídas y las pruebas obtenidas mediante coacción ["testimonial hearsay and evidence obtained through coercion"]; declaraciones directas y escritas de testigos no necesitaron juramento. (MCO No. 1 de 2005, § 6 (D) (1), *Hamdan v Rumsfeld*, 548 EEUU 557 (2006), p. 51). Por otra parte, el acceso del acusado y el abogado civil a las pruebas calificadas como "información protegida" ["protected infor-

C. ENFOQUES PARA LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESTRICCIONES AL DEBIDO PROCESO

Tal como lo expusimos en la sección A, el derecho al debido proceso se debe proteger íntegramente tanto en tiempos de guerra (DIH)³⁷ como en tiempos de paz (DIDH). En ambas situaciones, la pregunta que surge es si — y en caso afirmativo en qué medida — el derecho a un debido proceso puede ser restringido. Partiendo de que la CG sólo es aplicable durante un conflicto armado,³⁸ se tiene que aclarar en primer lugar la naturaleza jurídica de la "guerra contra el terror".

I. ¿Es la "guerra contra el terror" un conflicto armado (internacional)?

Un conflicto armado exige hostilidades armadas entre diferentes actores (no) estatales.³⁹ En caso de un conflicto armado no

mation"] (por ejemplo, información clasificada, "la información protegida por la ley de descubrimiento no autorizado" ["information protected by law or rule from unauthorized disclosure"] e "información sobre otros intereses de seguridad nacional" ["information concerning other national security interests"]) fue negado mientras el oficial presidente de la *comisión militar* haya decidido que la evidencia tiene 'valor probatorio' ["probative value"] y que su admisión sin el conocimiento del acusado no daría lugar a la negación de un "juicio completo y debido" ["full and fair trial"] (*Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), p. 51; MCO No. 1 2005, §§ 6(B) III, 6(D) I, V lit. a(v), b). Es más, la sentencia "debería (...) basarse en el reconocimiento de la relevancia de las *comisiones militares* para la conducción de la guerra (...) y del amplio impacto disuasivo asociado con el efecto de una sentencia en la adhesión a las leyes y costumbres de la guerra en general" (Military Commission Instruction No. 7 3.A., véase nota a pie 34). Tal importancia para las consideraciones de seguridad nacional es inusualmente desconocida en el proceso penal ordinario en los EEUU. Esto ha sido también criticado por la posible afectación de la imparcialidad del juez (Lutz [*supra* nota a pie 20], p. 217).

³⁷ Una introducción general al DIH en lengua castellana puede verse en Ambos, Kai, *Conceptos básicos del Derecho Internacional Humanitario y el nuevo crimen de agresión*, Valencia (Tiran lo Blanch), 2012.

³⁸ Artículo Común 2 a las CG; Shaw, *International Law*, 6a. ed., 2008, pp. 1170 y ss.

³⁹ E. Crawford, "Armed Conflict, International", en R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (MPEPIL), 2012, nota marginal (nm.) 1; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 236.

internacional, se requiere una cierta intensidad y duración⁴⁰. En cuanto a la llamada "guerra contra el terror", la posición oficial de EEUU es que se encuentran en un conflicto armado de alcance mundial contra Al-Qaeda y sus fuerzas asociadas.⁴¹ Como se ha demostrado en otro lugar,⁴² esto no es una hipótesis convincente

⁴⁰ *Prosecutor v Tadic*, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7.5.1997, nm. 562; Marauhn/Ntoubandi en: *MPEPIL*, Armed Conflict, Non-International nm. 3; K. Schöberl, "Konfliktpartei und Krisengebiet in bewaffneten Auseinandersetzungen - zur Debatte um den Anwendungsbereich des Rechts internationaler und nicht-internationaler bewaffneter Konflikte", *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 3 (2012), p. 136; McCoubrey, *International Humanitarian Law*, 2a. ed., 1998, p. 254; G.D., Solis, *The Law of Armed Conflict*, 2010, p. 153; Bianchi/Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, 2011, p. 132; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 235.

⁴¹ Cf. Holder, "Speech at Northwestern University School of Law v. 5.3.2012", en *US Department of Justice*, consultable en: (<http://www.justice.gov/iso/opa/ag/speeches/2012/ag-speech-1203051.html>) (última visita 28.08.2013): "We are at war with a stateless enemy, prone to shifting operations from country to country. Over the last three years alone, al Qaeda and its associates have directed several attacks - fortunately, unsuccessful - against us from countries other than Afghanistan." ("Estamos en guerra con un enemigo sin estado, con tendencia a cambiar operaciones de un país a otro. Durante los últimos tres años, Al Qaeda y sus socios han dirigido varios ataques - por fortuna, sin éxito - en contra de nosotros desde países distintos de Afganistán". Traducción de John E. Zuluaga T.).

⁴² K. Ambos/J. Alkatout, "Has 'Justice Been Done'? The Legality of Bin Laden's Killing Under International Law", en *Israel Law Review* 45 (2012), núm. 2, pp. 346 y 347 (sobre un conflicto armado), pp. 347-350 (Al-Qaeda como un grupo armado organizado?), pp. 350-353 (sobre un posible *spill over effect*) con más referencias y una discusión de los puntos de vista que comparten la posición oficial de EEUU de una "guerra" contra Al Qaeda (vers. española más corta en *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid, España), núm. 104, II, Época II, octubre 2011, pp. 5-26). De la misma opinión asimismo Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 139; A. Walen/I. Venzke, 'Unconstitutional Detention of Nonresident Aliens: Revisiting the Supreme Court's Treatment of the Law of War in Hamdi v. Rumsfeld', en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), pp. 843, 851 y ss.; Englerth (*supra* nota a pie 3), pp. 397, 427 y ss.; Gill/van Sliedregt, "Guantanamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights Of 'Unlawful Enemy Combatants'", en *Utrecht Law Review* [Utr. L. Rev.] 2005, pp. 28, 30; cf. *Prosecutor v Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1, A.Ch., 2.10.1995, nm. 70; Griesbaum/Wallenta, "Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge - Eine Bestandsaufnahme", en *NSfZ* 2013, p. 369.

te dado que, primero, Al-Qaeda no cumple los requisitos de un "grupo armado organizado" en el sentido del DIH y, segundo, que los EEUU no está en guerra con los Estados que supuestamente albergan miembros de Al-Qaeda. Al contrario, es indiscutible que los EEUU, poco después del 11 de septiembre de 2001, entró en un conflicto armado internacional con Afganistán, que en ese momento era todavía gobernado por los talibanes.⁴³ Este conflicto, sin embargo, no se inició por los ataques del 11 de septiembre de 2001 al World Trade Center y al Pentágono, ya que los pilotos de Al-Qaeda actuaron como autores individuales (terroristas).⁴⁴ Al contrario, el conflicto Afgano se puede dividir en dos fases centrales:⁴⁵

- La intervención de EEUU en octubre de 2001 internacionalizó el conflicto no internacional que tenía curso entre talibanes y fuerzas afganas disidentes del régimen, convirtiéndolo en un conflicto internacional entre la coalición encabezada por Estados Unidos contra el Gobierno *de facto* de Afganistán.⁴⁶

⁴³ Y. Arai-Takahashi, "Disentangling legal quagmires: the legal characterisation of the armed conflicts in Afghanistan since 6/7 October 2001 and the question of prisoner of war status", en *Yearbook of International Humanitarian Law* 5 (2002), p. 64; G.H. Aldrich, "The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants", en *American Journal of International Law* 96 (2002), núm. 4, p. 893; J. Toman, "The Status of Al Qaeda/Taliban Detainees Under the Geneva Conventions", en *Israel Yearbook on Human Rights* 32 (2002), p. 272. Para una cronología, véase M.C. Bassiouni (*supra* nota a pie 26), pp. xxxiii y ss.

⁴⁴ J. Toman (*supra* nota a pie 43), p. 273; Lutz (*supra* nota 20), pp. 139, 365; J. Fitzpatrick, "Jurisdiction of military commissions and the ambiguous war on terrorism", en *American Journal of International Law* 96 (2002), núm. 2, p. 348; R. Wolfrum/C.E. Philipp, "The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law", en *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 6 (2002), p. 588; Cf. A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42) pp. 843, 853.

⁴⁵ Cf. Lutz (*supra* nota a pie 20), pp. 364 y ss., quien divide en tres fases. Arai-Takahashi (*supra* nota a pie 43), pp. 61, 64, quien subdivide en cinco etapas diferentes, pero no llega a una conclusión diferente.

⁴⁶ Elsea, "Treatment of 'Battlefield Detainees' in the War on Terrorism", en *CRS Report for Congress*, 15.11.2005, consultable en: (<http://fpc.state.gov/documents/organization/58279.pdf>, última visita 14.10.2013), p. 14; J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 271, 272; Lutz (*supra* nota a pie 20), pp. 364 y ss.; K. Schöberl (*supra* nota a pie 40) pp. 128, 131, destacando, sin embargo, que la definición de un gobierno *de facto* es poco claro hasta ahora; véase también K. Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 241.

- Después de la caída de los talibanes, el conflicto armado se convirtió en un conflicto no internacional (talibanes contra el nuevo Gobierno).⁴⁷ Esta caracterización como conflicto no internacional no cambia con el apoyo dado al Gobierno de Karzai por la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad liderada por Estados Unidos en su lucha contra los talibanes, ya que actuaban en nombre del Gobierno Afgano.⁴⁸

II. Derecho aplicable: Derecho Internacional Humanitario

Para las personas detenidas durante o en relación con el conflicto armado contra los talibanes y / o en Afganistán, el DIH es aplicable:⁴⁹ concretamente los CG y sus Protocolos Adicionales (PA), aunque sólo el primero ha sido ratificado tanto por los EEUU como por Afganistán⁵⁰ y sólo se considera, indiscutiblemente,

⁴⁷ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 366.

⁴⁸ Milanovic, "What Exactly Internationalizes an Internal Armed Conflict?", en *EJIL:Talk!* v. 7.5.2010, consultable en: (<http://www.ejiltalk.org/what-exactly-internationalizes-an-internal-armed-conflict/> última visita 14.10.2013); Schöberl (*supra* nota a pie 40) pp. 128, 135; Solis (*supra* nota a pie 40), p. 154. Cf. Schmitt *et al.*, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, consultable en: (<http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC> última visita 14.10.2013), p. 2: "Los conflictos armados no internacionales son enfrentamientos armados ocurridos en el territorio de un solo Estado y en el que las fuerzas armadas de ningún otro Estado se comprometen contra el gobierno central" (traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor); véase también Ambos, "Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht", en *NJW* 2010, pp. 1725, 1726.

⁴⁹ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 139. En cuanto a la aplicación territorial del DIH en los conflictos armados internacionales y no internacionales, véase en detalle Schöberl (*supra* nota a pie 40), p. 128, 132 y ss.

⁵⁰ Consultable en: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P> (última visita 14.10.2013); <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (última visita 14.10.2013) o <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=475&ps=P> (última visita 14.10.2013). La Administración Obama insiste en que su práctica militar de todos modos ya cumple con el Protocolo II y el artículo 75, PA, consultable en: (http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/Fact_Sheet_-

como derecho internacional consuetudinario.⁵¹ Sin embargo, la CG, en particular las CG III y IV, aparte de su artículo 3 común, se aplican solamente en un conflicto armado internacional, es decir, en este caso particular, hasta la caída de los talibanes. Después, sólo se aplica el artículo 3 común a las CG I-IV, el cual contiene al menos algunas garantías mínimas.

1. ¿Estatus de prisioneros de guerra para presuntos terroristas (CG III) o protección como civiles (CG IV)?

Para responder la pregunta de si los prisioneros en Guantánamo gozán del estatus de prisioneros, se tiene que diferenciar primero entre prisioneros integrantes de Al-Qaeda y talibanes.⁵² Los talibanes no fueron reconocidos por el Gobierno de Bush originalmente como prisioneros de guerra en el sentido de la CG III, porque Afganistán era visto como "estado fallido" y los talibanes no fueron considerados como Gobierno, sino como un "grupo militante que opera de manera similar a los terroristas" (*militant, terrorist-like group*).⁵³ Del artículo 4A (3) CG III⁵⁴ y el artículo

Guantanamo_and_Detainee_Policy.pdf última visita 14.10.2013), p. 3; cf. C.J. Dunlap, "Do We Need New Regulations in International Humanitarian Law? One American's perspective", en *Journal of International Law of Peace and Armed Conflict* 3 (2012), pp. 120, 123, 124 y ss.).

⁵¹ G.C. Kamens, "International Legal Limits on the Government's Power to Detain 'Enemy Combatants'", en D.K. Linnan (ed.), *Enemy Combatants, Terrorism, and Armed Conflict Law*, 2008, p. 108; *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), pp. 64 y 65.

⁵² La palabra talibán viene 'talib', que significa algo como aquel que está buscando algo para sí mismo y se refiere a los estudiantes de instituciones religiosas (Matinuddin, *The Taliban phenomenon*, 2001, p. 12). Los talibanes vinieron en 1994 de aldeas en Kandahar y campos de refugiados en Pakistán (Nojumi, *The rise of the Taliban in Afghanistan*, 2002, p. xi). Después de la retirada de los soviéticos, se apoderaron de varias ciudades afganas, incluida Kabul, en septiembre de 1996, ganando el control de 80 a 90% del país (ebd.; Philipp en: *MPEIL*, Talibán nm. 3).

⁵³ Gonzales, *Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban*, consultable en: (<http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf> última visita 14.10.2013), p. 1.

⁵⁴ Luego de esto gozan de estatus de prisioneros de guerra y los respectivos derechos (art. 4(A) CG, III): "Miembros de fuerzas armadas de una parte del

dad basada en el *modelo organizacional* (I.2). Por otro lado, la fundamentación de esa responsabilidad con base en el *modelo de atribución* lleva a diversas cuestiones de notable relevancia, como la eventual acumulación de responsabilidad penal, la definición del rango del individuo que desencadena la responsabilidad de la empresa, o la identificación del delito y del trabajador. Más allá de ello, la posibilidad de una fundamentación con base en el último de los modelos conduce a otras cuestiones relativas a la intervención en el delito, donde la relevancia de la complicidad se impone desde una perspectiva práctica. En ese sentido, mientras que en el ámbito objetivo es necesaria la definición de un umbral mínimo de punibilidad (II.2.1), en el ámbito subjetivo se requiere de un estándar idóneo y que al mismo tiempo no resulte disuasivo para la actividad empresarial ni perjudicial para la persecución de los crímenes (II.2.2). De cualquier modo, incluso la superación de esos desafíos no suprime la existencia de otras circunstancias que, en general, podrían desaconsejar las expectativas demasiado altas en el recurso al Derecho Penal Económico Internacional para la búsqueda de una legítima *accountability* empresarial.

I. CUESTIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA (INTERNACIONAL)

1. Cuestión previa: enfoque en la empresa como tal («*corporate approach*»)

Se denomina Derecho Penal Internacional Económico¹ a una parte del Derecho Penal Internacional (DPI) que se ocupa de aquellos *comportamientos de empresas o de sus responsables* que conllevan una infracción de normas penales del Derecho Internacional.² Esos comportamientos están relacionados con la actividad económica (producción/procesamiento/comercialización de pro-

¹ Sobre la cuestión terminológica en diversos idiomas, véase Ambos (2018b), p. 27.

² Cf. Jeßberger, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 13 y ss.; también Wittig, en *ibidem*, pp. 241, 242 («Aplicación del Derecho Penal Internacional vigente respecto de actores económicos...»); acerca de la creciente importancia del Derecho Penal Internacional en este ámbito *International Commission of Jurists (ICJ)* (2008), p. 5; a favor de un tal Derecho Penal Internacional Económico Soyer, en Kert/Lehner, pp. 113, 125.

ductos/servicios). Se trata pues de comportamientos del ámbito económico,³ que aparecen a menudo como comportamientos lícitos («neutrales») («*ancillary/neutral business activities*», «*actions neutres*»). Las normas penales del Derecho Internacional correspondientes son, en principio, los *crímenes nucleares* del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), es decir, el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad,⁴ en esencia, se trata aquí de normas de sanción de graves violaciones de derechos humanos, así como de sus normas primarias de comportamiento.⁵

La ofensiva del Derecho Penal Internacional sobre el colectivo, esto es, la búsqueda de su *accountability* en el ámbito del Derecho Penal Internacional, está basada en la premisa de que, por lo regular, la comisión de crímenes macrocriminales solo es posible con los inmensos recursos organizativos y financieros que usualmente son puestos a disposición por los actores económicos⁶. A menudo existe también una intervención estatal en los crímenes, de modo que una persecución penal está excluida *de facto*.⁷

Si bien en la discusión llevada a cabo en el ámbito del Derecho Penal Internacional se distingue entre la punibilidad de la empresa como tal y la del trabajador de la empresa, sin embargo, su enfoque principal —en el sentido de un modelo de imputación holístico-colectivo—⁸ gira en torno a aquella.⁹ Las razones esgri-

³ Respecto al concepto de la relación con el negocio, relevante en ese sentido para la responsabilidad jurídica véase nota 35 y texto principal.

⁴ Respecto al crimen de agresión en este contexto, véase Ambos (2018b), p. 24.

⁵ Acertadamente a favor de una limitación proveniente de los derechos humanos, Thurner (2012), pp. 220 y ss., 227 y ss., 277 y ss. (con un catálogo concreto en p. 224, que si bien contiene como cuarto grupo los crímenes nucleares del ECPI sin embargo, en general se extiende más allá de ellos).

⁶ Abrantes, RPCC 26 (2016), 78; Bernaz, JICJ 15 (2017), 527, 528.

⁷ Cf. también Adam (2015), p. 246 (la no sanción de violaciones de derechos humanos como «ventaja» económica).

⁸ Al respecto, Meyer, ZStW 126 (2014), 129 con notas adicionales.

⁹ A favor por ejemplo, Stoitchkova (2010) pp. 108 y ss.; Thurner (2012), pp. 251 y ss., 278 y ss.; Engelhart, en: Burchard/Triffterer/Vogel, p. 175, 185, 186, 188 («special set of rules for corporate criminal responsibility», aunque sin desarrollo [186], y en todo caso una responsabilidad directa de personas jurídicas en cuanto a crímenes internacionales nucleares); Adam (2015) pp.

43 (1) del PA I ("no reconocidos por la Potencia detenedora") se deduce, sin embargo, que la condición de prisionero de guerra no depende del reconocimiento de la parte contraria, sino de la interpretación razonable de estas regulaciones. Si se considera a los talibanes como las fuerzas armadas del (antiguo) Gobierno *de facto* de Afganistán,⁵⁵ serán concebidos por el artículo 4A, CG III, ya sea como "miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto" (numeral 1) o "miembros de fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora" (numeral 3).⁵⁶ El estatus de prisionero de guerra será asegurado independiente de la nacionalidad.⁵⁷ De hecho, el gobierno de Bush cambió su

conflicto, asimismo miembros de milicias y cuerpos voluntarios que pertenezcan a una fuerza armada" (para. 1), bajo determinadas condiciones "miembros de otras milicias y cuerpos voluntarios, [...] que pertenezcan a una parte involucrada en el conflicto" (para. 2), "miembros de fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia detenedora" (para. 3), "las personas que sigan a las fuerzas armadas sin formar realmente parte integrante de ellas [...]" (para. 4), así como "la población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva las armas a la vista y respeta las leyes y las costumbres de la guerra" (para. 6). Una protección integral ofrece el artículo 43 I, PA I, el cual no fue ratificado por Estados Unidos.

⁵⁵ J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 271, 284; R. Otto, *Targeted Killings and International law*, 2012, pp. 223 y 224; Y. Arai-Takahashi (*supra* nota a pie 43), pp. 61, 95-97; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 315; Philipp, "Talibán", en: *MPEPIL*, nm. 9 y ss.

⁵⁶ Otto (*supra* nota a pie 55), pp. 22 y ss.; L. Azubuike, "Status of Taliban and al Qaeda Soldiers: Another Viewpoint", en *Connecticut Journal of International law*, 19 (2003-2004), pp. 127, 147 (ambos aplicando el art. 4A Nr. 1, CG III); Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44), pp. 598 y 599; J. Toman (*supra* nota a pie 43), pp. 285 y 286 (ambos aplicando Nr. 3). Disintiendo Y. Dinstein, "Unlawful Combatancy", en *Israel Yearbook on Human rights* 32 (2002), p. 267, aplicando los requisitos del nr. 2 y nr. 3 y argumentando que los talibanes no cumplen con los requisitos de los lits. (a) a (d), ya que no llevan ningún uniforme; en contra Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44), pp. 559, 599, haciendo hincapié en que los talibanes se "distingúan de la población civil, ya que llevaban turbantes negros y tenían pañuelos que indicaba a qué fuerza pertenecían".

⁵⁷ Artículo 16, CG III: "Habida cuenta de las disposiciones del presente Convenio relativas a la graduación, así como al sexo [...], todos los prisioneros

posición original y reconoció estatus de prisioneros de guerra a los talibanes a principios de 2002.⁵⁸

Como organización terrorista internacional,⁵⁹ Al-Qaeda no puede ser parte de la CG debido a que no es un Estado ("Alta Parte Contratante").⁶⁰ Sin embargo, esto no significa necesariamente que sus miembros no puedan disfrutar el estatus de prisioneros de guerra en el sentido de la CG III⁶¹ en tanto exista una

deberán ser tratados de la misma manera por la Potencia detenedora, sin distinción alguna de índole desfavorable de raza, de nacionalidad, de religión, de opiniones políticas u otras, fundadas en criterios análogos". (Cursiva por el autor)

⁵⁸ K.E. Dahlstrom, "The Executive Policy Toward Detention and Trial of Foreign Citizens at Guantanamo Bay", en *Berkeley Journal of International Law* 21 (2003), núm. 3, p. 662; B. Kemper/N. Bendavid, "U.P. grants POW status to Taliban, not Al Qaeda", en *Chicago Tribune*, 8.02.2002, consultable en: http://articlep.chicagotribune.com/2002-02-08/news/0202080309_1_geneva-convention-human-rights-al-qaeda (última visita 14.10.2013).

⁵⁹ Al-Qaeda es una organización terrorista internacional que fue fundada a finales de 1980, su nombre significa "la base". Evolucionaron a partir de los movimientos muyahidines que lucharon contra la ocupación soviética de Afganistán. Sus miembros fueron combatientes viajantes en conflictos en Somalia y Bosnia. Ellos colaboran con los talibanes desde mediados de 1990. Sus miembros están conectados por una red transnacional entre sí, lo que les facilitó la comunicación transnacional, intercambio de información y transferencia de dinero. Después de la intervención de EEUU en la Guerra del Golfo en 1990 y Somalia en 1992 atacaron varias instituciones estadounidenses, como el World Trade Center en 1993, las embajadas de EEUU en África Oriental y el *ISS Cole* en un puerto yemení. Los ataques del 11 de septiembre de 2001 representan la cúspide de la escalada de violencia. Véase Riedel, *The Search for Al Qaeda*, 2008, p. ix; Migaux en: Chaliand/Blin (ed.), *The history of terrorism*, 2007, p. 314; Margulies Al Qaeda, 2003, p. 10, 15 y ss.; Schneckener, *Netzwerke des Terrors*, consultable en: (http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/studien/S42_02_gesch_tzt.pdf, última visita 14.10.2013), pp. 20 y ss. Desde el punto de vista alemán sobre la influencia de Al-Qaeda en individuos terroristas, véase el informe de la Comisión Delegada del Gobierno para revisar los detalles de la legislación de seguridad en Alemania (*Regierungskommission zur Überprüfung der Sicherheitsgesetzgebung in Deutschland* [Sicherheitsbericht], 28.8.2013), p. 7.

⁶⁰ Véase Ambos/Alkatout (*supra* nota a pie 42), pp. 341, 347.

⁶¹ A.A. Yoo/Delahunty, "Memorandum: Application of Treaties and Laws to Al-Qaeda and Taliban Detainees", en *US Department of Justice*, 9 Ja-

vinculación de hecho entre Al-Qaeda y una parte del conflicto al momento de la captura.⁶² A pesar de algunas dependencias recíprocas,⁶³ no se pudo confirmar un suficiente vínculo entre Al-Qaeda y los talibanes,⁶⁴ ni combatir a Al-Qaeda en nombre y bajo el mando del Estado Afgano o sus fuerzas armadas. Además, los integrantes no portaban consigo un símbolo que se pudiera reconocer desde la distancia.⁶⁵ Por esta razón no es aplicable la CG III, por regla general, a los miembros de Al-Qaeda.⁶⁶

El artículo 4 (1) de la CG IV determina que como *civiles* "protege a las personas 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 súbditas." En el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) aparece el término "en el poder de" ("in the hands of") como sinónimo para "en el territorio de".⁶⁷ Es por esta razón

nuary 2002, consultable en: (http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB_127/02.01.09.pdf última visita 14.10.2013), p. 1; G.W. Bush, "Status of Detainees at Guantanamo", en G.W. Bush, en *The White House*, consultable en: (www.aclu.org/files/assets/2002_02_07_Factsheet_Status_of_Detainees_at_Guantanamo_0.pdf última visita 14.10.2013); R.A. Porrata-Doria, "The Geneva Conventions and Their Applicability to the 'War on Terror'", en *Temple Political & Civil rights law review* 14 (2004-2005), pp. 599, 607 y 608.

⁶² Cf. International Committee of the Red Cross [ICRC], *Commentary III Geneva Convention* [CG III], 2006, p. 57.

⁶³ Schneckener (*supra* nota a pie 59), p. 35

⁶⁴ J. Toman (*supra* nota a pie 43), pp. 271, 292; G.H. Aldrich (*supra* nota a pie 43), p. 893, con nota a pie 11; M. Sassòli, "Guantánamo, Detainees", en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 14; disintiendo Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56), p. 268; L. Azubuike (*supra* nota a pie 56), pp. 153 y 154.

⁶⁵ J. Toman (*supra* nota a pie 43) pp. 271, 293; cf. artículos 43 Im CG PA I; 1 Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo a la Convención de La Haya de 1907, IV relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; cf. J.-M. Henckaerts, 'Armed Forces', en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012.

⁶⁶ Cf. J. Toman (*supra* nota a pie 43), pp. 271, 294; Otto (*supra* nota a pie 55), pp. 232 y ss.

⁶⁷ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention* [CG IV], 1958, p. 51: "Nevertheless, disregarding points of detail, it will be seen that there are two main classes of protected person: (1), enemy nationals" within the national territory of each of the Parties to the conflict and (2), the whole population "of occu-

por la que algunos autores afirman que las personas tienen que ser capturadas, ya sea en territorio ocupado o en el territorio de una parte en el conflicto.⁶⁸ Esta restricción, sin embargo, no tiene ninguna base en el texto de la CG IV. El término "*in the hands of*" ("en poder de") sugiere mucho más una medida *de facto* en lugar de una medida legal. A partir de la variedad de lugares de control durante un conflicto armado, el estatus de prisionero no puede depender del sitio de su captura.

Del artículo 4, inc. 3, CG IV y las excepciones de protección allí definidas para las personas protegidas por las CG I-IV, se puede llegar a la conclusión inversa de que no hay vacíos de protección entre las convenciones.⁶⁹ Esto se respalda también en un argu-

mentary territories (excluding nationals of the Occupying Power)". ("Sin embargo, sin tener en cuenta cuestiones de detalle, se verá que hay dos clases principales de persona protegida: (1), ciudadanos de países enemigos" dentro del territorio nacional de cada una de las partes en conflicto, y (2), el conjunto de la población "de los territorios ocupados (excluyendo los nacionales de la Potencia ocupante)". Traducción de John E. Zuluaga T.)

⁶⁸ J. Callen, "Unlawful Combatants and the Geneva Conventions", en *Virginia Journal of International Law* 44 (2004) pp. 1025, 1065 y 1032: "... be captured either in occupied territory or in the home territory of [a] belligerent country" (ser capturado, ya sea en territorio ocupado o en el territorio de origen de [un] país beligerante", traducción de John E. Zuluaga T.).

⁶⁹ *Prosecutor v Delalic*, Judgement, Case No. IT-96-21-T, T.Ch., 16.11.1998, para. 271; K. Dörmann, "The legal situation of 'unlawful/unprivileged combatants'", en *International Review of the Red Cross* 85 (2003), núm. 849, pp. 45, 47; Cassese, 'Expert Opinion On Whether Israel's Targeted Killings of Palestinian Terrorists is Consonant with International Humanitarian Law', consultable en: (<http://www.stoptorture.org.il/files/cassese.pdf> última visita 14.10.2013), p. 14; M. Sassòli, "Use and Abuse of the Laws of War in the 'War on Terrorism'", en *Law and Inequality* 22 (2004), núm. 2, pp. 195, 207; ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 51: "In short, all the particular cases we have just been considering confirm a general principle which is embodied in all four Geneva Conventions of 1949. Every person in enemy hands must have some status under international law: he is either a prisoner of war and, as such, covered by the Third Convention, a civilian covered by the Fourth Convention, or again, a member of the medical personnel of the armed forces who is covered by the First Convention. There is not, 'intermediate status'; nobody in enemy hands can be outside the law." ("En resumen, todos los casos particulares que acabamos de considerar confirman un principio general que se materializa en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949. Todas las personas en poder del enemigo deben tener un estatus en el derecho internacional: o bien es

mento contrario derivado del artículo 5 CG IV. El hecho de que esta norma restrinja los derechos de las personas protegidas por este acuerdo (*individual protected person*) si ellas son sospechosas de dedicarse a actividades perjudiciales para la seguridad de una parte del conflicto o una potencia ocupante, demuestra que estas personas gozan, en principio, de tal protección. Asimismo, si se aplica esta norma a los miembros de Al-Qaeda, esto no restringiría su derecho al debido proceso según el artículo 5, inc. 3, CG IV.⁷⁰

Sin embargo, mientras que la nacionalidad es irrelevante para la aplicación de la CG III,⁷¹ en el artículo 4 (2), CG IV, se establece una "excepción de nacionalidad", a partir de la cual los miembros de Estados "neutrales" no llegan a ser contemplados como personas protegidas, si el Estado en cuya esfera de influencia se encuentran, tiene relaciones diplomáticas normales con su Estado de origen, es decir, mientras que el Estado del que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén.⁷² Esta excepción de nacionalidad se aplica a la mayoría de los detenidos en Guantánamo,⁷³ ya que son ciudadanos de "Estados neutrales" como Yemen, Kuwait o Arabia Saudita, con los que los EEUU tiene relaciones diplomáticas.⁷⁴ Sin embar-

un prisionero de guerra y, como tal, está cubierta por el Convenio III, o un civil cubierto por el Convenio IV, o de nuevo, un miembro del personal médico de la fuerzas armadas que está cubierto por el Convenio I. No hay 'estado intermedio', nadie en poder del enemigo puede estar fuera de la ley". Traducción de John E. Zuluaga T.)

⁷⁰ Artículo 5 III 1, CG IV: "...en caso de diligencias judiciales, no quedarán privadas de su derecho a un proceso equitativo y legítimo, tal como se prevé en el presente Convenio".

⁷¹ Véase *supra* nota a pie 57.

⁷² Artículo 4 II, CG IV: "...Los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén."

⁷³ Respecto a una lista de detenidos, véase: <http://www.guardian.co.uk/world/datablog/2011/apr/25/guantanamo-bay-detainees-full-list#data> (última visita 14.10.2013) y la lista oficial del Departamento de Defensa (<http://www.defense.gov/news/May2006/d20060515%20List.pdf> (última visita 14.10.2013).

⁷⁴ J. Callen (*supra* nota a pie 68), pp. 1025, 1070; J.B. Bellinger/V.M. Padmanabhan, "Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges

go, la excepción de nacionalidad no tiene que ser forzosamente interpretada en el sentido de una excepción al ámbito de protección. Mucho mejor se puede entenderla a partir de la posible protección consular y jurídica de los respectivos nacionales afectados por medio de su Estado de origen.⁷⁵ Esta protección no funciona con eficacia, sin embargo, si estos nacionales son detenidos por otro poder y los Estados de origen ni siquiera saben de su detención. Además, la excepción de nacionalidad no puede aplicarse razonablemente en tiempos de ocupación⁷⁶ —*in casu* por lo menos en el tiempo entre la intervención de los EEUU y la caída del gobierno talibán—,⁷⁷ ya que en esta situación los representantes diplomáticos no están acreditados ante la potencia ocupante y, por tanto, la ayuda consular no puede concederse.⁷⁸ Pero incluso si se utiliza plenamente la excepción de nacionalidad, siguen siendo aplicables las garantías básicas "que son reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados" (art. 3 común, CG). En efecto, si se acepta que estas garantías jurídicas se aplican en tales conflictos, que están excluidos *per se* del ámbito de protección de la CG, se deben aplicar las mismas *a maiore ad minus* también en tales situaciones en las cuales el derecho de Ginebra es válido.

En un conflicto armado *no internacional*, el artículo 3 común, CG que acabamos de citar se aplica y ofrece un nivel mínimo de protección. No resulta convincente la postura contraria tomada por la administración Bush, con la que se argumentaba que el artículo 3 común se aplica únicamente a los escenarios que se asemejan a una guerra civil y que una ampliación a los conflictos armados (no internacionales) con participación internacional necesitaría de la aprobación de los Estados parte,⁷⁹ de tal manera que la CG

for the Geneva Conventions and Other Existing Law", en *American Journal of International Law* 105 (2011), núm. 2, pp. 201, 216.

⁷⁵ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 49.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁷⁷ Véase *supra* sección C.I. Para el supuesto de una ocupación M. Sassóli, "Use and Abuse of the Laws of War in the 'War on Terrorism'", en *law and Inequality* 22 (2004), núm. 2, pp. 195, 207; en contra J. Callen (*supra* nota a pie 68), pp. 1025, 1069.

⁷⁸ ICRC, *Commentary IV Geneva Convention*, 1958, p. 49.

⁷⁹ Yoo/Delahunty (*supra* nota a pie 61), pp. 7 y ss.

no tendría aplicación para los integrantes de Al-Qaeda detenidos, privados de la libertad durante el conflicto en Afganistán.⁸⁰ En los trabajos preparatorios de las CG se hace referencia a "casos de guerra civil, conflictos coloniales, o guerras religiosas" como casos especiales (pero no concluyentes) de un conflicto armado no internacional.⁸¹ De esto no se puede desprender que los redactores del proyecto se propusieron una aplicación directa sólo a conflictos similares a guerras civiles. Su voluntad representa de todos modos solamente un medio de interpretación complementario⁸² y el texto literal ("conflicto armado que no sea de índole internacional"), decisivo según el artículo 33 (1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no contiene ninguna restricción. Como resultado, esto significa que tanto los talibanes y miembros de Al-Qaeda gozan de protección en virtud del DIH. Los primeros, tienen derecho a la condición de prisioneros de guerra en el sentido de la CG III, los segundos, gozan de los derechos del artículo 3 común a la CG o de la CG IV.⁸³

2. ¿Negación de derechos por medio de una tercera categoría: combatientes enemigos ilegales?

La Administración Bush trató de privar a los detenidos en Guantánamo de los aludidos derechos y calificó a los mismos como "combatientes enemigos ilegales" (*unlawful enemy combatants*) o "enemigos beligerantes no privilegiados" (*unprivileged enemy*

⁸⁰ Yoo/Delahunty (*supra* nota a pie 61), p. 2: "... neither the Geneva Conventions nor the WCA [= War Crimes Act] regulate the detention of Al-Qaeda prisoners captured during the Afghanistan conflict." (ni los Convenios de Ginebra ni el WCA [= Ley de Crímenes de Guerra] regulan la detención de presos de Al-Qaeda capturados durante el conflicto de Afganistán". Traducción de John E. Zuluaga T.).

⁸¹ Artículo 2, IV Proyectos de Convención (XVII Conferencia Internacional de la Cruz Roja de Estocolmo), Draft Conventions (XVIIth International Red Cross Conference Stockholm), impreso en ICRC, *Commentary III Geneva Convention*, 1960, p. 31. Cf. también Bellinger/Padmanabhan (*supra* nota a pie 74), pp. 201, 206.

⁸² Artículo 32, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; cf. también K. Schöberl (*supra* nota a pie 40) pp. 128, 137.

⁸³ *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), pp. 65 y ss.

belligerents).⁸⁴ Si bien este concepto no se puede encontrar en el DIH codificado,⁸⁵ el mismo se remonta a la decisión de la Corte Suprema de los EEUU "ex parte Quirin" de 1942. En dicha sentencia, la Corte Suprema de Justicia definió *combatientes ilegales* como los combatientes que pueden ser perseguidos penalmente a causa de los hechos violatorios de las reglas de la conducción de la guerra (como espionaje).⁸⁶

La Ley de Comisiones Militares (*Military Commissions Act -MCA-*) de 2006 define a un *enemigo combatiente ilegal*, como "una persona que ha participado en las hostilidades o que ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus cobeligerantes y que no es un combatiente legal (lo que incluye integrantes de los talibanes, Al-Qaeda o fuerzas

⁸⁴ Sobre el concepto, véase *infra* nota a pie 89 y texto central.

⁸⁵ Wiczeorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht*, 2005, p. 27; T. Gill/E. van Sliedregt, "Guantánamo Bay: A Reflection On The Legal Status And Rights Of 'Unlawful Enemy Combatants'", en *Utrecht law review* 1 (2005), núm. 1, pp. 28, 32; A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42), pp. 843, 856 y ss., quienes critican el concepto completo.

⁸⁶ *Ex parte Quirin*, 317 US 1, 31 (1942): "Lawful combatants are subject to capture and detention as prisoners of war by opposing military force. Unlawful combatants are likewise subject to capture and detention, but in addition they are subject to trial and punishment by military tribunals for acts which render their belligerency unlawful. The spy who secretly and without uniform passes the military lines of a belligerent in time of war, seeking to gather military information and communicate it to the enemy, or an enemy combatant who without uniform comes secretly through the lines for the purpose of waging war by destruction of life or property, are familiar examples of belligerents who are generally deemed not to be entitled to the status of prisoners of war, but to be offenders against the law of war subject to trial and punishment by military tribunals." ("Combatientes legales están sujetos a capturas y detenciones como prisioneros de guerra por parte de fuerzas militares opositoras. Combatientes ilegales son también objeto de la captura y detención, pero además están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares por actos que hacen ilegal su beligerancia. El espía que secretamente y sin uniforme pasa las líneas militares de un beligerante en tiempo de guerra, tratando de recopilar información militar y la comunicará a los enemigos, o un combatiente enemigo que sin uniforme viene en secreto a través de las líneas con el fin de hacer la guerra con destrucción de la vida o la propiedad, son ejemplos familiares de los beligerantes que en general se considera que no tienen derecho al estatus de prisioneros de guerra, pero al ser infractores de la ley de guerra se sujetan a juicio y castigo por los tribunales militares". Traducción de John E. Zuluaga T.).

asociadas)" o "una persona que, antes, en, o después de la fecha de la promulgación de la Ley de Comisiones Militares [LCM] de 2006, se ha determinado que es un *enemigo combatiente ilegal* por el Tribunal para la Revisión del Estatus de Combatiente [Combatant Status Review Tribunal, -CSRT⁸⁷] u otro tribunal competente establecido bajo la autoridad del Presidente o Ministro de Defensa".⁸⁸ Las decisiones del CSRT pueden ser recurridas ante la Corte del Distrito de Columbia.⁸⁹ Desde 2009, la LCM distingue entre "*beligerantes privilegiados*" -individuos que pertenecen a una de las ocho categorías enumeradas en el artículo 4 CG III-⁹⁰ y "*enemigos beligerantes no privilegiados*" -personas que, sin ser *beligerantes privilegiados*, han "participado en hostilidades contra los Estados Unidos o sus socios de la coalición", o han "apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de la coalición" o eran "una parte de Al-Qaeda en el momento de la supuesta infracción".⁹¹ *Beligerantes enemigos sin*

⁸⁷ El CSRT se ha creado después de que la Corte Suprema de EEUU había pedido un examen del estatus como un "*enemigo ilegal combatiente*". Véase más información en: http://www.defense.gov/news/combatant_Tribunalp.html (última visita 14.10.2013). Crítico Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 209.

⁸⁸ MCA 2006, § 948a: "a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces) [...] or a person who, [...] has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense". (una persona que ha participado en las hostilidades o que ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus cobeligerantes, que no es un combatiente enemigo legal (incluyendo una persona que es parte de los talibanes, Al Qaeda o fuerzas asociadas) [...] o una persona que, [...] se ha determinado que es un enemigo combatiente ilegal por un Tribunal de Revisión del Estatuto de Combatiente u otro tribunal competente establecido bajo la autoridad del Presidente o del Secretario de Defensa", Traducción de John E. Zuluaga T.)

⁸⁹ F. Meyer, "Habeas Corpus und Suspension Clause", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 69 (2009), p. 1, 2.

⁹⁰ Véase MCA, 2009, § 948a VI.

⁹¹ MCA, 2009, § 948a VII: "an individual (other than a privileged belligerent) who [...] has engaged in hostilities against the United States or its coalition partners; [...] has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its coalition partners; or [...] was a part of al Qaeda at

privilegios no pueden invocar los Convenios de Ginebra.⁹² Aunque la LCM de 2006 y 2009 utilizan una terminología diferente -combatientes enemigos ilegales frente a los beligerantes enemigos sin privilegios- la única diferencia notable se observa en el hecho de que la pertenencia a los Talibanes ya no forma parte de la definición más reciente.⁹³

Dado que la "decisión *Quirin*" fue tomada antes de la promulgación de la CG y el concepto de combatiente ilegal no se ha adoptado en las codificaciones posteriores, es dudoso si el concepto puede ser aplicado en el DM actual.⁹⁴ En cualquier caso, el supuesto de la "decisión *Quirin*" no encaja para los casos de los integrantes de Al-Qaeda o talibanes, ya que no son acusados de espionaje.⁹⁵ En esencia, el concepto sanciona una violación del deber de un combatiente de hacer público su estatus de combatiente haciéndose pasar por un civil: si engaña sobre esto, pierde su condición de prisionero de guerra.⁹⁶ En la literatura se entiende el concepto más ampliamente, incluyendo en el mismo a los que participan en las hostilidades, sin tener derecho a hacerlo, es decir, sin ser combatientes.⁹⁷ Sin embargo, el concepto sólo podrá limitar

the time of the alleged offense under this chapter". ("una persona (que no sea un beligerante privilegiado) quien [...] ha participado en las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición; [...] ha apoyado resuelta y materialmente las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de coalición; o [...] era una parte de Al-Qaeda en el momento del presunto delito bajo este capítulo". Traducción de John E. Zuluaga Taborda).

⁹² MCA, 2009, § 948b(e).

⁹³ Respecto a las diferencias, véase J. Mariner, "A First Look at the Military Commissions Act of 2009, Part One", en *Find Law*, 4 November 2009, consultable en: <http://writ.news.findlaw.com/mariner/20091104.html> (última visita 14.10.2013): "cosmetic change, not a real improvement"; críticamente M.C. Bassiouni (*supra* nota a pie 26), p. 255.

⁹⁴ Walen/Venzke (*supra* nota a pie 42), pp. 843, 856 y ss.

⁹⁵ Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 145; H. Keller/M. Forowicz, "A New Era for the Supreme Court After Hamdan v. Rumsfeld?", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 67 (2007), p. 1, 39; cf. también J. Fitzpatrick (*supra* nota a pie 44), pp. 345, 349: "analogy to the Second World War [...] is quite weak".

⁹⁶ Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56) p. 249; J. Callen (*supra* nota a pie 68), p. 1026.

⁹⁷ Cf. G.H. Aldrich (*supra* nota a pie 43), p. 893; J.P. Bialke, "Al-Qaeda & Taliban: Unlawful Combatant Detainees, Unlawful Belligerency, and the Inter-

los derechos de los combatientes "formales"; sobre civiles no se puede encontrar terminológicamente ninguna aplicación – estos no son "combatientes" ni "beligerantes" –.⁹⁸ Además, como en un conflicto armado no internacional no hay una distinción legal entre combatientes y civiles, si no todos son, como regla, civiles, no puede tener ningún ámbito de aplicación el concepto.⁹⁹

Aplicando estas definiciones a Al-Qaeda y los talibanes, primero, se podría decir que estos habrían actuado ilegalmente mientras participaron de manera activa en las hostilidades sin tener un estatus formal de combatiente y, por tanto, sin derecho a hacerlo. Por el contrario, los talibanes pertenecían a las fuerzas armadas de Afganistán y, por tanto, eran *combatientes legales*.¹⁰⁰ Pero incluso, con respecto a Al-Qaeda, la exclusión de una persona del estatus de prisionero de guerra o cualquier otro tipo de protección internacional humanitaria sobre la base de la mera pertenencia a Al-Qaeda, sin tener en cuenta la participación real, por ejemplo, en las hostilidades, es demasiado formalista y arbitraria. Además, no es convincente alegar que todos los que resuelta y materialmente apoyaron las hostilidades contra Estados Unidos o sus socios de la coalición, alteraron o lesionaron forzosamente los fines del DIH. Finalmente, la sanción proporcional en los casos de lesiones al derecho de Ginebra no es la pérdida de la protección del DIH, sino un proceso penal a causa de posibles crímenes de guerra.¹⁰¹

En cualquier caso, la protección del DIH no se puede perder totalmente. Incluso si, a efectos de argumentación, se considera que

national Laws of Armed Conflict", en *Air Force Law Review* 55 (2004), pp. 4 y 5.

⁹⁸ Walen/Venzke (*supra* nota a pie 42) pp. 843, 858.

⁹⁹ Ambos (*supra* nota a pie 7) § 7 nm. 246, con nota a pie 115; K. Dörmann (*supra* nota a pie 69) pp. 45, 47; K. Dörmann, "Combatants, Unlawful", en R. Wolfrum (ed.), *MPEIL*, 2012, nm. 36; J. Wiczorek (*supra* nota a pie 85), pp. 44 y ss.

¹⁰⁰ Véase nota a pie 55 con texto central.

¹⁰¹ Cf. Artículo 82 y ss., CG III, especialmente artículo 85, CG III; Wolfrum/Philipp (*supra* nota a pie 44), pp. 559, 598; C.E. Philipp, "Taliban", en R. Wolfrum (ed.), *MPEIL*, nm. 11. En contra respecto a lo que se refiere a los "battlefield unlawful combatants" J. Callen (*supra* nota a pie 68), pp. 1025, 1028 y ss.

Al-Qaeda y los talibanes son combatientes ilegales o no privilegiados, su detención tiene que terminar tan pronto hayan terminado las hostilidades.¹⁰² Incluso, si uno niega la aplicación de las CG III y IV, siguen teniendo vigencia derechos básicos, por ejemplo, los que están consagrados en el artículo 3 común a las CG y las "leyes fundamentales de la humanidad" en el sentido de la Cláusula Martens,¹⁰³ siendo aplicables a la situación de los detenidos.¹⁰⁴

¹⁰² Y. Dinstein (*supra* nota a pie 56), p. 269; Lutz (*supra* nota a pie 20), p. 369. De acuerdo con D. Gartenstein-Ross (*supra* nota a pie 1), p. 262, hay 48 detenidos en Guantánamo que no serán perseguidos, pero son detenidos por razones preventivas. Cf. sobre una detención preventiva desde el punto de vista alemán el *Sicherheitsbericht* (*supra* nota a pie 59), p. 47.

¹⁰³ La cláusula de Martens se encuentra en el preámbulo de la Conferencia de La Haya de 1899 y determinó que, a pesar de la falta de normas específicas, en cualquier caso, "las poblaciones y los beligerantes siguen estando bajo la protección y los principios vigentes del derecho internacional, tal como se desprende de las costumbres válidas entre los Estados civilizados, de las leyes de humanidad y los dictados de la conciencia pública". Esta cláusula se encuentra en lo sustancial de la misma forma en el preámbulo de la Conferencia de La Haya de 1907: "...las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública." Respecto a la controvertida interpretación de la cláusula Martens, véase R. Ticehurst, 'The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict', en *International review of the red Cross* 37 (1997), núm. 317, pp. 125 y ss.

¹⁰⁴ Zechmeister, *Die Erosion des humanitären Völkerrechts in den bewaffneten Konflikten der Gegenwart*, 2007, pp. 116 y ss.; K. Dörmann (*supra* nota a pie 69), pp. 45, 66 y ss., aunque los EEUU no son un Estado Parte del Protocolo adicional I, consultable en: (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> última visita 14.10.2013), se debe tener en cuenta el artículo 44 II PA I ("Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4."). Cf. asimismo, *Hamdan v Rumsfeld*, 548 US 557 (2006), pp. 65 y ss. La Corte del Distrito de Columbia ha determinado: "Thus at some level - whether as a prisoner-of-war entitled to the full panoply of Convention protections or only under the more limited protections afforded by Common Article 3 [...] the Third Geneva Convention applies to all persons detained

Sin embargo, la Corte Suprema de EEUU acepta algunas restricciones al debido proceso durante un conflicto armado, por ejemplo, la admisión de pruebas de oídas o la presunción a favor de la rectitud y autenticidad de las pruebas del Gobierno.¹⁰⁵ Es de anotar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH) acentúa que de conformidad con el artículo 14 del PIDCP, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, incluso en un conflicto armado, son derechos que no pueden suspenderse.¹⁰⁶ En cuanto a las *comisiones militares*, la Corte Suprema de los EEUU ha exigido que tiene que aducirse necesidades prácticas para desviarse de la práctica de los Tribunales militares.¹⁰⁷ La Corte confirmó además que el derecho del acusado a estar presente en el juicio pertenece a las garantías jurídicas reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.¹⁰⁸ Un "interés convincente" del Gobierno para restringir el descubrimiento probatorio (*disclosure*), no puede ser considerado sin fundamento legal expreso.¹⁰⁹

in Afghanistan during the hostilities there." (District Court of Columbia, *Hamdan v Rumsfeld*, Civil Action No. 04-1519, 8.11.2004, consultable en: ([http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/8a0164a7babe0c94c12576f100321475/\\$FILE/45357856.pdf](http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/8a0164a7babe0c94c12576f100321475/$FILE/45357856.pdf)/US%20-%20Hamdan%20v%20Rumsfeld%20District%20Court%202004.pdf p. 16, última visita 14.10.2013); asimismo, Lutz (*supra* nota a pie 20), pp. 325 y ss., especialmente pp. 347 y ss. En cuanto al carácter consuetudinario de estas garantías, véase *ibidem*, pp. 351, 356; sobre la aplicación a los terroristas en relación con un conflicto armado *ibidem*, pp. 357 y ss., 376.

¹⁰⁵ *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 26 f.

¹⁰⁶ United Nations Human Rights Committee (HRC), General Comment No. 29 (31.8.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 6; véase también Kälin/Künzli (*supra* nota a pie 7), p. 461.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 70 y ss.

¹⁰⁹ *Idem*: "That the Government has a compelling interest in denying Hamdan access to certain sensitive information is not doubted. [...] But, at least absent express statutory provision to the contrary, information used to convict a person of a crime must be disclosed to him." (Que el Gobierno tiene un interés apremiante en negar acceso a Hamdan a cierta información sensible no está en duda. [...] Sin embargo, en ausencia de disposición legal expresa en contrario, por lo menos, la información utilizada para condenar a una persona por un delito debe ser enseñada a él", traducción de John E. Zuluaga T.).

III. Protección en el derecho internacional de los derechos humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) no sólo es aplicable en tiempos de paz, sino también durante los conflictos armados. Mientras el DIH podría ser visto como una *lex specialis* y, por lo mismo, como derecho aplicable de manera exclusiva,¹¹⁰ esto no implica la suspensión total de los derechos humanos, sino que, más bien, ellos cumplen una función llenando los vacíos de aquel ámbito en los respectivos casos; ellos son aplicables complementariamente.¹¹¹ Para la Corte Internacional de Justicia (CIJ) existe una complementariedad de los dos regímenes en forma de círculos que se superponen.¹¹² Por tanto, los de-

¹¹⁰ Cf. J.B. Bellinger, "Opening Remarks, U.S. Meeting with U.N. Committee Against Torture", en *US Department of State*, May 5, 2006, consultable en: (<http://www.state.gov/j/drl/rls/68557.htm>, última visita 14.10.2013) relativa a la aplicabilidad de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

¹¹¹ Cf. Schäfer, *Zum Verhältnis Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht*, 2006, p. 17; Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2011, pp. 232 y ss.; C. Johann, *Menschenrechte im internationalen bewaffneten Konflikt*, 2012, pp. 174 y ss.; también Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume 2: Crimes and Sentencing*, 2014, p. 139.

¹¹² *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Wall Opinion)*, [2004] ICJ Reports, p. 136, nm. 106: "More generally, the Court considers that the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict, save through the effect of provisions for derogation of the kind to be found in Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rightp. As regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law; others may be exclusively matters of human rights law; yet others may be matters of both these branches of international law." (En términos más generales, la Corte considera que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en caso de conflicto armado, salvo en caso de que se apliquen disposiciones de suspensión como las que se encuentran en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En cuanto a la relación entre el derecho internacional humanitario y de derechos humanos, pueden presentarse tres situaciones: algunos derechos pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho internacional humanitario, mientras que otros pueden estar contemplados exclusivamente en el derecho de los derechos humanos, y otros pueden estar contemplados en ambas ramas del derecho internacional". Traducción de John E. Zuluaga T.); cf. también J. Toman

rechos humanos pueden ser consultados para interpretar ciertas garantías previstas en el DIH.¹¹³ Incluso si uno llevara la *lex specialis* del DIH al punto de derogar o sustituir los derechos humanos, seguiría siendo aplicable el derecho a un debido proceso en el ámbito del DIH (artículo 3 común a los CG I-IV, artículos 84 a 108, CC III y los artículos 64 a 78, CG IV).¹¹⁴

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Mientras Guantanamo Bay pertenece oficialmente a Cuba, los EEUU tiene plena jurisdicción y el control de la misma sobre la base de un acuerdo de 1903.¹¹⁵ Si bien este acuerdo es válido desde el punto de vista del derecho internacional y todavía está en vigor,¹¹⁶ no cambia la soberanía territorial formal de Cuba sobre Guantánamo, de tal manera que el PIDCP — que sólo fue firmado por Cuba pero no ratificado —¹¹⁷ no es aplicable a este territorio.

(*supra* nota a pie 43), pp. 271, 276; Dennis/Surena, *European Human Rights Law Review*, 2008, p. 714.

¹¹³ Kälin/Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 2a. ed., 2008, p. 196.

¹¹⁴ Véase también Buergenthal/Thürer, *Menschenrechte*, 2010, pp. 116 y ss.

¹¹⁵ Cf. El convenio entre los EEUU y Cuba para "for the Lease of Lands for Coaling and Naval Stations v. 23.11.1903", el texto puede verse en: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/dip_cuba002.asp (última visita 14.10.2013). El artículo III relevante dice:

"Mientras que por un lado los Estados Unidos reconocen la continuación de la soberanía definitiva de la República de Cuba sobre las áreas antes descritas de tierra y agua, por otro lado, la República de Cuba consciente que durante el periodo de la ocupación por los Estados Unidos de dichas áreas, en los términos de este acuerdo los Estados Unidos ejercerán completa jurisdicción y control sobre y dentro de dichas áreas con derecho a adquirir (en las condiciones que se acuerden en adelante por los dos Gobiernos) a los fines públicos de los Estados Unidos cualquier tierra u otra propiedad allí por compra o por el ejercicio del dominio eminente con el pago a los propietarios de los mismos" (Traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor).

¹¹⁶ Lutz (*supra* nota a pie 20), pp. 59 y ss. Posteriormente ha habido otros acuerdos, especialmente el "Relations with Cuba Treaty", el cual prevé que el contrato de arrendamiento continuará hasta tanto ambas partes acuerden una abrogación o modificación (art. III).

¹¹⁷ La firma se dio en el 2008, los EEUU han ratificado el Pacto en 1992. Cf: <http://treatiep.un.org/Pages/ViewDetail.aspx?src=TREATY&mtmsg-no=IV-4&chapter=4&lang=en> (última visita 14.10.2013).

Esto nos lleva a la cuestión de una posible aplicación extraterritorial del Pacto. El artículo 2 (1) del PIDCP considera:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹¹⁸

Aunque el texto parece sugerir una comprensión acumulativa de las condiciones relevantes — "que se encuentran en su territorio" y "estén sujetos a su jurisdicción" — y por tanto, ambas condiciones tienen que darse,¹¹⁹ el Comité de Derechos Humanos afirmó la aplicabilidad extraterritorial en varios casos.¹²⁰ Especialmente en el caso de Israel, el Comité hizo hincapié en "el ejercicio de la jurisdicción efectiva de las fuerzas de seguridad de Israel" sobre el territorio ocupado¹²¹ y por tanto, se basó en el principio de un control efectivo.¹²² Acerca de esta base, el Comité de Derechos Humanos emitió el siguiente Comentario general en 2004:

¹¹⁸ Énfasis del autor.

¹¹⁹ Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 222; M.J. Dennis, "Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Time of Armed Conflict and Military Occupation", en *American Journal of International Law* 99 (2005), núm. 1, pp. 119, 122, con ejemplos en nota a pie 24.

¹²⁰ Por ejemplo, en relación con una Captura por parte de Uruguay sobre territorio argentino (*Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1(1984), p. 88, nm. 12.1), en relación con las obligaciones de derechos humanos de Irak como una potencia ocupante en Kuwait (HRC, Reports by States Parties submitted under Art. 40 of the Covenant, Consideration of Reports, Iraq (1991), UN Doc. A/46/40, p. 158); sobre la responsabilidad de la República Federal de Yugoslavia por crímenes cometidos por los nacionalistas serbios en suelo Croata y Bosnia-herzegovino (HRC, Concluding observations: Yugoslavia (28.12.1992), UN Doc. CCPR/C/79/Add.16, p. 2 s.), y finalmente respecto de la responsabilidad de Israel por lesiones a los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados (HRC, Concluding Observations: Israel (18.8.1998), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, p. 3).

¹²¹ HRC, Concluding Observations: Israel (18.8.1998), UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, p. 3.

¹²² Lorenz, *Der territoriale Anwendungsbereich der Grund- und Menschenrechte*, 2005, p. 43; véase, también Ambos/Alkatout (*supra* nota a pie 42), pp. 341, 345.

Los Estados Partes están comprometidos (...) a respetar y garantizar los derechos consagrados en el Pacto a todas las personas que se encuentren en su territorio y para todas las personas sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos establecidos en el Pacto a cualquier persona sometida al poder o al control efectivo de ese Estado Parte, aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte. (...) [E]l ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no se limita a los ciudadanos de los Estados Partes (...). Este principio también se aplica a los sometidos al poder o al control efectivo de las fuerzas de un Estado Parte que actúan fuera de su territorio, independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo (...).¹²³

Los criterios de jurisdicción y de control (efectivo) de los Estados responsables de violaciones extraterritoriales de derechos humanos también se han confirmado en otros regímenes de derechos humanos, entre otros, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH),¹²⁴ la Comisión Interamericana

¹²³ HRC, General Comment No. 31 (80) (29.3.2004), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, nm. 10 (énfasis del autor; disponible en castellano en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom31.html> última visita 14.10.2013). Las observaciones generales (*General Comments*) representan los instrumentos de interpretación de la DDCP (Lorenz [*supra*] nota a pie 122], p. 35).

¹²⁴ *Bankovic and Others v Belgium and Others*, App. núm. 52207/99, 12.12.2001, nm. 71: "In sum, the case-law of the Court demonstrates that its recognition of the exercise of extra-territorial jurisdiction by a Contracting State is exceptional: it has done so when the respondent State, through the *effective control* of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that territory, *exercises* all or some of the *public powers* normally to be exercised by that Government." ("En suma, la jurisprudencia de la Corte demuestra que el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado contratante es excepcional: se ha hecho cuando el Estado demandado, a través del *control efectivo* del territorio en cuestión y de sus habitantes en el extranjero como consecuencia de la ocupación militar o por el consentimiento, la invitación o la aquiescencia del Gobierno de ese territorio, *ejerce* la totalidad o parte de los *poderes públicos* que normalmente suelen ser ejercidos por el Gobierno". Traducción de John E. Zuluaga T., énfasis del autor). Véase, también, *Hirsi Jamaa and Others v Italy*, App. núm. 27765/09, 23.2.2012, nm. 70 y ss. Y en relación con las cárceles británicas y las operaciones en Irak *Al-Saadoon and Mufdhi v United Kingdom*, App. no. 61498/08, 2.3.2010; *Al-Skeini and Others v United*

de Derechos Humanos (CIDH)¹²⁵ y la CIJ en su opinión consultiva en 2004.¹²⁶

Kingdom, App. núm. 55721/07, 7.7.2011, nm. 131 y ss. Para otros casos, véase Besson, "The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to", en *Leiden Journal of International Law* [LJIL] 25 (2012), núm. 4, pp. 857, 858 (872 y ss.), identificando los tres elementos constitutivos de jurisdicción (*effective power, overall control y normative guidance*). Cf. también Lutz (*supra* nota a pie 20), pp. 384 y ss.

¹²⁵ *Armando Alejandro Jr et al. v Cuba*, Caso 11.589, Informe No 86/99, 19.9.1999, nm. 23: "Dado que los derechos individuales son inherentes a la persona humana, todos los Estados americanos están obligados a respetar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un *locus extraterritorial*, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al *control* de otro Estado, por lo general, a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. En principio, la investigación no se refiere a la nacionalidad de la presunta víctima o a su presencia en una determinada zona geográfica, sino a que si en esas circunstancias específicas, el Estado observó los derechos de una persona sometida a su *autoridad y control*" (énfasis del autor, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Cuba11.589.htm> última visita 14.10.2013); *Coard and Others v United States*, Caso 10.951, Informe No. 109/99, 29.9.1999, nm. 37 (casi literalmente).

¹²⁶ *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Wall Opinion)*, [2004] ICJ Reports, nm. 109 y ss.: "The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisionp. The constant practice of the Human Rights Committee is consistent with this. [...] The *travaux préparatoires* of the Covenant confirm the Committee's interpretation of Article 2 of that instrument. These show that, in adopting the wording chosen, the drafters of the Covenant did not intend to allow States to escape from their obligations when they exercise jurisdiction outside their national territory. They only intended to prevent persons residing abroad from asserting, vis-à-vis their State of origin, rights that do not fall within the competence of that State, but of that of the State of residence. [...] In conclusion, the Court considers that the International Covenant on Civil and Political Rights is applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory." ["La Corte observa que, si bien la jurisdicción de los Estados es primordialmente territorial, a veces puede ser ejercida fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y fin

A la luz de estos antecedentes, la posible oposición de los Estados Partes es irrelevante¹²⁷ y la comprensión acumulativa de los dos elementos "en su territorio" y "sujetos a su jurisdicción" debe ser rechazada.¹²⁸ De hecho, no tendría mucho sentido para la protección efectiva de los derechos humanos si los Estados con control efectivo sobre violaciones de derechos humanos extraterritoriales estuvieren exentos de responsabilidad por el mero hecho de que no se producen estas violaciones en su propio territorio. El control efectivo sobre el territorio implica la responsabilidad del Estado, ya que sólo el Estado es el que tiene este control efectivo para poder prevenir violaciones.¹²⁹ La única pregunta que queda es en qué medida o hasta qué punto es necesaria la aplicación de los Tratados de derechos humanos por el poder soberano o sea por el Estado que tiene control efectivo. Esto, por supuesto, depende de si el Estado tiene instituciones para dicha aplicación.¹³⁰ En cualquier caso, por lo que se refiere al control de EEUU en Guantánamo, no puede haber duda de que es eficaz y completo como así lo muestra el funcionamiento del centro de detención y los juicios de las comisiones militares, con lo cual se fundamenta una responsabilidad extraterritorial de los EEUU.

del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parecería natural que, aun cuando tal es el caso, los Estados Partes en el Pacto deben ser obligados a dar cumplimiento a su disposición. La práctica constante de la Comisión de Derechos Humanos es consistente con esto. ... Los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) del Pacto confirman la interpretación del Comité del artículo 2 de dicho instrumento. Estos muestran que, al adoptar la formulación elegida, los redactores del Pacto no tenían la intención de permitir a los Estados escapar de sus obligaciones en el ejercicio de jurisdicción fuera de su territorio nacional. Sólo pretende evitar que las personas residentes en el extranjero, vis-à-vis en su Estado de origen, puedan hacer valer los derechos que no caen dentro de la competencia de ese Estado, sino de la del Estado de residencia. ... En conclusión, la Corte considera que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es aplicable respecto de los actos realizados por un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio", traducción de John E. Zuluaga T.].

¹²⁷ Respecto de los *travaux* en detalle: Milanovic (*supra* nota a pie 111), pp. 224 y ss.

¹²⁸ Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 226.

¹²⁹ Cf. Besson (*supra* nota a pie 124) pp. 857, 865; Milanovic (*supra* nota a pie 111), p. 53.

¹³⁰ Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2a. ed., 2008, p. 131.

De acuerdo con la redacción del artículo 4 del PIDCP, el derecho a un debido proceso puede, sin embargo, ser derogado en un "estado de emergencia público". Esto requiere, en primer lugar, una extraordinaria amenaza que ponga en riesgo la integridad estatal, como una guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación.¹³¹ Aunque se acepta que una amenaza terrorista también puede constituir una amenaza,¹³² este requisito tiene que ser interpretado de manera restrictiva. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos destacó que, incluso durante un conflicto armado, una amenaza a la vida de la nación no se deriva automáticamente. En su lugar, la amenaza debe representar cierta gravedad.¹³³ Con respecto a la detención de sospechosos de terrorismo, por tanto, es necesario que la amenaza terrorista sea "real o inminente", lo que afecta al Estado en su conjunto y pone en peligro la "continuación de la vida organizada de la comunidad" para lo cual las contramedidas comunes (permitidas por los tratados de derechos humanos) serían insuficientes.¹³⁴ Incluso si uno parte de que estos requisitos se han cumplido inmediatamente después del 9/11, es dudoso que esto todavía deba considerarse cierto once años después.¹³⁵ Además de estas dudas, los EEUU nunca han notificado al Secretario general de la ONU, como lo exige el artículo 4 (3), PIDCP, de cualquier estado de emergencia.¹³⁶ Por tanto, puede concluirse que no existe tal estado de emergencia, lo que permitiría una negación del derecho a un debido proceso.

Incluso si se supone que existía una emergencia o todavía existe, no se pueden suspender por completo todas las garantías procesales, incluso si el artículo 4 del PIDCP pareciera llegar a ese efecto. Al contrario, también en tiempos de paz debe existir un

¹³¹ Macken, *Counter-terrorism and the Detention of Suspected Terrorists*, 2011, p. 80.

¹³² Macken (*supra* nota a pie 131), p. 81, con otras referencias.

¹³³ Oraá, *Human rights in states of emergency in international law*, 1996, p. 20; HRC, General Comment No. 29 (31.8.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, Rn 3; cf. auch *Legal Consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Wall Opinion)*, [2004] ICJ Reports, p. 136, nm. 106.

¹³⁴ Macken (*supra* nota a pie 131), p. 82.

¹³⁵ Tomuschat (*supra* nota a pie 130), p. 131.

¹³⁶ K.E. Dahlstrom (*supra* nota a pie 58) pp. 662, 670.

nivel mínimo de derechos, pues de otra manera serían derogados derechos inderogables (como la prohibición de la tortura,¹³⁷ la presunción de inocencia¹³⁸ o el derecho a impugnar la legalidad de la detención de uno a través del *hábeas corpus*).¹³⁹ Además, los procesos que pueden desencadenar en una pena de muerte deben cumplir con las normas de un debido proceso en todas las circunstancias.¹⁴⁰ Es más, la lista de derechos que no pueden derogarse mencionados en el artículo 4 (2) del PIDCP no es congruente con las normas del *ius cogens* de derecho internacional, normas que dado su carácter imperativo nunca pueden ser suspendidas o derogadas.¹⁴¹ Derechos procesales básicos tales como la presunción de inocencia o el derecho a la defensa también se pueden contar entre estas normas imperativas o de *ius cogens*.¹⁴²

2. Nivel regional: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aunque ni los EEUU ni Cuba son partes en la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH),¹⁴³ se prevé el derecho a

¹³⁷ E. Schmid, "The Right to a Fair Trial in Times of Terrorism: A Method to Identify the Non-Derogable Aspects of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights", en *Goettingen Journal of International Law* 1 (2009), núm. 1, pp. 29, 43 y ss.

¹³⁸ HRC, General Comment No. 32 (23.8.2007), UN Doc. CCPR/C/GK/32, nm. 6.

¹³⁹ de Londras (*supra* nota a pie 1), p. 65; Comisión de Derechos Humanos, Opinions adopted by the Working Group on Arbitrary Detention, Opinion No. 11/2000 (Peru), UN Doc. E/CN.4/2001/14/Add.1, p. 75 y ss.

¹⁴⁰ HRC, General Comment No. 32 (23.8.2007), UN Doc. CCPR/C/GK/32, nm. 6.

¹⁴¹ HRC, General Comment No. 29 (31.8.2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 11: "The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law." ("La enumeración de las disposiciones no derogables en el artículo 4 se relaciona, pero no se identifican, con la cuestión de si ciertas obligaciones de derechos humanos tienen el carácter de normas imperativas de derecho internacional", traducción de John E. Zuluaga T.).

¹⁴² HRC, General Comment No. 29 (31.8. 2001), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, nm. 11.

¹⁴³ Consultable en: http://www.oap.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights_sign.htm (última visita 14.10.2013). Crítico

un debido proceso en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la que Cuba y los EEUU son partes como miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA).¹⁴⁴

Aunque el carácter y el estatus de la Declaración son controvertidos –ya que sólo se adoptó como una "declaración" en la Novena Conferencia Internacional Americana, junto con la Carta de la OEA¹⁴⁵ y, por tanto, no tenía originalmente ningún efecto jurídicamente vinculante–,¹⁴⁶ la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) ha dado un carácter vinculante al reconocer la misma como "una fuente de obligaciones internacionales en relación con la Carta de la Organización"¹⁴⁷. A pesar de esto, los EEUU niegan su carácter vinculante e insiste en que no le implica ningún compromiso.¹⁴⁸ A pesar de la contradicción per-

Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, 2003, pp. 340 y ss.

¹⁴⁴ Vease: http://www.oap.org/dil/treaties_A-41_Charter_of_the_Organization_of_American_States_sign.htm (última visita 14.10.2013); cf. Buerghenthal/Thürer (*supra* nota a pie 114), pp. 298 y ss.

¹⁴⁵ C.M. Grossman, "American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948)", en R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, 2012, nm. 2.

¹⁴⁶ Buerghenthal/Thürer (*supra* nota a pie 114), pp. 299 y ss.; en detalle C. Medina Quiroga, "The inter-American system for the protection of human rights", en C. Krause (ed.), *International protection of human rights*, 2009, pp. 475, 477 y ss.

¹⁴⁷ IAGMR, *Advisory Opinion OC-10/89 July 14, 1989*, nm. 45. Esta interpretación evolutiva es bastante común en la jurisprudencia internacional, véase en detalle M. Dawidowicz, "The effect of the passage of time on the interpretation of treaties: some reflections on Costa Rica v Nicaragua", en *Leiden Journal of International Law* 24 (2011), núm. 1, pp. 201 y ss.

¹⁴⁸ K.E. Dahlstrom (*supra* nota a pie 58), pp. 662, 671; Respuesta del Gobierno de los EEUU ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Report 85/00 of October 23, 2000, respecto a Mariel Cubans (Caso 9903), consúltese: (<http://www.cidh.org/Respuestas/USA.9903.htm> última visita 14.10.2013): "With regard to each implication or direct assertion in the Commission's report that the American Declaration of the Rights and Duties of Man itself accords rights or imposes duties, some of which the United States has supposedly violated, the United States reminds the Commission that the Declaration is no more than a recommendation to the American States. Accordingly, the Declaration does not create legally binding obligations and therefore cannot be, 'violated'" (Con respecto a cada implicación o afirmación directa en el informe de la Comisión de que

sistente de los EEUU (como *persistent objector*),¹⁴⁹ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha encontrado varias violaciones de la Declaración por parte de los EEUU.¹⁵⁰ Si uno está de acuerdo con la posición de la CIDH y de la CorteIDH, la Declaración también vincularía a los EEUU y por tanto, obliga a cumplir con las garantías mínimas del debido proceso, incluso en un estado de emergencia.¹⁵¹

IV. Constitución de los EEUU

Sobre la base, entre otras cosas, de la *cláusula del debido proceso* de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta de la Constitución de

la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en sí concede derechos o impone deberes, algunos de los cuales los Estados Unidos supuestamente ha violado, los Estados Unidos recuerda a la Comisión que la Declaración no es más que una recomendación para los Estados americanos. En consecuencia, la Declaración no crea obligaciones jurídicamente vinculantes y por lo tanto no puede ser violada." Traducción de John E. Zuluaga, énfasis original).

¹⁴⁹ Véase Dumberry, *International & Comparative Law Quarterly*, 2010, pp. 779, 787.

¹⁵⁰ Véase por ejemplo, *Roach and Pinkerton v United States*, Rep. No 3/87, Case 9647; *Michael Domingues v United States*, Report No. 62/02, Merits, Case 12.285.

¹⁵¹ En particular, el umbral de gravedad con respecto a un estado de emergencia se puede comparar con lo requerido por el artículo 4, PIDCP (véase *Oraí* [supra nota a pie 133], pp. 22 y ss. y texto central con nota a pie 117 y ss.). Aparte de eso, el derecho al debido proceso puede ser visto como un derecho inderogable (Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, 1998, p. 462). Respectivamente, la CIDH declaró admisible una petición de un detenido en Guantánamo en relación con las presuntas violaciones de, entre otros, el artículo XXVI, DADDH ("derecho al debido proceso legal"); "fundamentalmente sobre la base de la falta de determinación adecuada de su estatus legal; su detención arbitraria durante una década sin acusación formal ni revisión judicial; los actos de tortura física y psicológica y trato cruel, inhumano y degradante, los cuales se alega ocurrieron mientras estuvo en Kandahar y Guantánamo; la privación de desarrollar su vida privada y familiar; y la falta de recursos judiciales efectivos para remediar las violaciones que alegan ha sufrido." (*Djamel Ameziane v United States*, Petición 900-08, Informe No. 17/12, 20.3.2012, consultable en: [www.oas.org/es/cidh/decisiones/2012/USAD900-08ES.doc (última visita 14.10.2013)], nm. 48).

EEUU,¹⁵² una persona puede impugnar su detención por medio de un recurso de *hábeas corpus*,¹⁵³ una acción jurídica extraordinaria para ser conducido ante un juez o tribunal.¹⁵⁴ Una Condena puede ser desvirtuada por el hecho de que se base en una violación de la Constitución.¹⁵⁵ Una suspensión de la orden judicial sólo se permite cuando hay una "rebelión o invasión" que asciende a un peligro para la «seguridad pública» (la llamada *cláusula de suspensión*).¹⁵⁶

La Administración Bush propuso, basándose en la decisión de la Corte Suprema *Johnson v Eisentrager*, que el recurso de *hábeas corpus* no es aplicable a los extranjeros detenidos fuera del territorio de EEUU.¹⁵⁷ En el caso *Johnson*, los querellantes fueron 21 prisioneros de guerra alemanes, que fueron capturados por el Ejército de EEUU y juzgados y condenados por una comisión militar es-

¹⁵² Dimitrakopoulos, *Individual Rights and Liberties Under the U.P. Constitution*, pp. 151 y ss., con más referencias. Mientras que el primero vincula al gobierno federal, este último es aplicable en términos de los Estados y los gobiernos locales.

¹⁵³ El procedimiento de *hábeas corpus* permite lograr, como un recurso extraordinario, la revisión de la legalidad de la detención a los efectos de la liberación mediante la emisión de un *writ of hábeas corpus*. (F. Meyer (supra nota a pie 89) pp. 1, 8 y ss.). Como *writ* se entiende acá las instrucciones u órdenes de un Tribunal superior a otro Tribunal subordinado a este (Dietl/Lorenz, *Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik*, Teil I, 6a. ed., 2000, p. 912).

¹⁵⁴ A.U. Davenport, *Basic Criminal Law*, 2012, p. 20; Ingram, *Criminal Procedure*, 2008, p. 69; C.-F. Stuckenberg, 'Habeas corpus ad subjiciendum: Zugang zu ordentlichen Gerichten für die Gefangenen von Guantánamo Bay', en *Juristenzeitung* 64 (2009), pp. 85, 87. Respecto al desarrollo del *writ of hábeas corpus* y su recepción en los EEUU. Cf. F. Meyer (supra nota a pie 89) pp. 1, 10 y ss.; R.H. Fallon/D.J. Meltzer, "Habeas corpus jurisdiction, substantive rights, and the war on terror", en *Harvard Law Review* 120 (2007), núm. 8, pp. 2029, 2037.

¹⁵⁵ Ingram (supra nota a pie 154), p. 467.

¹⁵⁶ Artículo I § 9 cl. 2 Constitución de los EEUU: "The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it." ("El privilegio del *hábeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando en casos de rebelión o invasión, la seguridad pública lo exija." Traducción de John E. Zuluaga T.)

¹⁵⁷ Cf. Philbin/Yoo, *Memorandum: Possible Habeas Jurisdiction over Aliens Held in Guantanamo Bay, Cuba*, consultable en: (<http://texscience.org/reform/torture/philbin-yoo-habeas-28dec01.pdf>, última visita 14.10.2013), pp. 6 y ss.

tadounidense en China por violaciones de las leyes de la guerra cometidas allí. Posteriormente fueron encarcelados en la prisión militar estadounidense en Landsberg, situada en una zona de Alemania ocupada por los EEUU. Si bien nunca estuvieron en la jurisdicción territorial de EEUU, presentaron ante la Corte del Distrito de Columbia un recurso de *hábeas corpus* a causa de una violación, entre otras cosas, de la Quinta Enmienda y la CG de 1929, en particular, sus artículos 60 y 63.¹⁵⁸ La mayoría de la Corte negó la posibilidad de un recurso de *hábeas corpus* considerando que los prisioneros nunca estuvieron dentro de un territorio sobre el que los Estados Unidos fuera soberano y los momentos del delito, captura, juicio y castigo se dieron todos más allá de la jurisdicción territorial de un Tribunal de los EEUU.¹⁵⁹ En ese sentido argumentó también el Gobierno de Bush, aduciendo que los prisioneros de Guantánamo se encontraban en un territorio en el cual Cuba ejercía la soberanía formalmente.¹⁶⁰

A pesar del efecto precedente de la decisión *Johnson*,¹⁶¹ se debe tener en cuenta las siguientes diferencias:¹⁶² en primer lugar, en *Johnson* no había duda de que los 21 detenidos alemanes eran combatientes enemigos y, por tanto, prisioneros de guerra. En el caso de Guantánamo *Boumediene*, sin embargo, los querellantes

¹⁵⁸ Cf. *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763 (1950); C.-F. Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), pp. 85, 89. El texto de la CG de 1929 puede verse en: <http://www.icrc.org/ihl/INTRO/305> (última visita 14.10.2013).

¹⁵⁹ *Johnson v Eisentrager*, 399 US 763, 777 s. (1950): "... at no relevant time were within any territory over which the United States is sovereign, and the scenes of their offense, their capture, their trial and their punishment were all beyond the territorial jurisdiction of any court of the United States [...] the privilege of litigation has been extended to aliens, whether friendly or enemy, only because permitting their presence in the country implied protection".

("...en ningún momento se encontraban dentro de un territorio sobre el que los Estados Unidos es soberano, y las escenas de su delito, su captura, su juicio y su castigo se dieron todas más allá de la jurisdicción territorial de una Corte de los Estados Unidos [...] el privilegio de litigios se ha ampliado a los extranjeros, ya sea amigo o enemigo, sólo porque su presencia en el país permite protección implícita." Traducción de John E. Zuluaga T.).

¹⁶⁰ Cf. Philbin/Yoo (*supra* nota a pie 157), pp. 6 y ss.

¹⁶¹ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), pp. 36 y ss.

¹⁶² *Idem*.

impugnaron su estatus de combatientes enemigos. A pesar de ello, esta condición sólo se verificó mediante un procedimiento ante el CSRT. En el proceso ante el CSRT se provocó realmente una revisión por medio del *hábeas corpus*.¹⁶³ En segundo lugar, la Corte Suprema no pudo ver ninguna razón por la cual la misión militar en Guantánamo se hallara comprometida por la revisión de la detención por parte de un Tribunal independiente. Al contrario, los esfuerzos aliados de reconstrucción y ayuda en la ocupación en Alemania pudieron ser puestos en riesgo por un control judicial de los tribunales de EEUU, desvinculados de la realidad de la ocupación.¹⁶⁴ En tercer lugar, tal vez la diferencia más importante radica en los controles soberanos de las respectivas prisiones: Mientras que la prisión de Landsberg en Alemania estaba bajo el control conjunto de las cuatro fuerzas aliadas, Guantánamo se encuentra dentro de la "competencia continua" y no transitoria de los EEUU.¹⁶⁵

Asimismo, el argumento adicional de la administración Bush de otorgar el derecho de *hábeas corpus* sólo a los ciudadanos estadounidenses¹⁶⁶ es igualmente erróneo, pues ya desde su punto de partida el artículo 28, USC § 2241 también se aplica a los ciuda-

¹⁶³ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 39 y ss.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 38 y ss.; cf. *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), p. 12; Crítico Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), pp. 85, 93; Desai, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 1579, 1598 y ss. Aunque esto remembra el criterio de control efectivo (Cf. *supra* nota a pie 111 y ss., con texto principal), el Concepto de la Corte Suprema de la soberanía *de facto* y el principio del derecho internacional de un control efectivo no deben confundirse, véase en detalle F. de Londras, "What Human Rights Law Could Do: Lamenting the Absence of an International Human Rights Approach in *Boumediene & Al Odah*", en *Israel Law Review* 41 (2008), núm. 3, pp. 562 y ss.; Besson (*supra* nota a pie 124) pp. 857, nota a pie 35 y texto principal.

¹⁶⁶ Cf. La posición del gobierno en *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 35; Cf. B.J. Priester, "Return of the Great Writ: Judicial Review, Due Process, and the Detention of Alleged Terrorists as Enemy Combatants", en *Rutgers Law Journal* 37 (2005-2006), núm. 1, pp. 39, 90; Fallon/Meltzer (*supra* nota a pie 154), pp. 2029, 2053. Ahora no hay ciudadanos de los EEUU detenidos en Guantánamo, ya que todos fueron llevados a cárceles en el territorio de los Estados Unidos (Lutz [*supra* nota a pie 20], p. 35; Cf. También la lista de detenidos [*supra* nota a pie 73]).

danos extranjeros.¹⁶⁷ Desde la concepción histórica como *recurso prerrogativo*,¹⁶⁸ que se refiere a aquellos quienes detienen y no a los que están detenidos,¹⁶⁹ se deduce que el recurso de *hábeas corpus* se aplica también en los casos de los extranjeros detenidos si están bajo la soberanía real de los Estados Unidos. Por tanto, como consecuencia, el derecho a un recurso de *hábeas corpus* tiene "pleno efecto en la Bahía de Guantánamo".¹⁷⁰ Este derecho no se ha suspendido. Mientras que el artículo 28, USC § 2241 (5) (e) y la Ley sobre el Trato a los Detenidos de 2005 ("*Detainee Treatment Act*", DTA) excluye a "combatientes enemigos" del recurso, el Gobierno no pretendía ni una suspensión formal del recurso prerrogativo, ni argumento que ello se suspendiera de manera automática.¹⁷¹ Por supuesto, el ejercicio del recurso de *hábeas corpus* es sólo un medio

¹⁶⁷ Stuckenberg (*supra* nota a pie 154), pp. 85, 88; *Rasul v Bush*, 542 US 466 (2004), pp. 12 y ss.

¹⁶⁸ De Londras (*supra* nota a pie 1), pp. 39 y ss.

¹⁶⁹ P.D. Halliday/G.E. White, "The Suspension Clause: English Text, Imperial Contexts, and American Implications", en *Virginia Law Review* 94 (2008), 94, pp. 575, 714; *Braden v 30th Judicial Circuit Court of Ky.*, 410 US 484, 494 y ss. (1973); *Rumsfeld v Padilla*, 542 US 426 (2004), pp. 5 y ss.

¹⁷⁰ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), p. 41. Crítico respecto de la duración de los procedimientos de *hábeas corpus* D. Gartenstein-Ross (*supra* nota a pie 1) pp. 257, 262 y ss.

¹⁷¹ *Boumediene v Bush*, 553 US 723 (2008), pp. 41 y ss. - La Corte Suprema examinó si la acción legal ante el CSRT y el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia es un sustituto suficiente. Crítico el hecho de que el Tribunal de Apelaciones no tenía jurisdicción para examinar la legalidad de la detención, pero sólo si los procedimientos ante el CSRT coinciden con el procedimiento establecido por el Secretario de Defensa y si este procedimiento es legal. Por otra parte, sostuvo que la Corte de Apelaciones sólo tiene un papel limitado en comparación con otros procedimientos de *hábeas corpus*. Teniendo en cuenta la falta de asistencia por un abogado y la admisión de testimonios de oídas, como ejemplos de medios limitados de protección de los detenidos, así como el "considerable riesgo de error en las conclusiones del Tribunal sobre los hechos" (p. 56), la Corte Suprema rechazó la existencia de un procedimiento sustituto suficiente (*ibidem*, pp. 48-64). En 2011, el presidente Obama emitió una orden que establecía un proceso de revisión periódica; así "*the executive branch's continued, discretionary exercise of existing detention authority in individual cases*" cada tres años debe ser revisado (Executive Order No. 13567, §1(b). La regulación está disponible en: <http://www.fap.org/irp/offdocs/eo/eo-13567.htm>, última visita 14.10.2013); en detalle, L.A. Malone (*supra* nota a pie 21), pp. 347, 356 y ss.

procesal que contribuye a la realización de subyacentes derechos constitucionales esenciales.¹⁷² La Corte Suprema dejó la pregunta sin respuesta de si los derechos constitucionales en última instancia, podrían ser invocados por los detenidos.¹⁷³ Con el fin de preservar la eficacia del recurso, sin embargo, el solicitante debe tener la posibilidad de invocar al menos los derechos fundamentales constitucionales,¹⁷⁴ por ejemplo, la cláusula del debido proceso de la Quinta y Decimocuarta Enmienda.¹⁷⁵

D. CONCLUSIÓN

El derecho a un debido proceso es plenamente aplicable en relación con presuntos terroristas en el marco de la "guerra contra el terror". Constituye un derecho humano fundamental consagrado en varios regímenes que crean un ámbito de protección a las garantías judiciales básicas. Nunca puede ser derogado y debe ser respetado tanto en tiempos de paz como en tiempos de conflicto armado.

En el plano *internacional*, se garantiza por la CG durante un conflicto armado, independientemente de su carácter internacional o no internacional, tanto para las fuerzas armadas como para la población civil. Para la situación de los detenidos en Guantánamo, se consideran aplicables como garantías mínimas las fundamentales "leyes de la humanidad" en el sentido de la cláusula de Martens y el artículo 3 común a las CG. Esto incluye "garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados" (art. 3 (1) (d), CG). Incluso si se acepta el concepto de combatientes ilegales, la protección de las garantías judiciales de las CG no puede ser suspendida.

En *tiempos de paz*, el derecho a un debido proceso está garantizado por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

¹⁷² F. Meyer (*supra* nota a pie 89), pp. 1, 36.

¹⁷³ Crítico F. Meyer (*supra* nota a pie 89), pp. 36, 38; cf. also R.H. Fallon/D.J. Meltzer (*supra* nota a pie 154), p. 2048; L.A. Malone, (*supra* nota a pie 21), pp. 347, 350 y ss.

¹⁷⁴ Cf. también R.H. Fallon/D.J. Meltzer (*supra* nota a pie 154), pp. 2029, 2064.

¹⁷⁵ A. Walen/I. Venzke (*supra* nota a pie 42), pp. 843, 876 y ss.; Cf. también *Hamdi v Rumsfeld*, 542 US 507 (2004), p. 26.

Si bien pueden ser suspendidos en tiempos de emergencia, ciertos derechos procesales mínimos y necesarios para proteger los derechos humanos inderogables siguen existiendo en todas las circunstancias. Los derechos humanos básicos también se aplican a los conflictos armados de manera complementaria al DIH como *lex specialis*.

A nivel nacional, la Constitución de los EEUU y su Quinta Enmienda se aplican incluso a ciudadanos extranjeros detenidos en Guantánamo.

La teoría del efecto extensivo en el derecho procesal penal estadounidense y su traslado al proceso penal alemán

Kai Ambos*

Resumen: La denominada "teoría de los frutos del árbol envenenado" aborda la cuestión relativa acerca de si los efectos de la prohibición probatoria derivada de la prueba contaminada —por ejemplo, una confesión obtenida bajo tortura—, se extienden a la prueba derivada de la inicial contaminada. Mientras que esta regla rige en el proceso estadounidense, en el proceso penal alemán en principio no es de aplicación. Este trabajo analiza ambos sistemas probatorios, con el objetivo de poner de manifiesto que, las diferencias legales en este punto no son tan radicales como pudiera parecer a primera vista.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La cuestión acerca del efecto extensivo consiste en dilucidar si la prohibición de valoración que bloquea a un medio de prueba inmediato, desarrolla también, en relación con un medio de prueba *mediato* (que se encuentra alejado) un efecto de bloqueo.

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August, Gotinga; Juez del Tribunal Provincial (*Landgericht*) Gotinga. (Traducción de María de las Mercedes Galli [UBA] y Guillermo Orce [UBA].)

El efecto extensivo presupone, por tanto, una prohibición de valoración también en relación con un medio de prueba inmediato; se trata de su alcance ("tener efectos extensivos") en vista de la prueba mediata como objeto de una eventual prohibición de valoración. Efecto extensivo y prueba mediata son, por tanto, conceptos correspondientes.¹ A modo de ejemplo: ¿no podrá valorarse, junto a la confesión obtenida mediante tortura (§ 136a) (medio de prueba inmediato) tampoco el arma utilizada en el hecho, que fue encontrada gracias a la confesión (medio de prueba mediato)? ¿No podrá valorarse, junto a la declaración (medio de prueba inmediato) del testigo no advertido de que podía negarse a declarar (§ 52), tampoco los documentos hallados mediante la declaración (medio de prueba mediato)? En cambio, en el caso del *efecto continuado*, se trata de la continuación del efecto de las circunstancias que fundamentan la prohibición de valoración respecto de los *mismos* medios de prueba.² A modo de ejemplo: efecto continuado de un método prohibido de interrogar sobre una confesión (nuevamente) prestada.³ El efecto continuado es un "quasi-efecto extensivo",⁴ porque se trata — como en el efecto

¹ Instructivo Pitsch, *Strafprozessuale Beweisverbote*, 2009, p. 89.

² Acerca de la diferenciación Jäger, *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, 2003, p. 112; *Murmann, Prüfungswissen Strafprozessrecht*, 2a. ed., 2010, nm. 242. En el caso del efecto continuado ha de asumirse una prohibición de valoración, en tanto no se le ponga un fin mediante una advertencia calificada (*ibidem*; Jahn, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag (DJT), en: *Verhandlungen des 67. DJT*, 2008, C 91; *el mismo*, en *Strafrechtspraxis und Reform: Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 282 y ss.; Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch*, 26a. ed., 2009, § 24 nm. 61; *Pitsch, supra*, nota al pie 1, pp. 331 y ss.; acerca de la advertencia calificada ya Ambos, *Beweisverwertungsverbote*, 2010, p. 128). — Acerca del "efecto anticipado" de la prohibición de valoración en la prohibición de producción, cf. Jahn, *lug. cit.*, 2008, C 84 y ss.; *el mismo*, *lug. cit.*, 2010, p. 282.

³ La situación psicológica es descrita acertadamente en *U.S. v. Bayer*, 331 U.S. 532, 540 (1947): "Of course, after an accused has once let the cat out of the bag by confessing ... he is never thereafter free of the psychological and practical disadvantages of having confessed. He can never get the cat back in the bag. The secret is out for good. In such a sense, a later confession always may be looked upon as fruit of the first" (en sentido aprobatorio, *State v. Smith*, 834 S.W. 2d 915, 919, Supreme Court of Tennessee, 1992).

⁴ LR-Gössel, *StPO*, 2006, t. 1, introducción, párrafo L, nm. 107 ss.; igualmente Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 105 ("subtipo de efecto extensivo").

extensivo — del alcance temporal de una prohibición de valoración.

En Alemania se encuentran sobre todo, junto a algunos puntos de vista conciliadores, posiciones extremas; la doctrina, esencialmente, acepta el efecto extensivo y la jurisprudencia lo rechaza (sobre ello *infra* 3). Al respecto, los partidarios del efecto extensivo hacen referencia siempre a la extendida *fruit of the poisonous tree doctrine*⁵ del ámbito jurídico angloamericano, como si esta doctrina propagara la exclusión a todo medio de prueba (mediato) "envenenado". Que esto no es tan así,⁶ se mostrará a continuación, para sobre esta base poder proponer una solución apoyada en el derecho comparado.

2. EFECTO EXTENSIVO EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

a) Fundamentos y ámbito de aplicación

En los Estados Unidos, las prohibiciones probatorias fueron reconocidas ya desde 1887⁷ como "reglas de exclusión" ("*exclusionary rules*") por la jurisprudencia de la *Supreme Court*.⁸ Fueron

⁵ El concepto se remonta al Justice Frankfurter en *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939), 341; sobre su surgimiento también La Fave/Israel/King, *Criminal Procedure vol. 3*, 2a. ed., 1999, p. 345; Bransdorfer, *Indiana Law Journal (Ind.L.J.)* 62 (1986/87), 1069. Cf. También ya Beling, *Beweisverbote*, 1903, p. 25 (en relación con el anterior § 251 y actual § 252): "consecuentemente, la declaración anterior que ha dado el testigo es un fruto del cual el tribunal no puede comer". Sobre el paralelo bíblico (Génesis, Capítulo 2, Versículos 16, 17 y Capítulo 3, Versículos 6, 7); Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 7.

⁶ Con razón crítico también Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 11, 94, 373, 413 y ss. (ninguna solución "todo o nada").

⁷ *Hopt v. Utah*, 110 U.S. 574 (1884), 581 s. (exclusión de hearsay evidence), 583 s. (acerca de la admisión y exclusión de pruebas), 587 s. (exclusión de testigos); acerca de la validez en los tribunales federales *Weeks v. U.S.*, 232 U.S. 383, 398 (1914), así como también en los estados en particular *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 660 (1961).

⁸ Acerca del concepto como "prohibición de introducir pruebas", cf. Ambos, *supra*, nota al pie 2, p. 19, con nota al pie 16. Cf. también Mergner, *Fernwirkung von Beweisverwertungsverbote*, 2005, p. 70. Sobre ello también Schmid, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2a. ed.,

admitidas principalmente en casos de violaciones (policiales) a los derechos fundamentales contenidos en las diferentes enmiendas (*amendments*) a la Constitución estadounidense,⁹ especialmente en las Enmiendas IV (protección contra las detenciones, los secuestros y los registros ilegales); V (entre otros, protección contra la doble persecución y la autoincriminación); VI (derecho a un proceso rápido, público y justo, especialmente, la asistencia de un defensor), y XIV párrafo 1 (privación de la vida, la libertad y la propiedad sólo como consecuencia de proceso justo).¹⁰ Además, entran en consideración reglas de exclusión también en el caso de lesiones al derecho estadual.¹¹ Empero, la fundamentación material de las *exclusionary rules* que se ha mencionado desde siempre, es el necesario *disciplinamiento* de los órganos de la persecución penal:¹² mediante la exclusión del medio de prueba obtenido ilícitamente se deben evitar violaciones futuras; los órganos de la persecución penal, por tanto, procederán de conformidad con la ley o bien, serán disuadidos de comportarse de manera contraria a ley.¹³ Naturalmente, la *Supreme Court*, en

1993, p. 118; Herrmann, Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1985, pp. 1297 y ss.; Hessler, Michigan Law Review (Mich.L.Rev.) 99 (2000), 239 con nota al pie 4 con ulteriores referencias; sobre el desarrollo Oaks, University of Chicago Law Review (U.Chic.L.Rev.) 37 (1970), 665, 667 ss. Acerca de la crítica, Harris, Strafverteidiger (StV) 1991, 314 con ulteriores referencias; Schmid, lug. cit., 1993, p. 120 con nota al pie 87; Herrmann, lug. cit., 1985, p. 1301, con nota al pie 55 con ulteriores referencias.

⁹ Harris, StV 1991, 313 s.; Mergner, *supra*, nota al pie 8, p. 72; Kamisar/La Fave/Israel/King/Kerr, Basic Criminal Procedure, 12a. ed., 2008, p. 886.

¹⁰ Mergner, *supra*, nota al pie 8, p. 72.

¹¹ Pitler, California Law Review (Cal.L.Rev.) 56 (1968), 581 ("may derive from a constitutional, statutory, or judicial source").

¹² Acerca de esta idea, cf. Ambos, *supra*, nota al pie 2, pp. 19 y ss.

¹³ *Tehan v. U.S.*, ex. rel. Shott, 382 U.S. 406, 413 (1966): Disciplinamiento como "single and distinct purpose" de las prohibiciones probatorias; cf. también *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 442-43 (1984). Cf. también Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 586 ss., 650; Wasserstrom/Mertens, American Criminal Law Review (Am.Crim.L.Rev.) 22 (1984), 151 ss.; Bradley, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1985, 99, 101; Harris, StV 1991, 313 s. con ulteriores referencias en la nota al pie 5 ss., 11; Bloom, American Journal of Criminal Law (Am.J.Crim.L.) 20 (1992), 79; Mergner, *supra*, nota al pie 8, pp. 74 y ss.; Giddings, Iowa Law Review (Iowa L. Rev.) 91 (2006), 1082 y ss.; Alschuler, Iowa L.Rev. 93 (2007/2008), 1750 s. Menciona a este entendimiento como "instrumental" y crítica en esa medida al concepto de intimidación.

armonía con las *Amendments* a la Constitución estadounidense mencionadas, enfatizó también la integridad del procedimiento penal y los derechos de los individuos.¹⁴

En 1920, en *Silverthorne Lumber v. U.S.*,¹⁵ la *Supreme Court* sostuvo por primera vez la opinión de que la exclusión de medios de prueba debía conducir no solo a la prohibición de su valoración directa, sino a una prohibición de utilización más comprensiva, que alcanzara también a los frutos de ese medio de prueba anti-jurídico:

The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all.¹⁶

Esencialmente, la *fruit doctrine* amplía por tanto el ámbito de aplicación de la *exclusionary rule* en el sentido de que todo medio de prueba —ya sea un objeto o no—¹⁷ que pueda reconducirse a la violación mediante la que se obtuvo el medio de prueba originario (el "árbol venenoso"), no puede, como fruto de ese árbol venenoso, ser valorado.¹⁸ La doctrina, que en primer lugar se desarrolló en el contexto de violaciones de la *Amendment*

¹⁴ *Mapp v. Ohio*, *supra*, nota al pie 7, 658 s.; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 12 (1968); últimamente *Hudson v. Michigan*, 126 S. Ct 2159, 2165, 2168 (2006). Cf. Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1748 ss., que distingue entre "rights" e "instrumental justificaciones" (1748 ss.); también Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1063, 1067 ss., 1085 con nota al pie 158 con ulteriores referencias; al respecto, también Herrmann, *supra*, nota al pie 8, pp. 1298 y ss., con nota al pie 40 con ulteriores referencias; Oaks, U.Chic.L.Rev. 37 (1970), 668 ss.

¹⁵ *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.*, 251 U.S. 385 (1920).

¹⁶ *Ibidem*, 392. Cf. también Harris, StV 1991, 315; Bain/Kelly, University of Miami Law Review (U.Miami L.Rev.) 31 (1977), 615, 616; Bransdorfer, Ind.L.J. 62 (1986/87), 1067 ss.; sobre el desarrollo histórico Killian, Idaho Law Review (Idaho L.Rev.) 18 (1981), 154 ss.; Rogall, en: Wolter (ed.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts: Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 1995, p. 132; Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 589 ss.

¹⁷ *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963) reconoció por primera vez que "verbal evidence which derives so immediately" de una medida de investigación antijurídica "is no less the 'fruit' of official illegality than the more common tangible fruits of the unwarranted intrusion" (p. 485), p. ej., medios para la comisión del hecho encontrados (*in casu* estupefacientes).

¹⁸ Killian, Idaho L.Rev. 18 (1981), 151, 153.

IV¹⁹ fue luego extendida a otros ámbitos de protección más simples desde el punto de vista constitucional y meramente legal.²⁰

Sin embargo, la relación entre los medios de prueba obtenidos inmediata y mediatamente, es decir, para seguir con la metáfora, entre el árbol y el fruto, no siempre es fácil de determinar.²¹ En especial, resulta muy discutido qué tan lejos puede extenderse el efecto de la obtención antijurídica de la prueba original (el veneno del árbol) en vista de la obtención derivada (el fruto o los frutos).²² Independientemente de la cuestión de la, en este sentido, necesaria conexión causal o nexo entre el medio de prueba primario y el secundario (o terciario, etc.), pueden resultar limitaciones del efecto extensivo también en relación con el tipo de violación primaria que esté en consideración; tampoco según la teoría del efecto extensivo, cualquier violación mínima conduce automáticamente a la exclusión del medio de prueba obtenido a razón de ella [cf. *infra* b, dd (1)]. Ya con ello se demuestra, que el efecto extensivo de ninguna manera rige de manera ilimitada y absoluta. Las excepciones y limitaciones que se tratarán a continuación completan el cuadro.

b) Limitaciones del efecto extensivo

aa) La prueba obtenida de manera independiente a la infracción. La excepción de la "independent source"

La prohibición que implica el efecto extensivo había sido ya limitada por la fundamental decisión mencionada anteriormente:

¹⁹ Así todavía Maguire, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* (J.Crim.L.C. & P.S.) 55, 1964, 307 s.; Jones, *So. Tex. L.J.* 9 (1966-1967), 17 y ss.

²⁰ Mergner, *supra*, nota al pie 8, p. 72; Rogall, *supra*, nota al pie 16, p. 132; Bransdorfer, *Ind. L.J.* 62 (1986/87), 1096 (con referencia a *Nix v. Williams*); Pitler, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 581 y ss.; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 375.

²¹ Cf. Pitler, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 581 ("difficult ... to determine whether derivative evidence ... is fruit of the poisonous tree").

²² Acerca de la diferencia entre "first" y "second, and remoter generation derivative evidence", cf. p. ej. Bransdorfer, *Ind. L.J.* 62 (1986/87), 1061 y ss., según el cual es una cuestión abierta cuán lejos alcanza el efecto extensivo. Para la situación "confusa" (*confusion*) son hechas responsables también las excepciones desarrolladas por la *Supreme Court* (Hessler, *Mich. L. Rev.* 99 (2000), p. 240 con nota al pie 10 con ulteriores referencias).

Silverthorne Lumber.²³ Según ella, debe ser admisible la valoración de un medio de prueba secundario cuando este se pueda derivar de otra fuente diferente, independiente de la originalmente manchada (*independent source*):

Of course this does not mean that the facts thus obtained [mediante una medida de investigación antijurídica, K.A.] become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others ...²⁴

Porque en este caso falta desde un comienzo toda conexión causal entre el medio de prueba obtenido antijurídicamente y el medio de prueba secundario que ha de ser valorado, que surge de otra fuente:

It is one thing to say that officers shall gain no advantage from violating the individual's rights; it is quite another to declare that such a violation shall put him beyond the law's reach even if his guilt can be proved by evidence that has been obtained lawfully.²⁵

La excepción de la *independent source* resulta evidente sin más cuando la fuente independiente existía ya *antes* de la medida investigativa antijurídica y le era conocida a las autoridades

²³ Cf. Hessler, *Mich. L. Rev.* 99 (2000), 240, con nota al pie 13; Giddings, *Iowa L. Rev.* 91 (2006), 1073.

²⁴ *Silverthorne*, *supra*, nota al pie 15, 392. Véase también Bain/ Kelly, *U. Miami L. Rev.* p. 31 (1977), 622 ss.; Erdmann, *Die Ausdehnung der strafprozessualen Garantien der US Bundesverfassung auf den Strafprozess der Einzelstaaten*, 1969, p. 202; McCormick, *Handbook of the Law of Evidence*, 4a. ed., 1992, pp. 313 y ss.; Schmid, *supra*, nota al pie 8, pp. 120; 348 y ss.; Kamisar/ Israel/ LaFave/ King/ Kerr, *supra*, nota al pie 9, p. 888; Saltzburg, *American Criminal Procedure*, 8a. ed., 2007, pp. 358 y ss.; Harris, *StV* 1991, 316 ss.; SK-StPO-Rogall, 2010, § 136a, nm. 115, *el mismo*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1988, 385 (392); *el mismo*, en: *supra*, nota al pie 16, p. 132, con nota al pie 139 s.; Alschuler, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1800; Pitler, *Cal. L. Rev.* 56 (1968), 624 ss. con numerosas referencias de la jurisprudencia; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 397 y ss.

²⁵ *Sutton v. U.S.*, 267 F. 2d 271 (4th Circuit 1959), 272; cf. también *Burke v. U.S.*, 328 F. 2d 399 (1st Cir. 1964); *Segura v. U.S.*, 468 U.S. 796, 104 S. Ct. 3380 (1984). Acerca de la falta de relación causal, también Alschuler, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1795; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 378.

que conducen la investigación.²⁶ Así sucedió en el caso *State v. O'Bremski*,²⁷ en el cual una muchacha de 14 años fue hallada en ocasión del registro antijurídico del domicilio de un sospechoso de un delito sexual, pero la condena se basó en la declaración de la muchacha y su paradero le era conocido a la policía antes del registro, en razón de la información dada por un informante.

Sin embargo, son discutidos los casos en los que la policía obtiene la información independiente recién *después* de la medida investigativa antijurídica. Porque se plantea la cuestión de si realmente se trata de una fuente independiente o si, más bien, la información se basa en la medida investigativa antijurídica primaria y por ello, no puede ser valorada.²⁸ Así en *U.S. v. Bacall*,²⁹ funcionarios de la aduana estadounidense secuestraron de manera antijurídica objetos del inventario del imputado y con base en ellos solicitaron a funcionarios de la aduana francesa que hicieran investigaciones. Estas investigaciones condujeron al secuestro, conforme a derecho, de cartas y cheques que incriminaban al imputado. La *Appeals Court* afirmó la relación de causalidad entre la primera medida de investigación (antijurídica) y la segunda (conforme a derecho), pero tomó en consideración con más exactitud si las autoridades francesas se habrían topado justa y específicamente con las cartas y cheques mediante las medidas de investigación estadounidenses:

The question to be answered is not whether the (...) letters and checks would have been discovered in the absence of the seizure. It is, rather, whether anything seized or any leads gained from the seizure tended significantly to direct the foreign investigation toward those specific letters and checks - whether the Customs offi-

²⁶ Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 626: "When the independent source exists, and it is known prior to the police illegality, then a stronger case for admission is presented." Cf. también *La Fave/Israel/King*, *supra*, nota al pie 5, p. 349.

²⁷ 70 Wash.2d 425, 423 P.2d 530 (1967); para otro caso de este tipo, véase *Harris*, StV 1991, 316 con nota al pie 37.

²⁸ Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 626 ("prevent the independent source requirement from becoming an 'illusory source requirement'"); *Harris*, StV 1991, 316 re. Sp.

²⁹ *U.S. v. Bacall*, 443 F. 2d 1050 (9th Circuit 1971).

cers had after seizure a substantially greater reason to seek those specific items than they had had before the seizure.³⁰

El tribunal negó esta relación específica y se pronunció por tanto a favor de valorar la prueba. Las cosas fueron diferentes en *U.S. v. Murray*.³¹ la policía detuvo reglamentariamente a dos sospechosos y encontró estupefacientes en su automóvil. Entraron entonces -sin orden de registro- al depósito de los dos sospechosos y vieron allí grandes paquetes. En razón de este descubrimiento, solicitaron una orden de registro y secuestraron los paquetes, que contenían estupefacientes. El tribunal de apelaciones aplicó la excepción de la *independent source* y afirmó por tanto, que el hallazgo podía ser valorado. La *Supreme Court* reenvió el caso para ulteriores aclaraciones y pretendió que la valoración *qua* aplicación de la excepción de la *independent source* fuera dependiente del hecho de si el descubrimiento realmente provino de una "auténtica fuente independiente" que no haya sido "motivada" por el primer registro antijurídico del domicilio:

The ultimate question, therefore, is whether the search pursuant to warrant was in fact a genuinely independent source of the information and tangible evidence at issue here. This would not have been the case if the agents' decision to seek the warrant was prompted by what they had seen during the initial entry, or if information obtained during that entry was presented to the Magistrate and affected his decision to issue the warrant.³²

El problema de una "fuente independiente" posterior radica evidentemente en que apenas puede descartarse con seguridad su dependencia de una medida antijurídica primaria de investigación. La posibilidad de valorar la prueba depende por tanto, en último lugar, de los requisitos que se le pongan a la relación causal. Si se considera que es suficiente la *conditio sine qua non* o bien, la causalidad *but for*, entonces, en general, habrá de afirmarse la relación causal,³³ es decir, que habrá que excluir la valoración de

³⁰ *Ibidem*, 1057.

³¹ *U.S. v. Murray*, 487 U.S. 533 (1988).

³² *Ibidem*, 542.

³³ Cf., también *U.S. v. Bacall*, *supra*, nota al pie 29, 1057 ("illegal seizure was a 'but for' cause of the foreign investigation").

la prueba. A modo de ejemplo: en *Murray*, no puede suprimirse mentalmente el ingreso antijurídico al depósito sin que la consecuencia —la solicitud de una orden de registro para secuestrar los paquetes de drogas descubiertos— desaparezca. Si se aplica un parámetro más estricto en el sentido de un enfoque o de una determinada especificación de la investigación en virtud de la medida primaria, se podría negar la causalidad, como lo hizo la *Appeals Court* en *U.S. v. Bacall* y por tanto, afirmar la independencia de la segunda fuente. El problema de esta solución, claro está, radica en que con ello la policía se ve alentada a llevar a cabo en primer lugar, investigaciones antijurídicas para obtener información, ya que su antijuridicidad (primaria) se verá saneada mediante la obtención (secundaria) de prueba conforme a derecho.³⁴

bb) Consideración de causas hipotéticas del resultado: inevitable discovery exception

La cuestión de las exigencias a la relación causal entre la violación y el medio de prueba obtenido (derivadamente) gana en complejidad cuando los factores a ser considerados no son de naturaleza histórica, sino que han de ser determinados hipotéticamente en el marco de una prognosis eventualmente tomada en consideración de hechos históricos y de los valores empíricos relativos a ellos. Este es el caso en la así llamada excepción del *inevitable discovery*,³⁵ que en la práctica extiende la excepción de

³⁴ En este sentido, crítico Bain/Kelly, U.Miami L.Rev. 31 (1977), 625 ("initial illegality can be covered up later by legal police work"). Crítico, también La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, pp. 350 y ss.

³⁵ *Nix v. Williams* 467 U.S. 440 (1984); crítico Hessler, Mich.L.Rev. 99 (2000), 241 ss. Esta doctrina fue utilizada ya mucho antes de *Nix*. Según Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 137 tiene su punto de partida en Silverthorne, *supra*, nota al pie 15. Según Bloom, Am.J.Crim.L. 20 (1992), 82 con nota al pie 19; el concepto "inevitable discovery" se remonta a la decisión *U.S. ex rel. Owens v. Twomey*, F.2d 858, 865 s. (7. Cir. 1974). Véase en general, sobre la excepción *inevitable discovery* también Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 627 ss.; Bain/Kelly, U.Miami L.Rev. 31 (1977), 625 ss.; Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 137 ss.; Bloom, Am.J.Crim.L. 20 (1992), 79 ss.; Golden, Brigham Young University Journal of Public Law (B.Y.U.J.Pub.L.) 97 (1998-1999), 97 ss.; Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1072 ss.; Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1804 ss.; La Fave/Israel/King,

la *independent source* también a medios de prueba que en realidad (todavía) no se pueden reconducir causalmente a una fuente independiente de una violación originaria pero en los que, sin embargo, en el sentido de la consideración de un curso de investigación hipotético, se puede partir de la base de que igualmente se habrían encontrado o bien, obtenido de conformidad al derecho.³⁶ A modo de ejemplo: el imputado revela, en el marco de un interrogatorio llevado a cabo sin abogado y por ello antijurídico, el lugar en el que se encuentra el cuerpo de la víctima, pero este resultaría de todos modos descubierto unas horas después, ya que las tropas de búsqueda de la policía ya se dirigían al lugar del hallazgo; la búsqueda terminará anticipadamente sólo en razón de la declaración del imputado.³⁷

A esta excepción le subyace el pensamiento consistente en que las autoridades de investigación deben quedar en igual posición a la que tendrían si la lesión al derecho no hubiera ocurrido; si la prueba (igualmente) habría sido encontrada, también puede ser valorada.³⁸ Esta excepción es con ello estructuralmente semejante

supra, nota al pie 5, pp. 351 y ss.; Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, p. 896 ss., 902 ss.; Rogall, *supra*, nota al pie 16, p. 133, con nota al pie 141 s. con ulteriores referencias.

³⁶ La doctrina del *inevitable discovery* debe considerarse por ello como una "extrapolation" o bien una "extension" de la excepción de la *independent source* (*Murray*, *supra*, nota al pie 31, 539; Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1072; La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, pp. 351 y ss.) y es llamada correspondientemente también excepción de la *hypothetical independent source* (Alschuler, Iowa L. Rev. 93 [2008], 1800 con ulteriores referencias) o bien, "hypothetical clean path doctrine" (cf. Fahl, Juristische Schulung (JuS) 1996, 1018 li. Sp.; Beulke, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 103 (1991), (667) (cf. también Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 401, 409). Acerca del significado de la conformidad al derecho de la búsqueda de medios de prueba independientes y alternativos, véase Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1087 ss. Acerca del equivalente funcional, cf. *infra*, nota al pie 64.

³⁷ Tal es la situación de hecho en *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 435 ss., 448 ss. (1984); sobre ello Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1074 con nota al pie 68; Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 130 ss.; Fahl, JuS 1996, 1018 li. Sp.

³⁸ Cf. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431, 432 ("the interest of society in deterring unlawful police conduct and the public interest in having juries receive all probative evidence of a crime are properly balanced by putting the police in the same, not a worse, position than they would have been in if no police error or misconduct had occurred."); 443 ("analysis ensures that the prose-

a la de la *independent source* pero, a diferencia de esta, el medio de prueba se apoya sólo hipotéticamente y no realmente en una medida de investigación conforme al derecho.³⁹ Si se puede explicar convincentemente que el medio de prueba también habría sido obtenido por otro camino (acorde al derecho), falta la causalidad entre la medida de investigación antijurídica y la obtención secundaria de la prueba, ya que aquella no es justamente una *conditio sine qua non* (condición *but for*) de esta. Así consideradas, la excepción del *inevitable discovery* y la causalidad *conditio sine qua non* son las dos caras de la misma medalla.⁴⁰ Si se considera, sin embargo, que para la afirmación de la relación causal basta cualquier facilitación de la obtención de la prueba mediante la medida de investigación antijurídica primaria, por ejemplo, en el sentido de una *contributory causation*,⁴¹ entonces ello conduce al rechazo de la *inevitable discovery doctrine*, porque el descubrimiento inevitable de la prueba no cambia básicamente nada de la causalidad, entendida así, de la medida de investigación primaria.⁴²

Cuando sucede que la investigación que fundamenta el curso hipotético, como en el ejemplo anterior, se puso en marcha ya antes de las medidas antijurídicas, el hallazgo hipotético del medio de prueba resulta más fácil de fundamentar que en el caso en el que esas investigaciones comiencen recién después.⁴³ Por ello,

cution is not put in a worse position simply because of some earlier police error or misconduct."). Cf. también Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1074 con nota al pie 70, 74 ("status quo ante rationale"); Murray, *supra*, nota al pie 31, 538-543; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 409. Crítico con "no worse off principle" en consideración del efecto intimidatorio Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 158 ss.

³⁹ Cf. Justice Brennan, en *Nix v. Williams*, 467 U.S. 459 ("... the evidence sought to be introduced at trial has not actually been obtained from an independent source, but rather would have been discovered as a matter of course if independent investigations were allowed to proceed.").

⁴⁰ Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1809.

⁴¹ Acerca de ello *infra*, nota al pie 83 y texto principal.

⁴² Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1814; pretende limitar el *inevitable discovery* a los casos en los que una persona privada u otro órgano estatal que no sea el que actuó antijurídicamente haya descubierto las pruebas de conformidad al derecho. Además pretende que se permita la valoración de la "publicly available information" aun en casos de actuación antijurídica de parte de las autoridades de investigación (1815).

⁴³ La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 357, con ulteriores referencias.

el inicio anterior de tales investigaciones que producen el resultado es en ocasiones puesto como requisito de la valoración de la prueba (el llamado requisito de la *active pursuit*),⁴⁴ para lo cual en el caso particular puede resultar dificultoso la determinación del inicio real de las investigaciones.⁴⁵ Esta problemática puede verse con claridad en relación con los casos de reserva judicial de la *Amendment IV* (detención, secuestro, registro). Si mientras la policía, como en *U.S. vs. Griffin*,⁴⁶ en primer lugar lleva a cabo un registro domiciliario sin orden judicial, pero ya antes o en todo caso simultáneamente se esfuerza por conseguir la orden y esta llega todavía durante la ejecución del registro, se puede considerar a ello como una *active pursuit* y argumentar que las pruebas también se podrían haber encontrado en el marco de un registro conforme a derecho.⁴⁷ Sin embargo, con ello se desbarataría la jurisprudencia tradicional acerca de la exclusión de las pruebas obtenidas en un registro antijurídico y se favorecería a la elusión, por parte de la policía, del requisito de la reserva judicial.⁴⁸ Ello sería así especialmente si se permitiera la valoración cuando la policía no se ha esforzado en absoluto en obtener la orden judicial, sino que solamente *podría* haberla obtenido. ¿Por qué motivo la policía se molestaría en obtener una orden si luego le bastara con afirmar que *podría* haberla obtenido?⁴⁹ En este caso, la necesidad de una prohibición de valoración resulta por tanto

⁴⁴ Cf. por ejemplo, *U.S. v. Brooking*, 614 F.2d 1037, 1042 (5. Circuit 1980); *U.S. v. Satterfield*, 743 F.2d 827, 845 s. (11. Cir.1984). Acerca de la "active pursuit doctrine", crítico, Hessler, Mich.L.Rev. 99 (2000), 243 ss., 247 ss.; Golden, B.Y.U.J.Pub.L. 97 (1998-1999), 119 ss. con ulteriores referencias.; Bloom, Am.J.Crim.L. 20 (1992), 98 ss. con ulteriores referencias); Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1811 ss.

⁴⁵ Crítico Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1812.

⁴⁶ 502 F. 2d 959 (6th Cir. 1974).

⁴⁷ La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 356.

⁴⁸ Cf. Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1808 ("incompatibility of the inevitable discovery doctrine... and the Court's traditional treatment of warrantless searches."); anteriormente ya Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 606 s. ("incentive for police to search unlawfully with the hope that the suspect will incriminate himself, and the pressure inherent in the search makes such a result more probable...").

⁴⁹ En este sentido, crítico Bloom, Am.J.Crim.L. 20 (1992), 95, 102 s.; Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1807 ("no incentive to obtain warrants"); La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 354; Harris, StV 1991, 317.

de la conservación del efecto de intimidación de la *exclusionary rule*.⁵⁰ Resulta justamente insuficiente el que la policía *podría* haber obtenido la prueba lícitamente (*could have*), sino que es necesario que ellas también realmente hubieran sido descubiertas como consecuencia del curso de investigación hipotético (*would have been discovered*).⁵¹ En consideración de la reserva judicial se deriva que las autoridades de investigación deben probar que han solicitado la orden judicial y que la habrían obtenido.⁵² La exigencia adicional de que los funcionarios policiales actúen de buena fe⁵³ ha sido rechazada por la *Supreme Court*, porque consideró que la demostración de la buena fe es demasiado dificultosa y que el requisito constituye un detrimento muy grande para las autoridades de investigación.⁵⁴

También se ha de afirmar la valorabilidad cuando la prueba en todo caso habría sido descubierta en el marco de una investigación de rutina (en especial en el marco de un control de las exis-

⁵⁰ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 438, 445 s., duda sin embargo de que la exclusión de todas maneras de la prueba descubierta tenga un efecto intimidatorio ("... when an officer is aware that the evidence will inevitably be discovered, he will try to avoid engaging in any questionable practice. In that situation, there will be little to gain from taking any dubious 'shortcuts' to obtain the evidence."). Crítico Wasserstrom/Mertens, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 166 ss.

⁵¹ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 438, 444. Cf. también Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, p. 900; Hessler, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 262.

⁵² Cf. la diferencia entre "warrantless searches followed by a warrant" y "not followed by a warrant" en Hessler, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 273 ss., 275 ss. En el último caso, la excepción del *inevitable discovery* no sería aplicable.

⁵³ La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 354, con ulteriores referencias de la (antigua) jurisprudencia en nota al pie 50 s.; Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, p. 888, con ulteriores referencias. Acerca de la llamada "good faith exception" como excepción de la *exclusionary rule* en profundidad (crítico) Wasserstrom/Mertens, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 94 ss., con ulteriores referencias sobre todo en la nota al pie 57; también Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 381. Crítico acerca de una (mayor) subjetivización mediante el criterio de la "purposefulness" Bain/Kelly, *U.Miami L.Rev.* 31 (1977), 647 ss. con ulteriores referencias.

⁵⁴ *Nix v. Williams*, 467 U.S., 445 (1984); Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, pp. 888, 896; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 410; crítico en razón de la falta de determinabilidad Pitler, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 583 s.

tencias en un depósito, *inventory search*)⁵⁵ o en virtud de circunstancias independientes de la obtención antijurídica de la prueba (el llamado *independence circumstances test*).⁵⁶ En este sentido se ve el parecido estructural con la excepción de la *independent source*,⁵⁷ se trata de casos en los cuales, de manera similar que en *Murray*,⁵⁸ la policía obtendría las pruebas también de manera conforme al derecho, independientemente de las medidas de investigación antijurídicas, pero en las que sin embargo, el tribunal tiene que llevar a cabo una comprobación hipotética correspondiente.⁵⁹ Además hay que considerar que el *test* de las *independent circumstances* ha sido propuesto como alternativa a la doctrina de la *active pursuit*, porque esta fue considerada como demasiado formal y poco útil en vista de las lesiones a la *Fourth Amendment*.⁶⁰ El énfasis consecuente en la inevitabilidad (*inevitability*) del descubrimiento de la prueba conduciría a una limitación sensata.⁶¹

⁵⁵ La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 355, con ulteriores referencias. Crítico Alschuler, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1813, quien en estos casos ve también el peligro de una "invitation to shortcuts".

⁵⁶ *U.S. v. Boatwright*, 822 F.2d 862, 864 s. (9th Cir. 1987); suficiente "that the fact or likelihood that makes the discovery inevitable arise from circumstances other than those disclosed by the illegal search itself"; cf. también Hessler, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 261 ss.; La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 357.

⁵⁷ De ello se sigue también la aplicación a los medios de prueba primarios: la declaración del imputado obtenida antijurídicamente o el medio de prueba obtenido en el marco de un registro antijurídico son igualmente valorables como lo son los medios de prueba secundarios que resulten de ellos (por ejemplo, el cuerpo de la víctima) cuando estos habrían sido encontrados también por un camino conforme a derecho (cf. Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, p. 899, con ulteriores referencias; Golden, *B.Y.U.J.Pub.L.* 97 (1998-1999), 102 ss.; Bloom, *Am.J.Crim.L.* 20 (1992), 87 ss.).

⁵⁸ *Supra*, nota al pie 31.

⁵⁹ Acerca de la diferencia entre ambos *tests* Hessler, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 262, en nota al pie 111.

⁶⁰ Hessler, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 246, 261 ss. (265: "inevitability may be legitimately established in the absence of active pursuit, and ... the independent circumstances test permit[s] courts the necessary flexibility ..."), 270 ("provides only negligible additional safeguarding of Fourth Amendment rights"), 272 ("unnecessary as an additional safeguard to the warrant requirement"), 275 ss.; crítico también Alschuler, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1813.

⁶¹ Cf. Hessler, *Mich.L.Rev.* 99 (2000/2001), 261 ss.

Con respecto al parámetro de la prueba, la *Supreme Court* ha aplicado el relativo a la probabilidad (*preponderance of evidence*) según el cual se debería decidir con base en hechos históricos y verificables (!);⁶² naturalmente no se podría especular.⁶³ Otras voces pretenden, enfatizando la "inevitability" del descubrimiento alternativo de la prueba, aplicar un parámetro más estricto, a saber, una carga de la prueba aumentada para el Estado que sólo podría ser satisfecho con "pruebas claras y convincentes" de que el medio de prueba en cuestión realmente habría sido encontrado.⁶⁴ Sea como fuere, la crítica a la excepción del *inevitable discovery* se dirige menos en contra de la excepción como tal⁶⁵ como en contra de su aplicación contradictoria y poco clara.⁶⁶

cc) Causalidad atenuada entre medio de prueba e infracción - "purged taint" o "attenuated connection"

En *Nardone v. U.S.*, si bien la Corte Suprema admitió la existencia de un nexo causal entre la medida de investigación (ilícita) y la prueba obtenida, rechazó sin embargo un efecto extensivo si por

⁶² Con razón, crítico Hessler, Mich.L.Rev. 99 (2000/2001), 261 s., porque si se trata de una comprobación hipotética.

⁶³ "inevitable discovery involves no speculative elements but focuses on demonstrated historical facts capable of ready verification or impeachment ..." (*Nix v. Williams*, 467 U.S., at 444 (1984)).

⁶⁴ Así, el juez Brennan en *Nix v. Williams*, 467 U.S., 459 ("... heightened burden of proof before it is allowed to use such evidence. ... To ensure that this hypothetical finding is narrowly confined to circumstances that are functionally equivalent to an independent source, and to protect fully the fundamental rights served by the exclusionary rule, I would require clear and convincing evidence ..."; en sentido aprobatorio, Richter Marshall). A favor de requisitos más severos ("certainty") también Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 172 ss.; Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1808.

⁶⁵ Hasta Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 179 reconocen que esta excepción no sería "wrong in principle".

⁶⁶ La Fave, Search and seizure, 2007, pp. 243 y ss.; en sentido aprobatorio, Hessler, Mich.L.Rev. 99 (2000/2001), 278; crítico también Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 179 ("unbelievably broad"); Bain/Kelly, U.Miami L.Rev. 31 (1977), 627 s.; Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2005/2006), 1075 s.

la concurrencia de otros factores ese nexo se reduce considerablemente y, de esa manera, se "atenúa" o "afina" tanto, que la mancha se diluye, es decir, que los medios de prueba obtenidos ya no pueden ser razonablemente vinculados con aquella:

Sophisticated argument may prove a causal connection between information obtained through illicit wire-tapping and the Government's proof. As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint.⁶⁷

De manera similar, años después, la Corte abogó en *Wong Sun v. U.S.*⁶⁸ por el rechazo del efecto extensivo, si la obtención de la prueba no puede ser principalmente explicada como una consecuencia de la infracción policial o, expresado de manera positiva, si se basa en medios que parecen haberse limpiado lo suficiente de la primera mancha: "means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint".⁶⁹ A modo de ejemplo:⁷⁰ mientras que una confesión prestada por un imputado que fue detenido luego de un registro domiciliario ilícito se encuentra excluida como fruto del árbol prohibido (registro domiciliario ilícito), una ulterior confesión de otro imputado, detenido en razón de la primera confesión, que la llevó a cabo voluntariamente unos días después de su puesta en libertad provisional, puede ser valorada.⁷¹ Es que la "connection between the arrest and the statement

⁶⁷ *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 341, (1939); al respecto, Pitler, Cal.L.Rev.56 (1968), 641 ss.; Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev.31 (1977), 616; Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 140 ss. (quienes ven en ello un ulterior desarrollo de la *independent source doctrine* de *Silverthorne*, 143); Hessler, Mich.L.Rev. 99 (2000), 240.

⁶⁸ *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471 (1963); al respecto, Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev.22 (1984), 146 ss.; Bransdorfer, Ind.L.J.62 (1986/87), 1071 ss.

⁶⁹ *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 488 (1963).

⁷⁰ Reconstrucción de *Wong Sun*, cf. Erdmann, *supra*, nota al pie 24, pp. 203 y ss.

⁷¹ Cf. Harris, StV 1991, 315. También en el siguiente caso se admitió la existencia de una atenuación en una medida suficiente del nexo causal y, de esa manera, la posibilidad de valorar el medio de prueba: la vecina del imputado, que había sido detenido ilegítimamente, dio referencias - al preguntársele si se podía ocupar de la mascota de este - respecto de otro posible hecho punible; de manera que se realizó un (nuevo) registro domi-

has become so attenuated as to dissipate the taint".⁷² En consecuencia, y esa medida, también interesa decisivamente la libertad del declarante, si bien es poco claro bajo qué presupuestos se puede partir de ello.⁷³

A diferencia de la excepción de la *independent source*, en caso de la *attenuation doctrine* no se trata de una obtención alternativa, conforme a Derecho, del medio de prueba manchado ("tainted") en razón de una fuente independiente, sino del grado de conexión causal entre la acción ilegítima y el medio de prueba.⁷⁴ En consecuencia, no es decisivo el "but for causality", sino la cuestión de con qué extensión se ha atenuado ("attenuated") la relación causal debido a la aparición de otros factores; con otras palabras, es determinante el rol que efectivamente ha jugado la infracción, vinculada a otros factores, para obtener el medio de prueba, es decir, en qué extensión este puede seguir siendo visto como si hubiese sido obtenido mediante la violación.⁷⁵ Dicho con más precisión, el enfoque de la "attenuation" comprende a la "excepción de la independent source" en la medida en que, en la obten-

ciliario en el que fue encontrado material de cargo referido al nuevo hecho a ser imputado; no se consideró que la detención ilegítima haya sido, al fin y al cabo, causa del hallazgo de material probatorio (*U.S. v. Williams*, citado según Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev. 31 [1977], 620 con nota al pie 22).

⁷² *Wong Sun v. U.S.*, 371 U.S. 471, 491.

⁷³ Acerca de la voluntariedad como criterio determinante, también Maguire, J.Crim.L.C. & P.S. 55, 1964, 317 ss.; en favor de una clase de advertencia calificada como presupuesto para que una (ulterior) confesión pueda ser valorada, Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 611 ss. (617 ss.); acerca del consentimiento (voluntario) para el acceso (de esa manera, conforme a Derecho) de las autoridades de investigación en la habitación de hotel como presupuesto para que las pruebas allí descubiertas puedan ser valoradas, *People v. Bostic*, 148 P.3d 250, 253 ss. (Colorado Court of Appeals 2006); véase también *State v. Garcia*, infra, nota al pie 97. Crítico acerca del tratamiento diferencial de los dos acusados en *Wong Sun* y acerca de la definición imprecisa del "voluntariness", Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev. 22 (1984), 148 s.; sobre todo esto, también Pitsch, supra, nota al pie 1, pp. 385 y ss.

⁷⁴ Acerca de la *attenuation doctrine*, véase Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev. 31 (1977), 617 ss.; Bloom, Am.J.Crim.L. 20 (1992), 80 s.; en detalle, con ulteriores referencias, Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 641 ss.

⁷⁵ Cf. Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1073 con nota al pie 62; véase también Rogall, supra, nota al pie 16, p. 133, con nota al pie 145, con ulteriores referencias; cf. también BGH 35, 32 (34).

ción de la prueba, el nexo causal no sólo se encuentra atenuado, "sino incluso interrumpido".⁷⁶ Por consiguiente, en sus puntos de partida, se trata en ambos casos de doctrinas causales, si bien la doctrina de la atenuación conduce a una normativización en el sentido de una doctrina de imputación.⁷⁷

Si en sentencias tempranas, para admitir una prohibición de valoración, la Corte Suprema hubiera permitido que fuera suficiente un nexo causal en el sentido de la fórmula de la *conditio sine qua non* ("but for test"),⁷⁸ en *Wong Sun*⁷⁹ ello hubiera sido rechazado y en *Hudson v. Michigan* se hubiera decidido que el nexo causal sería sólo una condición necesaria de una prohibición de valoración pero no una suficiente.⁸⁰ *In casu*, un registro policial fue ilegítimo porque los funcionarios de la policía no se anunciaron llamando a la puerta ni de otra manera ("knock-and-announce requirement"); sin embargo, el Tribunal consideró admisible la valoración.⁸¹ Según

⁷⁶ La "attenuation doctrine" es entonces más que la excepción de la *independent source* (cf. *Nardone v. U.S.*, 308 U.S. 338, 341 [1939]; Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, supra, nota al pie 9, pp. 887, 900 y ss.) y en parte es denominada, como complemento de ésta, "attenuated connection" (cf. La Fave/Israel/King, supra, nota al pie 5, p. 347). Acerca del nexo causal entre las primeras y posteriores generaciones de medios de prueba, en especial, considerando los parámetros instaurados por la jurisprudencia (de entonces), v. ya Maguire, J.Crim.L.C. & P.S. 55, 1964, 310 ss.

⁷⁷ Rogall, supra, nota al pie 16, p. 133, habla de una "desarticulación normativa" del nexo causal; destacando lo normativo, también Pitsch, supra, nota al pie 1, p. 402.

⁷⁸ Cf. *Mapp v. Ohio*, supra, nota al pie 7, 655 ("all evidence obtained by searches and seizures in violation of the constitution"); *U.S. v. Peltier*, 422 U.S. 531 (1975) 539 ("gained as a result of"). En sentido aprobatorio, Maguire, J.Crim.L.C. & P.S. 55, 1964, 313 ss.; Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 597, 585, 650 ("deterrence-causation"); al respecto, también Pitsch, supra, nota al pie 1, pp. 393 y ss.

⁷⁹ Cf. *Wong Sun v. U.S.*, 487 s. (no todas las pruebas "'fruit of the poisonous tree' simply because it would not have come to light but for the illegal action of the police. "). Al respecto, también La Fave/Israel/King, supra, nota al pie 5, p. 346; Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, supra, nota al pie 9, p. 888.

⁸⁰ *Hudson v. Michigan*, supra, nota al pie 14, 2164 ("... exclusion may not be premised on the mere fact that a constitutional violation was a 'but-for' cause of obtaining evidence. Our cases show that but-for causality is only a necessary, not a sufficient, condition for suppression. ").

⁸¹ *Ibidem*. ("In this case, of course, the constitutional violation of an illegal manner of entry was not a but-for cause of obtaining the evidence. Whether

Alschuler en este caso se plantea la cuestión de con qué extensión hay que considerar a la falta de aviso *sine qua non*, si bien no para la obtención de la prueba — pues esto habría tenido lugar también en caso de aviso —, sí al menos probablemente para la presencia ilegítima en el lugar como presupuesto para el hallazgo probatorio.⁸² En las consecuencias, él propone un parámetro normativo de la causalidad que es mayor, en el sentido de una “contributory causation”, según el cual debería ser suficiente “whether the constitutional violation facilitated the discovery of this evidence”.⁸³ Si este fuera el caso, entonces las pruebas obtenidas no serían valorables. Esto se correspondería con la jurisprudencia preponderante de la Corte Suprema (1817), mientras que la excepción “but for causality”, postulada en *Hudson v. U.S.*, sería una excepción.⁸⁴ No obstante, una normativización tal del parámetro causal fue rechazada con anterioridad porque, de ese modo, demasiadas pruebas serían alcanzadas por el efecto extensivo.⁸⁵

La verdadera finalidad de la “tesis de la atenuación” consiste abiertamente en una relajación del dogma del efecto extensivo. Por último, posibilita una ponderación casuística entre disciplinamiento preventivo e intereses públicos en la persecución penal:

In a problem such as that before us now, two opposing concerns must be harmonized: on the one hand, the stern enforcement of the criminal law; on the other, protection of that realm of privacy left free by Constitution and laws but capable of infringement either through zeal or design.⁸⁶

that preliminary misstep had occurred *or not*, the police would have executed the warrant they had obtained, and would have discovered the gun and drugs inside the house.”; el destacado pertenece al original). La votación fue de 5:4; según el punto de vista de la opinión minoritaria, la mayoría comprendió mal la *inevitable doctrine*. También crítico, LaFave, *supra*, nota al pie 66, pp. 24 y ss.

⁸² Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1745.

⁸³ Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1745, 1775 ss. (1776).

⁸⁴ *Ibidem*, 1746, 1748, 1778 ss.

⁸⁵ Cf. Maguire, J.Crim.L.C.& P.S. 55, 1964, 311 ss.

⁸⁶ Nardone, 308 U.S.at 340. Cf. también La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, pp. 347 y ss.; Harris, StV 1991, 315 con nota al pie 25; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 402 y ss., 407.

Sin embargo, la teoría ha sido rechazada, con razón, por indeterminada,⁸⁷ la decisión de realizar una valoración depende en última instancia de las circunstancias del caso particular respectivo⁸⁸. A modo de ejemplo: hasta 1975 la jurisprudencia había defendido que la advertencia en el sentido de las *Miranda warnings*⁸⁹ sería suficiente para atenuar el nexo causal entre la medida de investigación ilegítima y una posterior confesión según la *attenuation doctrine*.⁹⁰ Luego, en *Brown v. Illinois*,⁹¹ la Corte Suprema aclaró que esto ponía en peligro la función de disuasión de la *exclusionary rule* en vista de la IV. *Amendment (in casu: arresto ilegítimo)*⁹² y que diluiría considerablemente su efecto,⁹³

⁸⁷ Cf. La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5 (nota al pie 853), p. 347 (“rather uncertain exactly what lower courts were expected to look for ...”), 348 (“judges may bring widely different perspectives”); Powell J., en sentido aprobatorio del voto en *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, p. 609: “question of attenuation inevitably is largely a matter of degree”.

⁸⁸ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, p. 603 (“facts of each case”); Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev. 31 (1977), 619 (“facts of each case must be examined”), 620 (“dependent upon the particular facts of each case”); Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 403, 408.

⁸⁹ Las así llamadas *Miranda Rules* comprenden cuatro derechos, a saber: (1) el derecho a guardar silencio; (2) la advertencia de que toda declaración puede ser usada en contra del sospechoso; así como (3) el derecho a la presencia, y (4) dado el caso, financiamiento de un abogado: “Prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed.” (*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 [1966], 443; véase también 471). Al respecto, instructivo, Fahl, JuS 1996, 1014. Crítico acerca de la delimitación imprecisa entre meras disposiciones procesales (“prophylactic rights”) y derechos constitucionales (“constitutional rights”) en el sentido de las *Amendments*, Bransdorfer, Ind.L.J. 62 (1986/87), 1082 ss.

⁹⁰ Así, por ejemplo, *State v. LaRosa*, 112 R.I. 571, 313 A. 2d 375 (1974), 575 (“We are persuaded that an illegal arrest does not render a subsequent confession inadmissible per se, but that confessions may be admitted after the accused has been advised of his constitutional rights, and has knowingly and voluntarily executed a waiver of said rights.”).

⁹¹ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590. Cf. también al respecto, Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, pp. 888 y ss.

⁹² *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 601 (“Miranda warnings, and the exclusion of a confession made without them, do not alone sufficiently deter a Fourth Amendment violation.”).

⁹³ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 602 (“If Miranda warnings, by themselves, were held to attenuate the taint of an unconstitutional arrest, regardless of

puesto que la policía se vería precisamente estimulada a llevar a cabo arrestos ilegítimos, si mediante una mera advertencia pudieran ser valoradas las pruebas obtenidas de ese modo.⁹⁴ Esto hace recordar la argumentación relacionada con la subsanación de violaciones a la *Amendment IV* mediante la excepción del descubrimiento inevitable.⁹⁵ Pero al mismo tiempo, la Corte *Brown* puso en claro que la observancia de las *Miranda warnings* sólo sería uno entre muchos otros factores que tienen que ser tenidos en cuenta en la constatación de una eventual prohibición de valoración.⁹⁶ De esta manera, en tiempos recientes se decidió que

how wanton and purposeful the Fourth Amendment violation, the effect of the exclusionary rule would be substantially diluted.”).

⁹⁴ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 602 s. (“Arrests made without warrant or without probable cause, for questioning or ‘investigation’, would be encouraged by the knowledge that evidence derived there from could well be made admissible at trial by the simple expedient of giving *Miranda* warnings. Any incentive to avoid Fourth Amendment violations would be eviscerated by making the warnings, in effect, a ‘cure-all’ and the constitutional guarantee against unlawful searches and seizures could be said to be reduced to ‘a form of words.’”). En las consecuencias, en sentido aprobatorio, La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 347; Wasserstrom/Mertens, *Am.Crim.L.Rev.* 22 (1984), 154 s.; Harris, *StV* 1991, 315; Thaman, en: *Menschengerechtes Strafrecht: Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, p. 1050; Alschuler, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1816 s.; igualmente crítico, también ya Pitler, *Cal.L.Rev.* 56 (1968), 603 s., 619, 620.

⁹⁵ *Supra*, nota al pie 49.

⁹⁶ En este sentido, también *Dunaway v. New York*, 442 U.S. 200 (1979) (no hay atenuación por el poco tiempo transcurrido entre la detención ilegítima y la confesión); *Taylor v. Alabama*, 457 U.S. 687 (1982) (decisión ajustada de 5:4 votos en la que se determinó que la confesión, como fruto prohibido de una detención ilegítima, no sería valorable, aunque habían transcurrido seis horas desde la detención, el afectado había sido advertido tres veces y, antes de la declaración, había hablado con su novia y vecino; por ello, los cuatro *dissenting judges* no consideraron “proximately caused by his illegal arrest”, sino como “product of a decisión based both on knowledge of his constitutional rights and on the discussion with this friends”, *ibidem*, 700). A diferencia de esto, en *Rawlings vs. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980), la Corte Suprema decidió que existiría una atenuación, admitiendo en consecuencia la posibilidad de valorar, porque la detención (antijurídica) había tenido lugar en una “congenial atmosphere” (*ibidem*, 99) y las declaraciones de los afectados —prestadas poco después— no habrían sido un producto de esta detención, sino “apparently spontaneous reactions” (*ibidem*, 108); por lo demás, el procedimiento policial no habría alcanzado “the level of conscious or flagrant misconduct requiring prophylactic exclusion of petitioner’s statements” (*ibidem*, 110).

en caso de una violación de las *Miranda-rules* sólo debe ser inválida la confesión primaria, basada en la falta de advertencia, pero no el medio de prueba adquirido mediatamente (derivado) (p. ej., el arma del hecho encontrada en razón de la confesión).⁹⁷

Además sería relevante la cercanía temporal entre la infracción y la obtención del medio de prueba, la clase (finalidad y flagrancia) de la infracción policial (al respecto, inmediatamente *infra*), la voluntariedad del declarante y eventuales circunstancias acompañantes, p. ej., el regreso voluntario a la policía como en *Wong Sun*.⁹⁸ En relación con el presupuesto para admitir un efecto extensivo y con ello la no valoración es siempre —en el sentido de la función de disciplinamiento de la prohibición de valoración— su posible efecto disuasivo en vista de la conducta de las autoridades de investigación.⁹⁹ Si su conducta ilícita se dirigió a la obtención de la prueba posterior en el sentido de una “motivating force”, debe tener lugar una prohibición de valoración para despojarlos de esa motivación en el futuro.¹⁰⁰

dd) Otras limitaciones

(1) Según la clase de violación

Con prescindencia de la cuestión —relevante para las excepciones mencionadas hasta aquí— acerca del nexo causal entre la

⁹⁷ *Cf. U.S. v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004); *cf.* también *State v. Garcia*, 152 P.3d 645, 653 (*Idaho Court of Appeals*, 2006): posibilidad de valorar las drogas encontradas en un registro realizado en el automóvil del acusado, a pesar de la falta de las *Miranda warnings*, porque el consentimiento para el registro fue “voluntary and not the product of police coercion”. *Cf.* también Alschuler, *Iowa L. Rev.* 93 (2008), 1803, con ulteriores referencias; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 383 y ss.; en sentido limitativo, también ya Bransdorfer, *Ind.L.J.* 62 (1986/87), 1099 (“not... all second-generation derivative evidence ... automatically ... inadmissible. Only evidence that comes from police exploitation or police illegality should be inadmissible.”).

⁹⁸ *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 603 s.; Bain/Kelly, *U.MiamiL.Rev.* 31 (1977), 619 s.; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 404 y ss. Acerca del criterio de la voluntariedad, también *supra*, nota al pie 73.

⁹⁹ *Cf.* la síntesis en La Fave/Israel/King, *supra*, nota al pie 5, p. 348.

¹⁰⁰ *Sin autor*, *University of Pennsylvania Law Review (U.Pa.L.Rev.)* 115 (1967) 1136, 1148 s.

producción ilícita de prueba y la valoración probatoria (basada en aquella), también se hacen diferencias según la clase de violación.¹⁰¹ Según esto, en principio, no toda violación debe conducir automáticamente a la exclusión de todo otro medio de prueba obtenido mediatamente, sino que tal efecto extensivo sólo debe producirse en caso de violaciones graves a derechos constitucionales, pero no de meras reglas "técnicas" (disposiciones de forma).¹⁰² La violación de una norma procesal, que sólo regla la clase y el modo de llevar a cabo una medida de investigación o que sirve a la salvaguarda de garantías constitucionales tiene un peso diferente que la lesión de garantías constitucionales propiamente dicha. A modo de ejemplo: en relación con un registro domiciliario, y en vista de los derechos del afectado, constituye una diferencia esencial el hecho de que la ejecución del registro haya sido antijurídico sólo desde el punto de vista formal (p. ej., porque no se llamó a la puerta) o de que ella en absoluto tendría que haber sido llevada a cabo por falta de configuración de los presupuestos materiales.¹⁰³

(2) *Standing rule*

La *standing rule* limita el efecto extensivo si el acusado que la hace valer no fue el mismo destinatario de la medida de inves-

¹⁰¹ Cf. Bransdorfer, Ind.L.J. 62 (1986/87), 1099 ("character of the police impropriety"); Harris, StV 1991, 313.

¹⁰² Cf. p. ej. *Tucker v. U.S.*, 417 U.S. 439: sólo lesión de una "prophylactic rule" (advertencia *Miranda* respecto del derecho a un defensor, *supra*, nota al pie 89) para proteger el (verdadero) derecho constitucional a un defensor, conocido por el acusado; al respecto, Bransdorfer, Ind.L.J. 62 (1986/87), 1075 s. También *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985), 308: Test sobre lesión de un "constitutional privilege" o "prophylactic standard" (al respecto, Bransdorfer, Ind.L.J. 62 [1986/87], 1079 s., 1098); Wong Sun, 485: Efecto extensivo "to enforce the basic constitutional policies" (al respecto, Bransdorfer, Ind.L.J. 62 [1986/87], 1073). También diferencia en este sentido Richter Powell, en *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590, 610 f., según el cual, en caso de una "flagrantly abusive violation of Fourth Amendment rights" tendría que ser admitida una prohibición de valoración, pero no en caso de meras "technical" violations", p. ej. actuar de buena fe en caso de detención sobre la base de una orden de detención declarada recién después ilegal. Cf. también Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 583; Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1803 con nota al pie 297.

¹⁰³ Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1756 ss.

tigación ilícita primaria, sino si esta se ha dirigido en contra de un tercero.¹⁰⁴ Según *Jones v. U.S.* el acusado *no* tiene *standing*, porque no es él en contra de quien se ha dirigido la medida de investigación.¹⁰⁵ Esto es expresión del principio general según el cual para invocar la *exclusionary rule* se presupone la posesión de una posición jurídica propia que sea lesionada por la violación. La persona afectada tiene que tener entonces un "primary right to object to the 'tree' itself".¹⁰⁶ En virtud de esta regla, la jurisprudencia niega el efecto extensivo a favor del acusado incluso si las autoridades de la persecución producen intencionalmente pruebas ilícitas de terceros en el marco de una así llamada "third-party search".¹⁰⁷ Esto fue criticado con razón, pues de esa manera la policía es precisamente motivada a recolectar pruebas ilícitas de terceros allegados al sospechoso.¹⁰⁸

(3) *El testigo como fruto*

Un testigo es fruto del árbol prohibido si su descubrimiento es resultado de un actuar de investigación ilegítimo. A modo de ejemplo: la policía lleva a cabo un registro domiciliario ilícito y, en ese marco, da con los nombres de posibles testigos, que con posterioridad también son en efecto interrogados.¹⁰⁹ La aplicación estricta de la *fruit doctrine* conduciría a una exclusión de la posterior declaración testimonial; sin embargo, en tales casos, la jurisprudencia ha intentado con frecuencia valorar una prue-

¹⁰⁴ Cf. Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2005/2006), 1070; Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, pp. 902 y ss.; Rogall, Juristenzeitung (JZ) 1996, 949; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 376 y ss.

¹⁰⁵ *Jones v. U.S.*, 362 U.S. 257 (1960), 261; de la misma manera, *Alderman v. U.S.*, 394 U.S. 165 (1969).

¹⁰⁶ Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 594.

¹⁰⁷ Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2005/2006), 1071.

¹⁰⁸ Cf. Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2005/2006), 1072, con ulteriores referencias; también crítico acerca de la conexión entre la *standing rule* y la excepción del *inevitable discovery*, *ibidem*, 1076 ss. (discusión que en esa medida dio lugar a decisiones contradictorias del *First* y *Seventh Circuit*); también ya crítico, Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 649 s.

¹⁰⁹ Cf. Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev.31 (1977), 629; Pitler, Cal.L.Rev.56 (1968), 621.

ba testimonial confiable, sea porque una exclusión no se tuvo por necesaria en vista del disciplinamiento o disuasión de las autoridades de investigación o porque se consideró que el nexo causal entre la infracción jurídica originaria y la declaración en el sentido de las excepciones mencionadas *supra* [bb, cc] faltaba o se encontraba atenuado.¹¹⁰ En vista del ejemplo mencionado *supra* se podría argumentar, p. ej., que de todos modos el testigo habría sido encontrado (de manera conforme a Derecho) en el curso de las investigaciones o que la ilicitud originaria habría sido superada por la declaración voluntaria del testigo. En *U.S. v. Ceccolini*¹¹¹ se consideró a la posible libertad de decisión del testigo como diferencia decisiva respecto de la prueba documental:

The greater the willingness of the witness to freely testify, the greater the likelihood that he or she will be discovered by legal means and, concomitantly, the smaller the incentive to conduct an illegal search to discover the witness. Witnesses are not like guns or documents which remain hidden from view until one turns over a sofa or opens a filing cabinet. Witnesses can, and often do, come forward and offer evidence entirely of their own volition. And evaluated properly, the degree of free will necessary to dissipate the taint will very likely be found more often in the case of live-witness testimony than other kinds of evidence. The time, place and manner of the initial questioning of the witness may be such that any statements are truly the product of detached reflection and a desire to be cooperative on the part of the witness. And the illegality which led to the discovery of the witness very often will not play any meaningful part in the witness' willingness to testify.¹¹²

En este contexto también merece ser mencionado el hecho de que — como excepción fundamental a la *exclusionary rule* y, de esta manera, también a la *fruit doctrine* —, medios de prueba obteni-

¹¹⁰ Cf. Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev.31 (1977), 630 s.; Pitler, Cal.L.Rev.56 (1968), 621 ss.

¹¹¹ 435 U.S. 268, 98 S. Ct. 1054, 55 L. Ed. 2d 268 (1978); al respecto, Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, pp. 895 y ss.

¹¹² 435 U.S. 268, 276 s. Crítico acerca del tratamiento especial del "live testimony", Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev. 31 (1977), 632 s.; todavía en contra, Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 624.

dos ilícitamente pueden ser valorados para conmovir la credibilidad del testigo (que, a su vez, puede ser acusado).¹¹³

c) Consecuencia intermedia

Ya estas explicaciones superficiales muestran que la ampliación de principio de la *exclusionary rule* a medios de prueba obtenidos de manera mediata mediante la *fruit of the poisonous tree doctrine*, se encuentra perforada por numerosas excepciones que en lo central se basan en una interrupción o atenuación del nexo causal entre la prueba primaria ilícita y la prueba secundaria mediata.¹¹⁴ En consecuencia, el principio del efecto extensivo no conduce a una exclusión general de pruebas mediatas;¹¹⁵ antes bien, se trata de una *presunción* de no valoración, que puede ser (fácilmente) *rebatida* mediante las numerosas excepciones mencionadas.

3. EL EFECTO EXTENSIVO EN EL DERECHO ALEMÁN

Con prescindencia de la discusión puramente conceptual e infructífera, relativa a si la valoración mediata de un medio de prueba primario obtenido ilícitamente — p. ej. de la declaración obtenida antijurídicamente en el sentido del § 136a —, introduciendo un medio de prueba secundario (basado en ella), como podría ser el medio típico encontrado en razón de esa declaración constituye en absoluto una valoración en el sentido de la ley;¹¹⁶

¹¹³ Cf. Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev. 31 (1977), 636 ss.; Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 630 ss.; acerca de otras limitaciones en caso de otras medidas de investigación, 636 ss.

¹¹⁴ Cf. Beulke, ZStW 103 (1991), 667.

¹¹⁵ Cf. Harris, StV 1991, 316; confuso Otto, GA 1970, 302, quien indica que en caso de una recepción en el Derecho alemán serían necesarias excepciones; si bien, como ya se demostró, éstas ya existen.

¹¹⁶ Cf., al respecto, *Jahn*, DJT Gutachten, 2008, C 92, con una acertada aceptación de la valoración porque sólo interesa el aporte al proceso del conocimiento obtenido (ilícitamente) ("Valorar significa aportar conocimiento al proceso"). Anteriormente, ya en este sentido, *Henkel*, Strafverfahrensrecht, 2a. ed., 1968, p. 271.

la decisión a favor o en contra de la teoría del efecto extensivo depende en sí de cuál sea la finalidad perseguida por medio de las prohibiciones de valoración o de qué valor se le otorgue a las respectivas finalidades. Así, hasta ahora, la jurisprudencia y una parte de la doctrina se han aferrado al punto de vista tradicional, que consiste en un rechazo de principio¹¹⁷ del efecto extensivo por razones de eficiencia del proceso penal (amenaza de "paralización") y de búsqueda de la verdad;¹¹⁸ mientras que la doctrina (probablemente) dominante ha afirmado el efecto extensivo en

¹¹⁷ Excepción en BGHSt 29, 244, 247: aceptación del efecto extensivo en el caso de una lesión al § 7, párr. 3 (actualmente § 6, párr. 2, oración 3, en conexión con § 7, párr. 6) de la ley acerca del artículo 10, Ley Fundamental (G 10 Gesetz) en relación con hechos no catalogados; cf. también LG Hannover, StV 1986, 521, 522; LG Stuttgart, NSTZ 1985, 568, 569; cf. Meyer-Goßner, StPO, 2009, Introducción, nm. 57; Sieber, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2008, 886. Cf. además para el caso de las lesiones nucleares, §§ 160a, párr. 1, oración 2, 100a, párr. 4, oración 2; al respecto, Roxin/Schünemann, *supra*, nota al pie 2, § 24, nm. 63.

¹¹⁸ BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364; 35, 32, 34, así como BGH JZ 1987, 936, con comentario de Fezer; BGH NJW 2006, 1361 (amenaza de "paralización del proceso penal"); BverfG, NSTZ 2006, 46; OLG Oldenburg, NJW 1955, 683; OLG Stuttgart, NJW 1973, 1941; OLG Hamburg, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1976, 601; resumidamente Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 311 y ss.; en las particularidades, de la misma manera, Dallinger, Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ) 1950, 734; Baumann, GA 1959, 33 (41 s.); Kleinknecht, NJW 1966, 1537 (1544) con nota al pie 74, con ulteriores referencias; Peters, Strafprozeß: Ein Lehrbuch, 4a. ed., 1985, pp. 337 y ss.; Ranft, en: Festschrift für Günther Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, p. 719 (735); Lesch, Strafprozessrecht, 2a. ed., 2001, § 3, nm. 170 (véase empero, sus explicaciones en el Libro en Homenaje a Volk, reproducidas en la próxima nota al pie); Füllkrug, MDR 1989, 122 con nota al pie 35; Rogall, JZ 1996, 948 con nota al pie 64; Roxin/Schünemann, *supra*, nota al pie 2, § 24, nm. 60, 64 ("Rastros"). Cf. también en este sentido las decisiones DJT del Deutschen Juristentags, Departamento de Derecho penal, que en su mayor parte rechazan un efecto extensivo o que admiten expresamente el uso mediato (p. ej., para la fundamentación de una sospecha inicial) (67.º DJT in Erfurt, 2008, N.º 7. a), 8. a) y b) (con 65:1 votos, 11 abstenciones y 39:31:5). También en sentido afirmativo, respecto de la valoración transnacional en caso de una producción de prueba ilícita llevada a cabo en el estado requerido (Decisión 16 a), 35:13:5). Acerca del efecto extensivo (denegado) en caso de una violación del artículo 3, Convención Europea de Derechos Humanos, v. Warnking, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2009, pp. 60, 85 y ss.

vista del principio de formalidad del proceso y del disciplinamiento de las autoridades de persecución penal.¹¹⁹ Como siempre, sin embargo, tampoco aquí parece adecuada una valoración rígida de "todo o nada" de los diversos casos que se presentan en la praxis; antes bien, hay mucho que habla a favor de una ponderación casuística en el sentido de la teoría de la ponderación defendida por la jurisprudencia.¹²⁰ De esa manera, el efecto ex-

¹¹⁹ Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozess, 1977, pp. 79 y ss.; Spindel, Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 1966, 1102 (1105) con nota al pie 22, con ulteriores referencias; *el mismo*, JuS 1964, 471; Maiwald, JuS 1978, 384 s.; Fezer, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995, p. 224; *el mismo*, JZ 1987, 939 con nota al pie 18; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25a. ed., 1998, § 24, nm. 47, con ulteriores referencias; Kühne, Strafprozessrecht: eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 8a. ed., 2010, nm. 912; Volk, Grundkurs StPO, 7a. ed., 2010, § 28, nm. 43; Haffke, GA 1973, 65, 80; Jahn, DJT Gutachten, 2008, C 92 ss.; Lesch, en: In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, pp. 320 y ss., sobre la base de su reconstrucción funcional de las prohibiciones probatorias orientada según los derechos del imputado y la integridad del Estado de Derecho y admitiendo la función de disciplinamiento; en las particularidades también Beulke, Strafprozessrecht, 11a. ed., 2010, nm. 482, que se basa en el ámbito de protección de la norma procesal lesionada, así como Amelung en: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2001, p. 1259 (1262), en virtud de su teoría de los derechos del dominio de la información. Ulteriores referencias en Füllkrug, MDR 1989, 122, con nota al pie 34; Rogall, JZ 1996, 948 con nota al pie 63; Mergner, *supra*, nota al pie 8, p. 46, nota al pie 66; Kramer, Juristische Ausbildung (Jura) 1988, 520, 524 con nota al pie 42; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 314 y ss. (quien incluso pretende ponderar diferenciadamente, p. 316). De tiempos recientes, Schlothauer/Weider, StV 2009, 605 li. Sp. Para el efecto extensivo en caso de una prohibición de valoración de una confesión prestada en el marco de una notificación (§ 257c, párr. 4, oración 3), "si la responsabilidad por la desaparición del efecto vinculante recae exclusivamente en la esfera de la justicia"; también Volkmer, NSTZ 2010, 319, a causa de falta de base jurídica para el almacenamiento de datos por prevención.

¹²⁰ Acerca de esta teoría, Ambos, *supra*, nota al pie 2, p. 43. Respecto de ello, también KK-Senge, StPO, 2008, previo al § 48, nm. 45 ss.; KK-Diemer, StPO, 2008, § 136a, nm. 42; LR-Gleiß, StPO, 2007, § 136a, nm. 66; Maiwald, JuS 1978, 384 s.; Joerden, JuS 1978, 931; Füllkrug, MDR 1989, 122 s.; Rogall, JZ 1997, 944, 948; Hentschke, en: Hellmann (Hrsg.), Fallsammlung zum Strafprozessrecht, 3a. ed., 2008, nm. 611; Murmann, *supra*, nota al pie 2, nm. 245; Haller/Conzen, Das Strafverfahren: eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 6a. ed., 2011, nm. 625; Heine, en: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren,

tensivo depende esencialmente de la "situación de hecho y de la clase de infracción" —en especial, en relación con la clase de prueba producida, la gravedad de la infracción y del reproche de hecho—;¹²¹ el efecto tiene que ser admitido —en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—¹²² en caso de una violación de derechos humanos que produzca que el proceso sea injusto como un todo.¹²³ Por lo demás, la proporcionalidad sólo puede ser considerada mediante una ponderación realizada en el caso concreto.¹²⁴

2009, pp. 937 y ss. = HRRS 2009, 546 s. Acerca del fundamento dogmático de la teoría de ponderación en este contexto Mergner, *supra*, nota al pie 8, pp. 84 y ss.

¹²¹ Acerca de los criterios, en detalle, Mergner, *supra*, nota al pie 8, pp. 135 y ss.; cf. también Sieber, NJW 2008, 886 con nota al pie 42 s.; Rogall, JZ 2008, 827 ("no es posible una determinación abstracta"; "en caso de violaciones jurídicas conscientes y graves [...] clara prohibición de efecto extensivo"); Joerden, JuS 1993, 931; Füllkrug, MDR 1989, 122 s., con ulteriores referencias, quien se pronuncia en favor de admitir, p. ej. en el caso de tortura, "indiscutiblemente" un efecto extensivo; Rogall, JZ 1996, 948 s.; *el mismo*, SK-StPO- Rogall, 2010, § 136a, nm. 112 ss., con ulteriores referencias; Neuhaus, NJW 1990, 1221 s.; Kramer, Jura 1988, 524 s. (en todo caso en supuestos de violaciones procesales deliberadas).

¹²² Véase Ambos, *Principios del proceso penal europeo*. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos, Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación Filosofía y Derecho, Colección de Estudios núm. 31, Bogotá (Colombia), 2005; véase también Ambos/Böhm, "Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional - Tomo II*, Montevideo (Konrad-Adenauer-Stiftung, Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen) 2011, 43-69.

¹²³ Eso también se sigue de la sentencia "Gäfgen v. Deutschland" (sentencia del 30/6/2008 - N.º 22978/05 = NSTZ 2008, 699), en relación con el medio de prueba (mediato) hallado en razón de la confesión forzada, véase para. 105 ("fuerte sospecha de que la valoración de medios de prueba que fueron obtenidos como 'fruto' de una confesión arrancada por la fuerza mediante los medios lesivos del art. 3, hace que el proceso sea 'injusto' como un todo, de la misma manera que lo haría la valoración de la confesión forzada misma."). Véase también para. 108, en donde se indica que el Tribunal Provincial también había excluido las declaraciones hechas en razón de la confesión forzada.

¹²⁴ Cf. Maiwald, JuS 1978, 384 s.; Wolter, NSTZ 1984, 276; Joerden, JuS 1993, 931; referencias en Mergner, *supra*, nota al pie 8, p. 46, nota al pie 68.

También Jäger argumenta en esta dirección, cuando él, admitiendo por principio la prohibición del efecto extensivo, aboga por limitaciones normativas en la medida en que la producción de prueba defectuosa no haya incidido en la situación probatoria (mediata); es decir, que el nexo de imputación entre el acto de producción prohibido y la prueba mediata se encuentre excluido.¹²⁵ También Jahn quiere diferenciar casuísticamente —casi en el sentido de una teoría probatoria dispositiva— según el efecto de la violación, y en caso de violaciones a la dignidad humana admitir siempre un efecto extensivo.¹²⁶ Para Löffelmann no se trata de la conexidad, sino sólo de la cuestión de si la valoración "satisface el parámetro constitucional de los intereses en pugna".¹²⁷

Por lo demás, también en la discusión alemana la admisibilidad de una valoración se fundamenta con la falta o atenuación del *nexo causal* entre la violación jurídica originaria y el medio de prueba mediato —totalmente en el sentido de la doctrina estadounidense de la *attenuation* [*supra* 2, b, cc]—. ¹²⁸ Dicho de manera positiva, en consecuencia, un efecto extensivo que impida una valoración sólo entra en consideración cuando el medio de prueba obtenido de modo mediato se base *exclusivamente* en la obtención ilícita del medio de prueba inmediato,¹²⁹ es decir que, en esa medida, exista una *unidad probatoria* en el sentido de una *identidad probatoria*

¹²⁵ Jäger, nota al pie 2, pp. 226 y ss.; *el mismo*, GA 2008, 494. Acerca de Jäger, Ambos, *supra*, nota al pie 2, p. 46.

¹²⁶ Jahn, DJT Gutachten, 2008, C 94 s., 127; *el mismo*, *supra*, nota al pie 2, 2010, pp. 284 y ss. Acerca de Jahn, Ambos, *supra*, nota al pie 2, pp. 47 y ss.

¹²⁷ Löffelmann, Die normativen Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafverfahren, 2008, p. 221, rechaza por errado el efecto extensivo por razones normológicas. Acerca de Löffelmann, Ambos, *supra*, nota al pie 2, p. 46.

¹²⁸ En esa media, acerca de la falta de un (verdadero) efecto extensivo en caso de un mero "contacto probatorio", Jäger, GA 2008, 495 s.; acerca de la causalidad atenuada, en el mismo sentido, Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 93.

¹²⁹ Así, Dencker, *supra*, nota al pie 119, p. 80; también Reichert-Hammer, JuS 1989, 450; Jäger, GA 2008, 494; en las particularidades, de la misma manera, Müssig, GA 1999, 119, 137, quien sobre la base de la teoría de Amelung del dominio de la información y en caso de una "injerencia en derechos a disponer información" parte básicamente de una "pretensión informacional a que sean eliminadas las consecuencias", que —ante el correspondiente nexo de imputación— también abarca prueba mediata. Acerca de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia como presupuesto mínimo, Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 89 y ss.

normativa.¹³⁰ Expresado de otra manera, la prueba mediata tiene que estar implicada en la producción de la prueba primaria como consecuencia de una actividad investigativa orientada hacia una meta y consciente.¹³¹ De esa manera, son valorables en todo caso los medios de prueba hallados de manera meramente casual (verdaderos hallazgos casuales).¹³² Igualmente, hay que admitir la posibilidad de valoración cuando el medio de prueba habría sido hallado sin más (también de manera conforme a Derecho) —teoría del curso hipotético de investigación—. ^{133, 134} Así, p. ej., —en correspondencia con las excepciones relativas a la posibilidad de valorar una declaración del imputado en caso de falta de advertencia¹³⁵ y, por completo, en el sentido de la teoría estadounidense del “testigo como fruto” mencionada líneas atrás [*supra* 2, b, dd, (3)]— la declaración de un testigo, con el que se dio en primer lugar a causa de medidas de investigación ilegítimas, no debe dejar de ser valorable mediante el efecto extensivo, si él regresa a la policía voluntariamente para declarar.¹³⁶

¹³⁰ Jäger, GA 2008, 496; en sentido aprobatorio Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 90 y ss.

¹³¹ Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 90 (“función de dirección técnico-investigativa”).

¹³² Cf. Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 92, 95 y ss., con una diferenciación convincente entre hallazgos azarosos auténticos e inauténticos: mientras que estos efectivamente son hallados por azar (98), aquellos son el resultado de labor investigativa deliberada y, en consecuencia, caen por principio en el efecto extensivo (101 s., 325 ss.; acerca de la especial relevancia en el Derecho penal tributario, *ibidem*, pp. 327 y ss.).

¹³³ Acerca de esta teoría, con ulteriores referencias, Ambos, *supra*, nota al pie 2, pp. 50 y ss.

¹³⁴ Fezer, *Strafprozessrecht*, 2a. ed., 1995, p. 224; Roxin, *supra*, nota al pie 119, § 24, nm. 47; tendencialmente también Beulke, *supra*, nota al pie 119, nm. 483. Cf. también BGHSt 32, 68; Joerden, JuS 1993, 931; Füllkrug, MDR 1989, 123; Wolter, NSStZ 1984, 277; Rogall, JZ 1996, 949 con nota al pie 69; crítico Dencker, *supra*, nota al pie 119, pp. 81 y ss.; Roxin/Schünemann, *supra*, nota al pie 2, § 24, nm. 62; Jäger, GA 2008, 494 s. justifica en el marco del efecto extensivo la teoría del curso hipotético de investigación —de otro modo, por el rechazada—, con el argumento de que, en esa medida, se trataría de medios de prueba (mediatos), que en el momento de la producción defectuosa ya “existen de manera valorable”, p. ej., el cadáver de la víctima del hecho.

¹³⁵ Cf. Ambos, *supra*, nota al pie 2, pp. 52 y ss.

¹³⁶ BGHSt 32, 68, 70 S.; 34, 362, 364; en este sentido, también Jäger, GA 2008, 494; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 92.

En este sentido, y por consiguiente, hay que rechazar un efecto extensivo si la prueba (mediata) en nada se encuentra influenciada por la producción de prueba ilegítima originaria¹³⁷ y de esa manera se basa en última instancia en un *proceso de conocimiento autónomo*. En sentido estricto, aquí no existe un efecto extensivo ya desde el punto de vista conceptual, dado que el resultado probatorio alcanzado no se encuentra ligado a la violación procesal mediante leyes causales.¹³⁸ Sin embargo, también es discutida la cuestión —como lo es por regla general en el caso de la teoría del curso hipotético de investigación— relativa a qué exigencias hay que considerar para la construcción de hipótesis.¹³⁹

4. CONSECUENCIAS

1. Las posiciones básicas de los derechos alemán y estadounidense se encuentran muy relacionadas con la *construcción* teórica y *fundamentación* de las prohibiciones de valoración probatorias (*supra* I), de manera que nos volvemos a encontrar en el punto de partida de nuestras reflexiones. Si se ve a la finalidad principal de las prohibiciones probatorias en la *función de disciplinamiento* de las autoridades de persecución, entonces, hay mucho que hablar a favor de admitir un efecto extensivo, puesto que ¿de qué otro modo se debería impedir que las autoridades de persecución penal, en especial la policía, produzcan prueba ilícita, si no es mediante la consiguiente orden (inmediata y mediata) de que la prueba así obtenida no sea valorada? Por otra parte, el argumento del disciplinamiento no puede ser rechazado *a limine* por ser contrario al sistema a causa de la diversa estructura procesal del proceso de partes angloamericano,¹⁴⁰ dado que también en un proceso acusatorio inquisitivo o de instrucción de cuño alemán, con una fiscalía objetiva, la policía en todo caso actúa con

¹³⁷ Cf. BGH 27, 355, 358; cf. también BGHSt 35, 32, 34.

¹³⁸ Cf. Rogall, JZ 1996, 944, 948.

¹³⁹ Al respecto, cf. Ambos, *supra*, nota al pie 2, p. 50. La literatura allí citada sigue tendencialmente al parámetro de la probabilidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cf. *supra*, nota al pie 62 ss. y el texto principal.

¹⁴⁰ Así, empero, Kleinknecht, NJW 1966, 1544; el mismo, NJW 1964, 2185; Kramer, Jura 1988, 524 con nota al pie 46; Kelnhofer/Krug, StV 2008, 667; Roxin/Schünemann, *supra*, nota al pie 2, § 24, nm. 60.

tendencia a sobrepasar los límites y esto los induce con frecuencia a abrogar los derechos del imputado. Por ello, en la discusión alemana también se admite, con razón, la idea del disciplinamiento.¹⁴¹ Sin embargo, la finalidad de disciplina no presupone necesariamente un nexo causal o de imputación entre la medida de investigación primaria ilícita y la prueba mediata. Es que la necesidad de disciplinamiento se deriva en primer lugar del actuar ilícito de la policía, con prescindencia de la cuestión de si ese actuar fue causa de la prueba obtenida con posterioridad.¹⁴²

2. Por lo demás, el efecto extensivo también puede fundamentarse en el *principio de formalidad del proceso*, puesto que una prueba basada en una medida de investigación ilícita se encuentra manchada y, en esa medida, daña la integridad del proceso penal. También puede fundamentar el veredicto de un *proceso injusto* en un todo. No obstante, todo esto rige si la prueba mediata efectivamente se basa en la medida primaria de investigación. En consecuencia, interesa el nexo causal entre las medidas primarias y las subsiguientes, y —como lo muestra la discusión estadounidense— este nexo puede estar interrumpido o considerablemente atenuado.

3. Si se mira detrás de la admisión superficial de la prohibición del efecto extensivo en los Estados Unidos y su rechazo en Alemania se hará rápidamente evidente que los *puntos en común* habidos entre ambos sistemas *preponderan* por sobre aquellos que los separan.¹⁴³ Aun cuando la praxis estadounidense muestre que el miedo ante una “paralización del proceso”¹⁴⁴ es infundado,¹⁴⁵ el interés en una persecución penal eficiente conduce también en los Estados Unidos a una limitación considerable del efecto extensivo mediante las excepciones presentadas. El remanente son sólo pocos casos, que también en Alemania podrían

¹⁴¹ Cf. Ambos, *supra*, nota al pie 2, pp. 19 y ss.; en este contexto, v. Maiwald, JuS 1978, 384; Dencker, *supra*, nota al pie 119, p. 79, con nota al pie 250; Reichert-Hammer, JuS 1989, 450.

¹⁴² Cf. Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1752: no hay causalidad en caso de una concepción puramente instrumental de la *exclusionary rule*.

¹⁴³ Acerca de la idea básica común relativa a la exclusión de pruebas obtenidas de manera contraria a la Constitución, también Bradley, GA 1985, 111.

¹⁴⁴ *Supra*, nota al pie 118.

¹⁴⁵ Así también Pitsch, *supra*, nota al pie 1, p. 414.

conducir a una prohibición de valoración *qua* efecto extensivo por consideraciones relativas al derecho constitucional o a los derechos humanos.

4. Más allá de eso, en ambos sistemas se decide en virtud de una *ponderación realizada según el caso concreto*, puesto que se cree —de forma perfectamente comprensible— que sólo de esa manera es posible evitar decisiones demasiado sistemáticas, que no se adecuen a las particularidades del caso concreto. Así, también en el proceso penal estadounidense, se trata de una *ponderación* referida al caso concreto entre el interés público en una administración de justicia criminal que funcione, por un lado, y el disciplinamiento de las autoridades de persecución penal y la protección de los derechos constitucionales del individuo, por el otro.¹⁴⁶ También la jurisprudencia estadounidense ve en la pérdida de prueba producida a consecuencia de la teoría del efecto extensivo un “handicap” para la persecución penal, que sólo puede ser justificado mediante “an over-riding public policy expressed in the Constitution or the law of the land”;¹⁴⁷ desde siempre se han puesto de relieve, por lo demás, los “costos sociales” de la regla de exclusión.¹⁴⁸ La solución relativa a una ponderación se corresponde con el enfoque casuístico, pragmático, del Derecho procesal estadounidense.¹⁴⁹ En el marco de esta ponderación, y junto con los derechos fundamentales del individuo, juega un

¹⁴⁶ Cf. ya Nardone, como fue citado *supra*, en la nota al pie 86 y texto principal. Cf. también Bain/Kelly, U.MiamiL.Rev. 31 (1977), 636; Bransdorfer, Ind.L.J. 62 (1986/87), 1069 s.; Giddings, Iowa L. Rev. 91 (2006), 1068 s., 1075; Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1775; Pitsch, *supra*, nota al pie 1, pp. 390 y ss.

¹⁴⁷ Nardone, 308 U.S.338, 340; cf. también *Brown v. Illinois*, 422 U.S. (1975), 590, con factores de ponderación concretos; al respecto, Kamisar/Israel/LaFave/King/Kerr, *supra*, nota al pie 9, p. 889.

¹⁴⁸ De la jurisprudencia, cf. p. ej. *Hudson v. Michigan*, 2160 s. y *pássim*; crítico, Wasserstrom/Mertens, Am.Crim.L.Rev.22 (1984), 88 s., con ulteriores referencias; cf. también ya Pitler, Cal.L.Rev. 56 (1968), 587 s. (“absolute immunity from prosecution is too high a price to pay to deter illegal police conduct.”).

¹⁴⁹ Destacado por Nardone, 308 U.S.338, 342 (“The civilized conduct of criminal trials cannot be confined within mechanical rules. ... Such a system as ours must, within the limits here indicated, rely on the learning, good sense, fairness and courage of federal trial judges.”). Véase también, Bransdorfer, Ind.L.J. 62 (1986/87), 1070: “reasonable approach to criminal procedure” (los destacados pertenecen al original).

rol importante el mantenimiento del efecto de la regla de exclusión, precisamente también en vista del disciplinamiento de las autoridades de persecución. Por ello, la Corte Suprema no le ha atribuido efecto subsanante, p. ej., a una advertencia posterior en el sentido de las *Miranda warnings*, en relación con la primera infracción jurídica (detención ilegítima); de ese modo se diluiría considerablemente la "exclusionary rule".¹⁵⁰ *In casu*, el resultado de la ponderación depende entonces de los factores a ser ajustados: a favor de excluir el medio de prueba habla, p. ej., la gravedad de la lesión jurídica [*supra* 2, d, (1)] y la necesidad de disciplinar a las autoridades de persecución; en contra de una exclusión, el interés —fundado en la gravedad del reproche de hecho— en la persecución penal.¹⁵¹

¹⁵⁰ Cf. *supra*, nota al pie 89 y ss. y texto principal.

¹⁵¹ Cf. Alschuler, Iowa L. Rev. 93 (2008), 1747, 1754 ss., con ulteriores referencias, 1765 ss.

TERCERA PARTE:
DERECHO Y JUSTICIA
PENAL INTERNACIONAL

Sistemas nacionales de justicia, persecución de crímenes internacionales y principio de complementariedad. Especial referencia a algunas experiencias latinoamericanas*

Kai Ambos**/Gustavo Urquiza***

Resumen: El presente artículo ofrece una reflexión sobre la relevancia de los sistemas nacionales de justicia para la persecución de crímenes internacionales, con base en la idea de la interrelación funcional de los niveles (nacional e internacional) del sistema de justicia penal internacional ("international criminal justice system"). En ese sentido, se analiza los principales desafíos enfrentados en tres países del ámbito latinoamericano (Argentina, Colombia, Perú). Con ello se procura mostrar los avances y las deficiencias fundamentales subsistentes en la región (véase *infra* 1). Seguidamente, se analiza

* Los autores agradecen a Ezequiel Malarino y a Fernando Córdoba por la información brindada sobre la experiencia argentina, así como a John Zuluaga, Gustavo Cote y a Diego Tarapués, por la información brindada sobre la experiencia colombiana.

** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg-August de Gotinga, Alemania, Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) en esa misma universidad; Juez del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya, y *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia.

*** LLM, doctorando y docente en la Georg-August Universität de Göttingen; investigador del CEDPAL.

la actividad nacional a la luz referencial de los criterios de la ausencia de voluntad y de capacidad en el marco del artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). Si bien desde una perspectiva abstracta (véase *infra* 2) difícilmente podría predicarse de esos sistemas nacionales una ausencia de disposición o de capacidad, sin embargo, se deja constancia que una perspectiva *más concreta* podría dar lugar a la admisibilidad de determinados *casos*. Además de ello, se llama la atención acerca de que en el ámbito latinoamericano resulta de especial relevancia recordar que un compromiso genuino con el sistema de justicia penal internacional debería conducir a la intensificación de esfuerzos por superar las deficiencias advertidas en el nivel nacional antes que a la "promoción" o "favorecimiento" de la intervención del nivel internacional (véase *infra* 3).

1. PERSECUCIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES EN LATINOAMÉRICA

Los contextos conflictivos surgidos en Latinoamérica durante diversos momentos históricos¹ y los numerosos crímenes internacionales perpetrados en ese marco, plantearon un enorme reto para los sistemas nacionales de justicia de la región.² Como es obvio, la diversidad de factores específicos involucrados en cada una de esas experiencias exige evitar una generalización demasiado simple de la problemática regional.³ De hecho, ya solo la situación política doméstica impone la lectura individualizada de cada experiencia nacional, dada la relevancia que para la per-

¹ Genéricamente sobre la realidad socio-política subyacente a esos conflictos, véase los análisis correspondientes a los países aquí abordados (y a otros países) contenidos en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pp. 133 y ss. (Argentina), p. 235 y ss. (Colombia), pp. 357 y ss. (Perú).

² Sobre esos conflictos y la actividad de persecución llevada a cabo en diversos países latinoamericanos, véase Ambos/Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pp. 35 y ss.

³ En relación a las experiencias transicionales de los países latinoamericanos, véase Malarino, "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 417.

secución nacional ostenta la disputa por el poder protagonizada por los actores de cada conflicto. Así, por ejemplo, el impulso de la tarea de persecución en Argentina⁴ tuvo que enfrentar un escenario tal en el que tras la salida de la dictadura, el sector militar conservaba suficiente poder como para pretender asumir el juzgamiento de sus crímenes⁵ y alcanzar una exclusión de responsabilidad.⁶ Por otro lado, en Perú, el ejercicio de esa dosis de poder se trasladó en gran medida a los espacios institucionales,⁷ donde han visto su génesis buena parte de los obstáculos a la persecución penal de los crímenes internacionales.⁸ A diferencia de estos dos países, en Colombia la situación está caracterizada por la necesidad de una superación definitiva del contexto conflictivo⁹ extendido por décadas y cohabitado hasta hace poco por diversos actores premunidos de cuotas relevantes de poder.¹⁰ En términos generales, la variación del espeso entramado de condiciones que definen el contexto político se refleja en la intensidad de la persecución penal y de los juicios, como muestra ya con claridad el caso argentino, en el cual la alteración de esas condiciones permitió transitar desde una situación de impunidad

⁴ Respecto al conflicto argentino, véase en general Parenti/Pellegrini, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, pp. 134 y ss.

⁵ Cf. Parenti/Pellegrini, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, p. 136.

⁶ Si bien esa aspiración se apoyó en la Ley 22.294 (Ley de Pacificación Nacional, de 22.09.1983) emitida por Reynaldo Bignone, presidente de facto hasta la elección de Raúl Alfonsín en 1983, dicha ley terminó siendo derogada por el gobierno de este último. De todos modos, este dictó las Leyes núm. 23.492 conocida como "Ley de Punto Final" (sobre ésta, véase Ambos, *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 148 y ss.) y núm. 23.521 conocida como "Ley de Obediencia Debida".

⁷ Véase Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Lima, Idehpucp, 2006, p. 29 (con la nota 19); cf. también Montoya Vivanco, "Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de conflicto armado interno en el Perú", en Quinteros (ed.), *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*, Lima, Idehpucp, 2012, p. 38.

⁸ Sobre el caso peruano, véase Montoya Vivanco, "Límites y avances de la justicia penal...", en Quinteros, nota 7, pp. 30 y ss.

⁹ Cf. Aponte, "Colombia", en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, pp. 201 y ss.

¹⁰ Sobre la situación colombiana, véase Aponte, "Colombia", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, pp. 241 y ss.

hacia una de persecución penal, que con el cambio reciente en el gobierno parecería haber visto sin embargo un cierto retroceso.¹¹ El contexto político doméstico también ha servido como criterio decisivo para la selección de Argentina, Colombia y Perú como los sistemas latinoamericanos de justicia aquí examinados. Pues esas tres diferentes situaciones – post-dictatorial (Argentina), post-conflicto (Perú) y transicional (Colombia) – permiten mostrar con notable pertinencia y cierta dosis de generalidad el funcionamiento de los sistemas de justicia ante condiciones diversas. En lo que sigue, serán examinadas distintas dimensiones de la persecución de crímenes internacionales llevada a cabo en esas jurisdicciones, en relación con las cuales se pretenderá dar cuenta de los principales avances y, sobre todo, de las deficiencias advertidas (véase *infra* 1.1 a 1.3). Seguidamente, y dejando de lado la exigencia de otras condiciones habilitantes de la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), se hará referencia a la valoración que ellas podrían recibir en el marco del juicio de complementariedad – que, por cierto, constituye un proceso continuo y permanente –, tomando en consideración especialmente los criterios de la falta de disposición y de incapacidad de persecución (véase *infra* 2).¹²

1.1. La dimensión institucional

La dimensión institucional juega un rol esencial en la configuración de la persecución penal de crímenes internacionales en el ámbito latinoamericano. Pues ya sea mediante su generación o su aprovechamiento, el déficit institucional – una característica por demás extendida en la realidad latinoamericana –¹³ se ha

¹¹ Cf. Parenti/Pellegrini, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, pp. 135 y ss.; véase también: www.nytimes.com/2016/08/26/world/americas/argentina-trial-cordoba.html; www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/1-306576-2016-08-11.html [último acceso: 15 de junio de 2018].

¹² Véase al respecto, Ambos, *Treatise on International Criminal Law, Vol. 3, International Criminal Procedure*, OUP 2016, pp. 271 y ss.; también, El Mismo, "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)", *InDret* 2/2010, pp. 4 y ss.

¹³ Sobre el déficit institucional latinoamericano, véase ya solo Ramíó/Salvador, *Instituciones y nueva gestión pública en América Latina*, Barcelona, Huro-

erigido en un *locus* privilegiado de las estrategias de impunidad. Así, en el caso argentino, la naturaleza misma del gobierno *de facto* llevó al copamiento de las instituciones militares.¹⁴ Por eso, la pugna por el reconocimiento de la jurisdicción militar como jurisdicción genuina de la persecución de los crímenes¹⁵ admite ser presentada como una estrategia de impunidad diseñada y preparada por los agentes militares. En el caso peruano, donde el inicio de las investigaciones fue visiblemente afectado por el considerable déficit de *input* informativo resultante de la ocupación de diversas instituciones¹⁶ por parte de los (supuestos) autores, la aspiración a la impunidad mediante el aprovechamiento del debilitado aparataje institucional también puede leerse como la razón privilegiada de la pugna por una jurisdicción más beneficiosa.¹⁷ Ese telón de fondo político-institucional argentino y peruano revela el notable rol desempeñado por las comisiones de la verdad en la habilitación de la persecución de los crímenes en esos países. Tanto el informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP)¹⁸ argentina, como el de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR)¹⁹ peruana, representaron

pe, 2005, pp. 25 y ss.; sobre el caso peruano Montoya, "Límites y avances de la justicia penal...", en Quinteros, nota 7, pp. 22 y 25 y ss.

¹⁴ Sobre la conservación de una cuota importante de poder por parte de los militares argentinos, véase Parenti/Pellegrini, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, p. 135; sobre el militarismo argentino, véase Sancinetti/Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 79 y ss.

¹⁵ Cf. Ambos, *Impunidad*, nota 6, pp. 215 y ss.

¹⁶ Montoya, "Límites y avances de la justicia penal...", en Quinteros, nota 7, pp. 25 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 45 (respecto a los esfuerzos por la recuperación de las instituciones, véase p. 38). Cf. también Caro Coria, "Perú", en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, p. 483.

¹⁸ Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, creada por el Decreto presidencial N° 187 del 15.12.1983. Aunque en el caso argentino debe destacarse también el rol que jugaron los así denominados "juicios de la verdad"; véase al respecto, Parenti, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2008, pp. 63 y ss.

¹⁹ Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional, véase www.cverdad.org.pe [último acceso: 07.04.2018]. Al respecto, véase Caro Coria, "Perú", en Ambos/Malarino/Elsner, nota 1, pp. 370 y ss.

insumos trascendentales para la apertura de investigaciones y, por consiguiente, ayudaron a enfrentar el desafío planteado por el mencionado déficit informativo.²⁰ Recientemente, en el marco del Acuerdo al que arribaron el gobierno nacional colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC),²¹ se ha instaurado en Colombia²² la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV).²³

Los efectos de la precariedad institucional no se restringen empero al inicio de la persecución sino que también se muestran en su continuación, es decir, durante el juicio mismo o incluso, de ser el caso, en la fase de impugnación de las decisiones allí emitidas. Por esa razón, por ejemplo, en el ámbito peruano el escaso nivel de coordinación inter-institucional entre el Ministerio Público y el Poder Judicial se tradujo en la generación de serias dificultades para la ejecución de las complejas tareas de investigación y de enjuiciamiento de los crímenes de estas dimensiones.²⁴ Esa

²⁰ En general sobre las Comisiones de la Verdad, véase Ambos, "El marco jurídico de la justicia de transición", en Ambos/Malarino/Elsner, (eds.), nota 1, pp. 47 y ss.

²¹ El texto del acuerdo es accesible en: www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf [último acceso: 07.04.2018]

²² Con anterioridad a la CEV, en Colombia no había sido instaurada una comisión de la verdad similar a la argentina o peruana. Sobre el informe acerca de los hechos del Palacio de Justicia colombiano de 1985, cf. Aponte, "Colombia", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, pp. 244 y ss.; también Ibáñez Najjar, *Justicia Transicional y Comisiones de la Verdad*, 2a. ed., Madrid, Berg Institute, Otzenhausen, Europäische Akademie Otzenhausen, Bogotá, Justicia y Desarrollo Sostenible, 2017, pp. 792 y ss. Los informes del Centro Nacional de Memoria Histórica, creado por la Ley 1448 de 2011, son accesibles en www.centrodememoriahistorica.gov.co/informes [último acceso: 07.04.2018].

²³ Sobre la naturaleza de la CEV y sus objetivos generales, véase los artículos trans. 2 y 4 del Cap. II del Acto Legislativo N.º. 01/2017. El proceso de selección de los comisionados ha culminado con la designación de Francisco de Roux Rengifo como su presidente, véase al respecto, el Comunicado N.º. 29 del Comité de Escogencia (accesible en: www.comitedeescogencia.com/resource/1513683370000/CE_comunicados_5/COMUNICADO_LISTA_SELECCIONADOS_CEV.pdf [último acceso: 07.04.2018]).

²⁴ Véase al respecto, en el ámbito peruano Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N.º. 162: "A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso"*, (agosto de 2013), pp. 96

situación se agrava si, además de los déficits *inter*-institucionales se tienen en cuenta las deficitarias condiciones *intra*-institucionales, tales como la ausencia de suficiente personal (especializado) o el limitado equipamiento de los órganos jurisdiccionales, sin mencionar ya problemas más graves como el de la corrupción en la administración de justicia.²⁵

Más aún, el déficit institucional también impacta negativamente en la propia persecución de los crímenes. Para ilustrar el punto con un ejemplo especialmente significativo: en el caso peruano no ha sido implementado hasta ahora un registro oficial completo en constante actualización y de acceso general (o al menos para los operadores) que permita conocer de un modo global el estado de las causas seguidas por crímenes internacionales.²⁶ Sin desmerecer el trabajo de algunas instituciones no gubernamentales por informar el avance en la persecución de esos crímenes,²⁷ es claro que ese esfuerzo no puede reemplazar la actuación del

y ss. (accesible en: www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/INFORME-DEFENSORIAL-162.pdf) [último acceso 07.04.2018]. Sin embargo, hay que mencionar que en el ámbito peruano se ha intentado instaurar un subsistema especializado en derechos humanos, constituido por un conjunto de órganos del Poder Judicial y del Ministerio Público, véase Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú*, nota 7, pp. 29 y ss.

²⁵ Véase respecto al caso peruano Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N.º. 162*, nota 24, p. 110. Sobre la existencia de falencias en el marco de la coordinación interinstitucional e intrainstitucional en el ámbito colombiano, véase Ambos *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Temis, 2010, pp. 135, y 216 y ss. (sobre la necesidad de su mejoría formulada como recomendación). En el ámbito argentino, véase Centro de Información Judicial (CIJ), *Delitos de lesa humanidad. Informe sobre la evolución de las causas* (actualizado a julio de 2016), pp. 8 y ss., accesible en: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html [último acceso: 07.04.2018].

²⁶ Esta deficiencia ya había sido puesta de manifiesto en el citado Informe Defensorial N.º. 162, véase Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N.º. 162*, nota 24, p. 114. Resaltando la importancia del Informe Defensorial N.º. 77 en la detección de los problemas de la justicia penal en la investigación, juzgamiento y sanción de violaciones de derechos humanos, véase Montoya Vivanco, "Límites y avances de la justicia penal ...", en Quinteros, nota 7, p. 40.

²⁷ Véase a este respecto, Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú*, nota 7, *passim*.

Estado. Como consecuencia de ello, resulta bastante difícil hacerse una representación completa del estado de la persecución de los crímenes internacionales.²⁸ De ese modo, una idea integral sobre la capacidad de rendimiento del sistema se vuelve inviable y, por lo mismo, se obstaculiza ostensiblemente la corrección de sus vacíos. Un problema similar se presenta en Colombia, país en el que, hasta donde se sabe, tampoco existe un registro oficial que muestre integralmente las investigaciones y/o los procesos abiertos por causa de crímenes internacionales.²⁹ Esta y otras carencias hallan su razón privilegiada en la precariedad institucional subsistente en estos y otros Estados latinoamericanos, una circunstancia que, por cierto, resulta poco sorprendente para un observador familiarizado con la realidad social regional. Con ese escenario como trasfondo, ha de mencionarse como excepción destacable al ámbito argentino en donde han sido emitidos informes por medio de los cuales se pretende dar cuenta de las causas concretas relacionadas con crímenes internacionales, así como de valiosas estadísticas referidas a su persecución.³⁰

²⁸ "Este instrumento [base de datos] permitiría conocer el número de investigaciones y procesos judiciales (carga procesal), número de víctimas y procesados (complejidad), lugares donde ocurrieron los hechos (accesibilidad) o si las investigaciones están relacionadas con fosas comunes. Con ello sería posible supervisar y monitorear el proceso de judicialización, y a su vez, identificar aquellas instancias que requieren mayor apoyo logístico y de personal, entre otras ventajas", véase Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N°. 162, nota 24, p. 114.

²⁹ Una visión parcial puede obtenerse en la *web* de las Salas de Justicia y Paz (accesible en: www.ramajudicial.gov.co/portal/inicio/mapa/salas-de-justicia-y-paz) [último acceso: 07.04.2018] aunque solo respecto al procedimiento especial de la Ley 975. Sin embargo, aún queda por ver la forma en la que la información de la persecución llevada a cabo y presentada en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), creada en el marco del denominado Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), contribuirá a superar esa deficiencia.

³⁰ Véase ya solo los informes Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, "Informe estadístico sobre el estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina" (2017) y Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, "Crímenes de lesa humanidad en Argentina" (2016) [ambos informes son accesibles en: www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/?tipo-entrada=informes; último acceso: 07.04.2018]. Además de ello, vale la pena resaltar la disposición de un sistema de información sobre los procesos accesible en la *web* del CJ bajo la siguiente dirección: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html [último acceso: 07.04.2018]. Véase CJ, *Delitos de lesa huma-*

Finalmente, en un nivel más general no ha de olvidarse el factor de riesgo latente que representa la mencionada precariedad institucional para la investigación y persecución (de cualquier crimen). Pues, en definitiva, ese contexto deficitario, por así decirlo, termina dejando la "mesa servida" para que los actores del conflicto o de fuerzas políticas afines a estos activen estrategias motivadas en la búsqueda de impunidad. Esto, por cierto, cobra un especial riesgo si se tiene en consideración el particular contexto histórico latinoamericano, marcado por una cierta inestabilidad política.³¹

1.2. La dimensión estratégica

En la especial complejidad de la investigación y persecución de los crímenes internacionales se halla implícita la cuestión acerca de la necesidad de una estrategia basada en los criterios de selección y priorización de casos (dimensión estratégica) desarrollados en el nivel internacional.³² En el ámbito latinoamericano, esa

nidad, nota 25, pp. 11 y ss. (destacando la importancia del acceso a esa clase de información).

³¹ Genéricamente sobre esta circunstancia (aunque en relación a sus efectos para la comprensión de la institución del asilo), véase Ambos, "El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. LXV (2012), p. 75. Recientemente se ha hecho referencia a esta circunstancia, por ejemplo, como la posible razón de la concesión del indulto a Fujimori, cf. Ambos/Urquiza, "Indulto a Fujimori: Algunas consideraciones críticas", en *La Ley*, 3.01.2018, (accesible en: <http://laley.pe/not/4564/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas/> [último acceso 07.04.2018]).

³² Sobre la relevancia de los mecanismos de selección, véase Ambos, "The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy", en Ackermann/Ambos/Sikiric (eds.), *Festschrift für Mirjan Damaska*, Berlin, Duncker & Humboldt, 2016, pp. 33 y ss. (con especial referencia a la CPI); Ambos, "Introducción y resumen comparativo", en Ambos (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, Profis, 2011, pp. 9 y ss. ("La necesidad de desarrollar y aplicar criterios y mecanismos de selección es aún más importante en procesos de paz o de transición donde el sistema penal está llamado a resolver casos criminales que en términos cuantitativos y cualitativos, por la naturaleza de los hechos y los responsables, muchas veces superan los problemas de un proceso penal 'ordinario'"); sobre

cuestión ha sido abordada de un modo notablemente diverso. De cualquier forma, como muestra la experiencia de los países aquí examinados, el anuncio de una estrategia de persecución no debe ser confundido con su implementación efectiva, pues esto requiere una correspondencia coherente y planificada entre la persecución llevada a cabo de modo efectivo y los objetivos más urgentes y principales de la política criminal que subyacen a esa persecución.³³

En términos concretos, en el caso *argentino* es posible dar cuenta de un proceso de disolución del enfoque de la persecución. Pues la orientación inicial hacia "los cuadros más comprometidos con el diseño y el impulso del plan represivo"³⁴ y hacia los autores de hechos excesivos,³⁵ fue desvaneciéndose hasta transformarse en

los criterios para la selección y asignación de prioridad, véase Bergsmo/Saffon, "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales centrales?", en Ambos (coord.), *Selección y priorización...*, nota 32, pp. 23 y ss. Véase también Ambos, *Trentise III*, nota 12, pp. 376 y ss.

³³ Genéricamente respecto a la necesidad de la elaboración de una estrategia global de investigación y un proceso de selección de casos (aunque referido al caso colombiano), véase Ambos *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, 213-214 (párr. 413-414); también Ambos, "The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy", en Ackermann/Ambos/Sikiric, nota 32, pp. 35 y ss. (con especial referencia a la CPI: "the rational, fair and transparent selection and prioritization of cases, accompanied by a coherent prosecution strategy, turns out to be of utmost importance for the success and legitimacy of any international criminal tribunal, especially the ICC [...]").

³⁴ Véase Parenti/Pellegrini, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, p. 136; véase también Nino, *Juicio al mal absoluto* (trad. de M. Böhrmer), 2a. ed., Buenos Aires, 2006, pp. 174 y ss., Gil Lavedra, "Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales", en Almqsvit/Espósito (coords.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 44 (con nota 2).

³⁵ Véase Parenti/Pellegrini, "Argentina", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, pp. 136 y ss., quienes dividen la experiencia argentina en tres etapas: i) etapa de persecución penal limitada; ii) etapa de la impunidad, y iii) etapa de erosión de la impunidad. En la primera de ellas "...se organizó la persecución penal de acuerdo con un esquema definido por el gobierno del presidente Raúl Alfonsín, cuyos rasgos centrales fueron: a) la distinción entre 'tres niveles de responsabilidad'; b) la idea de 'autodepuración' de las fuerzas armadas, y c) la idea de concluir los juicios en un tiempo relativamente breve", véase también Parenti/Polaco, "Argentina", en Am-

una persecución alejada de ese enfoque inicial³⁶ y extendida más bien a todos los presuntos responsables, independientemente de su condición o jerarquía. De cualquier modo, ese proceso no ha impedido que se haya llevado a cabo una persecución en casos emblemáticos y/o contra personas de especial relevancia en el contexto del conflicto político que allí ha tenido lugar.³⁷

En cambio, en el caso de Colombia ha tenido lugar el proceso inverso.³⁸ Pues la situación inicial, ayuna de una estrategia predefinida, ha cedido el paso a la discusión sobre la conveniencia de su adopción.³⁹ El punto más álgido de esa tematización se ha

bos (coord.), nota 32, p. 131 ("etapa inicial — que tuvo lugar apenas caída la dictadura — de sometimiento a juicio de los máximos responsables del terrorismo de Estado, seguida de un periodo de inacción judicial casi absoluta, y finalmente una fase de reactivación, aún en desarrollo, y con pretensiones de consolidación").

³⁶ Sobre la influencia de las condiciones propias del ordenamiento jurídico argentino en este ámbito, véase Parenti/Polaco, "Argentina", en Ambos (coord.), nota 32, pp. 133 y ss.

³⁷ Respecto a ello como elemento de base de una estrategia global, véase Ambos, "Introducción y resumen comparativo...", nota 32, p. 10.

³⁸ Sobre la situación colombiana, véase Ambos *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XX, El Mismo, "Introducción y resumen comparativo...", nota 32, p. 10.

³⁹ Afirmando la necesidad de una estrategia en el ámbito colombiano (con respecto a la Ley N° 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz), véase Ambos *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. XX, e insistiendo en esa recomendación, El Mismo, "Introducción y resumen comparativo...", nota 32, p. 10 (sobre los criterios de tipo objetivo/subjetivo y jurídico/político que en su totalidad constituyen la base de una estrategia global y que son extraídas de diversas experiencias internacionales, entre ellas la argentina, véase, muy resumidamente, pp. 10 y ss.). Al respecto, véase también Apon-te Cardona, "La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación, en Fiscalía General de la Nación (FGN), *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013, pp. 24 y ss. y Zulua-ga, "Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal", en Ambos (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, 2014, pp. 168 y ss. Respecto a la cuestión estratégica en el contexto del Proceso Especial de Justicia y Paz, véase Forer/López Díaz, "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia", en Ambos (coord.), nota 32, pp. 229 y ss.

alcanzado ciertamente con el debate sobre los criterios de selección y priorización previstos en el denominado Marco Jurídico para la Paz (MJP).⁴⁰ De cualquier forma, un análisis preliminar sobre ese planteamiento sugiere que las implicancias prácticas de los criterios previstos en la definición de la estrategia resultan al menos confusas.⁴¹ Por tanto, no es sencillo pronosticar si su aplicación llegará a obtener los resultados deseados y garantizará una mínima eficiencia⁴² (la cual constituye el elemento esencial de toda persecución *estratégica* y que precisamente la distingue de una mera persecución *no estratégica*). De todos modos, en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No-Repetición (SIVJRNR) —creado a raíz del acuerdo de paz entre el gobierno colombiano y las FARC-EP de 24 de noviembre de 2016— que cuenta con una compleja estructura de justicia,⁴³ también se

⁴⁰ Al respecto, véase artículo 1 del Acto Legislativo (AL) n° 01 de 31/07/2012 (Marco Jurídico para la Paz [MJP]). Sobre el MJP remitimos a Ambos/Zuluaga, "Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción"; en Ambos (coord.), nota 39, pp. 1 y ss. (sobre el extremo de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional referido a este punto del MJP, véase pp. 13 y ss.); además, véase Ambos/Zuluaga, "La 'nueva' política de selección y priorización procesal penal en Colombia", disponible en: www.inej.edu.ni/novedades/la-%E2%80%9Cnueva%E2%80%9D-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombiapor-kai-ambos-y-john-zuluaga-3559.html [último acceso: 10.01.2018]; también Cote/Tarapués, "El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013", en Ambos (coord.), nota 39, p. 198, quienes resaltan el reconocimiento en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana de que la "obligación del Estado de investigar y sancionar penalmente los hechos de violencia perpetrados en el contexto del conflicto armado tiene límites fácticos...", p. 201.

⁴¹ Cf. Cote/Tarapués, "El marco jurídico para la paz ...", en Ambos (coord.), nota 39, p. 198 ("... a pesar de que la Corte Constitucional reconoce la imposibilidad de cumplir de manera absoluta con la obligación de investigar y sancionar, no logra desprenderse del todo de una visión maximalista de la persecución penal en la que los derechos de las víctimas no admiten límites").

⁴² Véase al respecto, Ambos/Zuluaga, "Justicia de Transición y Constitución", en Ambos (coord.), nota 39, pp. 15 y ss.; también Cote/Tarapués, "El marco jurídico para la paz ...", en Ambos (coord.), nota 39, pp. 197 y ss.

⁴³ De acuerdo con el artículo trans. 7 del AL 01/2017, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) cuenta con el Tribunal para la Paz y tres Salas de Justicia, a saber, la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas*, la *Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas* y la *Sala de Amnistía o Indulto*.

consigna una referencia a criterios de priorización para las labores de dos de las Salas de Justicia.⁴⁴

Con todo, el otro extremo de la actitud frente a la cuestión estaría ocupado por Perú, país en el que, de acuerdo con la información disponible, una estrategia de persecución de crímenes internacionales basada en esos criterios de selección y priorización parece no haber sido anunciada ni siquiera formalmente. De hecho, la tematización de este punto se hace extrañar incluso en la discusión académica.⁴⁵ Ello, a pesar de que la especialmente precaria situación institucional peruana, solo esbozada precedentemente, exigiría justamente su discusión e implementación. Es claro que el intento de acondicionamiento de los órganos de persecución penal realizado en ese país y consistente en encargar la persecución y enjuiciamiento de los crímenes a órganos especializados,⁴⁶ resulta insuficiente para hablar de la existencia de una estrategia, aun cuando desde una perspectiva operativa ello podría representar una gran ayuda para su ejecución. De cualquier forma, esa carencia no ha impedido que en el caso peruano haya tenido lugar el juzgamiento de casos emblemáticos y de actores con notable relevancia en el marco de su contexto conflictivo.

1.3. La dimensión jurídica

Naturalmente, la persecución de crímenes internacionales por parte de los sistemas nacionales de justicia aquí analizados —y

⁴⁴ Estas son la *Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas* y la *Sala de Definición de las Situaciones Jurídicas* que, según el artículo trans. 7 del AL 01/2017, "desarrollarán su trabajo conforme a criterios de priorización elaborados a partir de la gravedad y representatividad de los delitos y del grado de responsabilidad en los mismos...".

⁴⁵ Por ejemplo, en Montoya Vivanco, "Límites y avances de la justicia penal...", nota 7, pp. 21 y ss.; Caro Coria, "Perú", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, pp. 357 y ss. y Caro Coria, "Perú", en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, pp. 447 y ss.

⁴⁶ Véase al respecto, Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial N° 162*, nota 24, pp. 96 y ss., señalando la carencia de un diseño previo como una de las primeras dificultades detectadas para la implementación de instancias especializadas y la conformación de un subsistema con las características específicas que ello exige.

los latinoamericanos en general — también ha afrontado numerosos desafíos jurídicos (dimensión jurídica). El desenlace de esa confrontación se ha ido plasmando en una jurisprudencia que se ha reproducido formidablemente en los últimos años.⁴⁷ Por razones de espacio, aquí solo podemos hacer referencia a dos de los desafíos más importantes. En principio, como ya se había constatado hace algún tiempo, uno de los problemas más relevantes guardaba relación con una carencia de normas de derecho penal internacional en los ordenamientos internos.⁴⁸ No obstante, también se había comprobado que junto a la aplicación de las normas de Derecho penal clásico disponibles en los respectivos países, los tribunales latinoamericanos empezaban a aplicar normas del derecho internacional — en algunos casos ya pertenecientes al derecho interno —⁴⁹ para calificar los hechos como crímenes internacionales nucleares o, más específicamente, como crímenes de lesa humanidad. El mecanismo utilizado por los tribunales latinoamericanos para lograr esa tarea puede describirse como una “articulación normativa” basada en una “doble subsunción”, la cual consiste en una subsunción *primaria* de tipificación y sanción bajo las leyes nacionales y una subsunción *secundaria* que conduce a una calificación de los hechos como crímenes internacionales.⁵⁰ De esa forma se alcanzaban consecuencias que de lo

⁴⁷ A diferencia de algunos años en la actualidad ya no puede decirse que la jurisprudencia latinoamericana sea escasa, véase Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 18, p. 421. Esta conclusión difiere de aquella a la que se había arribado cinco años antes en Ambos/Malarino, nota 2, p. 584. También hace referencia a la hoy por hoy significativa jurisprudencia latinoamericana, sobre el particular Salazar/Medellín, “Introducción”, en FDPL, *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, 2009, p. XX.

⁴⁸ Sobre ese problema, véase Ambos/Malarino, “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en Ambos/Malarino (eds.), nota 2, pp. 580 y ss.

⁴⁹ Véase Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), (nota 18), pp. 442, en general 421 y ss. (citando casos de diversos países, entre ellos los aquí analizados).

⁵⁰ Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), (nota 18), p. 444 (“subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y ... subsunción secunda-

contrario permanecían vedadas por el derecho doméstico.⁵¹ En lo esencial, las consecuencias habilitadas por ese procedimiento de los tribunales giraban en torno a cuestiones tales como la inaplicación de la prescripción, de indultos y amnistías, del *ne bis in idem*, así como al alcance del principio de legalidad, etc.⁵² A este respecto, la jurisprudencia de los últimos años correspondiente a los países aquí analizados muestra que esa tendencia sigue estando vigente.⁵³ Ello describe sin duda una receptividad a la persecución de los crímenes, en lo cual hay que reconocer además

ria de cualificación por las leyes internacionales”, resaltado en el orig.); quien además se muestra especialmente crítico en relación con el recurso al derecho internacional consuetudinario para la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad (“no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos”, p. 445).

⁵¹ Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en Ambos/Malarino/Elsner, nota 18, pp. 421 y ss. y 442.

⁵² Lo que incluso ha llevado a afirmar que se habría originado algo así como un “Derecho penal diferenciado para las violaciones de derechos humanos”, véase Malarino, “Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 18, p. 443.

⁵³ Por ejemplo, en el ámbito peruano, véase ya solo la sentencia del caso *Accomarca* (Sala Penal Nacional, Exp. N°. 36-05, de 31/08/2016, considerando [cons.] centésimo décimo), accesible en: https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2708a9804e210be3b43ef448a12af05b/SENTENCIA_ACOMARCA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=2708a9804e210be3b43ef448a12af05b [último acceso: 07.04.2018]; también, véase la sentencia contra Alberto Fujimori en los casos *Barrios Altos* y *La Cantuta*: (Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia [CSJ], Expediente [Exp.] N°. A.V. 19-2001, de 7.4.2009, cons. 710 y ss.), disponible en: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20101107_05.pdf [último acceso: 07.04.2018]; confirmada por la Ejecutoria de la Primera Sala Penal Transitoria de la CSJ, de 30.12.2009, disponible en: www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/43.pdf [último acceso: 07.04.2018]. En el ámbito argentino, véase la sentencia en la causa N°. 2251/06, Sentencia contra Etchecolatz, accesible en www.asisepublico.com/wp-content/uploads/Fallo-Completo-ETCHECOLATZ.pdf [último acceso: 07.04.2018] y también la Res. en la causa N°. 7896 (Etchecolatz, Miguel Osvaldo, Recurso de casación e inconstitucionalidad), así como el fallo de la Corte Suprema argentina en la causa “Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad”, etc., causa N°. 17.768, de 14.06.2005, accesible en http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentinas/ctesupr_20050614b.htm [último acceso: 20.06.2018]. Para la cuestión de la amnistía (sobre los casos peruano y argentino), véase Ambos, “El marco jurídico de la justicia de transición”, en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), nota 1, pp. 67 y ss. (con nota al pie 251).

la decisiva influencia que ha jugado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).⁵⁴

⁵⁴ Por ejemplo, véase ya solo recientemente en el ámbito peruano la sentencia del caso *Accomarca*, nota 53, cons. cuadragésimo quinto, y también, véase sentencia del caso *Los Cabitos*, Sentencia Exp. N.º 35-2006, (Dir. Ricardo Brousset Salas) del 18.08.2017, cons. cuadragésimo cuarto. Sobre diversos casos en el ámbito latinoamericano en los que se apreciaría ese rol de la Corte IDH, véase Malarino, "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ambos/Malarino/Woischnik (eds.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2010, p. 27 (con nota 9); respecto al caso peruano, véase solo Montoya Vivanco, "Límites y avances de la justicia penal...", nota 7, pp. 43 y ss.; en relación a Colombia, véase Gómez Méndez, *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006, pp. 49 y ss. De cualquier forma, ese rol ha sido especialmente relevante en el contexto de la resistencia a los mecanismos normativos de impunidad como las amnistías (por ejemplo, en el caso de las famosas leyes peruanas de amnistía N.º 26479 y N.º 26492, véase al respecto, solo *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N.º 75, párr. 41, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf [último acceso: 25.06.2018]). Aunque en la actualidad el recurso a tales mecanismos ha perdido fuerza, precisamente por el desarrollo del derecho de los derechos humanos en la región, hay al menos dos casos actuales que pueden citarse brevemente en el marco de los países aquí analizados: i) por un lado, en Colombia la Ley 1820 de 2016 (Ley de Amnistía) que, en principio, se atiene a los estándares del derecho (penal) internacional (véase al respecto, Ambos, "La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", en Ambos/Cortés/Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2018, pp. 119 y ss.), ii) por otro lado, en Perú, la concesión de un indulto a favor del ex presidente Fujimori (en combinación con una gracia presidencial, por medio de la cual se pretendía liberarlo de sus procesos pendientes), que por el contrario ha sido criticada y se encuentra al menos bajo sospecha de constituir en el fondo una exención de responsabilidad no legítima (véase Ambos/Urquiza, *Indulto a Fujimori...*, nota 31). Entretanto, la decisión que concede el indulto (y la gracia presidencial) a Fujimori ha dado lugar a dos importantes resoluciones: i) una resolución proveniente del ámbito doméstico peruano declarando que el derecho de gracia dictado a favor de Fujimori (que pretendía excluirlo de los procesos penales pendientes contra él) "carece de efectos jurídicos" para el caso "Pativilca". Fujimori, por tanto, sigue estando sometido a ese proceso (véase Sala Penal Nacional, Resolución 039 de 9.02.2018, recaída en el Exp. N.º 00649-2011-0-5001-JR-PE-03, p. 107, punto 1 de la parte resolutoria; accesible en www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/68d8e

Otro de los grandes desafíos jurídicos de las jurisdicciones latinoamericanas (también el de los países aquí analizados) ha estado representado por la definición del título de participación de los agentes en casos en los que, como es usual en este tipo de criminalidad, concurren una pluralidad de intervinientes. En líneas generales, hay que llamar la atención sobre el evidente protagonismo adquirido aquí por la teoría alemana de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft organisatorischer Machtapparate*), desarrollada por el eminente penalista alemán Claus Roxin.⁵⁵ En el ámbito argen-

4004482e6c9aa65fa01a4a5d4c4/Exp.+649-2011-0-J_Caso+PATIVILCA_Resol.+39.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=68d8e4004482e6c9aa65fa01a4a5d4c4 [último acceso: 23.06.2018]); ii) una resolución de la Corte IDH que ha encargado a la jurisdicción constitucional peruana el control del "indulto humanitario" concedido a Fujimori. De acuerdo con la Corte IDH, al llevar a cabo dicho control la jurisdicción peruana debe tener en cuenta los estándares identificados por la propia Corte en su resolución (véase considerandos 45 a 58; entre ellos: la tendencia que existiría en el ámbito internacional a limitar el perdón o extinción de condenas por graves violaciones a los derechos humanos a través de decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo, por lo cual, en la evaluación ha de analizarse si el indulto supone una afectación innecesaria y desproporcionada del derecho de acceso a la justicia de las víctimas y sus familiares en relación con la proporcionalidad de la pena y su ejecución; véase considerando 45) así como hacerse cargo de los diversos cuestionamientos relacionados con los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico peruano para la concesión del indulto (mencionados en el considerando 69, entre ellos, la objetividad de la Junta Médica Penitenciaria que evaluó a Alberto Fujimori y deficiencias en la motivación de la Resolución que concedió el indulto). Finalmente, la Corte IDH ha solicitado que información sobre los avances de ese control por parte de la justicia peruana le sea remitida para el próximo 29.10.2018 (véase *Caso Barrios Altos* y *Caso La Cantuta vs. Perú*, Supervisión de cumplimiento de sentencia, obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar. Resolución de la Corte IDH de 30 de mayo de 2018, accesible en: www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barriosaltos_lacantuta_30_05_18.pdf [último acceso: 23.06.2018]).

⁵⁵ Sobre esta teoría, véase Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a. ed., Berlin, Boston, De Gruyter, 2015, pp. 242 y ss.; El Mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (AT), Tomo II, München: Verlag C.H. Beck, 2003, § 25, nm. 105 ss., pp. 46 y ss.; Ambos, "Zur 'Organisation' bei der Organisationsherrschaft", en Heinrich/Jäger [y otros] (eds.), *Strafrecht als scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin: de Gruyter, 2011, pp. 841 y ss.; un buen panorama sobre la teoría en Weigend, "Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Con-

tino, ella fue invocada en el célebre y pionero proceso contra los líderes de las Juntas Militares, que tuvo lugar en los años ochenta del siglo pasado.⁵⁶ Por su parte, en Perú se ha recurrido a dicha teoría para fundamentar la responsabilidad como autores (mediatos) de crímenes internacionales tanto de Alberto Fujimori,⁵⁷ el ex presidente peruano, como de Abimael Guzmán,⁵⁸ el líder

cept", en *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* 9, (2011), pp. 94 y ss.; sobre el reconocimiento de la teoría en el ámbito español y latinoamericano, véase Muñoz Conde/Olásolo, "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", en *JICJ* 9, (2011), pp. 113 y ss.

⁵⁶ Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sentencia en la Causa 13/84, de 9.12.1985, cons. sétimo, accesible en https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/29/Causa_13_Sentencia.pdf [último acceso: 07.04.2018] y además, véase Corte Suprema, Sentencia de 30.12.1986. De todos modos, ha de tenerse en cuenta que si bien tanto la Cámara Nacional de Apelaciones como la Corte Suprema valoraron el comportamiento de los procesados como autores mediatos, sin embargo, al final resultaron condenados como cooperadores necesarios, véase sobre ello Ambos, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* (1998), pp. 238 y ss. [versión en español: Ambos, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 39 y ss.]. Más recientemente, véase la sentencia en la causa N°. 2251/06, Sentencia contra Etchecolatz, accesible en: www.derechos.org/nizkor/arg/ley/etche.html [último acceso: 07.04.2018].

⁵⁷ Véase Exp. N°. A.V. 19-2001, nota 53, cons. 718 y ss. Sobre el caso Fujimori, véase las contribuciones de Rotsch, Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro Coria, García Cavero, Meini, Pariona Arana y van der Wilt, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 11/2009, pp. 549 y ss. (accesible en: www.zis-online.com); también en Ambos/Meini, *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010; además Ambos, "The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", en *JICJ*, 9 (2011), pp. 145 y ss.

⁵⁸ Véase Sentencia del Exp. Acumulado N°. 560-03, de 13.10.2006, cons. décimo tercero, Caso *Abimael Guzmán Reinoso* y otros, accesible en: www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Peru/Guzman-Reinoso_Decision_13-10-2006.pdf [último acceso: 15.01.2018]. Dicha sentencia fue confirmada por la CSJ a través del R.N. N°. 5385-2006, Segunda Sala Penal Transitoria, Lima, de 26/11/2007, accesible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20080616_33.pdf [último acceso: 07.04.2018].

de la agrupación terrorista Sendero Luminoso. Además de ello, en este país la teoría ha sido utilizada más recientemente para otros casos relevantes.⁵⁹ En cambio, en el ámbito colombiano la aplicación de la autoría mediata por dominio de la organización encontró una cierta resistencia y su protagonismo fue impugnado, sobre todo, mediante la invocación del argumento de que el texto del Código Penal colombiano no admitiría explícitamente esa clase de autoría mediata.⁶⁰ De todos modos, ello no ha impedido que dicha teoría haya terminado siendo aplicada en algunos casos.⁶¹

⁵⁹ Por ejemplo, en la sentencia del caso *Accomarca*, nota 53, cons. cuadragésimo noveno; más recientemente en el caso *Los Cabitos*, nota 54, cons. cuadragésimo noveno.

⁶⁰ Código Penal colombiano: Artículo 29: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento". En la literatura, Cf. Aponte, "Colombia", en Ambos/Malarino/Elsner, nota 18, pp. 200 y ss.; El Mismo, *Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá: Ibáñez, 2010, pp. 238 y ss. Sobre el rechazo de la posibilidad de aplicación de la teoría con base en el texto del artículo 29 del CP colombiano, véase Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General (PG)*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017, p. 586; en el mismo sentido, véase Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal. PG*, vol. 2, Bogotá, Ibáñez, 2012, p. 847 ("...dificilmente compatible (sic) en Colombia con el tenor literal del artículo 29-1 del C.P....") y además Hernández Esquivel, Alberto, "Lección 16: Autoría y participación", en Urbano Martínez et al., *Lecturas de Derecho Penal. PG*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, p. 278 ("...no aplicable en nuestro Código"). Sobre la paulatina aplicación de la tesis de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder, véase referencialmente Arana, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, pp. 45 y ss, disponible en: www.bdigital.unal.edu.co/39870/1/80244643.2014.pdf (último acceso: 07.04.2018).

⁶¹ Véase ya solo Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, Sala de Casación Penal, (32805) Sentencia contra Álvaro Alfonso García Romero, de 23.02.2010, p. 79, o la sentencia contra Luis Alfonso Plazas Vega emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, de 9.6.2010, véase especialmente punto 6.3.3. "Responsabilidad" (pp. 246 y ss.), (accesible en: www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/239_fallo%201%20insta%20Plazas%20Vega.pdf; [último acceso: 07.04.2018], la cual fue confirmada parcialmente por la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 30.01.2012, véase sobre todo pp. 598 y ss., accesible en: www.ambitojuridico.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/sent-11001070400320080002509-12.

2. EVALUACIÓN DE LA PRÁCTICA DEL NIVEL NACIONAL CON RESPECTO AL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

La persecución de los crímenes internacionales opera en un nivel nacional e internacional. Dado que el sistema de justicia penal internacional está conformado por ambos niveles,⁶² la posibilidad de una persecución integral depende de la interacción y complementación coherente⁶³ de esos niveles. La función de esos niveles individuales no se agota empero en su relación con el sistema global (relación del nivel nacional o del nivel internacional con el sistema de justicia penal internacional), pues al interior de este también tiene lugar una relación recíproca entre ellos (relación entre el nivel nacional y el nivel internacional). Formulando esa relación de un modo más descriptivo: mientras que el nivel nacional debe cargar con una "función persecutoria de base", el nivel internacional debe procurar superar por medio de su "función persecutoria de cierre" la situación de

pdf [último acceso: 07.04.2018]. Sin embargo, esta decisión fue dejada sin efecto: véase Sala de Casación Penal de la Corte Suprema SP 17466-2015 de 16.12.2015, pp. 352 y ss. (aunque invocando la ausencia de "certeza acerca de la responsabilidad penal del acusado"). p. 355, accesible en: www.corte-suprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2015/12/Sentencia-coronel-Luis-Alfonzo-Plazas-Vega.pdf [último acceso: 07.04.2018]. Véase también, la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz, de 16.12.2011 contra Freddy Rendón Herrera (Radicación: 110016000253200782701), párr. 705 y ss., accesible en: www.ictj.org/sites/default/files/subsites/ictj/docs/Sentencias_Justicia-y-Paz/2011.PrimeraInstancia.FredyRendon.pdf [último acceso: 07.04.2018]. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana (Segunda Instancia 38222 Fredy Rendón Herrera), accesible en: www.ictj.org/sites/default/files/subsites/ictj/docs/Sentencias_Justicia-y-Paz/2012.SegundaInstancia.FredyRendonHerrera.pdf [último acceso: 07.04.2018]. En la literatura, véase Muñoz Conde/Olásolo, *JICJ* 9, (2011), pp. 124 y ss.

⁶² Ambos, "The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy", en Ackerman/Ambos/Sikiri", nota 32, pp. 25 y ss.

⁶³ Por cierto, que la interacción de los niveles nacional e internacional sea coherente no presupone que ellos sean idénticos. Es decir, la interacción coherente de los niveles de persecución permite la conservación de "espacios de identidad" en cada uno de los niveles derivados de su propia estructura.

impunidad eventualmente dejada por el respectivo sistema doméstico.⁶⁴ Tal interacción entre niveles deja expuesto el ámbito funcional de la complementariedad⁶⁵ y, al mismo tiempo, ofrece la clave para la definición de la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional y con sus respectivos niveles (volveremos sobre esto, véase *infra* 3).

La complementariedad, como se sabe, implica la cuestión de la posibilidad o la disposición (voluntad) de un sistema nacional para hacerse cargo adecuadamente de la investigación y persecución de los crímenes, es decir, de llevar su "función de base" a una dimensión práctica.⁶⁶ La respuesta a esa cuestión adquiere una connotación especial ante las peculiares características de los crímenes internacionales — los cuales exhiben una significativa complejidad — y las circunstancias estructurales — internas o externas, preexistentes o sobrevinientes — de los específicos sistemas nacionales de justicia. A la vista de ello, en lo sucesivo solo se llevará a cabo una evaluación⁶⁷ desde una perspectiva general

⁶⁴ Ambos, "The International Criminal Justice System...", nota 32, p. 27: "... the main responsibility to investigate, prosecute and adjudicate international crimes lies with the territorial State. Only if it fails to live up to its corresponding duty the ICC has a right and perhaps the possibility to intervene".

⁶⁵ Sobre la complementariedad, véase Ambos, "El test de complementariedad...", nota 12, pp. 4 y ss.; El Mismo *et al.*, *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz*, nota 25, pp. 149 y ss.; El Mismo, *Treatise III*, nota 12, pp. 266 y ss.; Cassese/Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, 3a. ed., Oxford, OUP, 2013, pp. 296 y ss.; Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, 4a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 131 y ss.; Razesberger, *The International Criminal Court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006, pp. 564 y ss.; Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 5a. ed., Cambridge, CUP, 2017, pp. 170 y ss.

⁶⁶ Sobre los criterios para evaluar ambos aspectos, véase Ambos, "El test de complementariedad...", nota 12, pp. 17 y ss.; también, El Mismo *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, pp. 169 y ss.; Ambos, *Treatise III*, nota 12, 273; véase además Cárdenas, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pp. 103 y ss.; Werle/Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, nota 65, pp. 147 y ss.; Schabas, *Introduction*, nota 65, pp. 174 y ss.

⁶⁷ Dado el ámbito temporal de los crímenes en algunos países, la jurisdicción de la CPI ya se halla excluida *ratione temporis*. Un ejercicio similar puede encontrarse en Santalla, "Bolivia", en Ambos/ Malarino/Elsner, (nota 1), pp. 166 y ss.

y con base en las circunstancias constatadas con ocasión del análisis precedente (dimensiones institucional, estratégica y jurídica). Para ello, se tendrá como referencia los criterios previstos para la denominada complementariedad estricta y dejando de lado otras limitaciones relevantes para la competencia de la CPI, como el criterio de *ratione temporis*.⁶⁸

En principio, la admisibilidad presunta del artículo 17 (1) del ECPI⁶⁹ ("inactividad total", véase el siguiente gráfico) puede ser rechazada sin más,⁷⁰ con respecto a los países aquí analizados, si es que el Estado lleva a cabo una cierta actividad de investigación. Dicha actividad ha de ser valorada atendiendo a los requisitos establecidos en el artículo 17 (1) (a), (b) y (c)⁷¹ en relación con el artículo 20 (3), ECPI.⁷² Es decir, si la actividad del Estado en

⁶⁸ Sobre la complementariedad en sentido estricto, véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 295 y ss.; también El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, pp. 17 y ss. Ha de tenerse en cuenta que la complementariedad en sentido estricto solo adquiere relevancia si el caso tiene la gravedad suficiente, véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 273.

⁶⁹ Sobre el artículo 17, ECPI, véase El Zeidy, "Article 17", en Triffterer/ Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3a. ed., München, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, pp. 781 y ss.

⁷⁰ Además de la insuficiencia de gravedad prevista en el artículo 17 (1)(d): "El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte". Al respecto, véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 284 y ss.; también El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 18.

⁷¹ Artículo 17, ECPI: "1. La Corte teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando:

a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que este no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y este haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo;

c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20".

⁷² Artículo 20, ECPI:

cuestión cumple tales requisitos, el caso o la situación devienen inadmisibles. Por lo contrario, si la actividad del Estado indica o implica una falta de voluntad o incapacidad en el sentido del artículo 17 (2) y (3), ECPI la situación o caso deben ser declarados admisibles. Gráficamente el *test* de complementariedad del artículo 17, ECPI puede presentarse de la siguiente manera:

Test de complementariedad del artículo 17 del ECPI.

I. Objeto de referencia: situación-caso-conducta

II. Gravedad suficiente (art. 17 (1)(d))

III. Complementariedad *stricto sensu*

1. Situaciones y casos son admisibles si el Estado permanece inactivo (*admisibilidad por inactividad total del Estado - admisibilidad no impugnabile*)

2. Si el Estado desarrolla algún tipo de actividad, un caso puede ser inadmisibile según los arts. 17 (1)(a), (c) y 20(3).

→ "inadmisibilidad de un asunto cuando": investigación, persecución, juicio

→ *inadmisibilidad por acción del Estado*

3. Excepción a la inadmisibilidad ya mencionada a pesar o a causa de la actividad del Estado, existe falta de voluntad o incapacidad según art. 17 (2) y (3) (*admisibilidad por falta de voluntad o incapacidad*)

→ falta de voluntad: altamente normativa, subjetiva.

→ incapacidad: más objetiva, fáctica; (P) falta de disponibilidad

Fuente: Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 274 (rediseñado).

"(...)

3. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7 u 8 a menos que el proceso en el otro tribunal:

a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o

b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia."

Tomando en cuenta esos criterios, en principio resulta que ninguna de las experiencias aquí consideradas podría ser susceptible de ser descrita como un caso de *inactividad total*, tanto desde una perspectiva fáctica como normativa.⁷³ Así, por ejemplo, las pretensiones de obstaculizar la persecución por la vía de amnistías generales planteadas en Argentina⁷⁴ y Perú⁷⁵ no prosperaron. De hecho, los movimientos anti-impunidad presentes en estos países dieron lugar a esfuerzos de investigación y persecución por parte de las autoridades nacionales,⁷⁶ lo cual deja constatar una mínima actividad estatal. En definitiva, es posible afirmar que no existe una desactivación sustancial de las posibilidades del aparato estatal para iniciar o continuar investigaciones, persecuciones o juicios por crímenes internacionales graves o, cuando menos, que el riesgo de que ello ocurra ha sido superado.⁷⁷ Todo lo contrario, la efectiva (aunque selectiva) persecución de crímenes internacionales lleva a considerar, en líneas generales, la afirmación de la inadmisibilidad de un procedimiento ante la CPI (art. 17 (1) (a) - (c), ECPi), a menos que fuese posible confirmar que las jurisdicciones aquí analizadas no tuviesen la disposición

⁷³ Sobre ambas clases de inactividad, véase Ambos *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, *op. cit.*, nota 25, p. XVII, donde se concluye, a la luz de la Ley 975 (Ley de Justicia y Paz), que no es posible afirmar una falta de disposición ni de capacidad, pp. 210 y ss. [Véase también: Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of the Complementarity of the International Criminal Court. An inductive, Situation based approach*, Heidelberg, Springer, 2010, pp. 89 y ss.].

⁷⁴ Al respecto, véase Ambos, *Impunidad*, nota 6, p. 175.

⁷⁵ Sobre el caso peruano, véase Montoya, nota 7, p. 33.

⁷⁶ Como por ejemplo en la decisión de la jueza Saquicuray en el ámbito peruano, véase Caro Coria, "Perú", en Ambos/Malarino/Elsner (eds.), *Justicia de transición*, nota 1, p. 365.

⁷⁷ A este respecto, resulta notablemente expresivo que la Sra. Luz Ibáñez, la recientemente elegida jueza peruana de la CPI, al ser consultada sobre el caso "Madre Mía" (que involucraría al ex presidente peruano Ollanta Humala Tasso) haya señalado sus dudas sobre la posibilidad de que llegue a conocimiento de la CPI afirmando que: "Sería difícil, porque en el Perú sí se dan todas las garantías para llevar a cabo este proceso. En ese sentido, difícilmente llegaría a la corte este caso". Véase Perú 21, 20.09.2017, accesible en <https://peru21.pe/politica/luz-ibanez-carranza-seria-dificil-madre-mia-llegue-cpi-376703> [último acceso: 07.04.2018]. De todos modos, vale la pena señalar que los supuestos hechos no caerían bajo la jurisdicción de la CPI, pues ellos habrían tenido lugar en la década de los noventa del siglo pasado.

o la capacidad de llevar a cabo esa persecución.⁷⁸ Esto será analizado en breve.

En cuanto a la *falta de disposición* (voluntad): hay que señalar en principio que ella no se sigue automáticamente de la configuración de uno de los criterios previstos en el artículo 17 (2), ECPi, sino que más bien se requiere una evaluación general.⁷⁹ Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la obligación de investigar recae en el Estado y no puede ser delegada sin más a un organismo no estatal o internacional. Además, un Estado no puede brindar como excusa la actividad positiva de uno de sus órganos si otros boicotean la investigación.⁸⁰ En cuanto a los factores concretos: en primer lugar, el propósito de *sustraer una persona de su responsabilidad penal* (art. 17(2)(a), ECPi)⁸¹ es una expresión de mala fe del respectivo Estado, lo cual podría deducirse de ciertos indicios, como por ejemplo, evadir normas legales del procedimiento mediante el nombramiento de un investigador especial políticamente cercano al acusado.⁸² En cualquier caso, debe haber una relación de causalidad entre la acción del Estado y la sustracción del responsable. Por otra parte, una *demora injustificada* (art. 17(2)(b), ECPi)⁸³ puede determinarse recurriendo a las reglas del debido proceso de los instrumentos sobre derechos humanos tomando en cuenta la complejidad del caso, la conducta de las partes

⁷⁸ Véase por ejemplo Pikis, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff, 2010, p. 55.

⁷⁹ Véase Ambos, *Treatise III*, (nota 12), pp. 308, 316; véase OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2013, párr. 138; véase también OTP, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, (2003), p. 8, notas 8-9.

⁸⁰ Véase Ambos, *Treatise III*, (nota 12), pp. 308 y ss.; Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 107, 109 y ss.

⁸¹ Al respecto, véase Ambos, *Treatise III*, (nota 12), pp. 309 y ss.

⁸² Otros ejemplos pueden ser: la remisión del caso a un tribunal secreto o especial (militar), asignación insuficiente de recursos o la falta de apoyo y cooperación para los investigadores, véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 309 y ss.; El Mismo, "El test de complementariedad...", *op. cit.*, nota 12, p. 27.

⁸³ Véase artículo 17 (2)(b), ECPi: "Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"; véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 310 y ss.

y la duración comparativa de los procesos penales en el Estado respectivo. Finalmente, en lo que respecta a la *falta de independencia o imparcialidad* (art. 17(2)(c), ECPJ),⁸⁴ la primera, se establece teniendo en cuenta el modo de designación de los miembros del tribunal y sus periodos, la existencia de garantías contra presiones externas y, de forma más general, si el organismo presenta una apariencia de independencia. La imparcialidad hace referencia a que el personal de un tribunal esté subjetivamente libre de parcialidad y a que, objetivamente, existan garantías suficientes de imparcialidad.⁸⁵ En resumen, el *test* de la falta de voluntad gira en torno a la calidad de los procedimientos, su seriedad y buena fe con miras a conducir a la persona ante la justicia.⁸⁶

Por su parte, la *incapacidad* está determinada, como se sabe, por el colapso "total", el colapso "sustancial" o el "carecer" de un sistema de justicia nacional.⁸⁷ Mientras que el colapso *total* pue-

⁸⁴ Véase artículo 17 (2)(c), ECPJ: "Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"; Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 311 y ss.

⁸⁵ Los subpárr. (b) y (c) del artículo 17 (2), ECPJ requieren que la demora injustificada y la falta de independencia o imparcialidad sean incompatibles con la intención de hacer comparecer a la persona de la que se trate ante la justicia, es decir, que esa persona llegue a ser investigada o enjuiciada. Véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 312; véase también El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 30.

⁸⁶ Véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 316; El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 38.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 371 y ss.; El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 33; Arsanjani/Reisman, "The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality", en Sadat/Scharf (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, p. 329; OTP, "Informal expert paper: the principle of complementarity in practice" (2003), accessible en: www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF [último acceso: 07.04.2018], párr. 49; El Zeidy, "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law", *Michigan Journal of International Law (MJIL)* 32 (2002), p. 903; Philips, "The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility", *CLF* 10 (1999), p. 79; véase también Holmes, "Complementarity: National Courts versus the ICC", en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, vol. I, Oxford, OUP, 2002, pp. 677 y ss.

de definirse como una ruptura completa de la administración de justicia, ya sea porque el Estado ha perdido el control sobre el territorio o por una decisión interna de borrar la administración nacional de justicia, el colapso *sustancial* puede entenderse como el desplazamiento de recursos y procedimientos a otro lugar.⁸⁸ En ese sentido, la *no disponibilidad* (carencia) se superpone con el requisito del colapso sustancial.⁸⁹ En todo caso, el mero funcionamiento ineficiente de un sistema judicial y sus deficiencias internas, no podrían considerarse dentro del concepto de no disponibilidad.⁹⁰

Ahora bien, si se aplica los conceptos de falta de voluntad e incapacidad a las jurisdicciones examinadas, entonces resulta que al menos desde una perspectiva abstracta hay que rechazar su concurrencia, dada la considerable actividad de persecución que allí ha sido realizada. A pesar de ello, las deficiencias que saltan a la vista podrían ser valoradas sin duda como la expresión de una actuación ineficiente del respectivo sistema de justicia. Naturalmente, esa constatación ha de ser vista en el contexto real de los sistemas de justicia latinoamericanos, donde la persecución de crímenes internacionales termina compartiendo espacio con la persecución de la criminalidad ordinaria. Ciertamente esto podría intentar superarse mediante la instauración de una justicia autónoma como la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en Colombia⁹¹ o de un subsistema especializado como en el caso peruano.⁹² Sin embargo, con ello no se garantiza automáticamente

⁸⁸ Véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 371 y ss.; El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 33, Pichon, *ICLR* 8 (2008), p. 196.

⁸⁹ Con una interpretación literal amplia se podrían revelar por lo menos tres aspectos del concepto "no disponibilidad": la no existencia de algo, la no accesibilidad a alguna cosa y la inutilidad de un recurso, independientemente de su existencia y accesibilidad. Véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 318 y ss.; El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 34.

⁹⁰ Véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 321; El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 36.

⁹¹ Sobre la JEP, véase *supra* nota 43.

⁹² Referencialmente sobre los órganos componentes de ese subsistema (tanto en el Ministerio Público como en el Poder Judicial), véase http://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_proyectos/seguimiento-de-casos-de-violaciones-de-derechos-humanos/marco-del-proyecto/subsistemas-nacionales/?tab=ministerio-publico [último acceso: 15.06.2018].

te que estos sistemas semiautónomos funcionen adecuadamente. En otras palabras, la instauración de esos sistemas especializados solo mejora la situación si estos se encuentran respaldados con suficiente personal y otros recursos. De otra forma, ellos terminan constituyendo una mera solución "de papel". De cualquier modo, desde una perspectiva abstracta es posible afirmar que pese a las limitaciones constatadas los sistemas nacionales de justicia que aquí se han tenido en cuenta en principio funcionan apropiadamente.⁹³

No obstante, desde una perspectiva concreta, orientada al caso específico, la conclusión tiene que ser necesariamente matizada.⁹⁴ Pues tomando en cuenta la conducta, el sospechoso y las circuns-

⁹³ A este respecto, vale la pena recordar lo señalado en relación con la situación colombiana en el sentido de que "una interpretación más amplia del criterio de incapacidad que parte de un análisis de la efectividad de un recurso judicial en concreto podría llevar a otra conclusión, alegando que los déficits en la aplicación de la LJP junto a la sobrecarga o falta de recursos personales, económicos e institucionales constituyen una denegación de un recurso efectivo y así generan cierta incapacidad del sistema judicial." Véase Ambos *et al.*, *Procedimiento de la ley de justicia y paz...*, nota 25, p. 204, resaltado en el original. Aunque allí mismo se señaló que "esta ineficiencia relativa no necesariamente lleva a un juicio de incapacidad en el sentido del artículo 17 (3), ECPJ, por lo menos si no se sigue una interpretación demasiado estricta de su tercera variante, resulta de todos modos importante que la Fiscalía diseñe una estrategia global e integral para la selección y priorización de situaciones y casos emblemáticos que involucren a los bloques y las personas más responsables de los GAOML", p. 205, resaltado en el original.

⁹⁴ Ver Ambos, *Treatise III*, nota 12, pp. 273 y ss. y además el gráfico 1 *supra* en el texto principal. Véase también Rastan, "Situación y caso, definiendo los parámetros", en Cárdenas Aravena/Fernández Neira (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años. Un enfoque práctico*, Santiago de Chile, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2012, pp. 219 y ss. [Véase también Rastan, "Situation and Case", en Stahn/El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, vol. I, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2011, pp. 421 y ss.]; Stahn, Carsten, "Complementarity: a tale of two notions", *Criminal Law Forum (CLF)* 19 (2008), p. 106; Stigen, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Martinus Nijhoff, Leiden Boston: 2008, pp. 91 y ss.; Razesberger, *The principle of complementarity*, nota 65, pp. 31 y ss.; Olásolo/Carnero Rojo, "The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investigation. The admissibility of 'situations'", en Stahn/El Zeidy, *Complementarity*, vol. I, nota 94, pp. 394 y ss.

tancias concretas es claro que la admisibilidad podría terminar imponiéndose en casos concretos. Sólo como ejemplo piénsese en el ámbito colombiano donde la responsabilidad criminal en cuanto a los denominados "falsos positivos"⁹⁵ hasta ahora solo ha sido establecida para agentes militares de bajo rango dejando a los de mayor rango en la mira de la Fiscalía de la CPI. O tómese el caso, también proveniente del ámbito colombiano, en el que una persona condenada a una pena elevada en la justicia ordinaria fue transferida con posterioridad a la JEP⁹⁶ donde lo más probable es que reciba un castigo ("alternativo") mucho menor.⁹⁷ Si bien un análisis más detallado no es posible en este lugar es claro que una evaluación de estos casos "difíciles" implicaría una

⁹⁵ Sobre los denominados "falsos positivos", véase HRW, *Factor de presión: El impacto de la CPI en la justicia nacional, Los exámenes preliminares sobre Colombia, Georgia, Guinea y el Reino Unido*, 3 de mayo de 2018, accesible en: www.hrw.org/es/report/2018/05/03/factor-de-presion-el-impacto-de-la-cpi-en-la-justicia-nacional/los-examenes [último acceso: 15.06.2018]; véase también HRW, *Análisis de Human Rights Watch sobre la investigación de falsos positivos bajo las disposiciones de la Jurisdicción Especial para la Paz*, 28 de marzo de 2016, accesible en: www.hrw.org/es/news/2016/03/28/analisis-de-human-rights-watch-sobre-la-investigacion-de-falsos-positivos-bajo-las [último acceso: 15.06.2018].

⁹⁶ Así, por ejemplo, en el caso del Crnl. (r) Robinson González del Río, quien fue condenado en la justicia ordinaria por su participación en más de 40 casos de falsos positivos a penas acumuladas que alcanzaban los 60 años (véase www.semana.com/nacion/articulo/tras-acogerse-a-la-jep-conceden-libertad-al-coronel-gonzalez-del-rio/552986 [último acceso: 07.04.2018]), pero que salió en libertad condicionada como consecuencia de haberse acogido a la JEP (Véase http://caracol.com.co/radio/2018/01/09/judicial/1515521265_163992.html; [último acceso: 07.04.2018]).

⁹⁷ En la JEP existen dos procedimientos: i) un procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad, y ii) un procedimiento en caso de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad. Como consecuencia de ello, también las sanciones poseen un régimen diferenciado, a saber: i) una *sanción propia* máxima de ocho años cuando el reconocimiento de verdad y responsabilidad se realiza ante la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas; ii) una *sanción alternativa* máxima de ocho años cuando ese reconocimiento se realiza ante la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz, y iii) una *sanción ordinaria* máxima de 20 años en caso de ausencia de ese reconocimiento. Cf. artículo trans. 13 del AL 1/2017, en conexión con los numerales 60-62 del Acuerdo de Paz entre el gobierno colombiano y las FARC.

litigación intensa ante la CPI comparable a aquella que ha sido vista en relación con los casos de Saif Al-Islam Gaddafi (declarado admisible) y Abdullah Al-Senussi (declarado inadmisibile) en la situación de Libia.⁹⁸

3. SUPERACIÓN DE LAS DEFICIENCIAS IDENTIFICADAS Y LA GENUINIDAD DEL COMPROMISO CON EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Como afirmamos precedentemente, la interacción entre los niveles del sistema de justicia penal internacional deja expuesto el ámbito funcional de la complementariedad. Esa interacción admite ser descrita en términos de la función *de base* y de la función *de cierre* de los niveles nacional e internacional, respectivamente. De conformidad con ello, mientras que el nivel nacional debe asumir su correspondiente obligación primaria de persecución de crímenes internacionales,⁹⁹ el nivel internacional ha de concentrarse más bien en superar un eventual ámbito de impunidad,¹⁰⁰ en consonancia con sus objetivos modestos y con sus capacidades limitadas.¹⁰¹ En la práctica, esto significa que el nivel nacional

⁹⁸ Véase más detalladamente en: www.icc-cpi.int/libya/gaddafi [último acceso: 25.06.2018].

⁹⁹ Resaltando el rol de las jurisdicciones nacionales Bergsmo/Bekou/Jones, "New Technologies in Criminal Justice for Core International Crimes: The ICC Legal Tools Project" en Bergsmo (ed.), *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Oslo, TOAE, 2011, p. 35; véase además Maculán, "Capítulo V: La Corte Penal Internacional", en Gil Gil/Maculán (dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 85.

¹⁰⁰ Véase Jessberger/Geneuss, "Las múltiples caras de la Corte Penal internacional", en Cárdenas Aravena/Fernández Neira (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años*, nota 94, p. 206 [véase también Jessberger/Geneuss, "The many faces of the International Criminal Court", *JICJ* 10 (2012), p. 1087.]

¹⁰¹ Véase Ambos/Stegmiller, "Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?", en *Crime, Law and Social Change (CLSC)*, 59 (2013), p. 416 ("The selection and prioritization of cases to be prosecuted before the ICC, while necessary and legitimate given the existing capacity constraints and the goals of the Court to prosecute the "most serious crimes" of the "most

debe preparar adecuadamente el terreno para que el otro nivel cumpla con su función. Dicho de otro modo: la plausibilidad de la función de persecución *de cierre* depende de una suficiente función de persecución *de base*. De ello se sigue que el nivel nacional necesita ocuparse en primer lugar de su funcionamiento eficiente,¹⁰² de forma tal que quede en óptimas condiciones para cumplir con su función de base y, al mismo tiempo, para evitar que el nivel internacional resulte condenado al colapso funcional debido al exceso de situaciones y casos.¹⁰³

El reconocimiento de esa necesidad es esencial para la definición de la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional (en su conjunto) y para fundamentar la legitimidad de la práctica orientada a priorizar los sistemas nacionales de justicia frente al nivel internacional. Esto resulta especialmente relevante en el ámbito latinoamericano, pues la constatación de deficiencias en el desempeño de sus sistemas de justicia podría asomarse la idea — hasta cierto punto "facilista" — de que la única salida posible para una persecución de los crímenes internacionales consistiría en privilegiar la intervención del nivel internacional (esto es, la CPI). Pero esto resulta cuestionable al menos por dos razones. En principio, ello supondría una renuncia a la obligación primaria del Estado de perseguir crímenes internacionales, de la cual no es posible sustraerse sin más. En segundo lugar, proceder de ese modo no solo implicaría no reforzar el sis-

responsable" ...) [versión en español: Ambos/Stegmiller, "Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?", en *Revista Penal*, núm. 32, julio 2013, p. 42]; también Satzger, *International and European Criminal Law*, 2a. ed., München: C.H. Beck, 2018: "...generally limited (financial and personal) capacity of the ICC", § 12, nm. 32, p. 252. Haciendo referencia a una "endogenous powerless" Damaška, "What is the Point of International Criminal Justice?", en *Chicago-Kent Law Review (Chi-Kent L. Rev.)* 83 (2008), p. 21.

¹⁰² Respecto a la reafirmación de la supremacía de los sistemas nacionales y del umbral de admisibilidad mediante el reemplazo de los términos colapso "parcial" por "sustancial", véase Ambos, *Treatise III*, nota 12, p. 318; véase también El Mismo, "El test de complementariedad...", nota 12, p. 33.

¹⁰³ Sobre la necesidad de que el nivel internacional no resulte colapsado por una cantidad de casos que exceda sus recursos, véase Ambos, "The International Criminal Justice System...", en Ackerman/Ambos/Sikirić, nota 32, p. 24.

tema nacional de justicia, sino además exponer al nivel internacional —y con ello al sistema de justicia penal internacional— al fracaso, dado que el funcionamiento de este depende fundamentalmente de un adecuado acondicionamiento del nivel nacional.

Como se ha dicho, esa perspectiva permite valorar la genuinidad del compromiso con el sistema de justicia penal internacional. En tal sentido, solo aquellos Estados que poseen sistemas de justicia acondicionados adecuadamente muestran un compromiso genuino, pues solo de ese modo se puede cumplir con la obligación primaria del nivel nacional (*función de base*) y al mismo tiempo garantizar la capacidad de la intervención del nivel internacional (*función de cierre*). Es decir, únicamente entonces es posible hablar de un compromiso *integral* con el sistema de justicia penal internacional o, lo que es lo mismo, de un compromiso con sus dos niveles (nacional e internacional). En cuanto a las posibles deficiencias identificadas en el nivel nacional, esto significa para los tres países latinoamericanos aquí examinados que ellos deberían ser alentados a llevar a cabo un esfuerzo más decidido en el cumplimiento de su obligación primaria de persecución de crímenes internacionales antes que a entender aquello como la demostración de una incapacidad insuperable que dé lugar a la invocación prematura y desmesurada de la intervención del nivel internacional (mediante la CPI).

4. CONCLUSIÓN

Esta breve investigación ha mostrado que la persecución de crímenes internacionales en los tres Estados latinoamericanos aquí analizados sufre de algunas deficiencias, especialmente respecto a la institucionalidad y a (la falta de) una estrategia de persecución. Sin embargo, también es posible hablar de algunos aspectos positivos, particularmente en relación con los desafíos jurídicos. Como consecuencia de ello, es posible afirmar que desde una perspectiva *abstracta* no puede considerarse que estos sistemas de justicia latinoamericanos carecen de voluntad o de capacidad en los términos del artículo 17 del E.C.P.I. De todos modos, desde una perspectiva *concreta*, podría alcanzarse una conclusión distinta respecto de casos de una alta relevancia y que podrían ser de especial interés para la CPI. Con todo, en el ámbito latino-

americano, las deficiencias constatadas deberían ser entendidas como un llamado al fortalecimiento del nivel nacional antes que el recurso al nivel internacional, pues solo de aquel modo podría alcanzarse un compromiso genuino con el sistema de justicia penal internacional.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, Kai, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", en GA 145 (1998) [versión en español: Ambos, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998].
- , *Impunidad y Derecho penal internacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- , "El marco jurídico de la justicia de transición", en K. Ambos, /E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- , "Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori", ZIS 11/2009.
- , "El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)", *InDret* 2/2010.
- , (con la colaboración de Huber, Florian, González-Fuente Rubilar, Rodrigo y Zuluaga Taborda, John), *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de "justicia y paz" en Colombia*, Bogotá, Temis, 2010.
- , *The Colombian Peace Process and the Principle of the Complementarity of the International Criminal Court. An inductive, Situation based approach*, Heidelberg, Springer, 2010.
- , "The Fujimori Judgment: A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", en JICJ 9 (2011).
- , "Introducción y resumen comparativo", en Ambos (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, Profis, 2011.

- , "Zur 'Organisation' bei der Organisationsherrschaft", en M. Heinrich/C. Jäger [y otros] (eds.), *Strafrecht als scientia universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, Berlin, de Gruyter, 2011.
- , "El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático", en *ADPCP*, vol. LXV, 2012.
- , *Treatise on International Criminal Law. Vol. 3: International Criminal Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- , "The International Criminal Justice System and Prosecutorial and Prosecutorial Selection Policy", en B. Ackerman/K. Ambos/H. Sikirić, *Visions of Justice: liber amicorum Mirjan Damaška*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.
- , *Internationales Strafrecht*, 5a. ed., München, C.H. Beck, 2018.
- , "La Ley de Amnistía (Ley 1820 de 2016) y el marco jurídico internacional", en K. Ambos/F. Cortés/J. Zuluaga (coords.), *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2018.
- Ambos, K./E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- Ambos, K./E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Ambos, K./I. Meini, *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010.
- Ambos, K./I. Stegmiller, "Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?", en *CLSC*, 59 (2013) [versión en español: Ambos/Stegmiller, "Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?", en *Revista Penal*, núm. 32, julio 2013].
- Ambos, K./G. Urquiza, Indulto a Fujimori: Algunas consideraciones críticas, en *La Ley*, 3.01.2018 (accesible en: <http://laley.pe/not/4564/indulto-para-el-ex-presidente-fujimori-algunas-consideraciones-criticas-/>; último acceso: 07.04.2018).
- Ambos, K./J. Zuluaga, "Justicia de Transición y Constitución. A manera de introducción", en Ambos, Kai (coord.), *Justicia de*

- transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, 2014.
- , "La 'nueva' política de selección y priorización procesal penal en Colombia", (disponible en: www.inej.edu.ni/novedades/la-%E2%80%9Cnueva%E2%80%9D-politica-de-seleccion-y-priorizacion-procesal-penal-en-colombiapor-kai-ambos-y-john-zuluaga-3559.html; último acceso: 10.01.2018).
- Aponte, Alejandro, "Colombia", en K. Ambos/E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- , "Colombia", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2008.
- , "Colombia", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner, Gisela (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- , *Persecución penal de crímenes internacionales: Diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2010.
- , "La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación", en FGN, *Priorización. Memorias de los talleres para la construcción de los criterios del nuevo sistema de investigación penal*, Bogotá, FGN, 2013.
- Arana, Nicolás, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia (accesible en www.bdigital.unal.edu.co/39870/1/80244643.2014.pdf último acceso: 07.04.2018).
- Arsanjani, M./M. Reisman, "The International Criminal Court and the Congo: From theory to reality", en L. Sadat/M. Scharf (eds.), *The theory and practice of International Criminal Law. Essays in honour of M. Cherif Bassiouni*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- Bergsmo, M./O. Bekou/A. Jones, "New Technologies in Criminal Justice for Core International Crimes: The ICC Legal Tools Project", en Bergsmo, M. (ed.) *Active Complementarity: Legal Information Transfer*, Oslo, TOAEP, 2011.
- Bergsmo, M./M. P. Saffon, "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes in-

- ternacionales centrales?", en Ambos, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, Profis, 2011.
- Cárdenas, Claudia, *Die Zulässigkeitsprüfung vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.
- Caro Coria, Dino Carlos, "Perú", en K. Ambos/E. Malarino (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
- , "Perú", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- , "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal", en ZIS 11/2009.
- Cassese, A./P. Gaeta, *Cassese's International Criminal Law*, 3a. ed., Oxford, OUP, 2013.
- Cote, G./D. Tarapués, "El marco jurídico para la paz y el análisis estricto de sustitución de la Constitución realizado en la sentencia C-579 de 2013", en Ambos, Kai (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, 2014.
- Damaška, Mirjan, "What is the Point of International Criminal Justice?", en *Chi-Kent L. Rev.* 83, 2008.
- Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial n° 162: "A diez años de verdad, justicia y reparación. Avances, retrocesos y desafíos de un proceso inconcluso"* (agosto de 2013) (accesible en: www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/INFORME-DEFENSORIAL-162.pdf último acceso 07.04.2018).
- El Zeidy, Mohamed, "The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law", *MJIL* 32 (2002).
- , "Article 17", en O. Triffterer/K. Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, 3a. ed., München, Oxford, Baden-Baden, C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, 2016.
- Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal. PG*, vol. 2, Bogotá, Ibáñez, 2012.

- Forer, A./C. López Díaz, "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia", en Ambos (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, Profis, 2011.
- García Cavero, Percy, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori", en ZIS/11, 2009.
- Gil Lavedra, Ricardo, "Justicia transicional en Argentina: el papel de los tribunales penales", en J. Almqsvit/C. Espósito (coord.) *Justicia transicional en Iberoamérica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- Gómez Méndez, María Paula, *Verdad, justicia y reparación. Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006.
- Hernández Esquivel, Alberto, "Lección 16: Autoría y participación", en Urbano Martínez et al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología.
- Herzberg, Rolf D., "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates", en ZIS 11/2009.
- Holmes, John T., "Complementarity: National Courts versus the ICC", en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC: a commentary*, vol. I, 2002, Oxford, OUP, 2002.
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique, *Justicia transicional y comisiones de la verdad*, 2a. ed., Madrid, Berg Institute, Otzenhausen, Europäische Akademie Otzenhausen; Bogotá, Justicia y Desarrollo Sostenible, 2017.
- Idehpucp, *Procesamiento de violaciones de derechos humanos en el Perú. Características y dificultades*, Lima, Idehpucp, 2006.
- Jakobs, Günther, "Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori", en ZIS 11/2009.
- Jessberger, F./J. Geneuss, "Las múltiples caras de la Corte Penal internacional", en Cárdenas Aravena/Fernández Neira (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años*, [versión en

- inglés Jessberger/Geneuss, "The many faces of the International Criminal Court", en *JICJ* 10 (2012)].
- Kleffner, Jann, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Maculán, Elena, "Capítulo V: La Corte Penal Internacional", en A. Gil Gil/E. Maculán (dir.), *Derecho penal internacional*, Madrid, Dykinson, 2016.
- Malarino, Ezequiel, "Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2008.
- , "Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner, *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- , "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2010.
- Meini, Iván, "La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7/04/2009 (Exp. A.V. 19-2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema", en *ZIS* 4 (2009).
- Montoya Vivanco, Iván, "Límites y avances de la justicia penal frente a las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el periodo de conflicto armado interno en el Perú", en Quinteros, Víctor Manuel (ed.), *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*, Lima, Idehpucp, 2012.
- Muñoz Conde, F./H. Olásolo, "The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", en *JICJ* 9, 2011.
- Nino, Carlos Santiago, *Juicio al mal absoluto* (trad. de M. Böhmer), 2a. ed., Buenos Aires, 2006.
- Olásolo/Carnero Rojo, "The application of the principle of complementarity to the decision of where to open an investiga-

- tion. The admissibility of 'situations'", en Stahn/El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, vol. I, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2011.
- OTP, "Informal expert paper: the principle of complementarity in practice" (2003) (accessible en: www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF; último acceso: 07.04.2018).
- Philips, Ruth, "The International Criminal Court Statute: Jurisdiction and admissibility", *CLF* 10 (1999).
- Pichon, Jakob, "The principle of complementarity in the cases of the Sudanese nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", *ICLR* 8 (2008).
- Parenti, Pablo, "Argentina", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho penal internacional*, Montevideo, Konrad Adenauer, 2008.
- Parenti, P./L. Pellegrini, "Argentina", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Parenti, P./I. Polaco, "Argentina", en Ambos, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Bogotá, Profis, 2011.
- Pariona Arana, Raúl, "La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori", en *ZIS* 11/2009.
- Pikis, Georghios, *The Rome Statute for the International Criminal Court*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2010.
- Ramió, C. /M. Salvador, *Instituciones y nueva gestión pública en América Latina*, Barcelona, Hurope, 2005.
- Rastan, Rod, "Situación y caso, definiendo los parámetros", en C. Cárdenas Aravena/K. Fernández Neira (ed.), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años. Un enfoque práctico*, Santiago de Chile, Legal Publishing/Thomson Reuters, 2012. ["Situation and Case", en Stahn/El Zeidy, *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, vol. I, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2011].

- Razesberger, Florian, *The International Criminal Court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2006.
- Reátegui, Félix, "Comisiones de la Verdad y Justicia transicional", en Quinteros, Víctor Manuel (coord.), *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima, Idehpucp, 2010.
- Roxin, Claus, "Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", en *ZIS 11/2009*.
- , *Strafrecht*, AT, t. II, München, Verlag C.H. Beck, 2003.
- , *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a. ed., Berlin, Boston, De Gruyter, 2015.
- Salazar, K./X. Medellín, "Introducción", en *FDPL, Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre crímenes de derecho internacional*, Washington, 2009.
- Sancinetti, M./M. Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos: la protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- Santalla, Elizabeth, "Bolivia", en K. Ambos/E. Malarino/G. Elsner (eds.), *Justicia de transición*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Satzger, Helmut, *International and European Criminal Law*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 2018.
- Schabas, William, *An introduction to the International Criminal Court*, 5a. ed., Cambridge, CUP, 2017.
- Schroeder, Friedrich-Christian, "Tatbereitschaft gegen Fungibilität", en *ZIS 11/2009*.
- Stahn, Carsten, "Complementarity: a tale of two notions", en *CLF 19 (2008)*.
- Stigen, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- Van der Wilt, Harmen, "On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case aga-

- inst the former Peruvian president Alberto Fujimori", en *ZIS 11/2009*.
- Velásquez Velásquez, Fernando, *Manual de Derecho Penal*. PG, 6a. ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2014.
- , *Fundamentos de Derecho Penal*. PG, Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2017.
- Weigend, Thomas, "Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept", en *JICJ 9 (2011)*.
- Werle, G./J. Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, 4a. ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- Zuluaga, John, "Alcance del artículo 1° inciso 4° del Acto Legislativo 1 de 2012. De la consolidación de la paz y la selección y priorización en la investigación penal", en Ambos, K. (coord.), *Justicia de transición y Constitución. Análisis de la sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, 2014.

Responsabilidad penal internacional en el ciberespacio

Kai Ambos*

Resumen: El principal objetivo de este trabajo es brindar una visión confiable sobre el estado de la discusión con respecto a los "ataques informáticos" o ciberataques. Un ataque informático constituye la forma más intensa de lo que puede ser considerado como una guerra cibernética, esto es, el uso de medios técnicos para pelear una guerra contra un enemigo en el ciberespacio. El motivo de interés en los ataques informáticos es que por lo general sólo estas formas de delitos cometidos en el ciberespacio son lo suficientemente serias para ser calificadas como crímenes internacionales y, así, quedar cubiertas por una jurisdicción penal internacional como la de la Corte Penal Internacional. En lo que se refiere a la "responsabilidad penal internacional", el debate actual se concentra principalmente en la aplicación del derecho de los conflictos armados, o derecho internacional humanitario, a los ataques informáticos (*infra* 2). El debate es menos intenso en relación con la posible responsabilidad penal por un crimen de agresión (*infra* 3). Por último, prácticamente no hay ningún debate con respecto a la comisión de crímenes contra la humanidad mediante ataques informáticos, pero vale la pena realizar una breve mirada a esta posibili-

* Agradezco a mi alumno asistente de investigación Torben Schlüter por su colaboración en la preparación de este trabajo. Traducción del inglés a cargo de Lucas Tassara, Buenos Aires.

dad siguiendo la discusión de los crímenes de guerra (*infra* 4). Por supuesto que hay muchas otras cuestiones relativas a la responsabilidad penal internacional en el ciberespacio pero su tratamiento excede el propósito de este artículo.

1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE DE ESTE TRABAJO Y ACLARACIONES CONCEPTUALES

El principal objetivo de este trabajo será brindar una visión confiable sobre el estado de la discusión con respecto a nuestro tema. Esto no es una tarea sencilla debido a la gran incertidumbre, complejidad y dinámica que existe al respecto.¹ En todo caso, teniendo en cuenta el amplio alcance que tienen la "responsabilidad penal" y el "ciberespacio", en primer lugar, tenemos que determinar de forma más precisa el ámbito de aplicación de esta investigación. Si bien el "ciberespacio" puede ser definido en términos generales como un ámbito caracterizado por el "uso de la electrónica... y el espectro electromagnético para almacenar, modificar e intercambiar datos a través de sistemas en red e infraestructuras físicas asociadas",² y por tanto, el "ciberdelito" abarca una amplia variedad de actividad criminal por o a través de Internet (desde actividad económica delictiva hasta violaciones de los derechos de autor y pornografía infantil),³ este trabajo

¹ Esto se admite desde el principio en las publicaciones serias sobre el tema, véase por ejemplo, Turns, «Cyber Warfare and the Notion of Direct Participation in Hostilities», *J.C. & S. L.*, (17), 2012 (en adelante, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012), p. 282 (en donde sostiene que es "bastante difícil escribir con autoridad sobre el derecho internacional y la guerra cibernética: uno tiene la sensación de que la tinta aún no se ha secado en la página...").

² Departamento de Defensa de EEUU, según Lin, «Cyber Conflict and International Humanitarian Law», *IRRC*, (94), 2012 (en adelante, «Cyber Conflict», *IRRC* (94), 2012), p. 516; igualmente Schmitt, «Classification of Cyber Conflict», *J.C. & S.L.*, (17), 2012, p. 258. Sobre las diferencias entre el conflicto en el ciberespacio y el espacio físico (i.e. conflicto tradicional) Lin, *ibidem*, p. 520.

³ No es sencillo encontrar una definición completa del término "ciberdelito". Frecuentemente se lo usa en forma alternativa con los términos "delito informático", "delitos de índole informática", "delitos tecnológicos" o

sólo se centrará en los ataques informáticos a la Red, también conocidos más brevemente como "ciberataques" [o ataques informáticos]. Un ataque informático es la forma más intensa de lo que puede ser considerado como una guerra cibernética,⁴ esto es, el uso de medios técnicos para pelear una guerra contra un enemigo en el ciberespacio.⁵ Además de los ataques informáticos a la Red existen otras formas de ataques, como las opera-

"ciberdelito". El Convenio sobre cibercriminalidad del Consejo de Europa del 23 de noviembre de 2001 enumera los siguientes supuestos: acceso ilícito, interceptación ilícita, atentados contra la integridad de los datos, atentados contra la integridad del sistema, abuso de equipos e instrumentos técnicos, falsedad informática, estafa informática, infracciones relativas a la pornografía infantil e infracciones vinculadas a los atentados a la propiedad intelectual y a los derechos afines (arts. 2-10). El PA del 28 de enero de 2003 agrega a esta lista aquellos actos de racismo y naturaleza xenofóbica cometidos a través de sistemas computarizados. Hay documentos de la UE que adoptan una interpretación igualmente amplia que abarca cualquier conducta que se refiera a "a) la explotación de las redes de información y comunicación sin ninguna dificultad geográfica y b) la circulación de datos intangibles y volátiles", véase European Commission, "Fight against cybercrime" (12 de septiembre de 2005): <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/l33193b_en.htm> consultado el 22 de octubre de 2013. Para una interpretación igualmente amplia desde una perspectiva norteamericana, véase Hathaway *et al.*, «The Law of Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.*, (110), 2012 (en adelante, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012), pp. 833 y 834; Weissbrodt, «Cyber-Conflict, Cyber-Crime, and Cyber Espionage», *Minnesota J. Intl L.*, (22), 2013 (en adelante, «Cyber-Crime», *Minnesota J. Intl L.*, (22), 2013), pp. 366-370.

⁴ Sobre las distintas interpretaciones de la "guerra cibernética" en la práctica estatal, Droege, «Get off my Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law and the Protection of Civilians», *IRRC*, (94), 2012 (en adelante, *IRRC*, (94), 2012), pp. 536 y 537. Sobre la explotación de las redes informáticas (CNE) y la defensa de las redes informáticas (CND), véase Melzer, *Cyberwarfare and International Law*, 2011 (en adelante, *Cyberwarfare*, 2011), p. 5.

⁵ Véase Lin, *IRRC*, (94), 2012, p. 519 (en donde discute las diferencias entre la guerra tradicional y la ciberguerra con respecto al derecho de los conflictos armados); Droege, *IRRC*, (94), 2012, p. 538 (refiere a las "operaciones cibernéticas que son equiparables a o realizadas en el contexto de un conflicto armado..."); también Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 4; Harrisson Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, 2012 (en adelante, *Cyber Warfare*, 2012), pp. 4 y ss.

ciones cibernéticas⁶ y el ciberespionaje.⁷ El motivo de interés en los ataques informáticos es que por lo general sólo estas formas de delitos cometidos en el ciberespacio son lo suficientemente serias para ser calificadas como crímenes internacionales y, así, quedar cubiertas por una jurisdicción penal internacional como la de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, todavía se discute el significado exacto de un ataque informático.⁸ Según la opinión mayoritaria deben distinguirse tres elementos. Primero, un ataque informático no se realiza para obtener (directamente) una ventaja financiera o una ganancia, tal como ocurre con los clásicos ciberdelitos económicos.⁹ Segundo, el ataque no se reali-

⁶ El *Manual de Tallinn* (Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (en adelante, *Tallinn Manual*, 2013), 2013, disponible en: <<http://www.ccdcoe.org/249.html>> consultado el 20 de octubre de 2013, en adelante "Manual de Tallinn" de la edición de CUP), probablemente la fuente con mayor autoridad en esta materia, define a una ciberoperación como "la utilización de las capacidades cibernéticas con la finalidad principal de alcanzar sus objetivos en o a través del uso del ciberespacio" (258). Para una crítica sobre el abordaje metodológico del Manual y la composición del grupo experto, véase Kessler/Werner, «Expertise, Uncertainty, and International Law: A Study on the Tallinn Manual on Cyberwarfare», *LJIL*, (26), 2013 (en adelante, «Study on the Tallinn Manual» *LJIL*, (26), 2013), p. 793 (sostiene que "el Manual reduce la incertidumbre a través del consenso sobre determinados temas pero también reproduce o incluso radicaliza la incertidumbre" al hacer "afirmaciones de autoridad ante la falta de consenso" y reintroduce "principios genéricos y factores contextuales en el razonamiento jurídico").

⁷ Según el Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 66 con p. 193, esto significa "cualquier acto realizado clandestinamente o bajo falsas pretensiones que utiliza capacidades cibernéticas para reunir (o intentar reunir) información con la intención de comunicarla a la parte contraria". Véase también Weissbrodt, «Cyber-Conflict, Cyber-Crime, and Cyber Espionage», *Minnesota J. Intl L*, (22), 2013, pp. 370 y 371.

⁸ Cf. McClure, «International Adjudication Options in Response to State-Sponsored Cyber-Attacks Against Outer-Space Satellites», *New England J. of Intl & Comparative L.*, (18), 2012, p. 432 (con mayores referencias).

⁹ Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 21; Swanson, «The Era of Cyber Warfare: Applying International Humanitarian Law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict», *Loyola L.A. Intl & Comp.L.J.*, (32), 2010 (en adelante, «The Era of Cyber Warfare», *Loyola L.A. Intl & Comp.L.J.*, (32), 2010), p. 307 ("... [los delitos informáticos] están regulados por las leyes penales locales e incluyen actos como el robo de identidad y el fraude por internet").

za con el propósito de obtener información ("ciberespionaje").¹⁰ Tercero, un ataque informático interrumpe, degrada o destruye una red computarizada y puede llevar a la interrupción de los equipos conectados con la red bajo ataque.¹¹ Este último elemento es definido con toda claridad por el Manual de Tallinn sobre Guerra Cibernética como: "...una operación cibernética, ofensiva o defensiva, de la que razonablemente se puede esperar que cause lesiones o la muerte de personas, o que dañe o destruya objetos".¹²

El segundo límite se refiere al concepto de la "responsabilidad penal internacional". Esta responsabilidad presupone la existencia de crímenes internacionales y la participación en ellos. El debate actual se concentra principalmente en la aplicación del derecho de los conflictos armados, también conocido

¹⁰ Lin, *IRRC*, (94), 2012, p. 519; véase también Goldsmith, «How Cyber Changes the Laws of War», *EJIL*, (24), 2013 (en adelante, «Laws of War», *EJIL*, (24), 2013), p. 135.

¹¹ Esta es, básicamente, la definición del Departamento de Defensa de EEUU según la cita Lubell, «Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply?», *Intl L.Stud.*, (89), 2013 (en adelante, «Lawful Targets», *Intl L.Stud.*, (89), 2013), p. 258; véase también Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 5; Lin, «Cyber Conflict», *IRRC* (94) 2012, pp. 518 y 519; O'Donnell/Kraska, «Humanitarian Law: Developing International Rules for the Digital Battlefield», *J.C. & S.L.*, vol. 8, 2003, p. 138; crit. sobre el alcance de la definición, Lubell, *op. cit.*, pp. 258 y 259.

¹² Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, Regla 30 (p. 106); para una definición aún mayor, Lin, «Cyber Conflict», *IRRC*, pp. 518 y 519; véase también Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 556-566 (incluye la interferencia "con el funcionamiento de un objeto al perturbar el sistema informático subyacente", p. 560); para una definición demasiado amplia (aunque llamada "restringida"), Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, pp. 826 y ss. (basta "cualquier acción... para afectar las funciones de un sistema computarizado..."). Por qué los propios autores consideran que esta es una definición "restringida" es un secreto que sólo ellos saben, el requisito del propósito especial ("propósito político o de seguridad nacional") en todo caso no es suficiente y sus ejemplos también son demasiado genéricos (*ibidem*, pp. 837 y ss.). Para una discusión sobre distintas operaciones cibernéticas y ataques, véase Lülff, «International Humanitarian Law in Times of Contemporary Warfare – The New Challenge of Cyber Attacks and Civilian Participation», *Humanitäres Völkerrecht – Informationschriften*, vol. 26, 2013 (en adelante, «IHL», *Humanitäres Völkerrecht*, 2013), pp. 76 y 77.

— eufemísticamente — como derecho internacional humanitario,¹³ a los ataques informáticos (*infra* B). Esto no es llamativo puesto que conforme al artículo 36 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, los Estados tienen la obligación de determinar la aplicación de las reglas del derecho internacional humanitario para una nueva arma, nuevos medios o métodos de guerra.¹⁴ El debate es menos intenso en relación con la posible responsabilidad penal por un crimen de agresión (*infra* C). Esto tampoco es llamativo puesto que ha sido codificado recientemente y es poco probable que sea aplicado a corto plazo a los ataques armados tradicionales, mucho menos a los casos de ciberataques. Por último, prácticamente no hay ningún debate con respecto a la comisión de crímenes contra la humanidad mediante ataques informáticos, pero vale la pena realizar una breve mirada a esta posibilidad siguiendo la discusión de los crímenes de guerra (*infra* D). Por supuesto que hay muchas otras cuestiones relativas a la responsabilidad penal internacional en el ciberespacio, pero no serán tratadas en este artículo. Un tema particularmente complejo y de importancia práctica se vincula con el asunto de la jurisdicción para los ciberataques teniendo en cuenta que estos ataques, por definición, son transnacionales y, por tanto, tras- o supra-jurisdiccionales. De hecho, normalmente estos ataques se originan en una jurisdicción pero afectan a todas las jurisdicciones por las que atraviesa y donde puede producir resultados dañinos. Por tanto, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI) se derivaría de la(s) jurisdicción(es) nacionales afectadas por los respectivos ataques informáticos.

¹³ El derecho internacional humanitario se refiere a todas las reglas del derecho de los conflictos armados que protegen a los individuos en conflictos armados (O'Connell, «Historical Developments and Legal Basis», en Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2a. ed., 2008, pp. 1-43, número marginal ["nm."] 101) y a los casos de guerra declarada u ocupación (Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2a. ed., 2009 (en adelante, *Principles of ICL*, 2009), nm. 985; Werle, *Völkerstrafrecht*, 3a. ed., 2012, nm. 1078).

¹⁴ Cf. Dörmann, «Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks», 2004 (en adelante, «Additional Protocols», 2004), p. 2; Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 540 y 541; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 260 y 261; Boothby, «Methods and Means of Cyber Warfare», *Int'l L. Stud.*, vol. 89, 2013 (en adelante, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013), p. 400.

2. CIBERATAQUES COMO CRÍMENES DE GUERRA

2.1. Aclaraciones previas

Actualmente, los crímenes de guerra se encuentran definidos en forma exhaustiva en el artículo 8 del Estatuto del CPI que contiene 51 delitos individuales que se basan, en su totalidad, en las prohibiciones primarias del derecho de La Haya y de Ginebra.¹⁵ De acuerdo con una interpretación estructural y sistemática centrada en los intereses y derechos protegidos, se puede distinguir entre delitos básicos contra las personas y los bienes protegidos, ataques a la población y bienes civiles (medios de guerra prohibidos) y otros delitos (que incluyen métodos de guerra prohibidos).¹⁶ Los ciberataques pueden constituir estos delitos si reúnen los requisitos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*). Esto no se puede determinar en abstracto sino que depende de las circunstancias concretas de cada caso. A todo evento, la aplicación del régimen de los crímenes de guerra a cualquier forma de ataque — sea a través de los tradicionales medios cinéticos o bien, los modernos cibernéticos — supone la existencia de los requisitos generales para la aplicación del derecho internacional humanitario, pues este contiene las reglas primarias de los crímenes de guerra (secundarios). Por tanto, primero se deben analizar estos requisitos generales antes de analizar cómo se desempeñan los principios tradicionales del derecho internacional humanitario en el campo de los ciberataques.

2.2. Requisitos generales

a) Existencia de un conflicto armado

De acuerdo con el artículo 2 común de las Convenciones de Ginebra,¹⁷ la aplicación del derecho internacional humanitario

¹⁵ Sobre estas reglas primarias, véase Ambos, *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, 2013 (en adelante, *Treatise of ICL I*, 2013), pp. 11 y ss.

¹⁶ Cf. Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, 2014 (en adelante, *Treatise of ICL II*, 2014), pp. 164 y ss.

¹⁷ Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña (aprobado el 12 de agosto

encuentra su fundamento en la existencia de un conflicto armado. Este término no está definido positivamente en el derecho internacional humanitario escrito, pero el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPY) ha dado una definición generalmente aceptada en su trascendente decisión sobre la jurisdicción en el caso "Tadic". En consecuencia, "...existe un conflicto armado cuando hay un recurso a la fuerza armada entre Estados, o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos grupos dentro de un Estado".¹⁸ Por tanto, lo que es relevante es el uso de la fuerza armada y su atribución a una de las partes en conflicto.¹⁹

Los mismos principios se aplican a los ciberataques²⁰ mientras no exista una definición específica de "guerra" o "conflicto armado" para este tipo de ataques.²¹ Así, primero debería distinguirse

de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950) (CG I) 75 UNTS 31 (CG I); Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (aprobado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950) 75 UNTS 85 (CG II); Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (aprobado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1959) 75 UNTS 135 (CG III); Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (aprobado el 12 de agosto de 1949, entrada en vigor el 21 de octubre de 1950) 75 UNTS 267 (CG IV).

¹⁸ *Prosecutor v Tadic*, TPY (Jurisdiction) ICTY-94-1-AR (2 de octubre de 1995) (en adelante, *Tadic Jurisdictional Decision*) [70]; *Prosecutor v Lubanga* (Confirmation of Charges) ICC-01/04-01//06 (29 de enero de 2007) [209]; cf. Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 978; Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*, 3a. ed., 2013, p. 66.

¹⁹ Cf. Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, p. 123, con mayores referencias en la nota 47.

²⁰ Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 543 y ss.; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 126 y ss.; generalmente más cauto Lin «Cyber Conflict», *IRRC* (94), 2012, pp. 515 y ss. (quien concluye que muchos de los supuestos del derecho internacional humanitario "...no son válidos en el ciberespacio o solo son aplicables con dificultad", p. 530).

²¹ Para una versión más amplia sobre el concepto de "guerra", véase el Anexo 1 del Acuerdo entre los gobiernos de los Estados Partes de la Organización de Cooperación de Shangai en el ámbito de la seguridad internacional de la información (aprobado el 16 de junio de 2009) citado en Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 22 y Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 535. Este Anexo define a la "guerra de la información" como "la confrontación entre dos o más Estados en el espacio de la información dirigida a dañar

entre una situación en la que ese ataque es parte de un conflicto armado (convencional) que se está desarrollando, de aquella otra en la que se lleva a cabo en forma independiente de un conflicto de esa naturaleza (p. ej., cuando ese conflicto no existe o no es contemporáneo).²² Teniendo en cuenta que en el primer supuesto el requisito del conflicto armado de todos modos se ve satisfecho debido al empleo de la fuerza armada convencional, la pregunta sobre una evaluación separada de la cualidad del ataque informático tiene sentido solo en el segundo caso, lo cual podría decirse que configura un ciberataque "puro". En este supuesto se debe determinar si se ha utilizado la fuerza armada²³ y si esto puede ser atribuido a una de las partes en conflicto.

Para establecer si efectivamente se ejerció la fuerza armada hay que analizar los medios o instrumentos utilizados — "interpretación con base en los medios" — o los efectos, consecuencias o resultados generados por su utilización — "interpretación con base en los efectos (equivalentes)".²⁴ Según el primer abordaje,

los sistemas, procesos y recursos, las estructuras críticas y de otro tipo de la información, debilitando los sistemas políticos, económicos y sociales, efectuando un lavado de cerebros psicológico en masa para desestabilizar a la sociedad y el Estado, así como para obligar al Estado a tomar decisiones en el interés de una parte contraria".

²² Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 127 y ss., distingue entre tres tipos de situaciones: durante un conflicto armado en curso, independiente de tal conflicto armado y el uso de la fuerza convencional que acompaña pero que no equivale a un conflicto armado. Sin embargo, esta última situación puede ser agrupada junto con la primera, puesto que en ambos casos los ataques convencionales armados y los ataques cibernéticos ocurren junto con un menor grado de fuerza convencional en la última situación. Para Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 24, las operaciones cibernéticas "que no están acompañadas de la amenaza o del uso de la fuerza militar convencional" normalmente no superarían el umbral del conflicto armado pero "posiblemente serían consideradas como una amenaza criminal que deba ser tratada a través de medidas de aplicación de la ley".

²³ En la medida en que la diferencia entre "ataque" (según la definición del art. 49 (1) PA I) y el concepto más amplio de la "operación" militar (véase por ejemplo, art. 54 (1), PA I; sobre esta discusión véase Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 554 y ss.) no sea relevante puesto que en ambos casos se exige el empleo de la fuerza armada. Sin embargo, con respecto al principio de distinción (art. 48, PA I), véase infra nota 89.

²⁴ Los tres criterios relevantes (instrumentalidad, objetivo y con base en las consecuencias/efectos) han sido desarrollados con respecto al concepto *ius*

sería difícil considerar a un ataque informático como un uso de la fuerza "armada" en el sentido tradicional, puesto que carece de toda expresión cinética de la fuerza.²⁵ Sin embargo, esta interpretación no sólo ignora el entendimiento moderno del uso de la fuerza que no se centraliza en las armas utilizadas,²⁶ sino que tampoco logra captar la calidad especial de los ciberataques que se pone de manifiesto en los efectos de esos ataques en comparación con los ataques armados tradicionales (cinéticos). Por tanto, debería seguirse la interpretación vinculada a los efectos.²⁷

ad bellum de un "ataque armado" (art. 51, Carta ONU) (véase Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, pp. 845 y 846; Weissbrodt, «Cyber-Crime», *Minnesota J. Intl L.* (22), 2013, pp. 363 y 364), pero también puede ser aplicado en el contexto *ius in bello* del umbral del conflicto armado.

²⁵ Sobre las diferencias entre la guerra tradicional y la guerra cibernética, véase Lin, «Cyber Conflict», *IRRC* (94), 2012, pp. 520 y ss.; véase también Melzer, «Cyber Operations and *Ius in Bello*», *Disarmament Forum*, vol. 4, 2011 (en adelante, «Cyber Operations», *Disarmament Forum*, 2011), p. 5.

²⁶ Cf. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares* (Opinión Consultativa) [1996] ICJ Rep 226 [párr. 39] ("cualquier uso de la fuerza, con independencia de las armas empleadas"); conc. *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 42; Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 13; Weissbrodt, «Cyber-Crime», *Minnesota J. Intl L.* (22), 2013, p. 356; Boothby, «Methods of CW», *Intl L. Stud.*, 2013, p. 391; sobre el concepto de arma con miras a la ventaja militar obtenida, Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 68-70.

²⁷ *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 107; en el mismo sentido, Aldrich, «The International Legal Implications of Information Warfare», *Airpower Journal*, vol. 10, 1996, p. 99; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 123 y 131 y 132; Schmitt, «Cyber Operations and the *Jus in Bello*: Key Issues», *Intl L. Stud.*, vol. 87, 2011 (en adelante, «Cyber Operations», *Intl L. Stud.*, 2011), pp. 92 y ss.; Melzer *Cyberwarfare*, 2011, p. 24; El Mismo, *Cyberwarfare*, 2011, p. 5 (con mayores referencias); Haslam, «Information Warfare: Technological Changes and International Law», *J.C. & S.L.*, 2000 (en adelante, «Information Warfare», *J.C. & S.L.*, 2000), p. 170; Lülff, «IHL», *Humanitäre Völkerrecht*, 2013, pp. 77 y 78 (quien también se concentra en los efectos de una operación cibernética y sostiene que alcanza el umbral "siempre que" "ponga en peligro a las personas o bienes protegidos" y "sea más que un incidente esporádico y aislado..."); Boothby, «Methods of CW», *Intl L. Stud.*, 2013, p. 389 ("factor crítico... efecto dañino o perjudicial..."), p. 402; Dörmann, «Additional Protocols», 2004, p. 3 ("grado de daño"); Lubell, «Lawful Targets», *Intl L. Stud.*, (89), 2013, pp. 262 y 263, 265 y 275 ("efectos violentos", "daño causado"); Weissbrodt, «Cyber-Crime», *Minnesota J. Intl L.* (22), 2013, p. 364 (respecto al ataque armado); Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, pp. 847 y 848; crit. por considerarlo un umbral demasiado alto, Hinkle, «Countermeasures in the Cy-

Una interpretación que se base en los efectos producidos no se ve excluida por la definición del "ataque armado" como "acto de violencia contra el adversario" (art. 49 (1), PA I). Ello es así por cuanto la "violencia" también puede producirse por los efectos violentos de un ataque informático que produce un resultado perjudicial permanente.²⁸ En consecuencia, si un ataque informático logra reemplazar al elemento físico de la red informática atacada,²⁹ entonces satisface el requisito de la fuerza armada o del ataque armado del derecho internacional humanitario.³⁰ Esto confirma que la cuestión decisiva no es la naturaleza del ataque en términos de sus medios, sino de sus efectos. Por el contrario, ello implica que un ataque informático que no cause ningún daño físico (permanente) o funcionalmente serio (p. ej., un apagón/colapso temporal de un sistema computarizado) no satisface la exigencia del conflicto armado.³¹ Por supuesto que los efectos del ataque deben ser considerados en sentido amplio. Si bien un ataque informático solo puede producir un daño limitado al sistema atacado como tal, lo cierto es que sus efectos más amplios pueden producir serias consecuencias, como sería, por ejemplo, el caso de una gran represa que estuviese controlada por este sistema y su desactivación implique vastas inundaciones. Por tanto, la pregunta siempre consiste en establecer si un ciberataque produce un daño comparable o análogo al que causa un ataque armado tradicional.³² En este sentido, inclusive

ber Context: One More Thing to Worry About», *YJIL Online*, vol. 37, 2011 (en adelante, «Countermeasures», *YJIL Online*, 2011), pp. 11 y 12 y 21 (con respecto al supuesto ataque cibernético ruso en Estonia en 2007); crit. por las incertidumbres con respecto a la aplicación concreta, Kessler/Werner, «Study on the Tallinn Manual» *LJIL*, (26), 2013, p. 808.

²⁸ En el mismo sentido, Schmitt, «Cyber Operations», *Intl L. Stud.*, 2011, pp. 93 y 94; Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 26.

²⁹ *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 106.

³⁰ Schmitt, «Cyber Operations», *Intl L. Stud.*, 2011, p. 93; véase también Dinstein, «Computer Network Attacks and Self-Defense», *Intl L. Stud.*, vol. 76, 2002, p. 103; Melzer, «Cyber Operations», *Disarmament Forum*, 2011, p. 7.

³¹ Melzer, «Cyber Operations», *Disarmament Forum*, 2011, p. 7; Schmitt, «Cyber Operations», *Intl L. Stud.*, 2011, p. 95; igualmente: Swanson, «The Era of Cyber Warfare», *Loyola L.A. Intl & Comp.L.J.*, (32), 2010, p. 323; más detallado el *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, pp. 106 y 107.

³² Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 546.

el mismo tratamiento de la "destrucción total o parcial, captura o neutralización" del artículo 52 (2) del PA I parece sugerir una interpretación más flexible puesto que indica que la neutralización de un objetivo militar puede producir una ventaja militar, y así tener el mismo efecto que la destrucción de ese objetivo.³³ De hecho, los redactores del artículo 52 (2) del PA I consideraban que un ataque "con el propósito de impedir al enemigo el uso de un bien" puede tener el mismo efecto militar que la destrucción de ese bien.³⁴ En otras palabras, una operación cibernética que deja el objeto físicamente intacto pero que lo neutraliza en su funcionalidad puede equipararse a un ataque militarmente relevante,³⁵ al menos si la operación desarma la "infraestructura crítica" del Estado en cuestión.³⁶ Por supuesto que aquellas interrupciones menores, como la caída del sistema de emisión de televisión, no constituye un ataque militar; en rigor de verdad normalmente esto produce menos inconvenientes que una guerra económica o psicológica³⁷ y estas situaciones no encuadran en la definición de un ataque.³⁸ Los artículos 51 (5) (b), 57 (2) (a) (iii) y 57 (2) (b)

³³ Cf. Dörmann, «Additional Protocols», 2004, pp. 4, 6; crit. Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 95 y 96 (quien advierte sobre el riesgo de la sobre-inclusividad y sostiene que el artículo 52 (2), PA I se basa en la existencia de un "ataque" y que excluiría a las operaciones cibernéticas); Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 197 y 198; para un enfoque matizado, Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 26 (quien sostiene que ambas posiciones tienen puntos sólidos).

³⁴ Cf. Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 558.

³⁵ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 559 ("...operaciones que interrumpen el funcionamiento de los bienes sin daño físico o destrucción, incluso si la interrupción es temporaria"); véase también Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 389 y 390 (quien afirma, en relación con los "datos", que sólo se convierten en un "bien" cuando son críticos para la operación del sistema atacado"); Lubell, «Lawful Targets», *Int'l L. Stud.*, (89), 2013, pp. 265 y 266 (critica el análisis exclusivo en el daño físico).

³⁶ Sobre este criterio con definiciones (respecto al *ius ad bellum*), Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 14-16.

³⁷ Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 95; en igual sentido: Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 26.

³⁸ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 559; véase también Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 403 (quien enfatiza que sólo deberían ser considerados la "muerte, lesiones, daño o destrucción de las personas o bienes protegidos"); con respecto a la práctica estatal, Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 103.

del PA I confirman esta postura puesto que sólo mencionan a las consecuencias físicas de los ataques armados.³⁹

En definitiva, de acuerdo con la interpretación que se basa en los efectos, un ataque informático, tal como fue definido anteriormente, p. ej., como un ataque que causa un daño humano considerable o de otro tipo, o una perturbación seria a un sistema computarizado, normalmente equivaldrá a la utilización de la fuerza armada y en consecuencia constituirá un ataque militar relevante.⁴⁰ Por supuesto que la cantidad de víctimas por sí solo no convierte a un conflicto en un conflicto armado,⁴¹ sino que la calidad de los ataques – en contra de personas y objetos protegidos – siempre juega un rol importante para evaluar la naturaleza del conflicto.⁴² Esto habla a favor de la combinación de diferentes factores en donde los efectos son lo más importante, pero en donde la naturaleza y los medios utilizados en el ataque también deben ser tenidos en cuenta.⁴³ El mismo criterio puede ser aplicado con respecto a la intensidad y duración necesarias – "violencia armada prolongada" –⁴⁴ de un conflicto armado (no internacional)⁴⁵ que presupone una serie de ataques que du-

³⁹ Schmitt, «Wired warfare: Computer Network Attack and *Ius in Bello*», *IRRC*, vol. 84, 2002 (en adelante, «Wired warfare», *IRRC*, 2002), pp. 377 y 378.

⁴⁰ Schmitt, «Wired warfare», *IRRC*, 2002, p. 374; Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 560 y 578; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 131 y 137 y 138 (umbral de "gravedad significativa"); Melzer, «Cyber Operations», *Disarmament Forum*, 2011, p. 5; *idem.* «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 14 (crítico hacia el requisito de la consecuencia similar a los ataques armados tradicionales); Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 106; Haslam, «Information Warfare», *J.C. & S.L.*, 2000, p. 170; Swanson, «The Era of Cyber Warfare», *Loyola L.A. Int'l & Comp. L.J.*, (32), 2010, pp. 314 y 315.

⁴¹ Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field* (reimpreso en 2006), 1952, p. 32 ("No importa cuánto dura el conflicto ni cuántas muertes ocurren").

⁴² Schmitt, «Wired warfare», *IRRC*, 2002, p. 373.

⁴³ Sobre dicho criterio combinado, Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 547 y 548.

⁴⁴ Cf. *Tadic* Jurisdictional Decision [70]; incorporado en el artículo 8 (2) (f), Estatuto CPI (aprobado el 17 de julio de 1998, entrada en vigor el 1 de julio de 2002, 2187 UNTS 3); véase también Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 106.

⁴⁵ Cf. Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 551.

ren una considerable cantidad de tiempo.⁴⁶ De todos modos, es cuestionable si además se exige una intención específica de causar daño y destrucción, y si estas consecuencias deben ser previsibles.⁴⁷ Aunque esta "subjetivización" restringiría aun más el criterio con base en los efectos, y en particular evitaría una valoración meramente cuantitativa,⁴⁸ lo cierto es que parece confundir el requisito *per se* objetivo del conflicto/ataque armado con los requisitos de la responsabilidad penal individual y, en consecuencia, sería teóricamente incoherente. Además de ello traería graves problemas probatorios.

El segundo requisito —la atribución del ataque informático a una de las partes en conflicto— puede ser más difícil de alcanzar. La atribución es prácticamente imposible si el atacante no puede ser identificado, p. ej., el ataque se realiza en el anonimato de Internet y no puede ser rastreado a un usuario específico perteneciente a una de las partes en conflicto.⁴⁹ Pero, incluso, cuando el ataque es realizado por individuos o grupos identificables se plantea la cuestión de si esto los califica como partes de un conflicto, o si sus actos pueden ser atribuidos a una de las partes en

⁴⁶ Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 24 y 25 (quien sostiene que aún no se ha definido el umbral preciso); Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, p. 131. Para Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, p. 850 y Geiss, «Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, vol. 89, 2013 (en adelante, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013), pp. 633 y 634, en la práctica todavía no se ha alcanzado el umbral necesario mediante un ataque informático aislado. Kessler, «Study on the Tallinn Manual» *LJIL*, (26), 2013, p. 800, generalmente señalan que, aparte del caso Stuxnet, "no ha habido ningún incidente de guerra cibernética que infligiera una devastación y daño generalizado usualmente asociado con la 'guerra'".

⁴⁷ En este sentido, Schmitt, «Wired warfare», *IRRC*, 2002, p. 374 ("con el objetivo de causar tanto la muerte, lesiones, daño o destrucción... o bien, esas consecuencias sean previsibles"); también Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 94 y 95; también enfatiza la intención del atacante, Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 132 y 133.

⁴⁸ En este sentido, Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 16.

⁴⁹ Cf. Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, los problemas de atribución a la luz del carácter anónimo del atacante (pp. 541, 543-545); véase también Goldsmith, «Laws of War», *EJIL*, (24), 2013, pp. 131 y 132, 134; Hinkle, «Countermeasures», *YJIL Online*, 2011, pp. 17 y 18; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 99-102; Kessler/Werner, «Study on the Tallinn Manual» *LJIL*, (26), 2013, p. 799.

conflicto, en particular a un Estado. En relación con la primera pregunta, la respuesta dependerá del grado suficiente de organización de estos grupos, p. ej., que cumplan con los requisitos de comando, control, disciplina y jerarquía característicos para los grupos armados del derecho internacional humanitario.⁵⁰ Aquellos grupos de personas (*hackers*) con una existencia meramente virtual normalmente carecen de estas características,⁵¹ y tampoco satisface el requisito de la organización un ataque colectivo espontáneo (como un ataque de denegación de servicio) que va aumentando sus seguidores *online*.⁵² En cuanto a la posible atribución de los actos de estos grupos a un Estado, las reglas de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ("Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts")⁵³ brinda una guía de utilidad.⁵⁴ Por consiguiente, en este contexto es irrelevante que un Estado culpe a los *hackers* privados por los ataques informáticos desde su territorio con el fin de eludir su responsabilidad estatal,⁵⁵ puesto que la existencia de un conflicto armado con las respectivas partes se determinará objetivamente.

⁵⁰ Para una definición, véase Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 125 y 126; en nuestro contexto Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 105 y 106; Geiss, p. 634; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 124 y 125.

⁵¹ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 550 y 551; Geiss, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 635 y 636; Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 24; aparentemente con una visión distinta, M. Schmitt, «Classification of cyber conflict», *J.C. & S.L.*, vol. 17, 2012, p. 256 (quien sostiene que "esos grupos pueden actuar en forma coordinada contra el gobierno... seguir órdenes de un líder virtual y ser altamente organizados").

⁵² Geiss, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 635.

⁵³ Cf. CDI, Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios (2001) Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 53° periodo de sesiones (23 de abril a 1° de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001) UN Doc A/56/10 (2001), p. 20, artículos 4-9 (en donde se establecen las reglas de atribución de los actos de órganos estatales o de grupos o agentes privados al Estado). Sobre el *test* del control efectivo *vs.* el control general (CJ Nicaragua *vs.* TPIY Tadic) en este contexto, véase Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 104 y 105. Discute posibles contramedidas ("reciprocas"), Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, pp. 857-859; Hinkle, «Countermeasures», *YJIL Online*, 2011, pp. 14 y ss.; en relación con el *ius in bello*, Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 75 y ss.

⁵⁴ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 544.

⁵⁵ Cf. Goldsmith, «Laws of War», *EJIL*, (24), 2013, p. 135.

b) Alcance geográfico del conflicto armado

En un conflicto armado internacional entre dos o más Estados, normalmente las hostilidades tienen lugar en el territorio de dichos Estados, o al menos en uno de ellos (por ejemplo, en el caso de la invasión a un Estado). Con respecto a un conflicto armado que no sea de índole internacional, el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra exige que el conflicto ocurra "en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes". Otras normas⁵⁶ y la jurisprudencia internacional confirman que debe haber algún vínculo territorial, o nexo de algún tipo. En este sentido, la decisión sobre la jurisdicción en el caso "Tadic" se refirió a la violencia armada "dentro de un Estado",⁵⁷ y la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI en el caso "Bemba" hizo mención a "los límites territoriales de un Estado".⁵⁸

Sin embargo, los ataques cibernéticos desafían todos los límites geográficos o fronteras impuestas por los territorios estatales.⁵⁹ Ello es así porque se pueden originar en un dispositivo móvil que se esté desplazando entre diferentes Estados, pasar a través de uno o más servidores ubicados en otros Estados y finalmente alcanzar su objetivo inclusive en otro Estado más. Si cada dispositivo o red involucrada en el ciberataque se convierte en un objetivo militar pasible de ser atacado, entonces se llegaría a una suerte de "guerra cibernética total", con lo cual se romperían todos los

⁵⁶ Cf. el artículo 1 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados no Internacionales (aprobado el 8 de junio de 1977, entrada en vigor el 7 de diciembre de 1978) 1125 UNTS 609 (PA II), artículo 8(2) (f) del Estatuto de la CPI.

⁵⁷ *Supra* nota 16 y texto principal. Véase también *Prosecutor v. Blaskić* (Judgement) ICTY-95-14-T (3 de marzo del 2000) [63]- [64]; *Prosecutor v. Hadžihanović and Kubura* (Judgement) ICTY-01-47-T (15 de marzo de 2006) [14]; *Prosecutor v. Limaj et al.* (Judgement) ICTY-03-66-T (30 de noviembre de 2005) [84]; *Prosecutor v. Milutinović et al.* (Judgement) ICTY-05-87-T (26 de febrero de 2009) [127]; *Prosecutor v. Perišić* (Judgement) ICTY-04-81-T (6 de septiembre de 2011) [72].

⁵⁸ *Prosecutor v. Bemba* (Confirmation of Charges) ICC-01/05-01/08 (15 de junio de 2009) [231].

⁵⁹ Geiss, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 637; Goldsmith, «Laws of War», *EJIL*, (24), 2013, p. 131.

límites geográficos del campo de batalla⁶⁰ produciendo "graves efectos desestabilizadores en las relaciones entre los Estados".⁶¹ De todos modos, con la centralización en los efectos de los ataques informáticos no se reduce el riesgo de una propagación semejante de la violencia cibernética⁶² por cuanto los contra-ataques siempre se dirigirán contra las computadoras, dispositivos o redes, probablemente desperdigados a lo largo de diferentes territorios, que causaron los efectos mencionados. Sólo sería posible una limitación si el ataque cibernético pudiese ser rastreado hasta la computadora o dispositivo en donde se originó, y solamente si este pudiese ser un objetivo legítimo de un contra-ataque.

c) Nexos entre un ataque a la red informática y el conflicto armado

Según el derecho internacional humanitario convencional, el crimen de guerra respectivo debe tener relación con el conflicto armado.⁶³ De todas formas, este llamado requisito del nexo ha sido interpretado en forma amplia, p. ej., es suficiente una relación funcional entre los respectivos actos y el conflicto, pero no es suficiente que los crímenes en cuestión hayan sido cometidos únicamente en ocasión del conflicto armado aprovechando el caos resultante.⁶⁴ Además, para determinar el nexo deben tenerse en cuenta una serie de factores.⁶⁵

⁶⁰ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 565 y 566.

⁶¹ Geiss, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 640.

⁶² Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, p. 135.

⁶³ *Tadic* Jurisdictional Decision [70]; *Prosecutor v. Aleksovski* (Judgement) ICTY-95-14/1-T (25 de junio de 1999) [45]; *Prosecutor v. Musovic et al.* (Judgement) ICTY -96-21-T (16 de noviembre de 1998) [193]; véase también, Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 1001 y ss. (con más referencias); Werle, *Principles of ICL*, 2009, p. 1098.

⁶⁴ Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, p. 141.

⁶⁵ *Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic* (Appeals Judgement) ICTY-96-23 & ICTY-96-23/1-A 12 de junio de 2002 [59] ("...toma en cuenta, *inter alia*, los siguientes factores: que el perpetrador sea un combatiente, que la víctima no sea un combatiente, que la víctima sea un miembro de un partido de la oposición, que se pueda decir que el acto sirve al fin último de la campaña militar, y que el delito sea cometido como parte o en el contexto del ejercicio de las funciones oficiales del agente"). Coincidente: *Prosecutor v.*

Sin lugar a dudas un ataque informático requiere un nexo con un conflicto armado que se esté llevando a cabo.⁶⁶ Se puede considerar que ese nexo está presente si, al igual que lo exige el derecho internacional humanitario convencional,⁶⁷ el autor no hubiese podido realizar el ataque sin el conflicto armado.

d) Agente responsable

Cualquier persona, incluyendo un contratista privado que actúe en nombre de una de las partes del conflicto, puede cometer un crimen de guerra.⁶⁸ En el contexto cibernético la participación de los civiles tiene una relevancia particular, puesto que en esta área es indispensable el recurso y la dependencia en los conocimientos civiles especializados.⁶⁹ Estos civiles pueden ser miembros formales de las fuerzas armadas, incluyendo las fuerzas irregulares en el sentido del artículo 4 (A) (2) del III Convenio de Ginebra, y como tales poseen estatus como combatientes⁷⁰ y prisioneros de guerra.⁷¹ Lo mismo se aplica a los miembros de los grupos armados⁷² y a los intervinientes de un "levantamien-

Katanga & Ngudjolo Chi (Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 de septiembre de 2008) [382].

⁶⁶ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 76; también Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 23.

⁶⁷ En este sentido, véase Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 1003; Werle, *Principles of ICL*, 2009, pp. 1096, 1100.

⁶⁸ Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (reimpreso en 1994), 1958, p. 212; Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 1005; Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 1098; Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 77.

⁶⁹ Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, pp. 289-290 (con una distinción útil sobre las funciones a cumplir); Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, p. 854; Lülf, «IHL», *Humanitäres Völkerrecht*, 2013, p. 79.

⁷⁰ Esto funciona en ambos sentidos: se beneficiarían del privilegio de los combatientes (inmunidad de persecución por actos ilícitos de guerra) pero también serían objetivos legítimos, p. ej., perderían la inmunidad civil.

⁷¹ En el caso del artículo 4 A (2), CG III deben satisfacer los cuatro requisitos allí indicados; véase generalmente, Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 34; Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, p. 290; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 140 y ss.

⁷² Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2009 (en adelante, *Interpretive Gui-*

to masivo".⁷³ Aunque también el personal contratista puede ser asimilado a los mercenarios que no tienen estatus como combatientes, ni como prisioneros de guerra.⁷⁴

En todos los otros casos los civiles pierden la inmunidad de ataque si "participan directamente en las hostilidades".⁷⁵ Por lo general, este es el caso cuando cumplen con los siguientes tres requisitos mínimos:⁷⁶ (1) el acto en cuestión debe afectar negativamente la capacidad militar del adversario o causarle un daño sustantivo (límite del daño); (2) existe una relación directa entre el acto y el daño causado (causalidad directa), y (3) el acto debe estar relacionado con las hostilidades (nexo de beligerancia).⁷⁷ Estos criterios también pueden ser aplicados en el contexto cibernético, aunque allí hay algunos cuestionamientos específicos de esta área, por ejemplo, en cuanto al modo para distinguir a los civiles que han realizado alguna actividad cibernética de aquellos civiles ordinarios.⁷⁸ Por supuesto que para determinar si un civil toma parte directa habrá que considerar las circunstancias de cada caso específico,⁷⁹ en donde un claro ejemplo sería el del

dance, 2009), p. 31; conc. Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 98. Sobre los criterios, véase *supra* nota 48 con el texto principal.

⁷³ Cf. artículo 4 A (6), CG III.

⁷⁴ Cf. artículo 47 (2), PA I; véase también, Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 172-175; Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, p. 294.

⁷⁵ Cf. artículos 3 CG I-IV, 51 (3), PA I, 13 (3), PA II y regla 35 del Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013.

⁷⁶ Estos criterios resultaron del proceso de consultas del Comité Internacional de la Cruz Roja, cf. Melzer, *Interpretive Guidance*, 2009, p. 46; conc. Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 101; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 165 y 166; véase también Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, p. 156; Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, p. 286. También han sido adoptadas por el Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, pp. 119 y 120. Para un tratamiento más profundo, véase Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 161 y ss.

⁷⁷ Este último criterio descarta la conducta puramente delictiva, cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 120.

⁷⁸ Cf. Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 29 y 30; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 145 y ss. (con referencias especiales al art. 44 (3), PA I).

⁷⁹ Sobre la discusión al respecto, véase Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, pp. 286-289, 294 y 295 (quien demuestra la incertidumbre de estos criterios y presenta un cuadro útil con posibles ejemplos).

civil que prepara y activa un virus para ser enviado a una red informática de otro Estado, puesto que en este caso el civil estaría realizando un ataque cibernético.⁸⁰ Además, por lo general habría una participación directa si el ataque no hubiese sido posible sin los conocimientos especiales del civil.⁸¹ Por el contrario, no habría participación directa si el civil sólo brindara una función de soporte meramente inferior,⁸² o si solo pusiera un virus a disposición en Internet.⁸³

Aquí surge de nuevo el interrogante, ya discutido anteriormente con respecto al requisito de la atribución, sobre cómo tratar a un grupo de *hackers* que organiza una actividad de resistencia espontánea y ataca los sistemas informáticos de una fuerza ocupante. ¿Puede considerarse a este grupo de personas como un grupo armado organizado en los términos definidos líneas atrás,⁸⁴ y podría ser atacado por ese motivo?⁸⁵ ¿Podrían atribuirse sus actos a una de las partes del conflicto? ¿Equivale esa actividad a un "levantamiento masivo" mencionado previamente? Esto llevaría a considerar a las computadoras o al *software* de los *hackers* como "armas" que son llevadas "a la vista" (art. 4 (A) (6),

⁸⁰ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 120, con más ejemplos; véase también Lin, «Cyber Conflict», *IRRC* (94), 2012, p. 526; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, p. 167.

⁸¹ Cf. Melzer, *Interpretive Guidance*, 2009, p. 53 ("...en donde el conocimiento de un civil particular fuese de un valor muy excepcional y que puede ser decisivo para el resultado de un conflicto armado").

⁸² Doswald-Beck, «Some Thoughts on Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, vol. 76, 2002 (en adelante, «Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, 2002), p. 171 (sostiene que los técnicos que "efectivamente realizaron los ataques" serían considerados civiles que toman intervención directa en las hostilidades y en consecuencia estarían sujetos al contra-ataque sin el derecho al estatus de prisionero de guerra según el artículo 4 (4), cc III); conc. Dörmann, «Additional Protocols», 2004, p. 9 ("ejecución" de un ataque informático versus el mero mantenimiento de la red informática); Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, p. 293; para un enfoque más equilibrado, véase Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 167-172 (quien excluye solamente "el mantenimiento de los sistemas de rutina").

⁸³ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 120.

⁸⁴ *Supra* nota 47.

⁸⁵ Sobre la discusión al respecto, véase Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 98-101 (quien identifica como casos difíciles aquellos de personas que actúan con un propósito común).

III Convención de Ginebra), y a su conducta como un acto espontáneo de resistencia.⁸⁶

Finalmente, y con respecto a la duración de la participación ("mientras dure") y el retiro (definitivo) de un interviniente cibernético, los problemas tradicionales⁸⁷ incluso se ven magnificados en el contexto cibernético. Si se considerara suficiente que un participe cibernético interrumpiera su actividad por un momento —haciendo un paralelo con un retiro (temporal) del campo de batalla— sería prácticamente imposible contra-atacarlo puesto que el ataque cibernético dura sólo algunos minutos y el campo de batalla virtual, en cualquier caso, sería la computadora privada del *hacker* en su domicilio. Por este motivo, la duración de la participación debería prolongarse en la medida en que el participe realice repetidas operaciones cibernéticas.⁸⁸

3. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

La comisión de un crimen de guerra concreto depende, en gran medida, de la interpretación que se efectúe de los principios tradicionales del derecho internacional humanitario, p. ej., los principios que regulan el desarrollo de las hostilidades,⁸⁹ en particular, los principios de distinción, proporcionalidad y precaución.⁹⁰ Esto no difiere en relación con los ataques cibernéticos o,

⁸⁶ Bastante escéptico Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, p. 293; véase también Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 34 (quien cuestiona el modo en que debe interpretarse el requisito del "portar armas a la vista").

⁸⁷ Cf. Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 157 y ss.

⁸⁸ Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 102; la cuestión fue controversial en el grupo de expertos de Tallin, cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, pp. 121 y 122.

⁸⁹ Según el Comité Internacional de la Cruz Roja, "el concepto de 'hostilidades' se refiere al recurso (colectivo) de las partes del conflicto a los medios y métodos para causar daño al enemigo, y puede ser descrito como la suma total de todos los actos hostiles llevados a cabo por individuos que participan directamente en las hostilidades" (Melzer, *Interpretive Guidance*, 2009, pp. 43, 44).

⁹⁰ Sobre la prohibición de la perfidia (art. 37, PA I) y la difícil delimitación de los ardides legales en nuestro contexto, véase Doswald-Beck, «Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, 2002, p. 171; Dörmann, «Additional Protocols», 2004, pp. 10-12; Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 32 y 33; más recién

en términos más amplios, con las operaciones cibernéticas⁹¹ que se califican como "hostilidades" en este sentido.⁹² Así, por ejemplo, con el fin de poder determinar si se ha cometido el crimen de guerra de ataque intencional contra bienes civiles (art. 8 (2) (b) (ii), Estatuto CPI) a través de un ataque informático, deben distinguirse los objetivos civiles de los militares. Igualmente, para poder establecer si un ataque informático causa un daño colateral desproporcionado debe precisarse cuál es el sentido de la proporcionalidad en este contexto.

3.1. Principio de distinción

La distinción, por un lado, entre civiles y combatientes, y por el otro, entre objetivos civiles y militares, constituye la esencia del derecho internacional humanitario y está consagrada en el artículo 48, PA I.⁹³ Es "parte del derecho internacional consuetudinario aplicable tanto a los conflictos armados internacionales como a los no internacionales".⁹⁴ Con frecuencia este principio es decisivo para determinar si los ataques a personas o bienes pue-

temente Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 261-265, 278; Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 404.

⁹¹ Estos principios se aplican no sólo en el contexto de los "ataques" (en el sentido del art. 49 (1), PA I) sino también en el contexto más amplio de las "operaciones militares" tal como se desprende claramente de los artículos 51 (1) y 57 (1), PA I que se refiere explícitamente al último (cf. Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 196 y ss.; en el mismo sentido Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 555 y 556; Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 27; sin embargo, señala la diferencia, Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 91-93 (quien sostiene que la "operación" del art. 48, PA I debe ser entendida como "ataque"); Lubell, «Lawful Targets», *Int'l L. Stud.*, (89), 2013, p. 261; en el mismo sentido, la mayoría de los redactores del Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 177 [con respecto al art 58 (c), PA I]).

⁹² El umbral es más bajo que el que se exige para el "ataque" (art. 49 (1), PA I, *supra* nota 26 y texto principal), cf. Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 28 y 29.

⁹³ El artículo 48, PA I dice: "A fin de garantizar el respeto y la protección de la población civil y de los bienes de carácter civil, las Partes en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares".

⁹⁴ Henckaerts/Doswald-Beck, *ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, 2005, p. 25; véase también *ibidem*, regla 1-10 con pp. 3 y ss. (en adelante, *ICRC Study*, 2005).

den ser calificados como crímenes de guerra, o actos ilícitos, en un conflicto armado. También se aplica a los ataques cibernéticos,⁹⁵ en donde el término "ataque" debe ser precisado de acuerdo con el criterio basado en los efectos discutidos anteriormente.⁹⁶ Con respecto a los civiles que no son miembros formales de las fuerzas armadas ni de un grupo armado organizado, surge la cuestión de la "participación directa" recientemente tratada que los convierte, eventualmente, en objetivos militares.

En relación con la distinción entre bienes civiles y objetivos militares existen problemas particulares de delimitación.⁹⁷ El término "bienes de carácter civil" es definido en el artículo 52 (1) PA I en forma negativa, p. ej., "todos los bienes que no son objetivos militares". Los objetivos militares "se limitan a 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*".⁹⁸ Este examen doble con base en los términos "eficazmente" y "definida" es sumamente controvertido. El Comité Internacional de la Cruz Roja define al requisito de la "contribución eficaz" en forma bastante estrecha y lo limita a los objetivos puramente militares, con lo cual excluye a aquellos que producen una ventaja incierta.⁹⁹ Una visión más amplia, defendida en particular por Estados Unidos, incluye a los ataques contra objetivos que limitan las capacidades de combate y sustentación del enemigo.¹⁰⁰ En última instancia, la decisión debe ser tomada de acuerdo con la naturaleza, ubicación, propósito o uso del

⁹⁵ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 31 y 110.

⁹⁶ *Supra* nota 27 con texto principal.

⁹⁷ Véase, en general, con respecto a la distinción entre civiles (personas protegidas) y combatientes (de facto), Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 146 y ss.

⁹⁸ Artículo 52 (2), PA I (énfasis agregado); puede verse su análisis en Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 184 y ss.; véase también Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 380; Geiss, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 639-640.

⁹⁹ Pilloud *et al.*, *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987* (en adelante, *Commentary*, 1987), p. 636.

¹⁰⁰ Cf. artículo 52 (2), PA I; véase también Schmitt, «Wired warfare», *IRRC*, 2002, p. 381; crit. Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 567 y 568; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 188 y 189.

objetivo,¹⁰¹ de modo que exprese un nexo cercano entre el bien en cuestión y la acción militar.¹⁰² En consecuencia, la decisión siempre será contextualizada y con base en un análisis caso por caso. Por ejemplo, si se produce un combate en un área civil, pero en donde los edificios civiles, como las escuelas o iglesias, son tomadas como protección por parte de los combatientes o insurgentes, entonces esos edificios se convierten en objetivos militares.¹⁰³ Por supuesto que siempre deben respetarse aquellas prohibiciones absolutas,¹⁰⁴ como las referidas a los establecimientos médicos.¹⁰⁵

Otro problema que surge en este contexto es el de si la información puede ser considerada como un bien protegido. La postura mayoritaria de que el término "bienes" sólo se refiere a los objetos tangibles y visibles, mas no a la información en sí misma,¹⁰⁶ se basa en un criterio demasiado tradicional que reposa en la antigua interpretación de la regla que se desarrolló cuando la posibilidad de los ataques cibernéticos no era más que un tema de ciencia ficción. Desde una perspectiva moderna, la diferencia entre los bienes físicos y virtuales resulta, al menos en el contexto cibernético, difusa; por tanto, en principio, la información debería ser cubierta por la protección.¹⁰⁷ En todo caso, de acuerdo con el criterio con base en los efectos debe considerarse el daño causado en forma general, en vez de aquel causado en forma aislada.¹⁰⁸

¹⁰¹ Oeter, «Methods and Means of Combat», en Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2a. ed., 2008, nm. 442 ("La fórmula usada constituye un criterio general cuya existencia puede ser valorada *in abstracto*").

¹⁰² Cf. Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 562.

¹⁰³ Dörmann, «§ 11 VStGB», en Joecks/Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 8, 2a. ed., 2013, nm. 54.

¹⁰⁴ Para un debate más amplio sobre esas prohibiciones en nuestro contexto, véase Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 220 y ss.; véase también Dörmann, «Additional Protocols», 2004, pp. 6 y ss.

¹⁰⁵ Cf. artículo 19, CG I, artículo 18, CG IV, artículo 12, PA I; véase también artículos 54-56, PA I.

¹⁰⁶ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 127.

¹⁰⁷ En sentido similar, Lubell, «Lawful Targets», *Int'l L. Stud.*, (89), 2013, pp. 267 y 268, 271; Melzer, «Cyber Operations», *Disarmament Forum*, 2011, p. 11; *idem.*, *Cyberwarfare*, 2011, p. 31 (ambos consideran a los datos como "bienes"); Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 184 y 185 (quien se centra en el objeto y propósito de la operación).

¹⁰⁸ En el mismo sentido, Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, p. 96.

El principal problema de la aplicación del principio de distinción es la *interconectividad* entre los sistemas informáticos militares y civiles, y, en gran medida, el doble uso que tiene la infraestructura cibernética.¹⁰⁹ Los bienes de doble uso son aquellos que sirven tanto a los propósitos civiles como militares, pero, con arreglo al derecho de los conflictos armados (p. ej., una consecuencia del principio de distinción), un bien es de naturaleza civil o militar.¹¹⁰ De hecho, como regla, los bienes de doble uso son calificados como objetivos militares puesto que normalmente contribuyen a propósitos militares, p. ej., el primer requisito de la definición del artículo 52 (2), PA I se encuentra satisfecho.¹¹¹ Sin embargo, la contribución militar no puede ser presumida sino que debe ser efectivamente demostrada.¹¹²

¹⁰⁹ Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, p. 30; Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 539, 541; Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 169; Turns, «Cyber Warfare», *J.C. & S. L.*, (17), 2012, pp. 296 y 297; Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, pp. 852 y 853; Goldsmith, «Laws of War», *EJIL*, (24), 2013, p. 134; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 193-195.

¹¹⁰ Cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 39 y p. 134 ("Como cuestión de puro derecho no pueden coexistir el estatus de bien de carácter civil y de carácter militar; es uno o el otro").

¹¹¹ Cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 39 y p. 134 ("...confirma que todos los bienes e instalaciones de doble uso son bienes de carácter militar, sin calificación"); en el mismo sentido, Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 562 y 563.

¹¹² Steiger, «Civilian Objects», en Wolfrum (ed.), *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law*, 2013, nm. 12 ("En la mayoría de los casos, los bienes de doble uso deben ser considerados objetivos militares. Sin embargo, esto sólo es cierto siempre y cuando el bien realice una contribución efectiva a la acción militar por su naturaleza, ubicación, finalidad y uso, y cuando su destrucción ofrezca una clara ventaja militar en las circunstancias del caso"); *ICRC Study 2005*, p. 32 ("En lo que se refiere a las instalaciones de doble uso ... la práctica considera que la clasificación de estos objetos depende, en última instancia, de la aplicación del concepto de objetivo militar"); Fenrick, «Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia», *EJIL*, vol. 12, 2001, pp. 489, 494 ("En la situación de dependencia. ... los bienes [de doble uso] pueden convertirse en objetivos militares en ciertos conflictos en función de diversos factores, entre los que se incluyen los objetivos estratégicos de las partes en el conflicto y el grado en que el conflicto se acerca a la guerra total"). Para un criterio más equilibrado, véase también Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space», *Isr.L.Rev.*, vol. 45, 2012 (en adelante, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012).

Dado que no existe una separación clara entre los sistemas informáticos civiles y militares, p. ej., cualquier sistema informático puede ser utilizado tanto para propósitos civiles como militares al mismo tiempo o de manera intercambiable, la distinción es "prácticamente imposible" y, por tanto, la protección ofrecida por el principio de distinción sería de importancia práctica limitada.¹¹³ Por supuesto que esto también depende de una comprensión más amplia o estrecha del principio, así como de las circunstancias particulares del caso. Por lo general, parece bastante plausible sostener que un sistema computarizado que es en sí mismo civil pierde este estatus si es utilizado como soporte de objetivos militares.¹¹⁴ Por ejemplo, si una de las partes del conflicto utiliza un sistema informático —*per se* civil— de un hospital para lanzar ataques cibernéticos, estos sistemas se convierten en objetivos militares.¹¹⁵ Es más difícil trazar la línea si uno se refiere a toda una infraestructura cibernética, incluyendo a Internet. Como los militares se basan en gran medida en la infraestructura civil para todas sus operaciones,¹¹⁶ incluyendo la preparación y ejecución de un ataque, se puede afirmar que esta infraestructura en sí misma —que comprende a las compañías de tecnología informática que las proveen y las mantienen, o hasta las redes sociales como *Facebook* o *Twitter*—¹¹⁷ realizan una contribución efectiva al esfuerzo militar y por ende, su destrucción significa una ventaja militar definida.¹¹⁸ Una postura aun más amplia po-

pp. 381, 389 (quienes sostienen que, en el mundo físico, la mayoría de los bienes civiles no tienen ningún tipo de potencial militar significativo y por ende, no pueden ser utilizados de manera militarmente propicia).

¹¹³ Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 383, 384-390; en el mismo sentido, Dervan, «Information Warfare and Civilian Population: How the Law addresses a fear of the Unknown», *GoJIL*, vol. 3, 2011 (en adelante, «Information Warfare», *GoJIL*, 2011), pp. 373, 388; Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 541, 562-566.

¹¹⁴ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 28.

¹¹⁵ Cf. Lin, «Cyber Conflict», *IRRC* (94), 2012, p. 526.

¹¹⁶ Según Dervan, «Information Warfare», *GoJIL*, 2011, p. 388, "se estima que el 98% de todas las comunicaciones gubernamentales clasificadas y el 95% de todas las comunicaciones militares en los EEUU se transmiten a través de sistemas de comunicación civiles, y no redes militares específicas".

¹¹⁷ Cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, pp. 135-137; crit. Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 566-569.

¹¹⁸ Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 386, 388 y 389.

dría sostener que semejante uso militar de la infraestructura cibernética civil contamina a esa infraestructura en un grado tal que la convierte en un objetivo militar. En este sentido, el grupo de expertos de Tallinn sostiene que en este tipo de casos en los que no queda claro qué conexiones de Internet se utilizan para las transmisiones militares, entonces toda la Red se califica como un objetivo militar.¹¹⁹ Si uno va más allá y considera suficiente —en forma contraria a la postura que aquí se defiende—¹²⁰ la intención de utilizar una infraestructura cibernética civil con fines militares, entonces en el futuro todo el ciberespacio civil podría constituir un objetivo militar legítimo.¹²¹

Otra consecuencia del principio de distinción es la prohibición de ataques indiscriminados,¹²² aunque estos difieren de los ataques directos contra bienes civiles en el sentido de que el daño causado al bien que se protege es completamente indistinto para el atacante. Es dudoso sostener que sea posible cumplir con esta prohibición en el caso de los ataques cibernéticos del mismo modo en que ocurre con los ataques tradicionales. Si se considera que no es posible trazar una separación clara entre la infraestructura civil y militar, como se hizo líneas atrás, un ataque contra una infraestructura cibernética no puede ser considerado claramente como un ataque dirigido "contra un objetivo militar concreto" (art. 51 (4), PA I), ni contra un bien estrictamente civil. Aparte de ello, los medios utilizados en un ataque cibernético, por ejemplo un virus como el *Stuxnet* dirigido contra las instalaciones militares iraníes, puede no ser lo suficientemente controlable, p. ej., por definición

¹¹⁹ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 135; cf. Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 388 y ss.

¹²⁰ *Supra* nota 46 y texto principal.

¹²¹ Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, p. 386; Pilloud *et al.*, *Commentary*, 1987, p. 636.

¹²² Cf. artículo 51 (4), PA I: "Se prohíben los ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados: a) los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto; b) los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o c) los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que, en consecuencia, en cualquiera de tales casos, pueden alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil". Véase, en general, *ICRC Study 2005*, reglas 11-13 con pp. 37 y ss.

sus efectos no pueden ser razonablemente limitados y por ende no puede discriminar.¹²³ Si este es el caso, entonces el ataque cibernético en cuestión califica como uno de los "métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar".¹²⁴ De hecho, y tal como sostiene correctamente Droege, las partes de un conflicto tienen una doble carga: por un lado, no pueden emplear armas cibernéticas que por su naturaleza sean indiscriminadas y no puedan ser suficientemente controladas; por el otro, en cada caso de un ataque la parte tiene que verificar si el arma utilizada puede ser, y de hecho es, dirigida contra un objetivo militar concreto.¹²⁵

En definitiva, el principio de distinción sólo podrá tener un papel más importante si fuese posible separar en forma más clara los bienes civiles de los militares, por ejemplo, con la creación de "refugios digitales", en forma análoga a lo que ocurre con las áreas desmilitarizadas contempladas en el artículo 60, PA I.¹²⁶ En el estado actual del derecho, los principios de proporcionalidad y precaución, que serán tratados a continuación, parecen ser más útiles para limitar los ataques cibernéticos.¹²⁷

3.2. Principio de proporcionalidad

Este principio es parte del derecho internacional consuetudinario tanto para los conflictos armados internacionales como los no in-

¹²³ Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 393 y 394. Doswald-Beck, «Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, 2002, p. 169, sostuvo hace más de diez años que el control limitado con respecto a los efectos de un ataque informático era "el problema más serio"; conc. Dörmann, «Additional Protocols», 2004, p. 5; véase también Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 256 y 257 (discute la cuestión bajo el concepto de las "armas indiscriminadas").

¹²⁴ Cf. artículo 51(4) (c), PA I.

¹²⁵ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 571.

¹²⁶ Para una discusión crítica sobre esta y otras posibilidades, véase Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 383, 390-395; véase también Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, 576 y 577.

¹²⁷ Véase también, Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 39 y pp. 134 y 135 ("Un ataque a un objetivo militar que también se utiliza para fines civiles está sujeto al principio de proporcionalidad y a la necesidad de tomar precauciones en el ataque"); en el mismo sentido, Dervan, «Information Warfare», *GoJIL*, 2011, p. 388.

ternacionales.¹²⁸ El mismo establece límites al uso de los medios y métodos de guerra y, en particular, prohíbe aquellos que causen "males superfluos o sufrimientos innecesarios"¹²⁹ y "daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural".¹³⁰ Define a los ataques indiscriminados, más allá del artículo 51 (4), PA I, como ataques que causan pérdidas de vidas civiles y daños a los bienes civiles que son "excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista".¹³¹ En consecuencia, un ataque que produzca ese daño colateral no es ilícito en sí mismo, sino sólo cuando el daño sea excesivo con respecto a la ventaja militar.

El principio también se aplica a los ataques cibernéticos que causan un daño colateral excesivo,¹³² quizá equivalentes a "males superfluos o sufrimientos innecesarios",¹³³ ya sea durante la utilización transitoria de la infraestructura civil, o bien, a través del

¹²⁸ *ICRC Study 2005*, regla 14 con pp. 46-50; Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 159. Véase también Olásolo, *Unlawful attacks in combat situations: from the ICTY's case law to the Rome Statute*, 2008, pp. 155 y ss., 226 y ss., 256 y ss.; Keller/Forowicz, «A Tightrope Walk between Legality and Legitimacy: An Analysis of the Israeli Supreme Court's Judgment on Targeted Killing», *LJIL*, vol. 21, 2008, pp. 189, 213 y ss.; Hankel, *Das Tötungsverbot im Krieg: Eine Intervention*, 2011, pp. 22 y ss.; Wright, «'Excessive' ambiguity: analysing and refining the proportionality standard», *IRRC*, vol. 94, 2012 (en adelante, «'Excessive' ambiguity», *IRRC*, 2012), pp. 819, 838 y ss. (se centraliza especialmente en el término ambiguo "excesivo").

¹²⁹ Cf. artículos 22 y 23 (e) Anexo a la Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la Guerra terrestre y su anexo: regulaciones relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (18 de octubre de 1907, entrada en vigor el 26 de enero de 1910); artículo 35 (1) y (2), PA I. Véase también Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 252-256. Sobre un posible crimen de guerra, véase artículo 8 (2)(b)(iii), (x), (xx) (xxv) y (e)(xi).

¹³⁰ Artículo 35 (3), PA I; véase también art. 55 PA I (en relación a los objetos protegidos) y Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 394. Para un posible crimen de guerra, véase art. 8 (2)(b)(iv).

¹³¹ Artículo 51 (5)(b) y 57 (2)(a) (iii) y (b), PA I. Para un posible crimen de guerra, véase artículo 8 (2)(b)(iv).

¹³² Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 51 ("Se prohíbe un ataque cibernético que se puede prever que causará pérdidas incidentales de vidas civiles, lesiones a civiles, daños a bienes de carácter civil, o una combinación de ellas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista"); véase también, Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, p. 395.

¹³³ Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 391 y 392.

ataque mismo.¹³⁴ Por el momento, brinda más protección que el principio de distinción, que es estático y menos flexible.¹³⁵ De hecho, si se siguiera la postura estricta de que cualquier uso militar potencial de un bien de carácter civil lo transforma en un objetivo militar, el bien en cuestión sería un objetivo lícito y sólo el estándar de la proporcionalidad excesiva brindaría límites posibles a los ataques cibernéticos. Tómese, por ejemplo, el caso de una infraestructura en sí misma de carácter civil, como la red de energía eléctrica de una gran ciudad, que es utilizada sólo en forma limitada para un fin militar, pero que por esta misma razón sería considerada como de doble uso y, por tanto, un objetivo lícito. Un ataque informático a esa infraestructura probablemente causaría un impacto civil serio al cortar el suministro eléctrico a los hogares y otros sitios de carácter civil. Si bien este daño "colateral" de carácter civil no es contrario al principio de distinción, debería ser equilibrado con la ventaja militar prevista.¹³⁶

Por supuesto que el test de la proporcionalidad sólo podría contrarrestar los efectos adversos de una interpretación estricta del principio de distinción si el daño colateral, o incidental, causado por un ataque a la red informática en sí mismo lícito, p. ej., "muertos y heridos entre la población civil, o daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas",¹³⁷ fuese interpretado en forma amplia.¹³⁸ Por tanto, el daño colateral debería abarcar tanto a los efectos directos de un ataque cibernético, como a los indirectos, p. ej., las "consecuencias inmediatas, de primer orden" del ataque y las "consecuencias mediatas y/o desplazadas de segundo, tercer y mayor grado... causadas a través de mecanismos o eventos intermedios".¹³⁹ En particular, respecto a los "daños a bienes

¹³⁴ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 160.

¹³⁵ Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 395-398, 398; véase también Dervan, «Information Warfare», *GoJIL*, 2011, p. 389.

¹³⁶ Véase también el Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 160, con el ejemplo del ataque contra el GPS.

¹³⁷ Cf. artículos 51 (5)(b) y 57 (2)(a) (iii) y (b), PA I, así como el Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 51, citado en la nota 132.

¹³⁸ Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 396 y 397.

¹³⁹ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 160; véase también Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, p. 396; Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 572 y 573; Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 390, 395, 397 y 398, 401.

de carácter civil" incidentales, debe adoptarse una interpretación amplia y dinámica, que incluya en la ecuación de proporcionalidad la mera pérdida de funcionalidad del bien de carácter civil atacado.¹⁴⁰ Para esta evaluación sobre el exceso hay que intentar determinar de la manera más precisa posible los efectos adversos de un ataque informático a la red sobre las actividades cibernéticas civiles, y relacionarlos con la ventaja militar prevista: "La cuestión consiste en si el daño que debe esperarse es excesivo en relación con la ventaja militar prevista de acuerdo con las circunstancias existentes en el momento".¹⁴¹ La ventaja militar debe determinarse de un modo igualmente preciso ("concreta y directa"),¹⁴² tomando en cuenta el ataque como un todo¹⁴³ y de forma prospectiva ("anticipada"),¹⁴⁴ p. ej., el respectivo comandante tiene, por un lado, un "amplio margen de decisión",¹⁴⁵ también con respecto al posible daño colateral, pero, por el otro, enfrenta un test de razonabilidad, p. ej., su decisión debe superar un análisis de razonabilidad que considere como estándar relevante el de "una persona razonablemente bien informada en las circunstancias del autor concreto".¹⁴⁶ Por supuesto, la incertidumbre de los efectos indirectos de segundo, tercer, etc., orden de los ataques

¹⁴⁰ En este sentido, Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 397 y 398; Geiss, «Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, 2013, pp. 644 y 645. Los expertos del Manual de Tallinn también concuerdan en que una "afectación de la funcionalidad" puede, en ciertas circunstancias, ser incluida (p. 160), aunque explícitamente excluyen a los "daños de minimis" (*Tallinn Manual*, 2013, regla 30 con p. 107).

¹⁴¹ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 161; véase también Boothby, «Methods of CW», *Int'l L. Stud.*, 2013, p. 392.

¹⁴² Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 51, citado *supra* nota 132, y pp. 161 y 162 ("ventaja... sustancial y relativamente cerca", en relación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario PA, [2209]).

¹⁴³ Cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 162.

¹⁴⁴ *Ibidem*, regla 51, citada *supra* nota 132, y pp. 162 y 163 ("que la evaluación de la razonabilidad de la decisión al momento del ataque... no se aplique con el beneficio de la retrospectiva").

¹⁴⁵ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 163, en relación con el Comité Internacional de la Cruz Roja, Comentario PA, párr. 2210.

¹⁴⁶ *Prosecutor v Galic* (Judgment) ICTY-98-29-T (5 de diciembre de 2003) [58]; véase también, *Tallinn Manual*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 163 y Doswald-Beck, «Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, 2002, p. 167 (ventaja militar "clara y obvia" para el atacante).

cibernéticos hace que sea difícil, sino imposible, para un comandante anticiparse correctamente a las consecuencias del ataque.¹⁴⁷ Sigue siendo controvertido, al igual que en el derecho internacional humanitario tradicional, si una ventaja militar especialmente grande puede superar a un daño particularmente serio o extenso, p. ej., si un cierto grado de daño puede significar un límite absoluto en la ecuación de la proporcionalidad.¹⁴⁸

3.3. Principio de precaución

El objetivo general de este principio es el de minimizar los daños civiles en la mayor medida posible, sin perjuicio de cualquier consideración de proporcionalidad como ocurre con el principio recientemente discutido. Este principio tiene dos componentes, p. ej., se refiere a las precauciones en el ataque (art. 57, PA I) y a las precauciones contra los efectos de los ataques (art. 58, PA I).¹⁴⁹ La omisión de adoptar estas precauciones puede convertir en un crimen de guerra lo que de otro modo sería un ataque permitido contra una persona o bien de carácter civil. Respecto a las precauciones en el ataque, el artículo 57 (2), PA I, enumera una serie de medidas activas que las partes en un conflicto deben adoptar para preservar a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. En el contexto cibernético se debe adoptar un "cuidado constante",¹⁵⁰ verificar los objetivos,¹⁵¹ limitar los posibles efectos incidentales en la mayor medida posible¹⁵² y dar aviso con la

¹⁴⁷ Sobre la falta de certeza con las consecuencias, véase también, Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, p. 851; Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 207 y 208.

¹⁴⁸ En este sentido, Pilloud *et al.*, *Commentary*, 1987, [1980]; contra *Tallinn Manual*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 161.

¹⁴⁹ Sobre su estatus como derecho consuetudinario, véase *ICRC Study 2005*, reglas 15-24 con pp. 51 y ss.; véase también Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 573 y ss.; para una perspectiva norteamericana, Wright, «'Excessive' ambiguity», *IRRC*, 2012, pp. 830-832.

¹⁵⁰ *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, regla 52.

¹⁵¹ *Ibidem*, regla 53; resalta que este es el principal problema, Doswald-Beck, «Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, 2002, pp. 170 y 171; véase también Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 211 y 212.

¹⁵² *Ibidem*, regla 54 ("elección de los medios y métodos de guerra... con el fin de evitar y, en todo caso minimizar, lesiones incidentales a civiles...") y re-

debida antelación de que los ataques cibernéticos pueden afectar a la población civil.¹⁵³ Los deberes de verificación y limitación pueden implicar, por ejemplo, que antes de atacar a una red informática del adversario haya que evaluarla, y que el ataque, en la medida de lo posible, deba limitarse a sus componentes militares.¹⁵⁴ Incluso, si uno va más allá se puede considerar que estos límites en el ataque están previstos para evitar cualquier efecto incidental (colateral) con miras a la infraestructura cibernética civil.¹⁵⁵ Todo esto exige conocimiento técnico.¹⁵⁶ Sin embargo, está controvertido hasta dónde llegan las obligaciones de precaución. Si bien el estándar normal es el de la "posibilidad",¹⁵⁷ p. ej., hacer lo que sea "practicable o prácticamente posible teniendo en cuenta todas las circunstancias",¹⁵⁸ en el caso de las operaciones militares en el mar o en el aire es suficiente las "precauciones razonables" (art. 57 (4), PA I), p. ej., se exige menos que la posibilidad.¹⁵⁹ En consecuencia, en el ejemplo de un buque de guerra atacado mediante una operación cibernética existen dos abordajes: una mirada estricta exigiría una evaluación de toda la infraestructura cibernética de este buque con el fin de poder anticipar los efectos (incidentales) del ataque; mientras que una mirada más amplia sostendría que esa evaluación no sería razo-

gla 56 (elección de los objetivos con el fin de "que causen el menor peligro para las personas civiles y bienes de carácter civil"). Véase como norma primaria, artículo 57 (3), PA I; sobre esta provisión, Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 216 y 217.

¹⁵³ *Ibidem*, regla 58.

¹⁵⁴ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 573 y 574.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 169 y 170, con el ejemplo de la inserción de programas maliciosos en una red militar cerrada como una manera de minimizar los daños colaterales.

¹⁵⁶ Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 574; *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 166.

¹⁵⁷ *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 164; véase también, artículo 58, PA I ("en la máxima medida posible") y Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, p. 211.

¹⁵⁸ Cf. *Manual de Tallinn*, *Tallinn Manual*, 2013, p. 169, con más referencias en la nota 186.

¹⁵⁹ Pilloud *et al.*, *Commentary*, 1987, p. 2230 ("se deben tomar 'todas las precauciones razonables' lo cual es, sin duda, un poco diferente y tiene menos alcance que la expresión 'tomar todas las precauciones factibles'").

nable puesto que la operación se centraliza en un objetivo que no está en tierra.¹⁶⁰

En cuanto al deber de precaución pasivo de "alejar" a los bienes de carácter civil de los objetivos militares (art. 58 (a), PA I), el problema de la interconectividad anteriormente mencionado hace que sea difícil de cumplir en el ámbito del ciberespacio: si la infraestructura civil y militar están íntimamente conectadas o — peor aun — el ciberespacio es una clásica estructura de doble uso, entonces es prácticamente imposible cumplir con esta obligación, p. ej., no es "posible"¹⁶¹ en el contexto cibernético.¹⁶² El artículo 58 (c), PA I exige que se tomen "las demás precauciones necesarias" las cuales dependen, por supuesto, de las posibilidades prácticas ("en la mayor medida posible").¹⁶³ Por tanto, el artículo 58 (c) es una disposición de "carácter general"¹⁶⁴ que intenta asegurar la protección de la infraestructura cibernética civil a través de otros medios que la separación estricta, p. ej., "para asegurar la funcionalidad continua cibernética" con respecto a la infraestructura civil crítica, por ejemplo, brindando copias de seguridad a las redes eléctricas.¹⁶⁵

4. ATAQUES CIBERNÉTICOS Y EL CRIMEN DE AGRESIÓN

Algunos autores sostienen que el hecho de librar un ataque informático puede constituir una violación del *ius ad bellum* y, por tanto, generar responsabilidad penal por el crimen de agresión

¹⁶⁰ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 165, según el cual la mayoría de los expertos tomó la postura más amplia; véase también Harrison Dinness, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 217-219.

¹⁶¹ Artículo 58, PA I: "hasta donde sea factible".

¹⁶² Cf. Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, pp. 392-394, concluye que en consecuencia de esta norma no se puede deducir una obligación de distinción; en el mismo sentido, Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 575 ("poco realista").

¹⁶³ Véase también, Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, regla 59; con una discusión que tiene limitaciones prácticas ("factibilidad") *ibidem*, pp. 177 y 178.

¹⁶⁴ Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, p. 177.

¹⁶⁵ Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare», *Isr.L.Rev.*, 2012, p. 395; en el mismo sentido, Droegge, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, p. 576.

según el artículo 8 bis (1), Estatuto CPI.¹⁶⁶ Este criterio se basa, por supuesto, en la hipótesis en que el ataque en cuestión es realizado por un Estado ya que el artículo 8 bis no incluye la conducta de actores no estatales.¹⁶⁷ En todo caso, es difícil prever un ataque informático que encuadre en el artículo 8 bis. Si bien en circunstancias especiales un ataque semejante puede ser equiparado a un "acto de agresión" en el sentido del artículo 8 bis (2) lit. (d), Estatuto CPI, lo cierto es que difícilmente pueda ser equiparado a una "violación manifiesta" de la Carta de la ONU tal como lo exige el artículo 8 bis (1), Estatuto CPI. Además, y de acuerdo con la llamada cláusula de liderazgo, sólo podría haber responsabilidad penal con respecto a una persona que esté "en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado" (art. 8 bis (1)). Esto significa que las personas que lleven a cabo efectivamente el ataque informático no serán penalmente responsables de acuerdo con el artículo 8 bis, sino que, en el mejor de los casos, lo serán sus superiores si pertenecen al nivel de la conducción y pueden ser considerados responsables por los actos de los "soldados informáticos" concretos.

4.1. ¿"Acto de agresión" de acuerdo con el artículo 8 bis (2) lit. (a)-(g), Estatuto CPI?

El párrafo 2 del artículo 8 bis, Estatuto CPI exige un análisis en dos etapas. Primero, hay que examinar si un ataque informático es uno de los actos de agresión allí enumerados. Segundo, si ello no fuere así, la pregunta que surge es si la enumeración del párrafo 2 es exhaustiva o no.

¹⁶⁶ Esta es la posición que representa Ophardt, «Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield», *Duke Law and Technology Review*, vol. 3, 2010 (en adelante, «Cyber Warfare», *DLTR*, 2010), pp. 3, 35; Weissbrodt, «Conceptualizing Aggression», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, 2009, p. 1; Weisbord, «Judging Aggression», *Colum. J. of Trans. L.*, vol. 50, 2011 (en adelante, «Judging Aggression», *Colum. J. of Trans. L.*, 2011), p. 82; Weissbrodt, «Cyber-Crime», *Minnesota J. Intl L.*, (22), 2013, p. 369; en igual sentido, Cammack, «The Stuxnet Worm and Potential Prosecution by the International Criminal Court Under the Newly Defined Crime of Aggression», *Tulane J. of Intl. & Comp. L.*, vol. 20, 2010 (en adelante, «The Stuxnet Worm», *Tulane J. of Intl. & Comp. L.*, 2010), p. 303.

¹⁶⁷ Crit. Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 203 y 204.

Los actos enumerados en el párrafo 2 se basan en el "uso de la fuerza armada" tal como explícitamente se exige al comienzo de su redacción.¹⁶⁸ Según los trabajos preparatorios, el término "fuerza armada" debe ser entendido en sentido estricto, en referencia al empleo de fuerza cinética a través de las armas tradicionales.¹⁶⁹ Si bien durante las negociaciones se sugirió un concepto más amplio que incluyera a los ataques cibernéticos,¹⁷⁰ lo cierto es que finalmente fue rechazado para evitar que se afectara "la estabilidad política o económica, o el ejercicio del derecho a la autodeterminación, o que se violara la seguridad, defensa o integridad territorial de uno o más Estados".¹⁷¹ Por tanto, si bien desde el principio los negociadores aparentemente prefirieron un concepto estrecho que excluyera a los ataques cibernéticos, lo cierto es que una interpretación más amplia puede ser defendida según el criterio con base en los efectos aplicado anteriormente en relación con los crímenes de guerra.¹⁷² De hecho, y tal como sostuvo correctamente uno de los principales negociadores, una "interpretación contemporánea del término fuerza armada podría in-

¹⁶⁸ Esto se corresponde más con el "ataque armado" en el sentido del artículo 51 de la Carta de la ONU que con el genérico "uso de la fuerza" en el sentido del artículo 2 (4) de la Carta de la ONU (para una comparación, Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 11 y 12).

¹⁶⁹ Cf. Gillet, «The anatomy of an international crime: Aggression at the ICC», *ICLR*, vol. 13, 2013, pp. 829, 838 (explícitamente excluye a la "guerra cibernética").

¹⁷⁰ Cf. S. S. Barriga, «Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression», en S. Barriga/W. Danspeckgruber/C. Wenaweser (eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression - Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression, 2003-2009*, 2009 (en adelante, S. Barriga, in: S. Barriga *The Princeton Process, 2003-2009*), p. 10 ("Se hicieron sugerencias para incluir medios de agresión no convencionales más allá del uso de la fuerza armada, como los ataques cibernéticos o embargos económicos").

¹⁷¹ Cf. SWGCA, June 2008 Report (junio de 2008), en Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, Official Records, Resumed 6th sess (2-6 junio de 2008) ICC-ASP/6/20/Add.1, Annex II: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/ICC-ASP-6-20-Add.1%20English.pdf> consultado el 24 de octubre de 2013, párr. 35). Véase también, Barriga, in: S. Barriga *The Princeton Process, 2003-2009*, p. 10 ("...no había ningún deseo de abrir la caja de Pandora, y la gran mayoría de las delegaciones consideró que la limitación al uso de la fuerza armada era apropiada a los fines de la justicia penal individual").

¹⁷² *Supra* nota 27 y texto principal.

cluir, bajo ciertas circunstancias, el uso de las redes informáticas como armas".¹⁷³ El criterio general de que las disposiciones relevantes de la Carta de la ONU, p. ej., que el art. 2 (4) que se refiere al "uso de la fuerza" y el artículo 51 que se refiere a un "ataque armado",¹⁷⁴ sólo abarcan sanciones militares, mas no políticas o económicas,¹⁷⁵ no contradice esta interpretación amplia puesto que esta interpretación supone que un ataque informático puede ser equiparado, bajo ciertas circunstancias, a un ataque militar.

En cuanto a los actos enumerados por la norma, sólo aquellos contemplados en los apartados (b) y (d) pueden ser llevados a cabo a través de un ataque informático. El supuesto del apartado (b) exige, en su segunda alternativa, el "empleo de cualesquiera armas" contra el territorio de otro Estado. Si se define a las "armas" en sentido tradicional, como sugeriría el requisito de que sea diri-

¹⁷³ Barriga, in: S. Barriga, *The Princeton Process, 2003-2009*, p. 10, nota al pie 44. En relación con el umbral del artículo 2 (4), véase Schmitt, «Cyber Operations», *Int'l L. Stud.*, 2011, pp. 914 y 915; El Mismo, «Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited», *Vill.L.Rev.*, vol. 56, 2011, pp. 569, 576-577 (propone un test con siete elementos que incluyen la gravedad, la inmediatez, la franqueza, la invasión, la medición, la legitimidad y la presunta responsabilidad); véase también Melzer, *Cyberwarfare*, 2011, pp. 6 y ss.; Benatar, «The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?», *GoJIL*, vol. 11, 2009, p. 376; Waxman, «Cyber Attacks and the use of Force», *YJIL*, vol. 36, 2011, p. 421; Gervais, «Cyber Attack and the Laws of War», *J.L. & Cyber Warfare*, vol. 8, 2012, p. 29; crit. Harrisson Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 63-65. Este test también ha sido adoptado por el Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, pp. 48-51; crit. en este sentido, Kessler/Werner, «Study on the Tallinn Manual» *LJIL*, (26), 2013, pp. 808 y 809 (sostienen que esto "marca las incertidumbres que rodean el alcance de la prohibición en el contexto de los ataques cibernéticos").

¹⁷⁴ Para un análisis profundo y en general de estricta lectura, Harrisson Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 37 y ss., 75 y ss.

¹⁷⁵ En términos generales, Randelzhofer/Doerr, «Art. 2 (4)», en Simma *et al.* (eds), *The Charter of the United Nations - A Commentary*, 3a. ed., vol. 1, 2012, nm. 16-20; en nuestro contexto, véase Schmitt, «Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999, pp. 885, 905-908; Silver, «Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the UN Charter (2002)», *Int'l L. Stud.*, vol. 76, 2002, pp. 73, 80 y ss.; Hathaway *et al.*, «Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.* (110), 2012, p. 842; Weissbrodt, «Cyber-Crime», *Minnesota J. Intl L.*, (22), 2013, pp. 358-360; Goldsmith, «Laws of War», *EJIL*, (24), 2013, p. 133; sobre las distintas interpretaciones de la doctrina, véase Harrisson Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 58 y ss.

gido "contra el territorio de otro Estado", entonces no incluiría a las herramientas típicas que se utilizan para realizar un ataque cibernético (p. ej., mediante gusanos o virus informáticos). Sin embargo, un abordaje tan estricto iría en contra de la interpretación más flexible de la CIJ en su Opinión sobre Armas Nucleares citada anteriormente,¹⁷⁶ y en rigor de verdad no hay ningún motivo convincente para excluir de la provisión a los ataques cibernéticos si causan un daño igual o similar que las armas convencionales.¹⁷⁷ En todo caso, el apartado (d), que exige un "ataque por las fuerzas armadas", permite una interpretación más amplia que abarque a los ataques cibernéticos llevados a cabo por miembros de las fuerzas armadas contra las fuerzas de otro Estado. De hecho, un ataque cibernético en un país desarrollado, que se basa fuertemente en su redes computarizadas para operar su infraestructura (p. ej., control del tráfico, suministro del agua y de la electricidad) y sus fuerzas armadas (p. ej., sistemas de defensa aéreos, jets de combate modernos, equipos de comunicación o drones) puede llevar a la inoperabilidad completa o parcial del sistema respectivo. Por cierto, en términos del resultado es indistinto si las fuerzas armadas resultan inoperables por los ataques "convencionales" de otras fuerzas armadas o por ataques cibernéticos.¹⁷⁸

En cuanto a la segunda pregunta, p. ej., si la enumeración es exhaustiva, se ha sostenido en otro lugar que efectivamente ello es así.¹⁷⁹ Por supuesto que la cuestión ha sido controvertida durante

¹⁷⁶ *Supra* nota 26.

¹⁷⁷ Cf. Cammack, «The Stuxnet Worm», *Tulane J. of Intl. & Comp. L.*, 2010, pp. 322 y 323 (quien sostiene que "muchos de los objetivos por los que en el pasado se utilizaba la fuerza armada actualmente se alcanzan a través de presiones no forzadas ni militares"; con respecto al ataque con el virus Stuxnet contra Irán sostiene que de acuerdo con el subpárr. (b) "la admisión de cualquier arma utilizada contra un territorio calificará" según el "daño o destrucción causados").

¹⁷⁸ La única diferencia es la alta probabilidad de heridos en casos de ataques convencionales (aunque un ataque cibernético también puede producir fatalidades, p. ej., cuando provoca la falla total del sistema informático de un avión en vuelo).

¹⁷⁹ *Aggression* (Intersentia 2010), p. 236; Satzger, *International and European Criminal Law*, 2012, p. 273; Schmalenbach, «Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen», *Juristenzeitung*, vol. 65, 2010 (en adelante, «Das Verbrechen», JZ, 2010), pp. 745, 748; Strapatsas, «Aggression» en Schabas/Bernaz

las negociaciones,¹⁸⁰ y siempre hay posturas —a veces invocando el artículo 4 de la Resolución 3314—¹⁸¹ que sostienen una enumeración abierta¹⁸² o semi-abierta que incluya actos de la misma naturaleza (*eiusdem generis*).¹⁸³ No obstante, una interpretación semejante no es compatible con los requisitos de previsibilidad y certeza que demanda el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) consagrado en los artículos 22-24, Estatuto CPI. Consecuentemente, no puede atribuirse una responsabilidad penal *ex post facto* y las definiciones de los delitos deben construirse en forma estricta y precisa (*leges stricta y certa*).¹⁸⁴ Si los redactores

(eds.), *The Routledge Handbook of International Criminal Law*, 2011, pp. 155, 160; cf. Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 1457; deja abierta la cuestión, Paulus, «Second Thoughts on the Crime of Aggression», *EJIL*, vol. 20, 2009 (en adelante, «Second Thoughts», *EJIL*, 2009), pp. 1117, 1120 ('...queda por dilucidar si la lista pretende ser exhaustiva...').

¹⁸⁰ Special Working Group on the Crime of Aggression, 'June 2008 Report' (junio de 2008) ICC-ASP/6/20/Add. 1, Anexo II, impreso en: Barriga/Kreß (eds.), *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, 2012 (en adelante, *Travaux Préparatoires*, 2012), pp. 602-614, 608; cf. Heinsch, «The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?», *GoJIL*, vol. 2, 2010 (en adelante, «Crime of Aggression», *GoJIL*, 2010), pp. 713, 723 y 724.

¹⁸¹ Asamblea General de la ONU Res 3314 (14 de diciembre de 1974) A/RES/3314, artículo 4 (explícitamente declara que la lista no es exhaustiva y autoriza al Consejo de Seguridad a expandirla).

¹⁸² Safferling, *Internationales Strafrecht*, 2011, nm. 183.

¹⁸³ Clark, «Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It», *EJIL*, vol. 20, 2009, pp. 1103, 1105; *idem*, «Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010», *GoJIL*, vol. 2, 2010, pp. 689, 696; más ambiguo, Kreß, «Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus», *EJIL*, vol. 20, 2009 (en adelante, «Time for Decision», *EJIL*, 2009), pp. 1129, 1137 (como mucho "semi-abierto"); Kostic, «Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, 2011, pp. 109, 129 y 130; Ophardt, «Cyber Warfare», *DLTR*, 2010, [66]; véase también, Heinsch, «Crime of Aggression», *GoJIL*, 2010, pp. 713, 723-726; Weisbord, «Judging Aggression», *Colum. J. of Trans. L.*, 2011, p. 40.

¹⁸⁴ Sobre el principio *nullum crimen*, véase Ambos, *Treatise of ICL I*, 2013, pp. 88-93. Véase también Barriga, *The Princeton Process*, 2003-2009, p. 12; *idem*. «Negotiating the Amendments», en Barriga/Kreß, *Travaux Préparatoires*, 2012, pp. 30 y 31.

hubiesen querido aplicar la doctrina del *eiusdem generis*, podrían haber adoptado el artículo 4 de la Resolución 3314, o incluido un párrafo respectivo similar al del artículo 7 (1) (k), Estatuto CPI. Sin embargo, ni siquiera le han dado al Consejo de Seguridad de la ONU —contrariamente al artículo 4 de la Res. 3314— la facultad de extender o enmendar la enumeración del artículo 8 bis (2) si lo considera apropiado.¹⁸⁵

4.2. ¿Violación manifiesta de la Carta de la ONU (art. 8 bis (1) Estatuto CPI)?

La cláusula del umbral del artículo 8 bis (1) exige un "acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas". La misma expresa la diferencia cualitativa que existe entre un "acto" de agresión, que implica una responsabilidad colectiva, y el "crimen" de agresión, que da lugar a una responsabilidad (penal) individual.¹⁸⁶ Su finalidad es excluir de la criminalización a los incidentes menores (p. ej., escaramuzas fronterizas) o casos legalmente controvertidos (p. ej., una intervención humanitaria).¹⁸⁷ Así, por ejemplo, la invasión de Irak en 2003 liderada por los Estados Unidos, que si bien ha sido considerada por muchos iusinternacionalistas como un *acto* ilícito de agresión,¹⁸⁸ lo cierto es que puede no constituir un *crimen* de agresión debido a la falta de una "violación manifiesta" —p. ej., cuantitativa y cualitativa—

¹⁸⁵ Schmalenbach, «Das Verbrechen», JZ, 2010, pp. 747 y 748; igualmente: Werle, *Principles of ICL*, 2009, nm. 1457; diferente: Weisbord, «Judging Aggression», *Colum. J. of Trans. L.*, 2011, p. 40.

¹⁸⁶ Cf. Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, p. 199; crit. sobre la distinción, Corredor, *El Crimen de Agresión en Derecho Penal Internacional*, 2012, pp. 88 y 89.

¹⁸⁷ Véase SWGCA, 'June 2005 Report' (junio de 2005) ICC-ASP/4/32, Discussion Paper 3, No. 3, reimpresso en S. Barriga/W. Danspeckgruber/C. Wenawesser, *The Princeton Process, 2003-2009*, p. 197; véase también Barriga, in: S. Barriga, *The Princeton Process, 2003-2009*, p. 8; Barriga, in: S. Barriga, *The Princeton Process, 2003-2009*, p. 29; Clark, «Alleged Aggression in Utopia», en Schabas et al. (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, 2013, p. 66.

¹⁸⁸ Véase Kreß, «Strafrecht und Angriffskrieg im Licht des 'Falles Irak'», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 115, 2003 (en adelante, «Strafrecht und Angriffskrieg», *ZStWt*, 2003), pp. 294, 313 y ss., con mayores referencias.

mente sería desde una perspectiva objetiva —¹⁸⁹ de la Carta de la ONU, puesto que existía una postura, académicamente respetable, según la cual la invasión estaba justificada, especialmente sobre la base de la Resolución 678 del Consejo de Seguridad del 29 de noviembre de 1990.¹⁹⁰ Con respecto a los ataques cibernéticos, esto significa que es difícil pensar en un ataque que sea lo suficientemente grave y de gran escala como para ser considerado equivalente a una violación manifiesta de la Carta. Por cierto, como se explicó en la sección previa, incluso es discutible en primer lugar si los ataques cibernéticos constituyen una violación simple a la prohibición de la Carta sobre el uso de la fuerza (art. 2 (4)),¹⁹¹ especialmente porque el criterio con base en los efectos no puede ser utilizado sin más ni más.

Conforme al Manual de Tallinn una operación cibernética constituye el uso de la fuerza "cuando su escala y efectos son comparables a las operaciones no cibernéticas que alcanzan el nivel del uso de la fuerza".¹⁹² La "escala y efectos" dependen, a su vez, de una serie de factores que deben tenerse en cuenta.¹⁹³ De ello parece desprenderse con claridad que una operación cibernética que "genera daño, destrucción, heridos o muerte es altamente probable que sea considerada como uso de la fuerza",¹⁹⁴ p. ej., se exige más que una mera coerción económica o política.¹⁹⁵ Por ende, si se define al ataque informático como aquél que causa muerte, heridos o una seria destrucción de los bienes, entonces es equivalente al uso de la fuerza. Sin embargo, establecer si este ataque constituye, además, una violación manifiesta a la Carta es una pregunta abierta y depende de las circunstancias específicas del caso.

¹⁸⁹ Ciertamente el término es ambiguo, cf. Paulus, «Second Thoughts», *EJIL*, 2009, p. 1121; para una explicación —no del todo convincente— véase Kreß, «Time for Decision», *EJIL*, 2009, pp. 1137 y ss. La perspectiva objetiva está determinada por el Elemento 3 de la Introducción a los Elementos de los Crímenes del artículo 8bis del Estatuto CPI.

¹⁹⁰ Kreß, «Strafrecht und Angriffskrieg», *ZStWt*, 2003, p. 331; críticamente, Paulus, «Second Thoughts», *EJIL*, 2009, p. 1123.

¹⁹¹ Véase referencias en nota 173.

¹⁹² Manual de Tallinn, regla 11, en p. 45.

¹⁹³ Cf. Manual de Tallinn, *Tallinn Manual*, 2013, pp. 48-50 (la gravedad, la inmediatez, la franqueza, la invasividad, la mensurabilidad de los efectos, el carácter militar, la participación del Estado y la presunta legalidad).

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 46.

5. ATAQUES CIBERNÉTICOS Y CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD

Los crímenes contra la humanidad exigen que la conducta efectivamente constitutiva del delito, p. ej., asesinato, tortura, violación, privación de la libertad, hayan sido cometidos "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil..." (art. 7 (1), Estatuto CPI). Esto es lo que se conoce como el elemento de contexto de los crímenes contra la humanidad. Mientras que el requisito de un ataque "contra una población civil" tiene su origen en el derecho de la guerra, y por tanto, se reduce a la distinción entre combatientes y civiles ya discutida anteriormente con respecto a los crímenes de guerra,¹⁹⁶ el "ataque generalizado o sistemático" es la característica particular de los crímenes contra la humanidad. La redacción del artículo 7 (2) (a), Estatuto CPI sugiere que este requisito debe ser entendido cualitativamente, p. ej., el "ataque" siempre debe basarse —sin perjuicio de su carácter predominante de "generalizado" o "sistemático"— en una determinada política ("de conformidad con o para promover").¹⁹⁷

Con respecto a los ataques cibernéticos esto significa, en primer término, que deben ser realizados de conformidad con una determinada política y, además, ser generalizados o sistemáticos. El elemento político presupone que estos ataques son planificados, organizados, coordinados o al menos tolerados por un Estado o una organización en el sentido del artículo 7 (2)(a), Estatuto CPI. En este caso, el ataque normalmente también se calificaría como "sistemático".¹⁹⁸ Si bien un grupo de *hackers* con poca organización que actúe autónomamente no alcanzaría el requisito de la organización, lo cierto es que aquellos grupos armados organizados en el sentido del derecho internacional humanitario que recurran a los métodos de la guerra cibernética ciertamente sí.¹⁹⁹ Y si, además, los ataques cibernéticos realizados por un Estado o un

¹⁹⁶ Sin embargo, para una interpretación más restrictiva de este elemento, Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 63 y ss.

¹⁹⁷ Cf. Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 63, 67 y ss.

¹⁹⁸ Cf. Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 59-61.

¹⁹⁹ Sobre la correspondiente disputa en la decisión de la CPI en relación con Kenia, véase Ambos, *Treatise of ICL II*, 2014, pp. 72 y ss.

grupo suficientemente organizado causarían un daño grave y extenso, en el sentido de los ejemplos dados anteriormente, entonces el ataque probablemente también se calificaría como "generalizado". Estos ataques cibernéticos generalizados o sistemáticos pueden resultar, finalmente, en el asesinato o exterminio de poblaciones civiles, o incluso en una de las conductas establecidas en el artículo 7, Estatuto CPI. Por supuesto que en última instancia la verificación de los elementos de un crimen contra la humanidad va a depender de las circunstancias del caso concreto.

6. CONCLUSIONES

En el caso de los ataques cibernéticos es más probable que pueda atribuirse una responsabilidad penal individual por crímenes de guerra que por el crimen de agresión. Librar una "guerra cibernética" en violación del *ius ad bellum* difícilmente puede dar lugar a una responsabilidad penal por agresión bajo el artículo 8 bis, Estatuto CPI, puesto que es bastante difícil pensar que un ataque cibernético sea equiparable a un acto de agresión en el sentido del artículo 8 bis (2), Estatuto CPI, y mucho menos a una violación manifiesta en el sentido del artículo 8 bis (1), Estatuto CPI.

El derecho internacional humanitario se aplica a los ataques cibernéticos sin más preámbulos si esos ataques son parte de un conflicto en curso. Ante la ausencia de tal conflicto, los ataques cibernéticos deben ser, por sí mismos, lo suficientemente serios como para superar el umbral del conflicto armado. Este sería el caso si un ataque cibernético causara, siguiendo el criterio con base en los efectos, considerable daño humano o de otro tipo, que vaya más allá de meros incidentes esporádicos y aislados, es decir, que no sean simples inconvenientes o la caída temporaria de los sistemas informáticos. Los ataques cibernéticos que producen estos efectos también se califican como ataques armados en el sentido del artículo 49 (1), PA I. Para que un ataque cibernético se califique como un crimen de guerra debe estar relacionado con un conflicto armado en curso. En esos casos, la atribución de responsabilidad será posible si el atacante puede ser identificado y actúa en nombre de una de las partes del conflicto en el sentido del derecho internacional humanitario, p. ej., tanto un Estado o un grupo armado organizado. De todos modos, los ataques ci-

bernéticos de aquellos grupos de individuos menos organizados que no son calificados como una parte en el conflicto, también pueden ser atribuidos a esa parte conforme a las reglas de la responsabilidad estatal.²⁰⁰ Para aquellos intervinientes cibernéticos "puramente" civiles se aplican las reglas sobre la participación directa en las hostilidades.

Según los principios del derecho internacional humanitario que regulan las hostilidades, el principio de proporcionalidad parece tener la mayor capacidad para limitar el daño a las personas civiles y a los bienes de carácter civil. Por el contrario, el principio de distinción tiene poca relevancia práctica teniendo en cuenta la alta interconectividad entre los sistemas computarizados militares y civiles, y el predominante doble uso que tiene la infraestructura cibernética. El principio de precaución también guía la conducta de las operaciones cibernéticas pero se encuentra limitado por consideraciones de posibilidad o razonabilidad. Por eso, el derecho internacional humanitario parece ser lo suficientemente amplio y flexible como para acomodar los nuevos desarrollos con respecto a la guerra cibernética.²⁰¹ Sin embargo, y como la eficacia de las reglas frecuentemente depende de su interpretación amplia o restrictiva, podría ser necesario contar con "normas más precisas".²⁰²

Los ataques cibernéticos que superan el umbral del conflicto armado también pueden constituir ataques generalizados o sistemáticos en el sentido del artículo 7, Estatuto CPI. En todo caso, deben ser realizados conforme a una política de Estado o de una organización en el sentido del artículo 7 (2) (a), Estatuto CPI.

7. BIBLIOGRAFÍA

Aldrich, «The International Legal Implications of Information Warfare», *Airpower Journal*, vol. 10, 1996.

Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, OUP, Oxford, 2014.

²⁰⁰ *Supra* nota 51.

²⁰¹ En el mismo sentido, Harrison Dinniss, *Cyber Warfare*, 2012, pp. 28 y 29, 279.

²⁰² En el mismo sentido, Droege, «Cyber Warfare» *IRRC*, (94), 2012, pp. 540, 578.

Barriga/Kreß (eds.), *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, *cup*, Cambridge, 2012.

Benatar, «The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?», *GoJIL*, vol. 11, 2009.

Boothby, «Methods and Means of Cyber Warfare», *Int'l L.Stud.*, vol. 89, 2013.

Cammack, «The Stuxnet Worm and Potential Prosecution by the International Criminal Court Under the Newly Defined Crime of Aggression», *Tulane J. of Intl. & Comp. L.*, vol. 20, 2010.

Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*, 3a. ed., *oup*, Oxford, 2013.

Clark, «Alleged Aggression in Utopia», en Schabas et al. (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law*, Ashgate, Farnham, 2013.

Corredor, *El Crimen de Agresión en Derecho Penal Internacional*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

Dervan, «Information Warfare and Civilian Population: How the Law addresses a fear of the Unknown», *GoJIL*, vol. 3, 2011.

Dinstein, «Computer Network Attacks and SELF-Defense», *Int'l L. Stud.*, vol. 76, 2002.

Doswald-Beck, «Some Thoughts on Computer Network Attack», *Int'l L. Stud.*, vol. 76, 2002.

Droege, «Get off my Cloud: Cyber Warfare, International Humanitarian Law and the Protection of Civilians», *IRRC*, vol. 94, 2012.

Dörmann, «§ 11 VStGB», en Joecks/Miebach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 8, 2a. ed., C.H. Beck, München, 2013.

EL Mismo (ed.), *Commentary on the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (reimpreso en 1994), ICRC, Ginebra, 1958.

EL Mismo, «Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 37, 1999.

- , «Wired warfare: Computer Network Attack and *Ius in Bello*», *IRRC*, vol. 84, 2002.
- , «Applicability of the Additional Protocols to Computer Network Attacks», 19 de noviembre de 2004, disponible en: [http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/68lg92.htm], 2004.
- , Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Ginebra, 2009.
- , «Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It», *EJIL*, vol. 20, 2009.
- , «Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of THE Crime of Aggression: A Reply to Andreas Paulus», *EJIL*, vol. 20, 2009. El Mismo, *Principles of International Criminal Law*, 2a. ed., tmc Asser, La Haya, 2009.
- , «Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court Considered at the first Review Conference on the Court, Kampala, 31 May-11 June 2010», *GoJIL*, vol. 2, 2010.
- , *Cyberwarfare and International Law*, UNDIR Resources, Ginebra, 2011.
- , «Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited», *Vill.L.Rev.*, vol. 56, 2011.
- , «Cyber Operations and the Jus in Bello: Key Issues», *Int'l L. Stud.*, vol. 87, 2011.
- , «Classification of Cyber Conflict», *J.C.& S.L.*, vol. 17, 2012.
- , *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, oup, Oxford, 2013.
- , «Cyber-Conflict, Cyber-Crime, and Cyber Espionage», *Minnesota J. Intl L.*, vol. 22, 2013.
- Fenrick, «Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia», *EJIL*, vol. 12, 2001.
- Geiss, «Cyber Warfare: Implications for Non-international Armed Conflict», *Int'l L. Stud.*, vol. 89, 2013.
- Geiß/Lahmann, «Cyber Warfare: Applying the Principle of Distinction in an Interconnected Space», *Isr.L.Rev.*, vol. 45, 2012.
- Gervais, «Cyber Attack and the Laws of War», *J.L. & Cyber Warfare*, vol. 8, 2012.

- Gillet, «The anatomy of an international crime: Aggression at the ICC», *ICLR*, vol. 13, 2013.
- Goldsmith, «How Cyber Changes the Laws of War», *EJIL*, vol. 24, 2013.
- Hankel, *Das Tötungsverbot im Krieg: Eine Intervention*, Hamburger Edition, Hamburgo, 2011.
- Harrison Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War*, cup, Cambridge, 2012.
- Haslam, «Information Warfare: Technological Changes and International Law», *J.C.& S.L.*, 2000.
- Hathaway et al., «The Law of Cyber-Attack», *Cal.L. Rev.*, vol. 110, 2012.
- Heinsch, «The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?», *GoJIL*, vol. 2, 2010.
- Henckaerts/Doswald-Beck, *ICRC Study on Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, cup, Cambridge, 2005.
- Hinkle, «Countermeasures in the Cyber Context: One More Thing to Worry About», *YJIL Online*, vol. 37, 2011.
- Keller/Forowicz, «A Tightrope Walk between Legality and Legitimacy: An Analysis of the Israeli Supreme Court's Judgment on Targeted Killing», *LJIL*, vol. 21, 2008.
- Kessler/Werner, «Expertise, Uncertainty, and International Law: A Study on the Tallinn Manual on Cyberwarfare», *LJIL*, vol. 26, 2013.
- Kostic, «Whose Crime is it Anyway? The International Criminal Court and the Crime of Aggression», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 22, 2011.
- Kreß, «Strafrecht und Angriffskrieg im Licht des 'Falles Irak'», *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 115, 2003.
- Lin, «Cyber Conflict and International Humanitarian Law», *IRRC*, vol. 94, 2012.
- Lubell, «Lawful Targets in Cyber Operations: Does the Principle of Distinction Apply?», *Int'l L. Stud.*, vol. 89, 2013.

- Leif O., «International Humanitarian Law in Times of Contemporary Warfare – The New Challenge of Cyber Attacks and Civilian Participation», *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, vol. 26, 2013.
- M. Schmitt, «Classification of cyber conflict», *J.C. & S.L.*, vol. 17, 2012.
- McClure, «International Adjudication Options in Response to State-Sponsored Cyber-Attacks Against Outer-Space Satellites», *New England J. of Intl & Comparative L.*, vol. 18, 2012.
- Melzer, «Cyber Operations and Ius in Bello», *Disarmament Forum*, vol. 4, 2011.
- Oeter, «Methods and Means of Combat», en Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2a. ed., oup, Oxford, 2008.
- Olásolo, *Unlawful attacks in combat situations: from the ICTY's case law to the Rome Statute*, Nijhoff, Leiden, 2008.
- Ophardt, «Cyber Warfare and the Crime of Aggression: The Need for Individual Accountability on Tomorrow's Battlefield», *Duke Law and Technology Review*, vol. 3, 2010.
- O'Connell, «Historical Developments and Legal Basis», en Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2ª ed., OUP, Oxford, 2008.
- O'Donnell/Kraska, «Humanitarian Law: Developing International Rules for the Digital Battlefield», *J.C. & S.L.*, vol. 8, 2003.
- Paulus, «Second Thoughts on the Crime of Aggression», *EJIL*, vol. 20, 2009.
- Pictet (ed.), *Commentary on the Geneva Convention for the amelioration of the condition of the wounded and sick in armed forces in the field* (reimpreso en 2006), icrc, Ginebra, 1952.
- Pilloud et al., *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Nijhoff, Ginebra, 1987.
- Randelzhofer/Doerr, «Art. 2 (4)», en Simma et al. (eds), *The Charter of the United Nations - A Commentary*, 3a. ed., vol. 1, oup, Oxford, 2012.

- S. Barriga, «Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression», en S. Barriga/W. Danspeckgruber/C. Wenawesser (eds.), *The Princeton Process on the Crime of Aggression - Materials of the Special Working Group on the Crime of Aggression, 2003-2009*, Lynne Rienner Publishers, Princeton, 2009.
- Safferling, *Internationales Strafrecht*, Springer, Berlin, 2011.
- Satzger, *International and European Criminal Law*, C.H. Beck, München, 2012.
- Schmalenbach, «Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof: Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen», *Juristenzeitung*, vol. 65, 2010.
- Schmitt (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, CUP, Cambridge, 2013.
- Silver, «Computer Network Attack as a Use of Force under Article 2(4) of the Un Charter (2002)», *Int'l L. Stud.*, vol. 76, 2002.
- Steiger, «Civilian Objects», en Wolfrum (ed.), *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law*, oup, Oxford, 2013.
- Strapatsas, «Aggression» en Schabas/Bernaz (eds), *The Routledge Handbook of International Criminal Law*, Routledge, Londres, 2011.
- Swanson, «The Era of Cyber Warfare: Applying International Humanitarian Law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict», *Loyola L.A. Int'l & Comp. L.J.*, vol. 32, 2010.
- Turns, «Cyber Warfare and the Notion of Direct Participation in Hostilities», *J.C. & S. L.*, vol. 17, 2012.
- Waxman, «Cyber Attacks and the use of Force», *YJIL*, vol. 36, 2011.
- Weisbord, «Judging Aggression», *Colum. J. of Trans. L.*, vol. 50, 2011.
- Weissbrodt, «Conceptualizing Aggression», *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 20, 2009.
- Werle, *Völkerstrafrecht*, 3a. ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- Wright, «'Excessive' ambiguity: analysing and refining the proportionality standard», *IRRC*, vol. 94, 2012.

TABLA DE JURISPRUDENCIA

Tribunal, Sala y Fecha	Referencia	Magistrado Ponente	Partes
ICC, Sala de Cuestiones Preliminares II, 15 de junio de 2009	ICC-01/05-01/08-424 Confirmation of Charges	Trendafilova, Presidente Kaul Tarfusser	The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo
ICTY, Sala de Primera Instancia, 3 de marzo de 2000	ICTY-95-14-T Judgement	Jorda, Presidente Rodrigues Shahabuddeen	Prosecutor v. Blaskić
ICTY, Sala de Primera Instancia, 15 de marzo de 2006	ICTY-01-47-T Judgement	Antonetti Rasoazanany Swart	Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura
ICC, Sala de Cuestiones Preliminares I, 30 de septiembre de 2008	ICC-01/04-01/07-717 Confirmation of Charges	Kuenyehia, Presidente Usacka Steiner	Prosecutor v. Katanga & Ngudjolo Chi
ICTY, Sala de Apelaciones, 12 de junio de 2002	ICTY-96-23 & ICTY-96-23/1-A 12 Appeals Judgement	Jorda, Presidente Shahabuddeen Schomburg Güney Meron	Prosecutor v. Kunarac, Kovac & Vokovic
ICTY, Sala de Primera Instancia II, 30 de noviembre de 2005	ICTY-03-66-T Judgement	Parker, Presidente Thelin Van Den Wyngaert	Prosecutor v. Limaj <i>et al.</i>
ICC, Sala de Cuestiones Preliminares I, 29 de enero de 2007	ICC-01/04-01/06 Confirmation of Charges	Jorda, Presidente Kuenyehia Steiner	Prosecutor v. Lubanga
ICTY, Sala de Primera Instancia, 26 de febrero de 2009	ICTY-05-87-T Judgement	Bonomy, Presidente Chowhan Kamenova Nosworthy, Reserve Juez	Prosecutor v. Milutinović <i>et al.</i>
ICTY, Sala de Primera Instancia I, 6 de septiembre de 2011	ICTY-04-81-T Judgement	Moloto, Presidente David Picard	Prosecutor v. Perišić
TPIY, Sala de Apelaciones, 2 de octubre de 1995	ICTY-94-1-AR Jurisdiction	Cassese, Presidente Li Deschênes Abi-Saab Sidhwa	Prosecutor v. Tadic 'Tadic Jurisdictional Decision'
ICTY, Sala de Primera Instancia, 25 de junio de 1999	ICTY-95-14/1-T Judgement	Rodrigues, Presidente Vohrah Nieto-Navia	Prosecutor v. Aleksovskia
ICTY, Sala de Primera Instancia, 16 de noviembre de 1998	ICTY-96-21-T Judgement	Karibi-Whyte, Presidente Benito Saood Jan	Prosecutor v. Musovic <i>et. al.</i>

Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas

Kai Ambos*

Resumen: En el presente artículo se realiza un análisis de los enfoques que vienen en consideración para la fundamentación de la responsabilidad penal internacional de las empresas, una cuestión altamente relevante del denominado Derecho Penal Internacional Económico (I.1). Por un lado, el artículo muestra que la circunstancia de que las personas jurídicas actúan mediante sus miembros individuales debe llevar a la exclusión de una fundamentación colectiva de la responsabilidad penal (internacional) de las empresas, es decir, de una responsabili-

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Alemania). Juez del Tribunal especial para el Kosovo (*Kosovo Specialist Chambers*), La Haya, Países Bajos; *amicus curiae* de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), Colombia. El autor agradece a Gustavo Urquiza, LL.M, doctorando y docente en la GAU por la adaptación del presente artículo para esta publicación desde una versión más extensa (Ambos, Kai, *Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*, Navarra, Thomson Reuters, 2018), donde además de los contenidos incluidos en este artículo son desarrolladas las cuestiones conceptuales preliminares relevantes (v. I.), la valoración de la intervención de las empresas desde una perspectiva de la praxis jurídica (v. II), así como la praxis del Derecho Penal Internacional desde Núremberg (v. III).

midas son las que ya se conocen de la discusión del Derecho Penal Económico nacional – en donde, desde hace años, la responsabilidad penal de las personas jurídicas goza de una creciente preferencia,¹⁰ como consecuencia de lo cual Alemania aparece cada vez más aislada –.¹¹

- Surgimiento de una estructura empresarial («corporate culture», «culture d'entreprise») que facilita o incluso promueve la comisión de delitos («actitud criminal del colectivo»,¹² «irresponsabilidad organizada»,¹³ «irresponsabilidad individual estructural»)¹⁴ y encubre la identificación de los responsables («corporate veil»),¹⁵ debido

225 y ss. (quien ya al principio anuncia la fundamentación de un tal modelo de responsabilidad como objetivo de la investigación, pp. 17 y ss.); Kathollnig (2016), pp. 146, 251 y ss. (complemento ECPi o un propio código); Velten, ÖstAnwbl 2016, 603 («derecho penal especial para colectivos» respecto a violaciones de derechos humanos); Ryngaert, CLF 29 (2018), 4.

- ¹⁰ Cf. ya Dannecker, GA 148 (2001) 101, 106 s. (hablando de una «tendencia mundial»). Véase como ejemplo de modificaciones legislativas en ese sentido: LO 5/2010 de 22.6.2010, modificada por la LO 1/2015 de 31.03.2015 (España, al respecto, Zugaldía Espinar (2013), pp. 59 y ss.; véase también Silva Sánchez (2016); pp. 319 y ss., y especialmente 356 y ss.; sobre la reforma española de 2015, *ibidem*, pp. 367 y ss.); Ley N.º 20.393 de 2.12.2009 (Chile, véase al respecto, Hernández Basualto, REJ 16 (2012), pp. 75 y ss.); Ley N.º 30424 de 21.4.2016, modificada mediante el Decreto Legislativo N.º 1352 de 7.1.2017 (Perú; aun cuando ambas leyes hacen referencia a la «responsabilidad administrativa de las personas jurídicas», sin embargo, existen voces en la literatura peruana que consideran ello como la incorporación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase al respecto, García Cavero, en Ambos/Caro/Urquiza).
- ¹¹ Cf. también Meyer, ZStW 126 (2014), 124 («aldea gala», internacionalmente «ubicuo»).
- ¹² Adam (2015) p. 244 (LK-Schünemann, citando el Vor §§ 25 ss. nm. 21); también Velten, ÖstAnwbl 2016, 599, 600; Long, ICLR 17 (2017), 997 (1019: «flaws in corporate culture»).
- ¹³ Fundamentación del concepto en Schünemann (1979), pp. 13 y ss. (quien no solo lo ha utilizado para la fundamentación de una responsabilidad autónoma sino para la descripción de la, en su opinión, lamentable falta de responsabilidad de empresas); al respecto, véase también Silva Sánchez (2016), pp. 287 y ss., con notas 7 y 8.
- ¹⁴ Heine (1995), p. 198; asimismo, Dannecker, GA 148 (2001), 104.
- ¹⁵ Thurner (2012), p. 247; Meyer, ZStR 131 (2013), 56; diferenciadamente Schmidt (2015) pp. 384 y ss.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal

a lo cual ella no puede ser modificada estructuralmente con el «reemplazo» o la criminalización de responsables individuales que sirven de chivos expiatorios («scape-goating» de directores individuales);¹⁶

- Una mayor estigmatización a través del proceso penal y de la pena (reproche ético-social, censure)¹⁷ en comparación con el proceso y las sanciones civiles o administrativas y con ello un mejor efecto comunicativo (expressive), preventivo-especial¹⁸ y preventivo-general;¹⁹
- Asunción de una intimidación más efectiva respecto a agentes racionales («rational choice Modell») («risk-benefit-calculation»)²⁰ y

Económico por ejemplo, Dannecker, GA 148 (2001), 102 («encubrimiento de responsabilidades»); Yates Memorandum, p. 2 («responsibility... diffuse...»); recientemente Estellita (2017), pp. 40, 47, 72.

- ¹⁶ Ortmann, NZWiSt 2017, 247 (trabajadores de la empresa como «chivos expiatorios y peones sacrificados», pese a que ellos han actuado para y por medio de la empresa).
- ¹⁷ Clapham, en Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; Thurner (2012), pp. 237 y ss.; sin embargo, relativizando ello desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Kölner Entwurf, pp. 22 y ss. (porque entre las consecuencias jurídicas de las infracciones administrativas y las penas no existiría una diferencia sustancial, ético-socialmente justificable; por eso, el proyecto también utiliza el concepto «sanción» en lugar de «pena»).
- ¹⁸ Al respecto, desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico, Holder Memorandum, pp. 1, 2 («change of corporate culture»); Yates Memorandum, p. 1 («changes in corporate behaviour»); basándose en el enfoque de los EEUU, Kölner Entwurf, pp. 20, 21 y ss.
- ¹⁹ Véase, al respecto, por ejemplo Kyriakakis, NILR 56 (2009), 333 (361-4), quien se sirve de la teoría expresiva de la retribución – orientada preventivo-generalmente –; en general Kuntz (2017) p. 32 («enhance the effectiveness.»); véase también Clapham en Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; Ramasastry, BerkJIntL 20 (2002), 153 («greater deterrent effect»); ICJ (2008) vol. 2, p. 6 («effective means of shaping corporate conduct»), 59 («effective impetus to improving business behaviour»); Engelhart, en Burchard/Triffterer/Vogel, p. 183; Thurner (2012), pp. 69 y ss., 237; también Meyer, ZStR 131 (2013), 83; Kubiciel, ÖstAnwbl 2016, 577; Kathollnig (2016), p. 247; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148 (2001), 104; Yates Memorandum, p. 1; Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017) 129, 155; Kölner Entwurf, p. 13; crít. Vogel, en Kempf, p. 205 (214 y ss.); Schmidt (2015), pp. 374 y ss.
- ²⁰ ICJ (2008) vol. 2, p. 9; Discusión (distinguiendo entre personas jurídicas y naturales) en Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), pp. 824 y ss.; crít. en

- Esperanza de una recuperación de activos más sencilla y sobre todo más fructífera en el caso de empresas con un patrimonio considerable (usualmente multinacionales) en comparación con personas individuales.²¹

Naturalmente, gran parte de esas suposiciones, especialmente en lo que respecta a la mayor capacidad de rendimiento del Derecho penal, son empíricamente inciertas.²² Adicionalmente a ello, parece contradictorio aducir a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las funciones y los fines del tradicional Derecho Penal de la culpabilidad orientado a personas naturales (estigmatización, efecto expresivo, intimidación, etc.), si aquellas solo se pueden fundamentar para las personas jurídicas por medio de su asimilación a través de las personas naturales —psíquicamente constituidas— (al respecto seguidamente v. I.2). Además, no puede pasarse por alto que un enfoque del Derecho Penal Internacional en el colectivo significa la inversión de su concepción original de un Derecho penal individual proveniente de Núremberg. Finalmente, la sanción penal del colectivo como tal puede hacer desaparecer de la mira a los individuos responsables en la realidad.

Por otro lado, la jurisprudencia de Núremberg referida al Derecho Penal Internacional Económico y aún más la actual implicación de empresas en violaciones de derechos humanos muestra ya sin embargo, que una exclusiva persecución (penal individual) de los miembros de la empresa no se ajusta a la dinámica colectiva del comportamiento criminal empresarial —la empresa es precisa-

ese sentido, Meyer, ZStrR 131 (2013), 82 s.; desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum, p. 2 («deterrence on a massive scale»); Yates Memorandum, p. 1.

- ²¹ Clapham en Kamminga/Zia-Zarifi, p. 147; Schabas, IRRC 83 (2001), 439 (453); ICJ (2008) Vol. 2, p. 59 («enable victims' redress and remedy»); Turner (2012), pp. 237, 240; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico, por ejemplo, Dannecker, GA 148 (2001), 103.
- ²² Respecto a las pocas investigaciones que no ofrecen una imagen clara Karstedt, en: Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 179 y ss. (regulación no penal más efectiva); exigiendo más investigaciones Schmidt (2015), pp. 388 y ss.; en ese sentido, sobre el ámbito español, véase Silva Sánchez (2016); p. 325 («... la reforma legal no ha venido precedida de estudio empírico alguno que avalara las suposiciones de un sector de la doctrina y permitiera superar las objeciones político-criminales a la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas»).

mente más que la suma de sus miembros (sin pretender abogar con ello, sin embargo, por una aproximación fundada sistemáticamente/en la sociología de la organización o, incluso, por una equiparación con las personas naturales, al respecto *infra* I.2) —²³ Adicionalmente a ello, desde una perspectiva político-criminal-normativa no puede existir ninguna duda de que los graves abusos del poder económico que culminan en la comisión de crímenes internacionales constituyen un injusto merecedor de pena, de modo que existe la necesidad de un Derecho Penal Internacional Económico —e incluso centrado en la empresa como tal—,²⁴ en donde, no por último, la empresa aparece por eso como un destinatario idóneo de la imputación, sobre todo porque el mencionado «velo corporativo» («corporate veil») lleva a que la responsabilidad individual sea desfigurada hasta el punto de hacerla irreconocible.²⁵

En el caso de empresas que actúan de forma transnacional surge la cuestión respecto al destinatario de la imputación del injusto de Derecho Penal Internacional: ¿la empresa matriz o la filial que actúa cerca al lugar de los hechos? En tal sentido, Kuntz ha desarrollado un concepto autónomo y supranacional de empresas autónomas —recurriendo al derecho internacional de inversiones,²⁶ al derecho europeo de competencia («single economic entity doctrine»)²⁷ y al derecho de daños y de competencia de los EEUU («enterprise theory»)—,²⁸ como resultado de lo cual, el control

²³ Cf. también Engelhart, en Burchard/Triffterer/Vogel, p. 184 («corporation as a special social system with its own rules and its own dynamics»); Zerbes, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 214, 230 y ss., 234 («dinámica de un colectivo empresarial»).

²⁴ Igualmente Zerbes, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 234 (responsabilidad penal porque no constituye un simple injusto administrativo); Singelstein, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 145, 146 («consenso», de que determinados cursos de los acontecimientos «caen bajo la competencia del Derecho Penal...»); desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico y resaltando la proporcionalmente escasa sanción según el derecho alemán Kölner Entwurf, p. 13 (comparación con el hurto de bicicletas punible).

²⁵ Cf. desde una perspectiva de la teoría de la organización Ortmann, NZWiSt 2017, 243.

²⁶ Kuntz (2017) pp. 72 y ss., 328 (demostrando previamente que del Derecho Internacional general no puede derivarse ningún criterio, pp. 62 y ss.).

²⁷ Kuntz (2017) pp. 111 y ss. (160-162), 328 y ss.

²⁸ Kuntz (2017) pp. 204 y ss. (242 y ss.), 248 y ss., 331 y ss. donde el derecho de los EEUU —como el del Reino Unido (*Ibidem*, pp. 163, 167 y ss., 197 y

definitivo de la matriz surge de su control efectivo sobre la(s) filial(es).²⁹ De ello se sigue que en caso la matriz permanezca inactiva a pesar de un comportamiento relevante para el Derecho Penal Internacional por parte de la filial, aquella puede ser responsabilizada por omisión («parent liability») — en caso de que se asuma una posición de garante de vigilancia frente a la fuente de peligro que representa la «filial» —³⁰ en todo caso si en el resultado de injusto se ha realizado el peligro relacionado con el negocio.³¹ No obstante, aquí ha de considerarse que en tales casos los requisitos de la responsabilidad por omisión tienen que ser adecuados al contexto de comisión del Derecho Penal Internacional, es decir, tienen que ser *flexibilizados de acuerdo con el contexto específico*.³² En relación con la posición y el deber de garantía esto significa, por ejemplo, que existen deberes de supervisión más intensos para la matriz en caso de operaciones en zonas riesgosas con estructuras de gobierno deficitarias («weak governance

ss., 330 y ss.) — distingue en principio más estrictamente (recurriendo a criterios jurídicos) entre la matriz y las filiales («Salomon principle», «separation of legal personalities»).

²⁹ Kuntz (2017) pp. 253 y ss., 332 y ss., 337 («parent's power to control the subsidiary» y «actual exercise of parental control», siendo que estos controles se pueden fijar de la mano de determinados criterios). Igualmente, en el resultado, aunque con una fundamentación menos elaborada Stoitchkova (2010), pp. 140 y ss.; Thurner (2012), pp. 254 y ss.; Kathollnig (2016), p. 155 (por medio de autoría o complicidad en caso de un hacer activo).

³⁰ Wittig, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 249; brevemente sobre la relación matriz-filial desde una perspectiva del Derecho Penal Económico clásico, véase Silva Sánchez (2016), p. 233 («parece que la matriz debe intervenir si recibe la información relativa a un hecho ilícito (aunque sea en la forma de meras sospechas»)).

³¹ Cf. también Zerbes, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 205, 222 y ss., 235 y ss.; Kubiciel, ÖstAnwbl 2016, 578; en ese sentido, respecto al derecho holandés (más bien restrictivo) Ryngaert, CLF 29 (2018), 10 s. (de acuerdo con lo cual para la imputación no sería suficiente el mero control de la matriz).

³² Zerbes, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 236-238, 240 (Los criterios de imputación tendrían que «ser colmados con contenidos modificados», de modo que una «corresponsabilidad» por un injusto grave en la actividad empresarial puede ser comprendida adecuadamente en las regiones riesgosas); Wittig, en: *ibidem*, pp. 249 y ss. (aseguramiento de un proceso no violento con la cooperación con las fuerzas de seguridad locales), 250 y ss. (competencia plena de la directiva), 257 («muestra de la imputación... caracterizado de otra manera...»).

zones»).³³ El criterio de la *relación con la actividad de la empresa* del comportamiento específicamente peligroso, como, por ejemplo, la represión violenta de un movimiento local de protesta, también tiene que ser adecuado de acuerdo con el contexto específico, de modo tal que ello ya ha de ser afirmado cuando el comportamiento relevante ha servido en un sentido amplio al interés empresarial de maximización de las ganancias;³⁴ pues dado que las empresas tienen que actuar para maximizar las ganancias, entonces, en todo comportamiento dirigido a ese fin existe también una relación interna con la actividad de la empresa.³⁵

2. MODELO DE ORGANIZACIÓN VERSUS MODELO DE ATRIBUCIÓN

Las cuestiones fundamentales acerca de la capacidad de acción, de culpabilidad y de ser penadas,³⁶ de las empresas, que en el ám-

³³ Sobre este concepto OECD (2006). Respecto al contexto de la práctica jurídica en general, Karstedt, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 159, 171 y ss.

³⁴ Zerbes, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 237 y ss. En este sentido, también Momsen, en Momsen/Grützner, pp. 75 y ss. (suficiente «riesgo abstracto típico del negocio», que puede realizarse a través de delitos económicos centrales y — podría añadirse — de crímenes internacionales según las circunstancias).

³⁵ Cf. respecto al concepto — a veces entendido más estrictamente — de la relación con el negocio (Betriebsbezogenheit) en el marco del § 130 OWiG («Contravenciones de deberes... que conciernen al titular...») Rogall, § 130 nm. 81 ss.; Niesler, en Graf/Jäger/Wittig, § 130 OWiG nm. 62 (Relación con el campo de acción o con la administración del negocio); Raum, en Wabnitz/Janovsky, pp. 257, 302 (relación interna, persecución del fin de la empresa); von Galen/Maas, en Leitner/Rosenau, § 130 OWiG nm., pp. 56 y ss. («Relación con la administración del negocio y empresa»).

³⁶ Conciso por ejemplo, Kuntz (2017) p. 31, con referencias adicionales en nota 74 («pragmatic approach concerning moral blameworthiness.»); considera superables («not insurmountable») los problemas conceptuales ICJ (2008) vol. 2, p. 58 (sin embargo, sin ofrecer explicaciones concretas); cf. también Long, ICLR 17 (2017), 997, 1014 ss. (quien quiere lidiar con la crítica — formulada también y precisamente en la discusión angloamericana [cf. por todos Hasnas, American Cr.L.Rev. 46 (2009), pp. 1329 y ss. con notas adicionales; resumidamente Beale, ZStW 126 (2014), pp. 27 (36 y ss.)] — respecto a la ausencia de responsabilidad moral de personas jurídicas por medio de un enfoque reactivo-normativo y consecuencialista radical en

el sentido de Strawson, de acuerdo con la cual solo dependería de si «our lives will be better by projecting the norm of international criminal liability» (1019)). En la literatura jurídico penal nacional ya con anterioridad Dannecker, GA 148 (2001), pp. 107 y ss. (justificando una compatibilidad con las categorías fundamentales mencionadas en el texto principal); recientemente Kölner Entwurf, pp. 17, 22 y ss. (ninguna contradicción con el principio de culpabilidad puesto que este sería derivado de la dignidad humana, pero los colectivos «no tomarían parte... en la protección de la dignidad»; «sanción» en lugar de «pena»; al respecto ya *supra* nota 17); sin embargo, *crit.* Schünemann, en: Sieber *et al.*, pp. 429, 430 y ss.; rechazando ello recientemente Greco, GA 162 (2015) pp. 503 y ss. (no existe una imputabilidad porque la culpabilidad sería personalísima, ni tampoco capacidad de ser penada porque la pena requeriría la culpabilidad –considerando la supresión de derechos congénitos causada con ella, por ejemplo, de la libertad –; véase también Silva Sánchez (2016), p. 310, quien basado en la ausencia de libertad y autoconciencia en la persona jurídica niega que sus hechos «[puedan] mostrar las características mínimas de la acción humana tal como esta se examina en los niveles sistemáticos de la acción, la imputación subjetiva y la culpabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de una construcción del delito que no prescinde de la concepción directiva de las normas jurídico-penales». Por eso, a los hechos de las personas jurídicas tampoco se las podría considerar culpables en un sentido clásico puesto que el reproche jurídico en sentido estricto estaría condicionado a un sujeto con conciencia y libertad, relación que precisamente estaría ausente en las propuestas alternativas al principio clásico de culpabilidad (p. 311); en definitiva, la falta de conciencia y libertad junto a otras dificultades (relativas al hecho) llevarían a tener que reconocer que no existiría un «hecho antijurídico suficiente para soportar una culpabilidad por el hecho que diera lugar a la imposición de una pena» aunque sí una «base fáctica suficiente» para otras consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (p. 317); Cigüela Sola (2015), pp. 381 y ss. y *passim*; el mismo, InDret 1/2016, pp. 18 y ss.; el mismo, GA 163 (2016), 625 ss. (no existe una integración de una organización en el concepto de culpabilidad tradicional, orientado a un Derecho penal individual, «puesto que ella como metasujeto colectivo no cumple con los requisitos de identidad,... para actuar frente a la norma de Derecho penal como persona» [GA 163 (2016), 625; Culpabilidad, p. 383], al disponer únicamente de una «identidad narrativa» o «temporal» [GA 163 (2016), 626 y ss.; más detalladamente el mismo (2015) pp. 154 y ss.] sin «capacidad de iniciativa propia» [GA 163 (2016), 630; más detalladamente, el mismo (2015), pp. 166 y ss.], sin «capacidad de comprender el sentido de la propia acción» [GA 163 (2016), 632; más detalladamente el mismo (2015), pp. 211 y ss.] y sin «identidad política» ni «ética» [GA 2016, 633 y ss.; más detalladamente el mismo (2015), pp. 243 y ss. y 261 y ss.], expresado brevemente, a ella le faltaría la capacidad de «causar autónomamente el hecho organizativo» y ella «desarrolla la organización únicamente como aporte de sus miembros», es decir, su organiza-

ción depende de otros [GA 163 (2016), 637, resaltado en el original]; Mulch (2017), pp. 43 y ss., 199 y ss. (quien rechaza una responsabilidad penal de personas jurídicas por falta de reprochabilidad personal y capacidad de ser penada); Gracia Martín, en Silva Sánchez *et al.*, pp. 115 y ss. con notas adicionales (contra el art. 31 *bis*, Código Penal español); igualmente en contra Murmann (en publicación); también *crit.*, pero en última instancia dejando la cuestión abierta Estellita (2017) pp. 63 y ss., 73.

bito de lengua alemana pueden rastrearse hasta el siglo XIX,³⁷ solo poseen una importancia reducida en la discusión del Derecho Penal Internacional, pues, especialmente en el círculo jurídico angloamericano, el extendido reconocimiento de una responsabilidad penal de la empresa es aceptado con cierta despreocupación pragmática como algo dado y además, por las razones mencionadas, existe el convencimiento de su necesidad político-criminal. De cualquier modo, la fragmentación de los enfoques presentes en los derechos nacionales, con sus modelos de responsabilidad configurados de un modo diverso, hace difícil hallar un modelo de responsabilidad universalmente aceptable. Por eso, la discusión del Derecho Penal Internacional también gira esencialmente en torno a los dos grandes modelos de responsabilidad, a saber, el de la responsabilidad colectiva de la persona jurídica en sí (modelo de organización) y el de la imputación individual, derivada (modelo de atribución).³⁸ El enfoque colectivo orientado a

³⁷ Cf. por una parte Savigny, 1840, pp. 312, 350-352 (denominada como teoría de la ficción, según la cual persona jurídica no sería un ser racional, sensible, sino «solo un ser que tiene un patrimonio», por lo cual su «existencia real» se basaría en «la voluntad representativa» de su trabajador, «la cual, como consecuencia de una ficción, puede serle atribuida como su propia voluntad» [312]; sin embargo, esto solo podría valer en el Derecho Civil) y por otra parte, O.v.Gierke, 1887, pp. 603, 607 y ss., 743 y ss., 754 y ss. (reconocimiento de la «personalidad colectiva real» de las personas jurídicas y entonces la «capacidad de voluntad y de acción», así como la capacidad penal de cometer delitos que se deriva de aquello).

³⁸ Cf. Meyer, ZStrR 131 (2013), pp. 78 y ss. (quien en última instancia critica una «determinación arbitraria de los puntos definitivos de la imputación con base en consideraciones de utilidad», 84); Adam (2015) pp. 190 y ss. (teorías de la atribución, en especial la doble atribución del comportamiento y culpabilidad, teoría de la identificación colectiva al sistema autónomo, y ss. (teorías sistémicas: de la personalidad y vicarious liability), pp. 197 y ss. (teorías sistémicas: de la personalidad, adelantamiento; en general, a favor, especialmente respecto a la imputabilidad pp. 207 y ss.); desde una perspectiva del common law por ejemplo, Colvin, CLF 6 (1995), pp. 1 y ss. (quien respecto al modelo de atribución habla de las «nominalist theories» y res-

la culpabilidad por organización de la empresa³⁹ («culpabilidad por la conducción del negocio» a causa del manejo deficiente del riesgo y una realización del riesgo típico del negocio,⁴⁰ organización o ética empresarial deficitaria,⁴¹ «policy»⁴² criminal), incluso en el caso de un concepto jurídico de persona con contenido sistémico (sobre esto, seguidamente), no ignora el hecho de que *siempre se actúa mediante personas naturales*,⁴³ si no se quiere ya fin-

pecto al modelo de responsabilidad colectiva – de forma absolutamente sorprendente – habla de «realist theories»; a favor del «modelo de organización» van den Herik, en Burchard/Triffterer/Vogel, pp. 171 y ss.; crít. Weigend, JICJ 6 (2008), pp. 927, 936 y ss., 944 y ss.

- ³⁹ Fundamental Tiedemann, NJW 1988, pp. 1169, 1172 y ss. («culpabilidad por organización», «déficit de organización»); el mismo (2017), pp. 180 y ss. Explícitamente a favor de un traslado al Derecho Penal Internacional Thurner (2012), pp. 264, 276.
- ⁴⁰ Heine (1995) pp. 253 y ss., 261 y ss. (265 y ss.), 308 y ss. (308, 310, 313); concretizando respecto a la gestión defectuosa del riesgo y a la realización del peligro típica del negocio *ibidem*, pp. 271 y ss., 288 y ss.; a favor Thurner (2012), p. 260.
- ⁴¹ Dannecker, GA 148 (2001), pp. 112 y ss., 117 (estructura organizacional o ética empresarial deficitaria en el sentido de una ética social).
- ⁴² En ese sentido, véase ACJHPR, artículo 46 C Protocolo de Malabo.
- ⁴³ Cf. por ejemplo, Nerlich, JICJ 8 (2010), 895; Zerbis, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 232; también Kuntz (2017), p. 31 («acting through natural persons»); desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico por ejemplo Dannecker, GA 148 (2001), 109 y ss. (persona natural como destinatario de la norma desde un punto de vista ontológico, sin embargo, con una fundamentación de deberes originales para la empresa), 118 s. (desencadenamiento de la responsabilidad a causa de un «comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan por el colectivo» y adscripción a este); Greco, GA 162 (2015), 508 (por eso «modelo de atribución camuflado»); Silva Sánchez (2016), p. 303 («los intentos de configurar un modelo de responsabilidad por hecho propio acabarían en la imputación de un hecho ajeno» y «cuando se intenta concretar el hecho, se acaba asociándolo a una persona física, y si se mantiene su vinculación exclusiva a la persona jurídica, entonces no parece fácil concretarlo»); Cigüela Sola (2015), pp. 182 y ss. y el mismo, GA 163 (2016), 629 (actuación de la persona jurídica tiene su «origen en las acciones primarias de otros sujetos...»); el mismo (2015), p. 169 y GA 163 (2016), 631 (el defecto de organización «aparece frecuentemente de modo acumulativo y difuso por parte de los miembros» [resaltado en el original]); el mismo (2015), pp. 204 y ss. y GA 163 (2016), 632 (el conocimiento de la organización se compone «del de sus miembros»), el mismo (2015), pp. 277 y ss. y GA 163 (2016), 637 (condiciones de la identidad (temporal, organizativa, cognitiva, ética y política) de una persona jurídica se desarrolla solo como «aporte de sus miembros» [resaltado en GA]); Mulch (2017),

gir jurídicamente el elemento de comportamiento – recordando a von Savigny –.^{44, 45}

En ese sentido, también en el derecho angloamericano («*common law*»), favorable al modelo de organización, se reconoce que una empresa tendría que actuar «por medio de personas vivas» («*through living persons*»)⁴⁶ Según Colvin el colectivo actuaría «como una entidad real» («*as real entity*») por medio del conjunto de sus trabajadores⁴⁷ (de lo cual también surgiría su imputabilidad, así como su capacidad de ser sancionada penalmente).⁴⁸ En el marco de su investigación acerca de la responsabilidad de la empresa como consecuencia de la imputación del comportamiento (punible) de sus directivos en el derecho an-

p. 192, con notas adicionales (comportamiento individual como desencadenante de la responsabilidad); Estellita (2017) p. 66 («*decisões e comportamentos de pessoas naturais*»). Sin embargo, los defensores de un enfoque meramente consecuencialista como, por ejemplo, Long, ICLR 17 (2017), 997 (1014 y ss.), *supra* nota 36, no se plantean esa cuestión.

⁴⁴ *Supra* nota 37.

⁴⁵ En ese sentido, la crítica en Meyer, ZStrR 131 (2013), 81 respecto a la fundamentación sistémica de la responsabilidad, que en última instancia acabaría en una ficción jurídica («*corporate knowledge*» o incluso «*intent*» ficticio, inexistencia de una relación actual entre un conocimiento/voluntad colectivo agregado y la acción del injusto, inexistencia de una capacidad de reflexión sobre el injusto).

⁴⁶ Fundamental House of Lords, *Tesco Supermarkets Ltd. v Nattras*, [1972] AC 153, 170 (Lord Reid): «A living person has a mind which can have knowledge or intention or be negligent and he has hands to carry out his intentions. A corporation has none of these: it must *act through living persons*, though not always one or the same person». (Resaltado del autor); igualmente Simester *et al.* (2016), p. 288 («... gateway to corporate liability... through the conduct... of persons connected with the company»).

⁴⁷ Respecto a la correspondiente «*theory of aggregation*» cf. por ejemplo, Simester *et al.* (2016), pp. 285 y ss. («*faults of any two or more persons associated with the company may be aggregated and attributed in toto to the company*»; es decir, se trata de la fundamentación subjetiva de la responsabilidad, de una «*corporate guilt*» [Resaltado en el original]).

⁴⁸ Colvin, CLF 6 (1995), 18 y ss., 23 y ss. (el colectivo tendría un deber de configurar las estructuras organizacionales que eviten delitos; si omitiera ello, sería responsable a causa de su «*organisational responsibility*» [al respecto y sobre la *corporate negligence*, 25 y ss.]; el ámbito subjetivo del hecho [«*mental state*»] se derivaría de la *corporate culture* o *policy* [31 y ss.]; véase su propuesta de ley pp. 40 y ss.).

gloamericano (especialmente, australiano), Solaiman y Langsted parten de que una «corporación es incapaz de hacer algo, mucho menos cometer un delito, sin sus agentes humanos»;⁴⁹ la empresa actuaría por medio de la suma de sus trabajadores, cuyo conocimiento agregado («aggregate») representaría al mismo tiempo el tipo subjetivo.⁵⁰ En un ámbito práctico los memorandos de los ex Fiscales Generales adjuntos de los Estados Unidos Eric Holder (2009-2015) y Sally Quillian Yates (2015-2017) resaltan el comportamiento de los miembros del colectivo,⁵¹ y especialmente el Memorando de Yates contiene referencias prácticas sobre la persecución más eficiente del personal directivo.⁵² En el caso de autores cercanos al círculo jurídico europeo-continental («civil law») puede leerse algo similar. En el modelo holístico de Stoitchkova la imputación al colectivo como tal se produce como consecuencia de una «aggregation» de los aportes al hecho de sus miembros.⁵³ Adam se decide en el resultado por un modelo de

⁴⁹ Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017), 129, así como 130, 137, 144. [Texto original: «corporation is unable to do anything, let alone commit an offence, without its human agent...»].

⁵⁰ Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017), 130 (con referencia a Denning LJ en House of Lords, H L Bolton (Engineering) Co Ltd v T J Graham & Sons Ltd, [1957] 1 QB 159, 172 tal como es citado en *Supreme Court of South Australia, The Queen v. Goodall* (1975) 11 SASR 94, 112: la empresa «in many ways be likened to a human body» con algunos trabajadores, quienes serían «nothing more than hands to do the work» mientras que los directivos serían «who represent the directing mind and will of the company, and control what it does») y 156 s. (con referencia a *U.S. District Court for the District of Massachusetts, US v. Bank of New England* 821 s. 2d 844, 854 [1st Cir 1987]: conocimiento del banco como «sum of the knowledge of all of the employees»).

⁵¹ Holder Memorandum, p. 4 («corporation can only act through natural persons...»); Yates Memorandum, pp. 1 y ss. («individual accountability for corporate wrongdoing» [p. 1], «... investigations should focus on individuals from the inception of the investigation» [Punto 2, p. 4]).

⁵² Yates Memorandum, pp. 1 y ss.; al respecto, véase Silva Sánchez (2016), p. 424 («golpe de timón en el *American Way* de afrontar la delincuencia de empresa»).

⁵³ Stoitchkova (2010) pp. 113 y ss. («combined acts or omissions of individual agents where each act or omission is in itself insufficient» [114]), con lo que entiende los posibles aportes al hecho de una manera amplia en el plano objetivo [134-137] y exige subjetivamente una «constructive corporative fault» [118-21] así como *dolus eventualis* e imprudencia [121-134]). Similar Thurner (2012), pp. 259, 277 («Imputación de la culpabilidad del órgano como culpabilidad propia», culpabilidad de los «trabajadores»).

atribución modificado, el cual es combinado con una responsabilidad por omisión y organización y con lo cual no deja mucho de su anteriormente defendido enfoque sistémico; no obstante, se renuncia a la condena de la persona natural.⁵⁴

Sin embargo, si esto es así, es decir, si los colectivos se componen de personas naturales y actúan mediante ellas, entonces, a pesar de una extrema normativización los teóricos de una «personalidad de la empresa» («corporate personality») independiente —es decir, el colectivo como una persona social (con capacidad de acción, de injusto y de ser penada)— tampoco ignoran el hecho naturalístico de que incluso la interacción más elaborada de personas en un complejo colectivo e interpretada desde la perspectiva de la sociología de la organización no transforma a esas personas en máquinas ni al colectivo en una persona con todas las características específicas de la personalidad (así como la inteligencia artificial más desarrollada tampoco convierte una máquina en una persona).⁵⁵ Con ello no se niega la existencia de una específica cultura corporativa («corporate culture») producto de la cooperación sistémica y la interacción de personas naturales organizadas en la forma de un colectivo, pero el colectivo es y sigue siendo «persona» solo en un mero sentido jurídico, «sin una realidad trascendente más allá del ámbito meramente legal».⁵⁶

Entre los teóricos de la personalidad autónoma del colectivo⁵⁷ Carlos Gómez-Jara⁵⁸ defiende la posición quizás más radical.

⁵⁴ Adam (2015) pp. 225 y ss. (225), 233 y ss.; respecto a su enfoque esencialmente sistémico teórico, ya *supra* nota 38.

⁵⁵ Véase, también Dandekar/Kunz (2017), pp. 203 y ss.

⁵⁶ Simester *et al.* (2016), p. 288 (con referencia a Hart) [Texto original: «with no transcendent reality beyond the merely legal realm»]. La opinión de Lord Hoffman que allí se cita y que se remonta al empirismo inglés referida a que «there is no such thing as the company itself» queda sin embargo, demasiado rezagada respecto a los conocimientos actuales de la sociología de la organización, a los cuales se hará referencia a continuación en el texto principal.

⁵⁷ Ya con anterioridad, sin embargo, con una menor elaboración desde una perspectiva de la sociología de la organización Dannecker, GA 148 (2001), 108 y ss., 111, 116 y ss. (empresas como «sujetos sociales reales, autónomos» con una capacidad de acción fundamentadora de un injusto, aunque con su constitución jurídica como condición de su imputabilidad penal).

⁵⁸ Cf. en especial Gómez-Jara Díez (2005); resumidamente en alemán el mismo, ZStW 119 (2007), 290.

Él defiende —con base en la teoría de los sistemas sociales autopoieticos— un concepto constructivista de la culpabilidad empresarial,⁵⁹ como resultado de lo cual se distingue⁶⁰ entre personas jurídicas imputables e imputables y se hace depender la imputabilidad —tanto en el caso de personas naturales como jurídicas— de la «autorreferencialidad».⁶¹ La cuestión de si esta se halla lo suficientemente desarrollada para la afirmación de la imputabilidad dependería de la complejidad interna de la persona jurídica.⁶² Esta complejidad sería el fundamento de la capacidad de autoorganización, autodeterminación y autodirección, de lo cual se derivaría la «competencia sobre su ámbito de organización»⁶³ y la correspondiente responsabilidad por su aseguramiento;⁶⁴ esto constituiría un equivalente funcional de la capacidad de acción propia de la persona natural.⁶⁵ Si bien Gómez-Jara reconoce las acciones de personas naturales en el marco de las personas jurídicas,⁶⁶ considera que ello «no es lo propio de la persona jurídica».⁶⁷ En ese sentido, solo constituirían presu-

⁵⁹ Gómez-Jara Díez (2005) pp. 201 y ss.; el mismo, ZStW 119 (2007), pp. 293 y ss., 302 ss. (la organización como sistema autopoietico que se reproduciría por sí misma). Crít. Cigüela Sola (2015), pp. 189 y ss., 382 y ss. (según el cual, la perspectiva de la sociología de la organización pasaría por alto la diferencia entre el «ser social» y el «deber-ser normativo».

⁶⁰ Gómez-Jara Díez, Polít. crim. vol. 5, N.º 10 (diciembre 2010), Doc. 1, pp. 455 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 456 y ss.; el mismo (2005) pp. 242 y ss.

⁶² *Ibidem*, p. 457 («la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno»); el mismo, ZStW 119 (2007), 309 («autorreferencialidad como consecuencia de una suficiente complejidad interna»).

⁶³ *Ibidem*, p. 461 («cierta competencia sobre su ámbito de organización», [resaltado en el original]); el mismo, Capítulo V, en Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez, p. 121 («una determinada competencia o posición de garante sobre su propio ámbito organizativo», [resaltado en el original]).

⁶⁴ Gómez-Jara Díez, ZStW 119 (2007), pp. 324, 325 y ss. (libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias).

⁶⁵ Gómez-Jara Díez, Capítulo V, en Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez, p. 122.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 109; con más detalle Gómez Jara Díez, Capítulo VI en *ibidem*, pp. 135 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 136 («no es lo propio de la persona jurídica» [resaltado en el original]).

puestos no identificables con el injusto realizado por medio del defecto de organización.⁶⁸ Lo decisivo para la determinación del injusto de la persona jurídica sería únicamente el ejercicio deficitario de la libertad de autoorganización⁶⁹ y el cuestionamiento subyacente de la norma penal.⁷⁰ De manera similar, Ortmann,⁷¹ desde una perspectiva de la teoría de la organización, se ha basado recientemente en el grado de autoorganización y la autonomía de las organizaciones para fundamentar la capacidad de acción de estas, independiente de sus miembros —actuación que «pasa a través de la actuación de sus miembros individuales»—. ⁷² El comportamiento organizacional podría ser entendido como una «causación imputable» (socialmente relevante) en el sentido

⁶⁸ *Ibidem*, (Cap. IV nota 63), p. 109: «la persona jurídica... no responde por dichos presupuestos —es decir, acciones u omisiones de personas físicas— sino... por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad)»; cf. también (en el marco de la proscripción de una responsabilidad por hechos ajenos) *Ibidem*, p. 135: «Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, los comportamientos de personas físicas sólo pueden considerarse como presupuestos de la responsabilidad de las personas jurídicas pero no como su fundamento» (resaltado en el original).

⁶⁹ Gómez-Jara Díez, Capítulo VI, en Bajo Fernández/Feijoo Sánchez/Gómez-Jara Díez (Cap. IV nota 63) p. 140 «... la persona jurídica tiene una libertad de autoorganización que puede utilizar correcta o defectuosamente. Cuando dicha libertad es utilizada de modo defectuoso, se produce un defecto de organización, que desde la perspectiva jurídico-penal constituye su injusto propio. O expresado de otra manera, lo que una persona jurídica "hace" es organizarse. Y dicha organización puede ser correcta o defectuosa. La persona física actúa, precisamente en el marco de esa organización correcta o defectuosa. Cuando la persona física actúa delictivamente dentro de una organización correcta, no se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica. Sin embargo, cuando se produce dicha actuación delictiva en el seno de una organización defectuosa, entonces sí se puede considerar que concurre el injusto propio de la persona jurídica» (resaltado en el original). Cf. también el mismo, ZStW 119 (2007), pp. 330 y ss.

⁷⁰ La capacidad para ese cuestionamiento se sigue de nuevo de la propia complejidad de la respectiva empresa, lo cual posibilitaría su capacidad para participar en el discurso público sobre normas en el sentido de un «good corporate citizen»; Gómez-Jara Díez, ZStW 119 (2007), pp. 315 y ss., 327 y ss.

⁷¹ Ortmann, NZWiSt 2017, p. 241.

⁷² *Ibidem*, pp. 241 y ss. (resaltado en el original).

de Jakobs⁷³ — quien no obstante rechaza la responsabilidad penal de las personas jurídicas —.^{74, 75} Las organizaciones, en especial las empresas, actuarían como «actores corporativos»; si bien el «surgimiento» de su capacidad organizacional de acción y responsabilidad se construiría sobre la base de acciones individuales y la responsabilidad individual, sin embargo, no se reduciría a ello.⁷⁶ La acción corporativa sería una realidad, y solo una ficción en el sentido de una producción de consecuencias prácticas y reales, de la causación imputable como «interconexión cíclica de autodescripción y heterodescripción, por una parte, y de autoimputación y heteroimputación de la decisión, la actuación y la comunicación, por otra parte...».⁷⁷ La culpabilidad de la acción organizacional radicaría en la decisión contraria al Derecho a pesar de la existencia de una «posibilidad de actuar de un modo distinto»; ello tendría que orientarse por la «capacidad de acción y por la responsabilidad» específicas de la persona jurídica, es decir, una «responsabilidad empresarial» («corporate responsibility»), y no por un concepto de culpabilidad derivado de la dignidad humana.⁷⁸ La culpabilidad por organización sería precisamente «la culpabilidad de la organización».⁷⁹ Por lo demás, tendría que distinguirse entre un defecto de organización — meramente imprudente — y una realización — dolosa — de fines u

⁷³ Jakobs (1992), p. 29 (respecto a la relevancia social del concepto de acción — como elemento conector entre sociedad y Derecho penal, que consistiría en «hacer comprensible el mundo social» — *Ibidem*, 12, 27 y ss., 45 y ss.).

⁷⁴ A favor del reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas Jakobs (1991), pp. 6, 44 y ss. («determinación valorativa del sujeto de imputación», «Output». «Conformidad constitucional de las actuaciones del órgano» [de la persona jurídica] como sus propias acciones); la explícita finalidad de esa perspectiva con referencia a la «relatividad de la personalidad» sin embargo, Jakobs, en: Prittowitz *et al.*, pp. 559, 560 con nota 7, 561 y ss. (donde él enfatiza especialmente la diferencia entre la persona jurídica y natural y rechaza una adscripción en el ámbito de la acción, así como una transferencia de la culpabilidad).

⁷⁵ Ortmann, NZWiSt 2017, p. 243 («Organizaciones como los “colaboradores imputables” de los modernos... con lo cual es por mucho la mayor potencia», resaltado en el original).

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 243 y ss.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 245 y ss. (246).

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 246 y ss.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 248 (resaltado en el original).

objetivos empresariales por medio de un comportamiento punible — «un objetivo organizacional» —.⁸⁰

En el *modelo de la atribución*, la responsabilidad se vincula — de un modo igualmente derivado — al comportamiento (relacionado con el negocio)⁸¹ del miembro de la empresa. Aquí, sin embargo, la asunción de la subsistencia de una responsabilidad del correspondiente miembro⁸² — más allá de la absolutamente controvertida cuestión sobre su fundamentación⁸³ (contingente a la organización interna de la empresa) y sobre la que aquí no se profundizará — conduce a una duplicación o acumulación de la responsabilidad — responsabilidad paralela del trabajador y de la empresa — difícilmente justificable desde una perspectiva dogmática.⁸⁴ Si la imputación presupone el control o dominio,

⁸⁰ *Ibidem*, p. 248.

⁸¹ Sobre el concepto, véase ya nota 35 y texto principal.

⁸² A favor ya, véase Gierke, p. 769 («sanción simultánea de los titulares o cotitulares de los órganos culpables individualmente»); asimismo, desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional Thurner (2012), pp. 263, 276 y ss., 282; desde la perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Holder Memorandum, p. 2; Dannecker, CA 2001, p. 124; Vogel, en Kempf, pp. 213 y ss.; Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017), pp. 129, 142 y ss., 148 y ss. (quienes, en contra de la jurisprudencia angloamericana dominante, quieren hacer responsables a los directivos como «principal» y no solo como «accomplice»; asimismo, *Rat der Europäischen Union*, p. 10 así como el artículo 121-2 párr. 3, CP (responsabilidad penal del respectivo trabajador permanece intacta).

⁸³ Sobre ello recientemente Utz (2016); desde una perspectiva del derecho comparado Estellita (2017), pp. 37 y ss. y *passim* (especialmente la referencia a la discusión brasileña, alemana y española con amplias referencias).

⁸⁴ Crít. sobre todo Jakobs, en Prittowitz *et al.*, 2002, p. 565, según el cual una adscripción del comportamiento del órgano (trabajador) a la empresa supondría que dicho comportamiento le fuera excluido a aquél, puesto que quedaría consumido mediante la adscripción; igualmente crít. Weigend, *JICJ* 6 (2008), p. 933 («split of personality»); en contra ya Tiedemann, *NJW* 1988, p. 1173 (culpabilidad de organización como «culpabilidad previa» del colectivo); el mismo (2017), p. 181 (distintos sujetos de imputación); Vogel, en Kempf, p. 207, con nota 8 (según el cual en el ámbito de la participación una adscripción del autor principal al partícipe también tendría lugar sin la exclusión del comportamiento respecto de este y que tendría que concederse primacía a los argumentos político-criminales; con referencia a la exposición de motivos en el ámbito suizo); véase también Silva Sánchez (2016), p. 298, para quien el modelo de atribución abonaría más bien a una responsabilidad alternativa y, por eso, no fundamentaría satisfactoriamente

entonces surge el problema de que a menudo las empresas no dominan suficientemente a sus trabajadores (órganos),⁸⁵ aunque tanto las premisas como la configuración concreta del dominio exigen una discusión más detallada.

Desde una perspectiva práctica se discute ante todo si bastaría con el comportamiento punible de cualquier trabajador de la empresa (modelo del motivo, *vicarious liability*)⁸⁶ o si sería necesario que ese comportamiento haya sido realizado por un directivo (*directing mind*)⁸⁷ (teoría de la identificación o teoría del *alter-ego*).⁸⁸ En última instancia, se requiere de ambos enfoques (*modelo*

te una sanción simultánea del órgano y de la persona jurídica (además, en el contexto de su análisis de la legislación española, señala que «el carácter acumulativo de la responsabilidad puede resultar especialmente criticable en los casos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones», p. 337, con nota al pie 30). El problema también es conocido en el derecho angloamericano, cf. Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017), pp. 142 y ss., con referencia a la decisión contenida en *Supreme Court of South Australia, The Queen v Goodall* (véase nota 50), donde Bray CJ hablaba de «some sort of metaphysical bifurcation or duplication of one act by one man», «so that it is in law both the act of the company and the separate act of himself as an individual», pero consideraba esto en el resultado como irrelevante ((1975) p. 11 SASR pp. 94, 99 y ss.).

⁸⁵ Schünemann, en Sieber *et al.*, p. 431; a favor Weigend, JCG 6 (2008), p. 937.

⁸⁶ Al respecto, Colvin, CLF 6 (1995), pp. 6 y ss.; Vogel, en Kempf, p. 210.

⁸⁷ Respecto al origen en la jurisprudencia inglesa, cf. Kuntz (2017) pp. 165 y ss.; sobre el asunto igualmente el Model Penal Code (MPC) de los EEUU, que hace depender la responsabilidad penal de que «the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting on behalf of the corporation within the scope of his office or employment». (§ 2.07(1)(c) Official Draft 1962); a favor también Kölner Entwurf, p. 22; igualmente en el ámbito de la Unión Europea, la posición del Consejo, según la cual la responsabilidad jurídico penal de una persona jurídica es posible cuando los delitos «fueron cometidos a su favor por una persona que ha actuado individualmente o como parte de un órgano de la persona jurídica y que... ostenta... una posición directiva...» (*Rat der Europäischen Union*, pp. 9 y ss.). Respecto a la compleja definición abstracta de los directivos cf. Dannecker, GA 148 (2001), 122 s.; para una definición v. Kölner Entwurf, p. 3 (§ 1 párr. 4).

⁸⁸ Sobre esto, Colvin, CLF 6 (1995), pp. 8 y ss.; Adam (2015) pp. 192 y ss.; Solaiman/Langsted, CLF 28 (2017), 131 (así como ya las referencias de la jurisprudencia *supra* nota 50); crít. desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional Thurner (2012), pp. 256 y ss.; crít. sobre la fundamentación

dual), porque tanto un directivo⁸⁹ como cualquier otro trabajador pueden actuar,⁹⁰ pero ha de distinguirse las exigencias en caso de una imputación a la empresa o a cargo de ella: en el caso de un directivo, este actúa como si se tratara del colectivo mismo y su comportamiento (punible) es al mismo tiempo el del colectivo;⁹¹ en el caso de otro trabajador, su comportamiento puede imputarse directamente al colectivo (cuando aquél ha actuado en el marco de su competencia) o como infracción del deber de vigilancia (en caso de un hecho excesivo),⁹² siempre que allí se manifieste la ya mencionada culpabilidad por organización como consecuencia de una organización deficiente o de una ética empresarial⁹³ ausente.⁹⁴ Por un lado, el comportamiento criminal del trabaja-

de la imputación desde el punto de vista del derecho comparado Heine (1995) pp. 221 y ss.

⁸⁹ Donde la definición del «level of authority» tiene que manejarse de modo flexible y debería reflejar la «wide variety of decision-making systems in legal persons», cf. OECD (2009), párr. 2 b.

⁹⁰ Igualmente, Meyer, ZStW 126 (2014), p. 128 (planteamiento de identificación para el ámbito directivo y la culpabilidad por organización para los niveles medio/inferior); igual en el resultado desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148 (2001), 118 («comportamiento defectuoso de todas las personas que actúan para el colectivo»).

⁹¹ Cf. House of Lords, *Tesco Supermarkets*, *supra* nota 46: «... the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company... He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the *persona* of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind then that guilt is the guilt of the company». Cf. también Zerbès, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, pp. 232 y ss.

⁹² Zerbès, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 233; en este sentido, también, UK Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, según el cual un colectivo es responsable de la muerte de una persona, cuando esto puede atribuirse a un «gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased», cf. sección 1, accesible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/section/1> (último acceso: 25.03.2018); igualmente Kyriakakis, NtLR 56 (2009), p. 365 («organisational model for the attribution of criminal fault to the corporation»). Respecto a la decisión de actuar en el marco de la competencia y excesivamente también Dannecker, GA 148 (2001), p. 118.

⁹³ *Supra* nota 39 y ss. y texto principal.

⁹⁴ Cf. desde la clásica perspectiva del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148 (2001), pp. 119, 121; Tiedemann (2017), p. 181 (imputación del com-

dor constituye en cualquier caso un indicio de la responsabilidad de la empresa, por otro lado, ello depende de forma decisiva de la organización de la empresa, por lo cual el modelo de la atribución desemboca en un «modelo organizacional oculto» («hidden organisational model»)⁹⁵ o resulta equiparable a un modelo de «responsabilidad estructural».⁹⁶ En ese sentido, también es im-

portamiento del órgano complementado con el elemento colectivo de la organización consistente en un defecto de organización y de vigilancia). Esto corresponde al § 130 OWiG, según el cual la infracción (dolosa o imprudente) del deber de vigilancia del empresario en caso de comisión simultánea de una «contravención» (condición objetiva de la punibilidad) tiene un efecto fundamentador de la responsabilidad con base en su falta de vigilancia (omisión propia y peligro abstracto), cf. más detalladamente Rogall, § 130 nm. pp. 17 y ss., 38 y ss.; von Galen/Maas, § 130 nm. pp. 54 y ss. Cf. también respecto a la punibilidad por corrupción, OECD (2009), B, párr. 2 b, tercer guión («A person with the highest level managerial authority fails to prevent a lower level person from bribing...»)

- ⁹⁵ Debo esta idea a una acotación en la discusión realizada por Carsten Momsen en el marco del Simposio realizado en Berlín mencionado en la presentación. Similar también Thurner (2012), p. 277, cuando propone una «imputación penal combinada a la empresa».
- ⁹⁶ A favor de ello, con base en su rechazo de una culpabilidad propia de la organización (nota 36) Cigüela Sola (2015), pp. 291 y ss., 384 y ss. (según el cual «aquellas personas jurídicas de organización suficientemente compleja, en cuyo seno se haya cometido un delito que se coexplique, en mayor o menor medida, por la influencia de factores criminógenos que lo han facilitado o promovido, radicados en el contexto de interacción que la organización ofrece, y que constituirían un “injusto estructural/objetivo” valorado negativamente por el Derecho», pp. 384 y ss.). El modelo de «responsabilidad estructural» constituiría un «nuevo “subsistema”, análogo al “subsistema de medidas de seguridad” ... [diferenciado] del “Derecho penal nuclear”, con sus propios principios y reglas», p. 386). Similar Silva Sánchez (2016), pp. 358 y ss. cuando (al analizar la regulación española) señala que las «dinámicas de grupo internas» conformarían una «realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos», es decir, un «estado de injusto» entendido como «injusto sistémico» (p. 359), en donde lo fundamental residiría en que el hecho antijurídico de la persona física manifieste «un estado de defectuosa organización de la persona jurídica que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido» (p. 360). Dicho injusto no daría lugar a una culpabilidad habilitante de penas *stricto sensu*, pero sí representaría una base fáctica suficiente para la imposición de consecuencias jurídico-penales contra las personas jurídicas (de la mano de un «juicio de pasado», «juicio de presente» y «juicio de futuro», pp. 360 y ss.), las cuales serían entendidas como un caso de la «segunda velocidad del Derecho Penal» (pp. 364 y ss.).

portante observar que la culpabilidad por organización – en correspondencia con la nueva situación legal francesa –⁹⁷ puede ser presumida cuando una empresa no ha instaurado un programa de compliance, en especial respecto a posibles riesgos para los derechos humanos.^{98 y 99} Sin embargo, esto significa a la inversa que en caso de un *compliance* perfecto habrá de reconocerse a la empresa una «defensa basada en una debida diligencia» («due diligence defence»);¹⁰⁰ la cual tiene como efecto el cumplimiento (casi) perfecto de los deberes de diligencia respecto a los derechos humanos, es decir, algo así como una «distancia prudencial» respecto a la responsabilidad penal de la empresa.¹⁰¹

Adicionalmente a ello, se discute si tiene que probarse el delito concreto e identificar al trabajador o si, en cambio, basta con que se haya cometido un delito desde la empresa – en el sentido de la mencionada «responsabilité diffuse»¹⁰² del ámbito francés –.¹⁰³ A favor de esto habla no solo que toda necesidad

⁹⁷ Loi no. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1).

⁹⁸ *Ibidem*, artículo 1, párr. 4: «... mesure de vigilance... à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droit humains...»

⁹⁹ En caso de que uno de ellos no hubiese sido creado luego de tres meses, la empresa puede ser obligada a ello, a pedido de cualquier persona con un interés justificado (*Ibidem*, art. 1, penúltimo párr.).

¹⁰⁰ Cf. también Simester *et al.* (2016), p. 289, con notas adicionales en nota 129; Kathollnig (2016), p. 49 (exclusión de la responsabilidad penal con base en la existencia de compliance); Ryngaert, CLF 29 (2018), p. 9; respecto a las posibles medidas (preventivas) de *compliance* con efectos excluyentes de la pena (de la mano del caso Nestlé) cf. Müller-Hoff/Schmidt, *juridikum* 2012, pp. 265 y s.

¹⁰¹ Kathollnig (2016), p. 251.

¹⁰² Cf. artículo 121-2, Code Penal (CP) («responsables... des infractions commises... para leur organs ou representants»; al respecto, Walther, GA 162 (2015), 682, 683, 691), donde esta, sin embargo, no se halla restringida de manera explícita a los directivos («organs our representants») y la jurisprudencia ha abogado por una «responsabilité diffuse» (renuncia a una persona natural identificable) (*Ibidem*, 692).

¹⁰³ Así, Engelhart, en Burchard/Triffterer/Vogel, pp. 186 y ss., que en general considera a la(s) persona(s) natural(es) y jurídica(s) como sujetos de imputación independientes entre sí, donde el comportamiento de aquellas tendría que evaluarse «in the corporate context» pero no tendría que ser imputable a una persona determinada. Más bien bastaría con que se

de individualización o identificación conduce precisamente a problemas de comprobación («corporate veil»),¹⁰⁴ los cuales serían evitados mediante una responsabilidad autónoma de las empresas,¹⁰⁵ sino también que la ausencia de identificación se debe a la organización defectuosa y por eso ha de ser sopor-tada por la empresa.¹⁰⁶

Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional habla a favor del modelo de atribución que este sería más compatible con la orientación individual del ECPI. En ese sentido, el modelo propuesto por la delegación francesa de la CPI en 1998¹⁰⁷ también re-

demostrara que algún empleado ha cometido el hecho y existiera una correspondiente infracción de la supervisión de la persona jurídica. Igualmente, Thurner (2012), pp. 263 y ss. (basta la imputación objetiva del comportamiento descuidado a la empresa); igualmente desde una perspectiva clásica del Derecho Penal Económico Dannecker, GA 148 (2001), 118. Crít. por ejemplo, Weigend, JICJ 6 (2008), p. 934 («... if an individual offender becomes a mere fiction, so does the model itself»).

¹⁰⁴ Cf. ya *supra* nota 15 con el texto principal.

¹⁰⁵ Acertadamente Weigend, JICJ 6 (2008), 933; crít. también Meyer, ZStR 131 (2013), p. 80, según el cual el modelo de la atribución compartiría los problemas de responsabilidad asociados a la responsabilidad individual como consecuencia de recurrir a la responsabilidad del trabajador.

¹⁰⁶ Cf. también Bundesgericht, 6B_7/2014, Arrêt du 21 juillet 2014, Erwäg. [considerando] 3.4.3. («... l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent d'imputer celle-là à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise»).

¹⁰⁷ UN Doc. A/CONF. 183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 251 s., «WORKING PAPER ON ARTICLE 23, PARAGRAPHS 5 AND 6. 5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute. Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:

(a) The charges filed by the Prosecutor against the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and

(b) The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and

(c) The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities; and

presenta un estricto *modelo de atribución individual-accesorio*, pues el comportamiento del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad del colectivo requeriría de la condena de aquél; es decir, la responsabilidad penal individual se convierte en el punto de partida de la imputación. Pero con ello, son reimportados al Derecho Penal Internacional Económico los problemas de la responsabilidad individual especialmente virulentos en el Derecho Penal Económico («corporate veil»).¹⁰⁸ Es decir, la responsabilidad podría fracasar debido a la imposibilidad de que el hecho cometido desde la empresa sea imputado concretamente a alguno de sus trabajadores. Por otro lado, el modelo francés —que sigue la denominada doctrina de la identificación— está limitado a los miembros del nivel directivo de la persona jurídica, es decir, a los «directing minds». ¹⁰⁹ Si bien esta limitación puede explicarse por el hecho de que solo los directivos de una empresa —a modo de un *alter ego*— son quienes la representan y, por eso, pueden fundamentar su injusto y culpabilidad,¹¹⁰ sin embargo, con ello se deja completamente de lado el comporta-

(d) The natural person has been convicted of the crime charged. For the purpose of this Statute, "juridical person" means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit, and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered under the national law of a State as a non-profit organization. 6. The proceedings with respect to a juridical person under this article shall be in accordance with this Statute and the relevant Rules of Procedure and Evidence. The Prosecutor may file charges against the natural and juridical persons jointly or separately. The natural person and the juridical person may be jointly tried. If convicted, the juridical person may incur the penalties referred to in article 76. These penalties shall be enforced in accordance with the provisions of article 99» (nota al pie suprimida).

¹⁰⁸ Crít. en ese sentido también Clapham, JICJ 6 (2008), pp. 915 y ss. (917: «difficulties connected to any supposed need to first find an individual perpetrator», con referencia a Kyriakakis, Australian Prosecution of Corporations for International Crimes, JICJ 5 (2007), 809 (825)); Engelhart, en Burchard/Triffterer/Vogel, p. 187; contra una persecución o condena de la persona natural también OECD (2009), B) párr. 1

¹⁰⁹ Igualmente, Stoitchkova (2010) pp. 110 y ss.

¹¹⁰ Cf. Colvin, CLF 6 (1995), pp. 8 y ss.; Dannecker, GA 148 (2001), 122 (reconocimiento de un propio injusto y de una propia culpabilidad de la organización, lo cual justifica la imposición de una pena solo en caso de un comportamiento de directivos).

miento de otros trabajadores, relevante en el ámbito del Derecho Penal Internacional —a diferencia del enfoque dual que aquí se defiende—. De todos modos, a favor de una restricción a los directivos habla desde una perspectiva procesal penal internacional el que con ello se tendría en cuenta el principio de la persecución de los «más responsables» («most responsible»);¹¹¹ no obstante, esa consideración desatiende el hecho de que en última instancia se trata de la responsabilidad colectiva (de la empresa) y la persecución de los trabajadores (directivos) solo sirve como acceso («gateway») para ello.¹¹²

II. FORMAS DE INTERVENCIÓN PUNIBLE

La praxis jurídica distingue entre una intervención en calidad de autor y una intervención carente de esa condición.¹¹³ Ello puede traducirse en clave jurídico-penal, y siguiendo el modelo diferenciador (terminológico-funcional) del artículo 25, ECPI,¹¹⁴ como una autoría (art. 25, párr. 3 (a)) y una participación (art. 25, párr. 3 (b)-(d)). A la complicidad le corresponde una especial importancia práctica.¹¹⁵ La responsabilidad del superior en el sentido del artículo 28, ECPI podría venir en consideración para la responsabilidad (*commission par omission*) por autoría (omisiva), en todo caso, siempre que se trate de la responsabilidad por las consecuencias dañosas provocadas por los subordinados.¹¹⁶

¹¹¹ Al respecto, ICC/OTP (2016), párr. 42 y ss.; al respecto, también, Ambos, en Ackermann/Ambos/Sikirić, pp. 24, 44 y ss., 48, con notas adicionales [en español véase el mismo, en Silva Sánchez/Queralt Jiménez/Corcoy Bidasolo/Castñeira Palou, pp. 9 y ss., 13].

¹¹² Cf. ya Simester *et al.* (2016), p. 188.

¹¹³ Cf. Ambos (2018b), pp. 29 y ss.

¹¹⁴ *Ibidem*, (2018a) § 7 nm. 13, pp. 17 y ss.; el mismo (2013), pp. 144 y ss.

¹¹⁵ *Ibidem*, (2018b), pp. 30 y ss.

¹¹⁶ Para una distinción entre una responsabilidad en calidad de autoría con base en una omisión impropia (comisión por omisión) y una responsabilidad en calidad de participación debido a la infracción de un deber de vigilancia y la omisión de denunciar un delito, cf. §§ 4, 14, 15 VStGB.

1. Responsabilidad en calidad de autoría

Una responsabilidad en calidad de autoría por un hacer activo vendría en consideración en los —seguramente pocos— casos en los que trabajadores mismos de la empresa cometen crímenes internacionales —como autores que actúan directamente (art. 25(3) (a), alt. 1, ECPI)—, conjuntamente (art. 25(3)(a), alt. 2, ECPI) o por medio de otro (art. 25(3)(a), alt. 3, ECPI). La última de las modalidades mencionadas, es decir, la *autoría mediata*, permite imputar al personal directivo los delitos de quienes actúan directamente, siempre que, con base en la *teoría del dominio de la organización*,¹¹⁷ se considere admisible una autoría mediata respecto de ejecutores del hecho plenamente responsables.¹¹⁸ Si bien en el ámbito del Derecho Penal Internacional esta forma de imputación ha sido reconocida por parte de la jurisprudencia de la CPI,¹¹⁹ sin embargo, ello solo ha sucedido en relación con el comportamiento de actores estatales o no estatales (paramilitares) en el marco de conflictos armados y, precisamente, sin relación con la criminalidad de empresa. Incluso si, de acuerdo con la jurisprudencia alemana de la instancia más alta,¹²⁰ se quiere trasladar esa teoría —en contra de Roxin, su *spiritus rector*—¹²¹ a esta área, ello requiere de un esfuerzo considerable para fundamentar convincentemente un dominio de la dirección respecto de los hechos de los trabajadores de la empresa o de terceros que actúan como ejecutores directos. Aquí se trata menos de la comprobación del —de por sí prescindible—¹²² criterio del apartamiento del derecho¹²³, que de la cuestión referida a si la respectiva empresa está

¹¹⁷ Roxin (2015), pp. 242 y ss., 736 y ss.; el mismo (2003), § 25 nm. 105 y ss.

¹¹⁸ Para una discusión, véase Meini (2003), pp. 181 y ss., así como Urquiza, en Pariona, pp. 245 y ss.; recientemente Caro: en Ambos/Caro/Urquiza.

¹¹⁹ Cf. Ambos (2018a) § 7 nm. 25; el mismo, en Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 13 s.

¹²⁰ Así ya la «sentencia sobre los disparos en el muro» BGHSt 40, 218 (236); posteriormente BGHSt 48, 331 (342); 49, 147 (163 s.); NSTZ 1998, 568; JR 2004, 245 (246).

¹²¹ Roxin (2015), pp. 748 y ss.; el mismo, (2003), § 25 nm. 129 y ss.

¹²² Ambos, GA 145 (1998) 241 y ss. (242, 245); el mismo, (2004), pp. 606 y ss. con notas adicionales [en español véase el mismo (2005), pp. 234 y ss.].

¹²³ Insistiendo en ello también con respecto a las empresas económicas Roxin (2003) § 25 nm. 130.

organizada vertical y jerárquicamente, de forma tal que pueda partirse realmente de un dominio sobre el ejecutor del hecho plenamente responsable — por medio de la estructura organizacional —.

Pero en el caso de una eventual *responsabilidad en coautoría* también podría resultar difícil la comprobación de una autoría funcional.¹²⁴ Una responsabilidad conjunta en sentido amplio — con base en la «common purpose liability» reconocida en el derecho internacional y que ha adquirido una gran relevancia¹²⁵ en los Tribunales Ad Hoc de la ONU particularmente en forma de la denominada empresa criminal conjunta («joint criminal enterprise», JCE) — viene en consideración en caso de una cooperación de la empresa con (otros) actores criminales, por ejemplo, para la expulsión de una población local.¹²⁶ El propósito criminal o la empresa criminal consiste aquí en el comportamiento concretamente punible (planeamiento y ejecución); en tal sentido, resulta irrelevante el propósito general de la empresa.¹²⁷ Sin embargo, surgen complejas cuestiones (de delimitación) respecto a la responsabilidad en calidad de participación del artículo 25(3)(d), ECPI,¹²⁸ pues allí se trata sobre todo de un (otro) aporte al crimen de un grupo, que — de acuerdo con la idea fundamental del JCE — actúa con un «objetivo común» («common purpose»).129

¹²⁴ Cf. también Farrell, JICJ 8 (2010), 873 (880); Vest, JICJ 8 (2010), 851, 869.

¹²⁵ Cf. Ambos (2013), pp. 123 y ss., 160 y ss. 172 y ss.; el mismo (2018a), § 7 nm. 19, 30 y ss. Sin embargo, en el Estatuto de la CPI, en especial en el artículo 25 (igualmente, § 7 nm. 31) no se encuentra un fundamento jurídico explícito, por lo cual la doctrina de la JCE no ha tenido relevancia hasta ahora en la jurisprudencia de la CPI (en contra Lubanga, Decision on the Confirmation of Charges, PTC I, ICC-01/04-01/06-803, 29 de enero 2007, párr. 335).

¹²⁶ Cf. también ICJ (2008) vol. 2, p. 36; Farrell, JICJ 8 (2010), 879; Vest, JICJ 8 (2010), 868 y ss.

¹²⁷ Orientándose por ello y confundiendo como consecuencia de esto la figura jurídica de la JCE Thurner (2012), pp. 255 y ss.

¹²⁸ *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10-465, Decision on the Confirmation of Charges, 16.12.2011, párr. 282, considera la JCE y el artículo 25(3)(d) como «not identical», pero «similar» y menciona cuatro diferencias (posibles) ((i) Forma de la intervención; (ii) pertenencia o no pertenencia al grupo; (iii) aporte al propósito común o al crimen cometido, y (iv) criterio subjetivo).

¹²⁹ Cf. más detalladamente Ambos, en Triffterer/Ambos, Art. 25 nm. 28 y ss.; Ambos, *The ICC and Common Purpose - What Contribution is Required*

Una responsabilidad por omisión de los directivos de empresas podría fundamentarse en general en la figura de la *responsabilidad del superior* en virtud del artículo 28(b), ECPI — en lo que respecta a los superiores civiles (no militares) —.¹³⁰ Sin embargo, si se concibe la responsabilidad del superior civil en dependencia de la del superior militar, entonces resulta difícil divisar una semejanza estructural suficiente entre el directivo civil de una empresa y un comandante militar.¹³¹ Adicionalmente a ello, en el caso de las empresas que actúan de modo transnacional faltará por lo regular, en todo caso respecto a la dirección de la empresa que se encuentra alejada del lugar de los hechos, su «control y autoridad efectivos» («effective authority and control») sobre los subordinados que cometen el hecho¹³² o el «control y responsabilidad efectivos» («effective responsibility and control») sobre las actividades relacionadas con los crímenes.¹³³ Sin embargo, de ello se sigue a la inversa que un control efectivo podría ser aceptado

under Article 25(3)(d)?, en Stahn (ed.), *Law and Practice of the ICC*, 2015, pp. 592 y ss. [en español véase el mismo, *Revista Penal*, 34 (2014), pp. 5 y ss.]; brevemente el mismo (2018a) § 7 nm. 43; crit. en nuestro contexto también Burchard, JICJ 8 (2010), 941-945; más optimista Farrell, JICJ 8 (2010), 880 s. («more likely to capture a broader range of culpability of corporate actors...»).

¹³⁰ A favor de una responsabilidad general del superior en caso de hechos del subordinado (trabajador de la empresa) referidos a la organización como forma independiente de intervención (§ 25a StGB) — orientada a los §§ 4, 13, 14 VStGB — debido a la «relevancia para el sistema» de estos hechos Bülte (2015), pp. 777 y ss. (812 y ss., 891), 917 y ss., 921 y ss. (925, 970 y ss.); crit. Hoyer, GA 165 (2018), pp. 57 y ss.; a favor desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional Kelly, *Emory Int'l L.Rev.* 24 (2010), pp. 671 y ss.

¹³¹ Cf. Schmidt (2015) pp. 326 y ss. (359 y ss., 364), para quien faltaría una «sufficient similitude... to military authority relationships» y las «unilateral capabilities of (military) superiors»; sobre su modelo de tipos de autoría *ibidem*, pp. 75 y ss.; crit. respecto del control efectivo también Vest, JICJ 8 (2010), 870, 872. Similar al «limited value» de la «command responsibility» del Derecho Penal Internacional en cuanto a la posible responsabilidad por omisión de las organizaciones internacionales que no actúan de acuerdo con las obligaciones correspondientes a su mandato («role responsibility») Klabbers, EJIL 28 (2017), 1133, 1152 y ss. (puesto que organizaciones internacionales «do not normally encounter the type of situations encountered by military leaders»).

¹³² Artículo 28(b) oración 1, ECPI.

¹³³ Artículo 28(b)(ii), ECPI.

si los directivos de la empresa en el lugar pueden coordinar o vigilar el comportamiento típicamente relevante; sin embargo, en caso de que ellos incluso hubieran emitido órdenes criminales, por ejemplo, a las fuerzas de seguridad (privadas),¹³⁴ entonces viene en consideración, una responsabilidad por un hacer activo en virtud del artículo 25(3)(b), ECPI.¹³⁵ En el marco de la responsabilidad del superior resultaría difícil probar el conocimiento («knowledge») o la imprudencia consciente («consciously disregarded information...»)¹³⁶ del personal directivo de la empresa respecto de los crímenes de sus subordinados.

2. Complicidad punible *versus* comportamientos «neutrales»

2.1. *Ámbito objetivo*

Las mencionadas formas de intervención carentes de la calidad de autoría, es decir, formas de complicidad, hacen surgir la cuestión sobre la delimitación entre la complicidad punible y otros comportamientos («neutrales») que no alcanzan el umbral de punibilidad. Las exigencias objetivas de la complicidad no han sido aclaradas de modo suficiente en el Derecho Penal Internacional. En principio, el aporte al hecho tiene que ser *esencial* para la comisión del hecho principal,¹³⁷ y el límite mínimo de ese requisito de esencialidad tiene que determinarse caso por caso. Como ya se ha señalado en otro lugar,¹³⁸ es posible recurrir a los criterios

¹³⁴ Afirmando en este caso la responsabilidad del superior ICJ (2008), vol. 2, p. 39.

¹³⁵ Cf. Ambos, en Triffterer/Ambos, artículo 25 nm. 18 y ss.; el mismo (2018a) § 7 nm. 45.

¹³⁶ Respecto a este estándar cercano a la «wilful blindness», Ambos (2013), pp. 227 y ss.

¹³⁷ Cf. Ambos, en Triffterer/Ambos, artículo 21 y ss.; brevemente el mismo (2018a) § 7 nm. 42; igualmente ICJ (2018), vol. 2, p. 36; CDH, Principios Rectores, principio 17 («efectos relevantes»); Vest, JICJ 8 (2010), 857, 860; respecto a un estándar idéntico basado en el Alien Tort Statute (ATS) de los EEUU Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 410 y ss. (414: «inherently harmful or specifically designed to assist with the realization of harmful purposes...»).

¹³⁸ Ambos, en Triffterer/Ambos, artículo 25 nm 26; con respecto al artículo 25(3)(d) Ambos, en Stahn, pp. 603, 606.

de la imputación objetiva.¹³⁹ Entre ellos también se podría tener en cuenta el criterio (adicional) de la «dirección específica» («specific direction»), el cual es considerado por distintos tribunales y en parte de modo distinto por estos.¹⁴⁰ Dejando de lado la determinación precisa de ese límite mínimo puede sostenerse en cualquier caso que las exigencias no son demasiado altas — únicamente han de excluirse los aportes «infinitesimales»,¹⁴¹ los cuales de todos modos entrarían en conflicto con la exigencia de la causalidad¹⁴² y el umbral de relevancia (*gravity threshold*) como principio fundamental de competencia del ECPI (véase por ejemplo, artículo 17, párr. 1(d), ECPI) —.

Los criterios propuestos por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) para la determinación del comportamiento empresarial relevante — desde «posibilitar» («enabling»), pasando por «exacerbar» («exacerbating») y hasta «facilitar» («facilitating») críme-

¹³⁹ A favor de la imputación objetiva, en especial el incremento del riesgo también Vest, JICJ 8 (2010), 864; a favor de una mera limitación de la causalidad excesivamente amplia por medio de las «proximate causes» Reggio, ICLR 5 (2005), 671.

¹⁴⁰ Más detalladamente Ambos (2018a), § 7 nm 42 con notas adicionales de la literatura y jurisprudencia; respecto a la aplicación en nuestro contexto Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 430 y ss. (432: «assistance was specifically meant to further the human rights violations»), quien sin embargo rechaza la restricción del tipo de complicidad conectada con ello (457 s.); en contra también Farrell, JICJ 8 (2010), 890.

¹⁴¹ ICC, Mbarushimana Confirmation Decision 16.12.2011, párr. 277; similar en nuestro contexto Vest, JICJ 8 (2010), 858 (Exclusión de una «absolute minimal assistance»); Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 444 («more than a minimal effect»). Contra «a certain minimum degree», sin embargo, ICC, Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-422-Red, Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen, 23.3.2016, párr. 44.

¹⁴² Recientemente ICC, Prosecutor v. Bemba et al., ICC-01/05-01/13, Judgment 19 October 2016, párr. 90 («effect on the commission... general causal requirement»), 94 («causal requirement... furthered, advanced or facilitated the commission...»). Esto corresponde al primer y tercer criterio («enables» the commission...). Esto corresponde al primer y tercer criterio — el y «facilitates» violaciones de derechos humanos) de la ICJ (2008), vol. 1, pp. 8 y 9 (donde basta la existencia alternativa de los tres criterios — el segundo es la exacerbación [«exacerbates»] de la situación de los derechos humanos —); a favor de una exigencia de causalidad restringida Kathollnig (2016), p. 154; Thurner (2012), p. 269 considera sin embargo, que esa «relación causal» no es necesaria, aunque por lo demás sigue a la Comisión Internacional de Juristas.

nes internacionales —¹⁴³ ofrecen una buena base para la discusión de la determinación de los «crímenes nucleares político-empresariales» («corporate-political core crimes»), siempre que se comparta el punto de partida normativo del merecimiento general de pena del comportamiento descrito;¹⁴⁴ sin embargo, ellos describen solo un comportamiento empresarial riesgoso («zone of legal risk»),¹⁴⁵ no punible *per se*. Aquí el criterio de «enabling» —en el sentido de un aporte relevante («crucial») y necesario—¹⁴⁶ se corresponde con la exigencia de esencialidad, mientras que el de «exacerbating» recuerda al incremento del riesgo en el sentido de la teoría de la imputación objetiva¹⁴⁷ y el de «facilitating» —como una facilitación del hecho principal—¹⁴⁸ a la exigencia mínima del Derecho Penal Internacional para la responsabilidad penal por complicidad.¹⁴⁹ En definitiva, la capacidad de rendimiento de estos y otros criterios recién puede manifestarse en la discusión y solución de casos concretos complejos («hard cases»). Así, por ejemplo, en casos de entrega de instrumentos directos del delito¹⁵⁰ («tailor-made»), podría satisfacerse la exigencia de

¹⁴³ ICJ (2008), vol. 1, pp. 9, 10 y ss.

¹⁴⁴ Cf. Burchard, ICJ 8 (2010), pp. 925 y ss., quien —inspirado en los criterios de la ICJ— quiere abarcar con ello los crímenes de actores políticos apoyados por la empresa; a favor también Thurner (2012), pp. 269 y ss.

¹⁴⁵ ICJ (2008), vol. 1, p. 13.

¹⁴⁶ ICJ (2008), vol. 1, pp. 9, 11 y ss. («abuses would not occur without the contribution of the company», «at least one such crucial ingredient», «necessary... factor» [resaltado en el original]).

¹⁴⁷ ICJ (2008), vol. 1, pp. 9, 12 («company makes the situation worse... abuse would have occurred on a smaller scale, or with less frequency...», «increased the range of... abuses..., number of victims..., severity of the harm...», «substantial negative effect»). Respecto al riesgo o incremento del peligro y a la correspondiente exclusión de la imputación en caso de reducción del riesgo Roxin (2006), § 11 nm. 53-57.

¹⁴⁸ ICJ (2008), vol. 1, pp. 9, 12 y ss. («... company's conduct makes it easier to carry out the abuses or changes the way the abuses are carried out, including... methods... timing or... efficiency»; «... crime would not have happened in the same way»).

¹⁴⁹ Cf. artículo 25(3)(c), ECPi («facilitating») y Ambos, en Triffterer/Ambos, artículo 25 nm 21 y ss. con notas adicionales especialmente respecto a la jurisprudencia.

¹⁵⁰ Acerca de la especial relevancia jurídico-penal en el suministro de «goods and services» «tailor-made» —en lugar de solo «generic»— ICJ (2008), vol. 1, pp. 27 y ss.; también ICJ (2008), vol. 2, p. 37.

esencialidad y con ello, por lo regular, también un «enabling», pues sin tal instrumento no hay un hecho o en todo caso solo en una forma sustancialmente/significativamente distinta. En cuanto a la ya mencionada «silent complicity» una punibilidad solo vendría en consideración si pudiera verse en el silencio de la empresa una forma de cooperación psíquica que se presentara como una facilitación («facilitating») del hecho principal.¹⁵¹

También resulta útil el criterio —también propuesto inicialmente por la CIJ—¹⁵² de la proximidad («proximity») entre el comportamiento de la empresa/sus directivos y los crímenes/autores/víctimas. La CIJ entiende la «proximity» —en un sentido geográfico-espacial y cualitativo (duración, frecuencia y/o intensidad)— como relación de cercanía entre la empresa y los hechos, autores o víctimas.¹⁵³ De ello se sigue que la responsabilidad penal de la empresa resulta más probable mientras más cercana se encuentren ella a los hechos, autores o víctimas.¹⁵⁴ A la inversa,

¹⁵¹ Similar ICJ (2008), vol. 1, pp. 14 y ss., cuando allí en el marco de una «silent presence» —neutral en sí misma— debe exigirse la manifestación de «approval and moral encouragement to commit the gross human rights abuses»; igualmente ICJ (2008), vol. 2, p. 20; respecto a una «moral contribution» en este sentido también Reggio, ICLR 5 (2005), 623, 672 y ss.

¹⁵² ICJ (2008), vol. 1, pp. 8, 9, 23 y ss.

¹⁵³ ICJ (2008), vol. 1, pp. 8, 9, 23 y ss. (8: «Was the company close or proximate (geographically, or in terms of the duration, frequency and/or intensity of interactions or relationship) to the principal perpetrator of the human rights abuses or the victims?» [p. 8]; Proximidad «in time and space and relationship», «certain level of closeness» [24]); resumidamente Schmidt (2015) pp. 172 y ss.; a favor Thurner (2012), pp. 273 y ss.; cf. también Ramasastry, BerkJIntL 20 (2002), 118 («level, degree and duration», donde el grado de complicidad pertenece a la esencialidad en el sentido líneas atrás mencionado, pero ella supone una «substantial assistance» por medio de una «duration», 150).

¹⁵⁴ ICJ (2008), vol. 1, p. 9 («the closer in these respects that the company or its employees are to the situation or the actors involved the more likely it is that the company's conduct will be found in law to have enabled, exacerbated or facilitated the abuses and the more likely it is that the law will hold that the company knew or should have known of the risk»), 24 («the closer —or more proximate— a company is, in time and space and relationship, to those who carry out the human rights abuses or those who suffer the abuses, the more likely it is that the company could be held legally responsible when it is complicit»); respecto a la «evidence of proximity» *Ibidem*, 25 y ss. En el resultado igualmente Vest, ICJ 8 (2010), 853.

de ello se sigue que con un considerable alejamiento («remoteness») entre el comportamiento empresarial y los crímenes ya no puede fundamentarse materialmente — por ausencia de una relación de imputación — una responsabilidad penal o en todo caso ella es difícilmente comprobable desde una perspectiva procesal.¹⁵⁵ En ese contexto, a los deberes de diligencia (intensificados) en materia de derechos humanos y en el marco de las cadenas de suministro («supply chain due diligence») le corresponde una especial relevancia, pues a través de ello puede compensarse la creciente dilución de la relación de imputación.¹⁵⁶

Cuando la acción de participación no consiste ya *per se* en un comportamiento (antijurídico) prohibido, por ejemplo, debido a la infracción de normas permisivas o prohibitivas (embargo!),¹⁵⁷ surge, en cuanto a su relevancia penal, el problema discutido bajo el nombre de *acciones neutrales o cotidianas*.¹⁵⁸ Ya en Núremberg, Telford Taylor, fiscal en el proceso contra Krupp, señaló, por ejemplo, que el tráfico de armas no sería «criminal por sí mismo».¹⁵⁹ De manera similar, en el proceso *Wilhelmstraßen* se re-

¹⁵⁵ Cf. Burchard, JICJ 8 (2010), 925 (distinguiendo entre «causal», «motivational» y «organizational and structural remoteness»); similar en el resultado Reggio, ICLR 5 (2005), 672 (respecto al alejamiento en el sentido de causalidad); Kathollnig (2016), pp. 157 y ss. (causalidad como problema central de la determinación de la responsabilidad en el marco de las cadenas de suministro).

¹⁵⁶ De otra opinión, sin embargo, Kathollnig (2016), p. 157, cuando quiere negar que la mera infracción de la «due diligence» sobre derechos humanos constituya aún una infracción del cuidado de índole jurídico-penal.

¹⁵⁷ Respecto a la persecución de infracciones a sanciones de la ONU ICJ (2008), vol. 2, pp. 50 y ss.; sobre el significado de un embargo en este contexto también Reggio, ICLR 5 (2005), 660.

¹⁵⁸ Cf. por ejemplo Meyer, ZStR 131 (2013), 62, 65 («conducta económica neutral»). Una acción «neutral» es *per se* atípica porque no es socialmente dañosa o porque no lesiona o pone en peligro un bien jurídico, cf. Burchard, JICJ 8 (2010), 921 con nota 6. El problema es a menudo pasado por alto en la literatura. En ese sentido, Stoitchkova (2010) p. 104, señala, por ejemplo, que la «lawfulness of the conduct does not preclude liability», es decir, priva a la legalidad del comportamiento de toda relevancia. Un comportamiento en calidad de autoría, esto es una «acción directamente dañosa para un bien jurídico», no vale a limine como neutral, cf. por ejemplo, Heyer (2013), pp. 40, 478.

¹⁵⁹ TWC, vol. IX, p. 60: «The armorer's trade is no more inherently unlawful than that of the soldier or diplomat; all of these professions revolve around war and statecraft, but that does not make them criminal per se».

chazó una condena contra Rasche, miembro de la junta directiva del Dresdner Bank, por el otorgamiento de créditos bancarios a empresas de las ss, porque ello tendría que valorarse solo como un comportamiento económico habitual, el cual podría quizás ser considerado moralmente reprochable, pero no representaría una violación del derecho internacional.¹⁶⁰ En el proceso contra IG Farben — aunque confundiendo el nivel objetivo y el subjetivo —¹⁶¹ se reconoció incluso la posibilidad de un uso neutral del gas venenoso Zyklon B entregado al campo de concentración.¹⁶² Aunque estos puntos de vista deben ser considerados en el especial contexto histórico de los procesos penales económicos de Núremberg — en los que los fiscales y jueces estadounidenses también se ocuparon de distinguir¹⁶³ el capitalismo nacionalsocialista criminal del capitalismo estadounidense «limpio» —, sin

¹⁶⁰ TWC, vol. XIV, p. 622 («The real question is, is it a crime to make a loan, knowing or having good reason to believe that the borrower will use the funds in financing enterprises which are employed in using labor in violation of either national or international law? Does he [Rasche] stand in any different position than one who sells supplies or raw materials to a builder building a house, knowing that the structure will be used for an unlawful purpose? A bank sells money or credit in the same manner as the merchant-diser of any other commodity. It does not become a partner in enterprise, and the interest charged is merely the gross profit, which the bank realizes from the transaction, out of which it must deduct its business costs, and from which it hopes to realize a net profit. Loans or sale of commodities to be used in an unlawful enterprise may well be condemned from a moral standpoint and reflect no credit on the part of the lender or seller in either case, but the transaction can hardly be said to be a crime. Our duty is to try and punish those guilty of violating international law, and we are not prepared to state that such loans constitute a violation of that law, nor has our attention been drawn to any ruling to the contrary»). Crít. desde la perspectiva actual de la amplia criminalización de la financiación de crímenes transnacionales Burchard, JICJ 8 (2010), 931; también Ramasastry, BerkJIntL 20 (2002), 113, 118.

¹⁶¹ Crít. también Burchard, JICJ 8 (2010), 938.

¹⁶² TWC, vol. VIII, p. 1169 («But neither the volume of production nor the fact that large shipments were destined to concentration camps would alone be sufficient to lead us to conclude that those who knew of such facts must also have had knowledge of the criminal purposes to which this substance was being put. Any such conclusion is refuted by the well-known need for insecticides wherever large numbers of displaced persons, brought in from widely scattered regions, are confined in congested quarters lacking adequate sanitary facilities»).

¹⁶³ Cf. Priemel (2016), pp. 196 y ss. («Saving Capitalism»).

embargo, aquellos se encuentran paradigmáticamente al servicio de una jurisprudencia (estadounidense) favorable a la economía, que —dejando de lado el fuerte enfoque en el colectivo en el ámbito de la persecución previsto en el Memorando Holder—¹⁶⁴ pretende excluir tendencialmente y ya en el nivel objetivo a las meras operaciones comerciales de una punibilidad por complicidad.¹⁶⁵ Incluso la CJ —más bien favorable a la responsabilidad— concede que una práctica comercial orientada al lucro por sí sola no podría fundamentar la responsabilidad.¹⁶⁶ En todo caso, esto resulta convincente cuando —en el sentido de la ya citada teoría de la imputación objetiva—¹⁶⁷ los correspondientes actos de aportación no incrementan el riesgo¹⁶⁸ específico del hecho o este no se ha realizado en el resultado concreto,¹⁶⁹ es decir, cuando ellos, dicho de modo general, no se han revelado específicamente como socialmente dañosos o concretamente peligrosos.¹⁷⁰ De cualquier forma, concurre aquel caso —inexistencia de una fun-

¹⁶⁴ Holder Memorandum; posteriormente Yates Memorandum.

¹⁶⁵ Para un análisis crítico de la ATS y la jurisprudencia de los EEUU, cf. en ese sentido, Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015), pp. 409 ss., 435 y ss., 444 («... activity that goes beyond making a mere commercial transaction»).

¹⁶⁶ ICJ (2008), vol. 1, p. 15 («... company will not be held *legally* responsible merely for commercial engagement with the perpetrator...» [resaltado en el original]); similar Reggio, ICLR 5 (2005), pp. 655, 664 (compra o venta no es criminal *per se*).

¹⁶⁷ *Supra* nota 139.

¹⁶⁸ Sobre la desaprobación normativa y la ausencia de «neutralidad» resultante de tales riesgos específicos del hecho, cf. Heyer, pp. 487 y ss., 555 y ss.; resumidamente Schmidt (2015), pp. 293 y ss., con notas adicionales, quien por lo demás rechaza también un riesgo especialmente permitido («risk permission») para los superiores civiles en el sentido del artículo 28(b), ECP (ibidem, pp. 360 y ss.).

¹⁶⁹ A favor de la aceptación de una justificación en casos correspondientes a «negocios comunes» Rackow (2007), pp. 551 y ss. Para un panorama exhaustivo sobre la «emergence of the risk standard» en nuestro contexto Schmidt (2015) pp. 201 y ss., quien sin embargo, incluso aboga por una restricción basada en los derechos humanos respecto al riesgo permitido (ponderación de libertad y seguridad en el contexto del artículo 21 párr. 3, ECP) (pp. 212 y ss.) y en el resultado rechaza su aceptación, entre otras cosas, como consecuencia del estándar subjetivo estricto del artículo 30, ECP (pp. 296 y ss., 300).

¹⁷⁰ Cf. Burchard, ICJ 8 (2010), p. 921 («specific social harm or an unacceptable degree of social dangerousness»).

damentación de un riesgo específico del hecho — cuando el mencionado umbral mínimo de relevancia no es superado o cuando el aporte resulta completamente irrelevante en el contexto del hecho.¹⁷¹ Sin embargo, se tendrá que distinguir entre productos peligrosos *per se* o incluso letales, especialmente armas, y productos no peligrosos,¹⁷² en este último caso, el riesgo específico del hecho no se incrementa *per se*, pero sí eventualmente debido al uso incorrecto de estos productos de uso doble («dual use») (por ejemplo, equipos informáticos).

El *contexto comisivo* también puede ser relevante. Así podrá distinguirse de acuerdo con ello, si una empresa opera en un estado totalitario y le ayuda a realizar sus planes criminales — como en el mencionado caso de IG-Farben en relación con el Estado nacionalsocialista — o si ella se encuentra dentro de un Estado democrático-liberal y hace sus negocios allí. En el primer caso, resulta dudoso si el comportamiento de la empresa puede ya ser considerado «neutral» o si el criterio de la neutralidad más bien «pierde... su poder diferenciador» en un contexto totalitario.¹⁷³

Sin embargo, seguramente va demasiado lejos el dudar de modo general que el comportamiento efectuado en el marco de la actividad de empresas transnacionales pueda ser designado como «cotidiano» y «normal»,¹⁷⁴ aun cuando ha de admitirse que el merecimiento de pena de los aportes al hecho en el marco de un contexto macrocriminal relacionado con un conflicto parece más evidente que fuera de ese contexto.¹⁷⁵ En última instancia, la punibilidad y el merecimiento de pena solo pueden ser juzgados en la mayoría de los casos con base en una valoración global *objetiva-subjetiva*, en la cual solo el aspecto subjetivo del hecho dará a la conducta (objetiva) externamente neutral un signifi-

¹⁷¹ Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) p. 461, habla en ese sentido de la «immateriality of the assistance» y ofrece el ejemplo elocuente del zapatero de Hitler, cuyo comportamiento — confección de los zapatos — era penalmente irrelevante ya desde una perspectiva objetiva.

¹⁷² Cf. Kaleck/Saage-Maaß, ICJ 8 (2010), 721.

¹⁷³ Jeßberger, JZ 2009, 931.

¹⁷⁴ Wittig, en Jeßberger/Kaleck/Singelstein, p. 253.

¹⁷⁵ Vest, ICJ 8 (2010), pp. 855 y ss.; Kathollnig (2016), p. 159.

cado delictivo. Aquí uno podría orientarse con base en la distinción, propuesta originalmente por Roxin, entre conocimiento (en general, punible) y el mero tener-por-posible (en general, no punible) de la resolución delictiva/del sentido delictivo.¹⁷⁶ Esto nos lleva al ámbito subjetivo del hecho.¹⁷⁷

2.1. Ámbito subjetivo

En el ámbito subjetivo, el cómplice tiene que conocer el efecto incrementador del riesgo que tendrá su aporte respecto del hecho principal,¹⁷⁸ sin embargo, sin tener que conocer sus deta-

¹⁷⁶ Cf. Roxin (2003) § 26 nm. 220 ss.; igualmente la tendencia de la jurisprudencia alemana, recientemente BGH, decisión del 21.12.2016, en NSTZ 2017, 337, 338; decisión del 26.1.2017, en StV 2018, 19 (sin embargo, aceptación de una punibilidad, cuando el cómplice «con su cooperación, se interesa en ayudar a un autor reconociblemente dispuesto al hecho»); crit. Schörner/Bockemühl, StV 2018, 20.

¹⁷⁷ De todos modos una referencia a grupos de casos revela la escasa capacidad de rendimiento del concepto de las acciones neutrales y los límites derivados de ello para la valoración abstracta del injusto basada en criterios objetivo-subjetivos (igual en el resultado Reggio, ICLR 5 (2005), pp. 671, 693; ICJ (2008), vol. 2, p. 37; Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) pp. 445 y ss., 460, 464; Adam (2015) p. 32; igualmente la jurisprudencia alemana, cf. BGH, Res. de 21.12.2016, en NSTZ 2017, 338 («consideración valorativa en el caso concreto»)). Es decir, ello confirma la suposición de que por regla depende de la valoración del caso concreto. Entre los grupos de casos que muestran esa dependencia contextual puede mencionarse a: i) la entrega de instrumentos del delito, por ejemplo, la venta de armas o vehículos (donde ha de distinguirse entre mercancías claramente relacionadas con el hecho, especialmente armas, y aquellas que poseen un doble uso («dual use»); ii) la financiación de crímenes internacionales o de grupos de criminales, lo cual se lleva a cabo, por ejemplo, por medio de la concesión de créditos a favor de regímenes criminales, cuyo aparato de poder colapsaría sin los aportes financieros, y iii) empresas multinacionales que cooperan con un régimen en la persecución de disidentes, por ejemplo, ayudando a vigilar a sus empleados o efectuando (o dejando que se efectúe) otra clase de medidas coercitivas contra ellas en sus instalaciones (más detalladamente sobre esas constelaciones y mostrando con preguntas sobre ejemplos y casos concretos esa escasa capacidad de rendimiento, véase Ambos, (2018b), pp. 126 y ss.

¹⁷⁸ Así también Schabas, IRRC 83 (2001), p. 450; Ramasastry, BerkJIntL 20 (2002), p. 143; Reggio, ICLR 5 (2005), pp. 647, 681 (según el análisis de la jurisprudencia nacional); Vest, JICJ 8 (2010), p. 859 («awareness»); Farrell,

les,¹⁷⁹ es decir, tampoco el hecho (o los hechos) individual (es) específico (s) que subyace (n) al hecho global de Derecho Penal Internacional.¹⁸⁰ Ese conocimiento positivo parece ser adecuado a la luz del principio de culpabilidad y además plausible desde una perspectiva probatoria. Pues en el caso de la macrocriminalidad propia del Derecho Penal Internacional, las empresas que realizan actividades en zonas de crisis no podrán invocar de manera creíble el desconocimiento de las intenciones o actividades criminales de sus socios, si se tiene en cuenta la extensa cobertura que actualmente poseen los modernos medios de comunicación.¹⁸¹ Si bien no se podrá inferir sin más el conocimiento de la mera presencia en una zona de crisis,¹⁸² esto se seguirá a menudo de la información disponible o podrá ser asumida como consecuencia del comportamiento pasado o de la posición de la empresa/de sus trabajadores.¹⁸³ En última instancia, el conocimiento positivo podrá ser derivado con frecuencia del contexto comisivo del hecho.¹⁸⁴

JICJ 8 (2010), pp. 882, 889; Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), p. 822; Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) pp. 462 y ss. (conocimiento «actual», «relevant»); Olson, IntHumRightsLawJ, vol. 1, núm. 1, Article 5, 10 y ss. (rechazando la exigencia de una intención); Aceves *et al.*, pp. 5 y ss.; CDH, Principios Rectores, principio 17 («a sabiendas»); Wisner, JICJ 15 (2017), pp. 348 y ss., 352; sobre la «evidence of knowledge» ICJ (2008), vol. 1, pp. 21 y ss.

¹⁷⁹ ICJ (2008), vol. 1, p. 21 (no es necesario un conocimiento del «full extent» de los crímenes, bastando el conocimiento de «some abuses» o «one of a group of crimes»); ICJ (2008), vol. 2, p. 21; Reggio, ICLR 5 (2005), p. 681 («not of the specific crime»); Farrell, JICJ 8 (2010), p. 882; Burchard, JICJ 8 (2010), p. 939; Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) pp. 463 y ss. Esto corresponde a las exigencias generales del tipo subjetivo de la complicidad, Roxin (2003), § 26 nm. 272 y ss.; Ambos/Bock, en Reed/Bohlander, p. 334. Poco claro Vest, JICJ 8 (2010), 853 («... has to know specifically...»).

¹⁸⁰ Sin embargo, a favor de tal conocimiento de la «sub-offence» Burchard, JICJ 8 (2010), p. 939.

¹⁸¹ Schabas, IRRC 83 (2001), pp. 450 y ss.; Reggio, ICLR 5 (2005), p. 654 («extremely unlikely that an economic actor does not have knowledge...»); no obstante, crit. Kaleck / Saage-Maaß, JICJ 8 (2010), p. 716 («difficult to prove...»).

¹⁸² Igualmente ICJ (2008), vol. 2, p. 23.

¹⁸³ Cf. ICJ (2008), vol. 2, pp. 23 y ss.

¹⁸⁴ Igualmente Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) pp. 462 y ss.

Sin embargo, *menores exigencias subjetivas*, ya sea en la forma del dolo eventual o de la *recklessness*,¹⁸⁵ llevarían a que las empresas y sus trabajadores estuvieran expuestos a un riesgo más alto de punibilidad en caso de operaciones realizadas en zonas de crisis, lo cual solo podría ser eludido mediante una investigación minuciosa de sus socios. No obstante, tales deberes activos de investigación se dejarían derivar posiblemente de los deberes intensificados de diligencia en materia de derechos humanos,¹⁸⁶ sin embargo, ello requiere con seguridad de obligaciones «más intensas» y más precisas para la fundamentación de una responsabilidad penal. La responsabilidad por omisión en cuestión — omisión de una investigación activa — requiere de una especial posición de deber que sea similar a una garantía por custodia de la respectiva empresa con respecto a los bienes jurídicos eventualmente puestos en peligro, pues solo entonces se puede fundamentar deberes o mandatos de actuación que vayan más allá de meras prohibiciones de comportamientos (*neminem laedere*).¹⁸⁷

¹⁸⁵ A favor ICJ (2008), vol. 1, p. 19 («... even though it may not have wanted the abuses to occur, undertook the course of conduct anyway» = *dolus eventualis*), 20 ss. («should have known», «foreseeability», «wilful blindness»); Thurner (2012), pp. 272 y ss., 276; Kathollnig (2016), pp. 160, 162.

¹⁸⁶ Esos deberes de diligencia en materia de derechos humanos («human rights due diligence») pueden hallarse, por ejemplo, en el contexto de los denominados principios Ruggie. Según aquellos, las empresas deben desarrollar procedimientos, sobre todo para una «evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas» CDH, Principios Rectores, principio 17, así como principios 18-21; crít. sobre la falta de una distinción entre el Management de «business risks» y el «standard of conduct required to discharge any obligation» Bonnitcha/McCorquodale, Concept, EJIL 28 (2017), pp. 899 y ss. (proponiendo incluso una aclaración de la relación entre ambos aspectos); réplica de Ruggie/Sherman, Reply, EJIL 28 (2017), pp. 921 y ss. (923 y ss.); dúplica de Bonnitcha/McCorquodale, Rejoinder, EJIL 28 (2017), pp. 929 y ss. Acerca de la posible concretización por medio del sistema interamericano de derechos humanos Cantú Rivera, en Letnar «erni»/Carrillo-Santarelli, pp. 180 y ss. A favor (pero sin una fundamentación adicional) Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) 463 («due diligence responsibilities», «active inquiries»).

¹⁸⁷ En el fondo se trata de los deberes de actuación para la fundamentación de la punibilidad por omisión, cf. originalmente Feuerbach, 1803, § 24, pp. 24 y ss. con referencia a Winkler, 1776 (exigiendo un «especial argumento jurídico» que fundamente la «vinculación respecto a la comisión»);

Independientemente de esas consideraciones, desde una perspectiva jurídica general, la aceptación de tales deberes de investigación tendría en todo caso consecuencias perjudiciales para la disposición a las inversiones.

Por otro lado, un *requisito de intención* adicional, como surge por ejemplo, del artículo 25(3)(c), ECPI («for the purpose of facilitating»; «en vue de facilitar») parece dar lugar a una situación desproporcionadamente restringida,¹⁸⁸ dado que una empresa no persigue a menudo el objetivo de cooperar con crímenes internacionales, sino únicamente la maximización de las ganancias.¹⁸⁹ Una reinterpretación cognitiva del requisito de intención, tal como se discute en el marco de la intención de destruir propia del crimen de genocidio,¹⁹⁰ no puede ser fundamentada convincentemente en nuestro contexto.¹⁹¹ Sin embargo, viene en consideración una interpretación restrictiva consistente en que la intención — como consecuencia de la exigencia de un doble dolo en la participación — solo ha de referirse a la acción de complicidad y no al hecho principal; respecto a este rige el requisito del dolo que allí se encuentra previsto.¹⁹² A favor de esa interpretación restrictiva habla también desde una perspectiva político-criminal-consecuencialista el hecho de que la exigencia de un componente doloso voluntativo se convertiría fácilmente en

recientemente con una perspectiva de derecho comparado (respecto al derecho alemán, inglés y francés) Schrägle (2017), pp. 13 y ss., 51 y ss.; específicamente sobre el *common law* Ashworth (2013).

¹⁸⁸ Sin embargo, a favor la jurisprudencia de la *ATS* desde *U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, cf. Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) pp. 414 y ss. (414, 427); a favor también Burchard, ICJ 8 (2010), pp. 939 y ss.; explícitamente en contra Farrell, ICJ 8 (2010), 885 ss., concluyendo que el requisito de intención no es exigido en el ámbito del Derecho Internacional consuetudinario (889); en contra también Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), p. 823.

¹⁸⁹ Cf. también Ramasastry/Thompson (2006) pp. 18 y ss.; Burchard, ICJ 8 (2010), p. 925 («motivational remoteness» como expresión de diferentes fines de un actor político y una empresa); Kathollnig (2016), p. 162.

¹⁹⁰ Cf. Ambos (2014), pp. 27 y ss. con notas adicionales.

¹⁹¹ Sin embargo, a favor Vest, ICJ 8 (2010), 862.

¹⁹² Cf. Stewart (2015); también van Sliedregt/Popova (2014); a favor Ambos, en Triffterer/Ambos, artículo 25 nm. 27 con nota 194 y ss.; a favor Wisner, ICJ 15 (2017), p. 349.

un obstáculo para la persecución.¹⁹³ Es decir, un comportamiento orientado a un objetivo solo existirá cuando la empresa se hace cómplice criminal de un régimen o de un actor no estatal en el sentido de la mencionada intervención con calidad de autoría, es decir, cuando actúa al mismo tiempo con «animus auctoris».¹⁹⁴ En tal sentido, con base en un estándar de dolo incrementado voluntativamente no habría sido posible la condena contra van Anraat, puesto que a este seguramente le era indiferente si Saddam Hussein quería utilizar los componentes del gas mostaza que le fueron entregados para un asesinato masivo de su propia población civil o solo para el blanqueo de textiles.¹⁹⁵

Sin embargo, se puede recurrir a ese requisito voluntativo consistente en la persecución de un objetivo criminal de un modo complementario o alternativo. En el ámbito del derecho positivo surge una *combinación cognitiva-voluntativa* del estándar general de dolo del artículo 30, ECPI en conexión con las exigencias cognitivo-volitivas alternativas del artículo 25, párr. 3 (d)(i) y (ii), ECPI: o el partícipe es consciente de que su aporte incrementa el riesgo o él persigue por sí mismo el objetivo criminal. De acuerdo con ello, la persecución del objetivo criminal no tiene que existir de forma adicional (cumulativa), sino que basta con su concurrencia alternativa. Desde una perspectiva político-criminal y de persecución estratégica habla a favor de una exigencia volitiva para el dolo la idea de una restricción de la persecución penal a los «most responsible», pues por lo regular son estos quienes precisamente persiguen el fin de cometer el hecho principal y por eso —dejando de lado el acceso total a la empresa representada por ellos— deberían caer primordialmente en la mira de una persecución in-

¹⁹³ Cf. también Ramasastry/Thompson (2006), p. 19 («too high a threshold»); Farrell, JICJ 8 (2010), p. 889 («unnecessarily onerous», «difficult to prosecute»); Burchard, JICJ 8 (2010), p. 939 («difficult to establish»), p. 944 (respecto al artículo 25(3)(d)); Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), p. 828 («too high a threshold»); Michalowski, Texas Int.L.J. 50 (2015) p. 438 («in most cases of corporate complicity... difficult to satisfy this criterion [intent]»); para una derivación —poco aceptable— del elemento voluntativo desde el conocimiento ICJ (2008), vol. 2, p. 22.

¹⁹⁴ Acertadamente Burchard, JICJ 8 (2010), 941.

¹⁹⁵ En realidad, el Tribunal de distrito de La Haya sostuvo que un estándar de dolo eventual/previsibilidad era suficiente, cf. Huisman/van Sliedregt, JICJ 8 (2010), pp. 807 y ss., 821.

ternacional.¹⁹⁶ Quien (tampoco) no quiere cooperar con el hecho principal es «menos responsable» («less responsible») y por ello —en el marco de una justicia penal internacional estructuralmente sobrecargada— solo posee una importancia subordinada.

El enfoque —aquí defendido— primariamente cognitivo, aunque complementado con el elemento doloso de la intención descarta en todo caso la reducción (adicional) de las exigencias del dolo, ya sea mediante la creación de un tipo de complicidad específico de Derecho Penal Económico con dolo eventual¹⁹⁷ o en general, con un aporte objetivo al hecho de especial peso (aquí denominado como modelo de la compensación) —en cierto modo, como una inversión del incremento usual de las exigencias subjetivas para la compensación de un escaso aporte objetivo al hecho—.

III. Resumen

En el contexto del Derecho Penal Internacional Económico, la discusión acerca de la fundamentación de la responsabilidad penal de las empresas se remite esencialmente a los enfoques ya conocidos del Derecho Penal Económico clásico, es decir, los denominados modelos de organización (responsabilidad colectiva de la persona jurídica) y de atribución (de imputación individual, derivada). En principio, y sin negar con ello la existencia de una cultura corporativa (“corporate culture”), la fundamentación de esa responsabilidad con base en el modelo de organización debe quedar descartada si, sobre todo, se tiene en cuenta el hecho difícilmente refutable de que la empresa actúa a través de sus miembros, una circunstancia que, por cierto, no es ignorada por los defensores mismos de ese modelo. Por otro lado, el modelo de atribución también ha de enfrentar diversas dificultades, como, por ejemplo, el riesgo de una eventual acumulación de las responsabilidades del trabajador y de la empresa. Otras cuestiones son la de la determinación del estatus del trabajador de la empresa que desencadena la responsabilidad de esta, frente

¹⁹⁶ Al respecto ya las referencias en *supra* nota 111. Considerando a los «senior executives» de Caterpillar como «most responsible» Wisner, JICJ 15 (2017), p. 356.

¹⁹⁷ Stoitchkova (2010), pp. 108 y ss.

a la cual se adopta aquí un modelo dual (es decir, referida a los directivos y a otros trabajadores de menor jerarquía) aunque con exigencias diversas en cada caso), así como de la eventual necesidad de identificación de delito y del trabajador, lo cual tendría que rechazarse si precisamente se pretende evitar problemas de comprobación ("corporate veil") y, además, hacer justicia a la organización defectuosa de la empresa.

Una fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el modelo de la atribución lleva sin embargo, a otras cuestiones, entre ellas, las relativas a las formas de intervención, en donde desde una perspectiva práctica cobra particular relevancia la complicidad. En primer lugar, viene en consideración en el ámbito objetivo la necesidad de un umbral mínimo de punibilidad que permita distinguir entre un acto de participación y las así denominadas "conductas neutrales". Respecto a esta cuestión resulta relevante la "esencialidad" del aporte, cuyo límite mínimo ha de ser determinado, sin embargo, caso por caso y para lo cual podrían en principio ser de utilidad, entre otros, los criterios de la imputación objetiva. En segundo lugar, en el ámbito subjetivo se precisa la definición de un estándar que resulte adecuado y que, al mismo tiempo, no termine desincentivando por completo la necesaria actividad empresarial (respetuosa de la ley) ni obstaculizando la persecución penal. Ambas condiciones parecen ser cumplidas por un enfoque primariamente cognitivo (conocimiento positivo del cómplice respecto del efecto incrementador del riesgo que tiene su aporte respecto del hecho principal, sin conocimiento de los detalles del hecho) aunque complementado con una interpretación restrictiva de la intención (intención referida únicamente a la acción de complicidad y no al hecho principal).

De cualquier modo, más allá de la posibilidad de una fundamentación de la responsabilidad penal internacional de las empresas, la búsqueda de una *accountability* de las personas mediante el recurso al Derecho Penal Internacional no ha de pasar por alto que otras circunstancias — como las menores perspectivas intimidatorias del Derecho Penal Internacional Económico en comparación con el Derecho Penal Económico clásico o los objetivos modestos de Derecho Penal Internacional — pueden servir justamente para evitar que se depositen expectativas demasiado altas en la consecución de ese cometido.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bibliografía académica

- Abrantes, António Manuel, "Entre neutralidade e cumplicidade: O envolvimento de agentes económicos na comissão de crimes internacionais", en *RPCC* 26 (2016).
- Adam, Jendrik, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos 2015.
- Ambos, Kai, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate - Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*, en *GA* 145 (1998).
- , *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2a. ed., Berlin, Duncker & Humblot 2004 [versión en castellano: *La parte general del Derecho Penal Internacional* (trad. de Ezequiel Malarino), Bogotá, Temis 2005].
- , *Punishment Without a Sovereign?*, en *Oxf.J. of Legal Studies* 33 (2013), [versión en castellano: "¿Castigo sin soberano? La cuestión del *ius puniendi* en derecho penal internacional. Una primera contribución para una teoría del derecho penal internacional consistente", en *Persona y Derecho* 68 (2013)].
- , *Treatise on International Criminal Law Vol. I*, Oxford, OUP, 2013.
- , *Treatise on International Criminal Law Vol. II*, Oxford, OUP, 2014.
- , *The ICC and Common Purpose - What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?*, en Stahn, Carsten (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, OUP, 2015, [versión en castellano: "La Corte Penal Internacional y el propósito común ¿qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?", en *Revista penal*, 34 (2014)].
- , *The International Criminal Justice System and Prosecutorial Selection Policy*, en Ackermann, Bruce/Ambos, Kai/Sikirić, Hrvoje (ed.), *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška*, 2016, [versión en castellano: "El sistema de justicia penal internacional y la política de selección de la persecución", en Silva Sánchez, Jesús María/Queralt Jiménez, Joan Josep/Corcoy Bidasolo, Mirentxu/Castiñeira Palou, Ma. Te-

- resa, (coord.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo, BdeF, 2017].
- , Article 25, en Triffterer, Otto/Ambos, Kai (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court - A Commentary*, 3a. ed., München, Beck, 2016.
- , *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe*, 5a. ed., München, Beck, 2018 [cit. Ambos (2018a)].
- , *Derecho Penal Internacional Económico*, Navarra, Thomson-Reuters, 2018 [cit. Ambos (2018b)].
- Ambos, Kai/Bock, Stefanie, Germany, en Reed, Alan/Bohlander, Michael, *Participation in Crime. Domestic, Comparative and International Perspectives*, Farnham, Ashgate, 2013.
- Ashworth, Andrew, *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart, 2013.
- Beale, Sara Sun, *Die Entwicklung des US-amerikanischen Rechts der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen*, en ZStW 126 (2014).
- Bernaz, Nadia, *An Analysis of the ICC OTP's Policy Paper on Case Selection and Prioritization from the Perspective of Business and Human Rights*, en *JCT* 15 (2017).
- Bonnitcha, Jonathan/McCorquodale, Robert, *The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, en *EJIL* 28 (2017).
- , *The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman*, en *EJIL* 28 (2017).
- Burchard, Christoph, *Ancillary and neutral business contributions to «Corporate-Political Core Crime»*, en *JCT* 8 (2010).
- Bülte, Jens, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- Cantú Rivera, Humberto, *Business and Human Rights in the Americas: Defining a Latin American Route to Corporate Responsibility*, en Letnar Čeranič, Jernej/Carrillo-Santarelli, Nicolás (ed.), *The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge *et al.*, Intersentia 2018.

- Caro, Carlos, "Empresas criminales y autoría mediata", en Ambos, Kai/Caro, Carlos/Urquiza, Gustavo (ed.), *Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales*, Lima (en publicación).
- Cigüela Sola, Javier, *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Madrid, Pons, 2015.
- , *Schuld und Identität in kollektiven Organisationen eine Kritik der Kollektivschuld*, en GA 2016.
- Clapham, Andrew, *The Question of Jurisdiction Under International Criminal Law Over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, en Kamminga, Menno T. /Zia-Zarifi, Saman, *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Den Haag, Kluwer Law International 2000.
- Clapham, Andrew, *Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups*, en *JCT* 6 (2008).
- Colvin, Eric, *Corporate Personality and Criminal Liability*, en *CLF* 6 (1995).
- Dandekar, Thomas/Kunz, Meik, *Bioinformatik. Ein einführendes Lehrbuch*, Heidelberg, Springer Spektrum, 2017.
- Dannecker, Gerhard, *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände*, en GA 2001.
- Davidson, Nigel, *The Lion that Didn't Roar. Can the Kimberley Process Stop the Blood Diamonds Trade?*, Canberra, ANU Press, 2016.
- Desierto, Diane, *The ICESCR as a Legal Constraint on State Regulation of Business, Trade, and Investment: Notes from CESCR General Comment No. 24 (agosto de 2017)*, en *EJIL Talk* Sept. 13, 2017: www.ejiltalk.org/the-icescr-as-a-legal-constraint-on-state-regulation-of-business-trade-and-investment-notes-from-cescr-general-comment-no-24-august-2017/ (último acceso: 25.3.2018).
- Deva, Surya, *Alternative Paths to a Business and Human Rights Treaty*, en Letnar Čeranič, Jernej/Carrillo-Santarelli, Nicolás

(eds.), *The Future of Business and Human Rights. Theoretical and Practical Considerations for a UN Treaty*, Cambridge et al.,..., Intersentia 2018.

- Engelhart, Marc, *International Criminal Responsibility of Corporations*, en Burchard, Christoph/Triffterer, Otto/Vogel, Joachim (Ed.), *The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer*, 2010.
- Estellita, Heloisa, *Responsabilidad penal de dirigentes de empresas por omisión*, São Paulo, Marcial Pons, 2017.
- Farrell, Norman, *Attributing Criminal Liability to Corporate Actors. Some Lessons from the International Tribunals*, en *JICJ* 8 (2010).
- Feuerbach, Paul Johann Anselm «Ritter von», *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen*, Giessen, Heyer, 2a. ed., 1803.
- García Cavero, Percy, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal peruano, la Ley 30424", en Ambos, Kai/Caro, Carlos/Urquiza, Gustavo (ed.), *Imputación penal a los órganos de dirección en el contexto de estructuras empresariales* (en publicación).
- Gierke, Otto Friedrich von, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Zürich, Holms, 1887.
- Gómez-Jara Díez, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- , *Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs*, en *ZStW* 119 (2007).
- , *Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex van Weezel*, *Polít. Crim.* vol. 5, núm. 10 (diciembre 2010), Doc. 1.
- , *Capítulo V, "Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas"*, en Bajo Fernández, Miguel/Feijoo Sánchez, Bernardo/Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de res-*

- ponsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- , *Capítulo VI, El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)* en Bajo Fernández, Miguel/Feijoo Sánchez, Bernardo/Gómez-Jara Díez, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Gracia Martín, Luis, "¿Tiene hoy sentido —y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance— algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?", en Silva Sánchez et al., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2017.
- Hasnas, John, *The Centenary of Mistake, One Hundred Years of Corporate Criminal Responsibility*, en *American Cr.L.Rev.* 46 (2009).
- Heine, Günter, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Baden-Baden, Nomos, 1995.
- Hernández Basualto, Héctor, "Desafíos de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *REJ* 16 (2012).
- Heyer, Antje, *Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht: zugleich ein Beitrag zur Entwicklung eines Wirtschaftsvölkerstrafrechts*, Köln: Inst. for Internat. Peace and Security Law, 2013.
- Hoyer, Andreas, *Rezension «Bülte, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht»*, en *GA* 2018.
- Huisman, Wim/van Sliedregt, Elies, *Rogue Traders. Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity*, en *JICJ* 8 (2010).
- Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2a. ed, Berlin, De Gruyter, 1991.
- , *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie [Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg am 21. Mai 1992]*, München, Beck, 1992.
- , *Strafbarkeit juristischer Personen?*, en Prittwitz, Cornelius/ Baurmann, Michael/ Günther, Klaus/Kuhlen, Lotar/ Merkel, Reinhard/Nestler, Cornelius/Schulz, Lorenz (ed.),

Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos, 2002.

Jeßberger, Florian, Die I.G. Farben vor Gericht, en jz 2009.

—, Zur Einführung, en Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2015.

Kaleck, Wolfgang/Saage-Maaß, Miriam, Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. The Status Quo and its Challenges, en JICJ (2010).

Karstedt, Susanne, Transnationale Unternehmen und Völkerstrafrecht: Kriminologische Perspektiven, en Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), Wirtschaftsvölkerstrafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2015.

Kathollnig, Christoph, Unternehmensstrafrecht und Menschenrechtsverantwortung: die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen im Rahmen internationaler Unternehmensaktivitäten, Wien *et al.*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2016.

Kelly, Michael, Grafting the Command Responsibility Doctrine onto Corporate Criminal Liability for Atrocities, en Emory Intl L.Rev. 24 (2010).

Klabbers, Jan, Reflections on the Role Responsibility, The Responsibility of International Organizations for Failing to Act, en EJIL 28 (2017).

Kubicel, Michael, Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht, ÖstAnwbl, 2016.

Kuntz, Marie, Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law, Baden-Baden, Nomos, 2017.

Kyriakakis, Joanna, Australian Prosecution of Corporations for International Crimes, The Potential of the Commonwealth Criminal Code, en JICJ 5 (2007).

—, Corporate Criminal Liability and the ICC Statute, The Comparative Law Statute, en NILR 56 (2009).

Long, Ryan, Bioethics, Complementarity and Corporate Criminal Liability, en ICLR 17 (2017).

Meini, Iván, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus empresarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Meyer, Frank, Multinationale Unternehmen und das Völkerstrafrecht, en ZStrR 131 (2013).

—, Diskussionsbeitrag, „Verbandsverantwortung im Völkerstrafrecht“, en ZStW 126 (2014).

Michalowski, Sabine, Doing Business with a Bad Actor, How to Draw the Line Between Legitimate Commercial Activities and Those that Trigger Corporate Complicity Liability, en Texas Int.L.J. 50 (2015).

Momsen, Carsten/Grützner, Thomas (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht: Handbuch für Unternehmen und Anwaltspraxis*, München, Beck, 2013.

Mulch, Franziska, Strafe und andere staatliche Maßnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe, Berlin, Duncker & Humblot, 2017.

Murmann, Uwe, Unternehmensstrafrecht, en Ambos, Kai/Bock, Stefanie (ed.), *Aktuelle und grundsätzliche Fragen des Wirtschaftsstrafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2018, en publicación.

Müller-Hoff, Claudia /Schmidt, Thomas, Strafanzeige gegen Nestle. Ein Präzedenzfall für menschenrechtliche Haftung von Unternehmen?, *juridikum*, 2012.

Nerlich, Volker, Core Crimes and Transnational Business Corporations, en JICJ 8 (2010).

Olson, Danielle, Corporate Complicity in Human Rights Violations under International Criminal Law, en *Int. Human Rights Law Journal*, vol. 1, issue 1, Article 5.

Ortmann, Günther, Für ein Unternehmensstrafrecht. Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung, en *NZWSt* 2017.

Priemel, Kim Christian, *The Betrayal: The Nuremberg Trials and German Divergence*, Oxford/New York, OUP, 2016.

Rackow, Peter, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Frankfurt a.M., Lang, 2007.

- Ramasastri, Anita, *Corporate Complicity: From Nuremberg to Rangoon - An Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations*, en *BerkJIntL* 20 (2002).
- Ramasastri, Anita/Thompson, Robert, C., *Commerce, Crime and Conflict. Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law*, Oslo, Fafo, 2006.
- Raum, Rolf, 4. Kapitel. Allgemeine Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, en *Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, München, Beck, 4a. ed., 2014.
- Reggio, Andrea, *Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Businessmen For «Trading with the Enemy» of Mankind*, en *ICLR* 5 (2005).
- Rogall, Klaus, § 130 Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen, en *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, München, Beck, 5a. ed., 2018, § 130 nm. 1-132.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I*, 4a. ed., München, Beck, 2006.
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II*, München, Beck, 2003.
- , *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9a. ed., Berlin/Boston, De Gruyter, 2015.
- Ruggie, John G./Sherman, John, *The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale*, en *EJIL* 28 (2017).
- Ryngaert, Cedric, *Accountability for corporate human rights abuses: Lessons from the possible exercise of dutch national criminal jurisdiction over multinational corporations*, en *CLF* 29 (2018).
- Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 2, Darmstadt, Wissensch, Buchges, 1840.
- Schabas, William A., *Enforcing international humanitarian law: Catching the accomplices*, en *IRRC* 83 (2001).

- Schmidt, Thomas M., *Crimes of Business in International Law. Concepts of Individual and Corporate Responsibility for the Rome Statute of the ICC*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- Schörner, Christian/Bockemühl, Jan, *Zur Frage der strafbaren Beihilfe bei berufstypischen Handlungen*, en *StV* 2018.
- Schrägle, Hannes, *Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt. Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung und die Entwicklung eines Systems der Garantietypen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017.
- Schünemann, Bernd, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Köln, Heymann, 1979.
- , *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*, en Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard/Kindhäuser, Urs/Vogel, Joachim/Walter, Tonio (ed.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht - Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Köln, Heymanns, 2008.
- Silva Sánchez, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2a. ed., Madrid *et al.*, Edisofer *et al.*, 2016.
- Simester, Andrew P./Spencer, John R./Stark, Findlay/Sullivan, G.R./Virgo, Graham, *Simester and Sullivan's Criminal law: theory and doctrine*, 6th., Oxford, Portland, Hart Publishing, 2016.
- Singelstein, Tobias, *Grenzen eines internationalen Wirtschaftsstrafrechts zur Ahndung von Menschenrechtsverletzungen*, en Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- Solaiman, Sheik/Langsted, Lars Bo, *Crimes Committed by Directors Attributed to Corporations. Why Should Directors be Accessory?: Viewing Through the Complicity Rules in Common Law*, en *CLF* 28 (2017).
- Soyer, Richard, *Unternehmensstrafrecht, Schutz von Menschenrechten und Strafzwecktheorien*, en Kert, Robert/Lehner,

- Andrea (ed.), *Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext*. Festschrift für Frank Höpfel, Wien NWV, 2018.
- Stewart, James G., *An important new orthodoxy on complicity in the ICC Statute?*, 21 de enero de 2015, accesible en: <http://jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/> (último acceso: 25.3.2018).
- Stoitchkova, Desislava, *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*, Antwerp, Intersentia, 2010.
- Thurner, Gabriel W. B., *Internationales Unternehmensstrafrecht: Konzernverantwortlichkeit für schwere Menschenrechtsverletzungen*, Wien, Verl. Österreich, 2012.
- Tiedemann, Klaus, *Die «Bebußung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, en NJW, 1988.
- , *Wirtschaftsstrafrecht*, 5a. ed., München, Franz Vahlen, 2017.
- Urquiza, Gustavo, "Acerca de la responsabilidad penal de los directivos por los delitos cometidos desde la empresa. ¿Un nuevo supuesto de autoría mediata?" en Pariona, Raúl (ed.), *Veinte años de vigencia del Código Penal Peruano: desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*, Lima, Grijley, 2012.
- Utz, Maximilian, *Die personale Reichweite der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2016.
- Van den Herik, Larissa, *Subjecting corporations to the ICC regime: analyzing the legal counterarguments*, en Burchard, Christoph/Triffterer, Otto/Vogel, Joachim (ed.), *The Review Conference and the Future of the ICC. Proceedings of the First AIDP Symposium for Young Penalists in Tübingen, Germany*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010.
- Van Sliedregt, Elies/Popova, Alexandra, *Interpreting «For the Purpose of Facilitating» in Article 25(3)(c)?*, 22 de diciembre de 2014, accesible en: <http://jamesgstewart.com/interpreting-for-the-purpose-of-facilitating-in-article-253c/> (último acceso: 25.3.2018).
- Velten, Petra, *Verbandsverantwortlichkeit als Ordnungsmittel für globales Wirtschaften?*, en ÖstAnwbl, 2016.
- Vest, Hans, *Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law*, en JICJ 8 (2010).

- Vogel, Joachim, *Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht*, en Kempf, Eberhard (ed.), *Unternehmensstrafrecht*. 4. Symposium aus der Veranstaltungsreihe «Economy, Criminal Law, Ethics», Berlin, De Gruyter, 2012.
- Walther, Julien, *Schuld und Haftung juristischer Personen im deutsch-französischen Vergleich* Kurze Bemerkungen zum Zusammenspiel von Dogmatik und Pragmatik, en GA, 2015.
- Weigend, Thomas, *Societas delinquere non potest? A German Perspective*, en JICJ 6 (2008).
- Winkler, Karl Wilhelm, *De Crimine Omissionis*, Univ., Diss., Leipzig, 1776.
- Wisner, Sandra, *The Invisible Hand. International Criminal Responsibility of Business Leaders for Aiding and Abetting the Forcible Transfer of Population in the Occupied Palestinian Territory*, en JICJ 15 (2017).
- Wittig, Petra, *Zu Legitimation und Grenzen eines rechtsstaatlichen Wirtschaftsvölkerstrafrechts*, en Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- Zerbes, Ingeborg, *Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf- und Strafverfahrensrechts: Eine Bestandsaufnahme*, en Jeßberger, Florian/Kaleck, Wolfgang/Singelstein, Tobias (ed.), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015.
- Zugaldía Espinar, José Miguel, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos: (análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

2. Otras fuentes (informes de organizaciones estatales y no estatales, etc.)

- Aceves *et al.*, *Amici Curiae Brief in der Sache Presbyterian Church of Sudan v Royal Dutch Petroleum*, accesible en: http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/07/09-1262_

Amicus-brief-of-International-Law-Scholars-William-Aceves-et-al..pdf (último acceso: 25.3.2018).

HRC, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, Annex, accesible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf (último acceso: 25.3.2018) [versión en castellano: CDH, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, accesible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf (último acceso: 14.05.2018)]

ICC/OTP, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation, 15 de septiembre de 2016.

ICJ, Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 1, Facing the Facts and Charting the Legal Path, 2008.

—, Corporate Complicity & Legal Accountability, Report of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol. 2, Criminal Law and International Crimes, 2008.

Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes (Forschungsgruppe Verbandsstrafrecht, Henssler *et al.*), Köln 2017 (cit. como Kölner Entwurf), accesible en: <http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/17134.html> (último acceso: 25.03.2018), publicado en NZWiSt. 2018, 1.

OECD, Weak Governance Zones - Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises, 8 de junio de 2006, accesible en: <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/weakgovernancezones-riskawarenesstoolformultinationalenterprises-oecd.htm> (último acceso: 25.3.2018).

—, Working Group on Bribery in International Business Transactions, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Annex I: Good Practice Guidance on Implementing Specific Articles of the Convention on Comba-

ting Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 26 de noviembre de 2009.

Rat der Europäischen Union, Entwurf von Schlussfolgerungen des Rats über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rats im Bereich des Strafrechts, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, 27.11.2009.

U.S. Department of Justice - The Deputy Attorney General, Memorandum «Bringing Criminal Charges against Corporations», Washington D.C., 16.6.1999 (cit. como «Holder Memorandum»), accesible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF> (último acceso: 25.3.2018).

U.S. Department of Justice - Office of the Deputy Attorney General, Memorandum «Individual Accountability for Corporate Wrongdoing», Washington D.C., 9.9.2015 (cit. als «Yates Memorandum»), accesible en: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download> (último acceso: 25.3.2018).