



La construcción de una parte general del derecho penal internacional*

Kai Ambos

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado y Derecho penal internacional en la Georg-August Universität Göttingen, Alemania

SUMARIO: I. Cuestión preliminar: el dpi y sus fuentes. II. La necesidad de una «parte general» y la teoría del delito aplicable. III. Los pasos concretos. Aspectos metódicos. IV. Bibliografía usada.

I. Cuestión preliminar: el dpi y sus fuentes

1. Con Derecho penal internacional (*Völkerstrafrecht*)¹ se entiende, tradicionalmente, el **conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídicopenales**². Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de Derecho internacional³. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del *derecho penal*, mientras que las clásicas figuras penales (de Nuremberg)⁴, en su calidad de normas internacionales, se deben

clasificar formalmente como *derecho internacional*, sometiendo de este modo a la conducta en cuestión a una punibilidad *autónoma* de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). Nos encontramos no sólo frente a un ordenamiento jurídicopenal internacional nuevo y autónomo, sino también, frente a uno amplio, del cual la parte general constituye solamente un pequeño fragmento, si bien desde el punto de vista dogmático probablemente el más importante.

2. Puesto que el derecho penal internacional es al mismo tiempo *parte del derecho público inter-*

* Vers. al. revisado, actualizado y complementado de los §§ 1 y 8 del escrito de *Habilitation* del autor: «Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts», Berlin 2002/2004. La obra completa, traducida por Ezequiel Malarino, se publicó con la Fundación Konrad Adenauer, programa de Estado de Derecho para América del Sur (Montevideo, Uruguay) y la editorial Temis (Bogotá, Colombia) a comienzos de 2005 bajo el título «La parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática», contacto: gerencia@editorialtemis.com o info@kasuy.org.

1 Sobre el concepto, utilizado por primera vez por BELING, cfr. JESCHECK/WEIGEND, AT (1996), p. 119, nota 4. Decididamente en favor del concepto JESCHECK, *Verantwortlichkeit* (1952), p. 8; MAKAROV, *FS Kern* (1968), p. 253; en contra OEHLER, *Internationales Strafrecht* (1983), p. 606; cfr. también BREMER, *Strafverfolgung* (1999), pp. 44 y ss.; AHLBRECHT, *Geschichte* (1999), p. 9; BRUER-SCHÄFER, *Strafgerichtshof* (2001), pp. 26 y ss.

2 Cfr., para mayores detalles, TRIFFTERER, *Untersuchungen* (1966), p. 34: «Derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del Derecho internacional, que conectan a una conducta determinada –crímenes internacionales– ciertas consecuencias típicamente reservadas al Derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente». Crít. sobre el concepto y su fundamentación KÖHLER, *Jb. Recht und Ethik* 11 (2003), 443 y ss. Respecto del concepto de crímenes internacionales, cfr. BREMER, *Strafverfolgung* (1999), pp. 68 y ss.; AHLBRECHT, *Geschichte* (1999), pp. 8 y ss. (9).

3 Cfr. también VAN SLEDREGT, *Responsibility* (2003), p. 4: «meeting of two worlds».

4 Cfr. el art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Militar (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias del 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad. Cfr., con más detalles, AMBOS, AT (2002/2004), pp. 81 y ss. Sobre el desarrollo histórico AMBOS, CLF 2003, pp. 226 y ss.

nacional, puede originarse, básicamente, a través de la celebración de **convenciones** multilaterales por los Estados interesados (cfr. art. 38 (1) (a), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en adelante: ECIJ) o a través de la formación de derecho consuetudinario o principios generales del derecho (cfr. art. 38 (1) (b) y (c), ECIJ)⁵. En lo que respecta en particular a las fuentes del derecho penal internacional, la fundamentación en el **derecho consuetudinario** de normas de derecho penal internacional plantea especiales dificultades en un doble sentido. Desde la óptica del *derecho penal* el principio del *nullum crimen* parece excluir la existencia de tipos penales no escritos fundados en la costumbre internacional⁶. Sin embargo, conforme a los arts. 15 (2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 11 (2), Declaración Universal de Derechos Humanos y 7 (2), Convenio Europeo de Derechos Humanos una conducta puede ser sancionada, si ella era punible «según los principios generales de derecho reconocidos por la comunidad internacional»⁷. Aquí, el concepto «principios de derecho» no se tiene que entender en el sentido del art. 38 (1) (c), ECIJ, sino en el de las reglas de *derecho consuetudinario internacional* desarrolladas sobre la base del derecho de Nuremberg⁸, por lo cual la regla aplicada debe tener «sin duda» el carácter de costumbre internacional⁹. Esto implica una «desformalización» o bien la carga normativa del principio *nu-*

llum crimen. Desde luego, ella ha perdido importancia con la codificación de los crímenes nucleares de derecho penal internacional en los arts. 5 a 8 y con la aprobación adicional de los llamados elementos de los crímenes (*elements of crimes*) en virtud del art. 9¹⁰. Desde la óptica del *derecho internacional* se presenta el problema de que la praxis de los Estados (*repetitio facti*), necesaria junto a un convencimiento jurídico general (*opinio iuris*) para el nacimiento de derecho consuetudinario internacional, difícilmente se pueda fundamentar de cara a la amplia extensión de la impunidad de las severas violaciones a los derechos humanos¹¹. Este problema puede ser atendido mediante una más fuerte acentuación de los **principios generales del derecho**. Ante todo, los principios generales del derecho existentes pueden ser traídos en consideración para la verificación o falsación de las reglas de derecho consuetudinario internacional en formación y, en consecuencia, aún no consolidadas. En caso de verificación de la regla de derecho consuetudinario internacional correspondiente se fundamentaría, por medio de una semejante *solución de combinación*, una nueva regla de derecho internacional¹². Con esto se desarrollaría un principio general del derecho –de modo absolutamente tradicional– a partir del derecho nacional con base en investigaciones de derecho comparado, en cierto modo como «general principles of law derived...

5 Sobre el reconocimiento de la teoría de las fuentes del derecho internacional en el derecho penal internacional, ya TRIFFTERER, *Untersuchungen* (1966), pp. 35 y ss.; también el mismo, *FS Jescheck li* (1985), p. 1486 (remitiéndose a Jescheck); el mismo, *ÖJZ* 1996, pp. 327 y ss.; el mismo, en: Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 314 y ss.; recientemente también KREß, *ZStW* 1999, pp. 599 y s.; SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), pp. 55 y s.

6 Cfr. también TRIFFTERER, *Untersuchungen* (1966), pp. 35 y ss.; el mismo, en: *Hankel/Stuby, Strafgerichte* (1995), pp. 218 y s.; el mismo, en: Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), pp. 315 y s.

7 Cfr. ya AMBOS, *StV* 1997, pp. 39 y ss.; recientemente BROOMHALL, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary* (1999), art. 22, nm. 25; BREMER, *Strafverfolgung* (1999), pp. 60 y ss. Por el contrario, el art. 9 de la CADH no contiene esta excepción.

8 Cfr. SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), pp. 60, 64; también, CARACCILO, en: Lattanzi/Schabas (eds.), *Essays* (1999), p. 227.

9 Cfr. UN, Report of the Secretary General (1993), para. 34: «... rules... beyond any doubt part of customary law...». Cfr. también Triffterer, *GS Zipf* (1999), pp. 502 y s., quien con acierto señala que es admisible que el derecho consuetudinario fundamente y agrave la pena; en cambio, los principios generales de derecho no podrían fundamentar nuevas figuras penales, «porque a través de principios no se pueden establecer descripciones concretas de los comportamientos punibles» (idem, p. 505); del mismo modo SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), p. 64. En diferente sentido, sin embargo, TRIFFTERER, *Untersuchungen* (1966), pp. 127 y s.: «... que todas las fuentes del derecho penal internacional entran en consideración como posibilidades de creación de normas penales internacionales» (resaltado por el autor). Esto incluye a los principios generales de derecho.

10 Los elementos de los crímenes fueron aprobados definitivamente en la primera sesión de la *Asamblea de Estados Partes* (3 al 10 de septiembre de 2002, ICC-ASP/1/3; cfr. www.un.org/law/icc). Ellos no poseen un efecto vinculante directo, sino que solamente deben «ayudar» a la Corte en la interpretación, debiendo ésta examinar su compatibilidad con el ECPI (cfr. *Gadirov*, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 9, nm. 30; VON HEBEL/ROBINSON, en: Lee (ed.), *ICC* (1999), pp. 87 y s.; *Schabas, Genocide* [2000], p. 173; TRIFFTERER, *FS Roxin* [2001], pp. 1416, 1425).

11 Respecto de la «missionary writing» y de las «words» en lugar de «deeds» en este contexto SIMMA, en: *Academy of European Law* (ed.), *Collected Courses IV* (1995), p. 216 y ss.

12 Cfr. SIMMA/PAULUS, *AJIL* 1999, 313 (en cuanto a la punición de crímenes de guerra en un conflicto no internacional); también KREß, *ZStW* 1999, 613 y ss. (en cuanto al reconocimiento en derecho penal internacional del estado de necesidad por coacción).

from national laws of legal systems of the world...» (art. 38 (1) (c), ECJ)¹³. Además, según la opinión preponderante en la actualidad, los principios generales del derecho se pueden fundamentar¹⁴, también, en una *valoración de conjunto* del «soft law»¹⁵ internacional, como una especie de «*opinio iuris without concordant state practice*».¹⁶ En esa dirección argumenta en definitiva también el Tribunal para la ex Yugoslavia (ICTY) cuando funda una prohibición fundamental de represalias en caso de ataques a civiles en el campo de batalla, esencialmente, en las «demands of humanity and the dictates of public conscience, as manifested in *opinio necessitatis*»¹⁷. Tal comprensión moderna de los principios generales del derecho conduce a una asimilación del derecho consuetudinario internacional con los principios generales del derecho, en el sentido de trascendentes «principios y normas del derecho internacional» («principles and rules of international law») según el art. 21 (1) (b)¹⁸. El derecho consuetudinario internacional es, con esto, parte de las «normas» («rules»)¹⁹; los principios generales del derecho contienen una doble función²⁰: Por un lado, como reglas supranacionales originarias ellos colaborarían a la formación de la costumbre

internacional o –según una comprensión moderna– a la de reglas de derecho internacional. Por otro lado, como principios generales del derecho en sentido tradicional ellos representarían una fuente autónoma. En este sentido, aunque de acuerdo con el art. 21 (1) (c) deben ser aplicados sólo subsidiariamente²¹, ellos asumen sin embargo una considerable importancia²² en atención del estado aún rudimentario del derecho penal internacional escrito y no escrito²³, especialmente en su *parte general*.

3. De este modo, se evidencia a la vez el importante rol que le cabe al **derecho penal comparado**: éste colabora con la fundamentación de principios generales del derecho en sentido tradicional, permitiendo deducir de las *regulaciones* concretas de los derechos nacionales un *principio* común²⁴. Desde luego, no se puede partir aquí solamente del propio sistema nacional del hecho punible, convirtiendo, por ejemplo –en el sentido del **método** tradicional, normativo-descriptivo, del derecho comparado– el punto de vista dogmático propio en el punto de partida y centro de las consideraciones de derecho comparado²⁵. El peligro de este método es evidente: si se parte de tal punto de vista, basado en el derecho propio, los conocimien-

13 Cfr. en general KREß, ZStW 1999, 608 y ss., con otras referencias. Sobre los principios generales del derecho en el derecho de la Comunidad Europea, cfr., en este sentido, art. 6 (2), TUE, así como BLECKMANN, NVwZ 1993, 825 y ss.

14 Sobre todo esto AMBOS, AVR 1999, 332 y ss., con otras referencias.

15 Dentro de este concepto entran, por ejemplo, las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, los demostrables esfuerzos de codificación, las declaraciones de las conferencias diplomáticas, etc. Sobre el concepto: VERDROSS/SIMMA, *Völkerrecht* (1984), §§ 540 y ss., 654 y ss.; sobre el «soft law» de los derechos humanos SIMMA, en: Academy of European Law (ed.), *Collected Courses IV* (1995), p. 233 y ss.; SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), p. 66.

16 SIMMA, en: Academy of European Law (ed.), *Collected Courses IV* (1995), p. 225. En similar sentido BASSIOUNI, *MichJIL* 1990, pp. 768 y s.: «when a custom is not evidenced by... practice, or when States express *opinio juris* without any supportive practice». Uno de los defensores más destacados de un derecho consuetudinario internacional fundado fuertemente en la «*opinio iuris*» es THEODOR MERON (*AJIL* 1995, 554 y ss. y *AJIL* 1996, 238 y ss.).

17 PROSECUTOR v. KUPREŠKIĆ et al., Judgement 14.1.2000 (IT-95-16-T), para. 527 y ss. (533, resaltado en el original). De esta manera, la Sala quiere fundamentar una regla de *derecho consuetudinario internacional* y renuncia, de forma dudosa, al elemento constitutivo de la praxis de los Estados (cfr. sobre esa tendencia ya AMBOS, AVR 1999, 328 y ss.).

18 Cfr. también SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit International Penal* (2000), p. 61: «Ce n'est pas par hasard que la coutume et les principes généraux de droit semblent se rapprocher; ...».

19 Cfr. McAULIFFE DE GUZMAN, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21, nm. 14.

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

21 Cfr. McAULIFFE DE GUZMAN, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21, nm. 2 y ss., 15 y ss.

22 Similar McAULIFFE DE GUZMAN, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21, nm. 17; SCHABAS, *Introduction* (2001), p. 73; Lagodny, ZStW 2001, 817; VEST, *Genozid* (2002), p. 29; FRONZA, en: Papa (ed.), *Orrizonti* (2003), p. 9 (14 y ss.).

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

24 Sobre la importancia para el derecho penal internacional de la comparación (legislativa) de derecho penal, también ESER, *FS Kaiser* (1998), pp. 1506, 1508 y s., 1514.

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

tos logrados con motivo de la comparación jurídica no se diferenciarían radicalmente de éste y se prejuzgaría su valoración jurídico-política. Por ello, se ha de preferir un moderno método *funcional*, el cual se oriente –en el sentido de una *orientación empírica*– a los problemas materiales hallables en un orden jurídico determinado y que se interrogue, en la solución de estos problemas, por el rol y la *función* de los institutos jurídicos existentes, para posibilitar, de esta manera, una comparación –sin prejuicios conceptuales ni dogmáticos– con los institutos jurídicos *funcionalmente* correspondientes en ordenamientos jurídicos extranjeros²⁶. Si bien nunca se podrá evitar completamente la parcialidad del derecho penal nacional²⁷, al menos este método ofrece la chance de descubrir, «libre de los conceptos de sistema del ordenamiento jurídico propio»²⁸, una solución materialmente adecuada para un problema jurídico determinado. Sin embargo, para no actuar de modo simplemente funcional y desvinculado de las decisiones de valor de derechos fundamentales de los sistemas jurídicos más importantes²⁹, se propone utilizar el conocido principio de la *comparación jurídica valorativa* proveniente del derecho de la Comunidad Europea³⁰.

4. En el debate de derecho penal internacional fue acuñado el concepto de «**domestic analogy**» para aludir al mero traspaso de una regla jurídica nacional al plano del derecho internacional³¹. Es tan evidente que un concepto semejante no es suficiente para fundamentar un principio general del derecho, como que, por otra parte, también lo es que una investigación de los «major legal systems of the world»³², esto es, en especial del *common law* y del *civil law*, ofrece una suficiente **base de derecho comparado**³³. Por lo demás, la falta de consideración de sistemas jurídicos no-occidentales, en especial del derecho islámico³⁴, puede explicarse, si no justificarse, con que en el derecho penal internacional la comparación jurídica sirve en primer orden a desarrollar dogmáticamente las directrices del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante «ECPI»). Por tanto, los principios generales del derecho en sentido tradicional obtenidos a este respecto, cobran importancia, por un lado, para la interpretación del Tratado y, por el otro, para colmar lagunas de regulación existentes³⁵. En este sentido, una limitación al «derecho occidental» es sostenible, pues la versión del ECPI se funda en lo esencial, si no exclusiva-

26 Sobre el principio fundamental de la funcionalidad en el derecho comparado KÖTZ, *Rabels Zeitschrift* (en adelante «*RabelsZ*») 1990, 209 y s.; ZWEIGERT/KÖTZ, *Rechtsvergleichung* (1996), p. 33 y ss.; ESER, *FS Kaiser* (1998), p. 1521; también WEIGEND, *ZStW* 1993, 787 y s.; VOGEL, *JZ* 1995, 337 y s. Cfr. también PERRON, *ZStW* 1997, 285 y ss., 296 y ss., con otras referencias.

27 Cfr. WEIGEND, *RIDP* 1981, 500: «... even after discarding all benign comparativist rhetoric aside, one will find that jurists everywhere are likely to regard their own system of justice not necessarily perfect, but as better than the rest». Similar, también, BOGDAN, *NordicJIL* 1977, 49; ESER, en: Bassiouni (ed.), *Commentaries* (1993), p. 44.

28 ZWEIGERT/KÖTZ, *Rechtsvergleichung* (1996), p. 33.

29 En este peligro se encuentra la «reserva de función» de VOGEL (*JZ* 1995, 336 y ss., 336), cuando él se orienta completamente –en el sentido de su funcionalidad «jurídico-externa»– a las exigencias o al funcionar del mercado común (crit. también WEIGEND, *FS Roxin* [2001], pp. 1381 y s.). Aquí existe una patente cercanía con el «puro» funcionalismo de impronta Jakobsiana (infra, nota 91). De todos modos se le debe conceder a VOGEL que *in abstracto* difícilmente se puedan proponer medidas de contenido más preciso que las que él ha desarrollado (pp. 338 y ss.).

30 El concepto se remonta a ZWEIGERT, *RabelsZ* 1964, 611: «principio general del derecho es ..., lo que se presenta como la mejor solución, luego de un análisis crítico de las soluciones que resultan de una mirada al derecho comparado». El concepto fue recogido por el fiscal general Roemer por primera vez en la causa STAUDER (*TEDH*, colección 1969, 427, 428; también WEHRHAN, *TEDH*, colección 1973, 1254, 1258, 1273).

31 PROSECUTOR v. BLASKIC, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29.10.1997 (IT-95-14-AR 108bis), para. 40. Cfr. también SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), pp. 63 y s.

32 PROSECUTOR v. TADIC, Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), para. 225 (en relación con la comisión en coautoría con base un «common purpose» o «common design»; sobre esto, con más detalles, AMBOS, *AT* (2002/2004), pp. 276 y ss.

33 Cfr. PROSECUTOR v. KUPREŠKIĆ *et al.*, supra, nota 17, para. 669: «... the Trial Chamber will rely on general principles of international criminal law and, if no such principle is found, on the principles common to the various legal systems of the world, in particular those shared by most civil law and common law criminal systems» (resaltado por el autor). Cfr. también McAuliffe de Guzman, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21 nm. 18.

34 Sobre los ámbitos o familias jurídicas tradicionales en el sentido del derecho comparado cfr. ZWEIGERT/KÖTZ, *Rechtsvergleichung* (1996), p. 62 y ss.; crit. y para una clasificación jerárquica de los ámbitos jurídicos Heiss, *ZvglRWiss* 100 (2001), 396 y ss.; crit. también HUSA, *R.I.D.C.* 2004, pp. 11 y ss.

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

mente, en la influencia de los Estados del círculo cultural occidental.

5. Además, se sobreentiende que la comparación jurídica para la obtención de un principio general del derecho en el sentido del art. 38 (1) (c) del ECIJ no puede agotarse en la reunión descriptiva de diversas normas de derecho nacional. Más bien, estas normas constituyen solamente la base para la elaboración del **principio** que se encuentra **detrás** de ellas («common principle behind»), de la cuestión valorativa esencial y válida para todos los ordenamientos jurídicos y de su solución generalmente aceptable³⁶. Lo decisivo es, por tanto, el *nivel de los principios*, no el de la regulación³⁷. En nuestro contexto, la importancia de esto no se debe subestimar, pues en la elaboración por medio del derecho comparado de principios generales del derecho penal o de una parte general –en el sentido continental europeo– existen, en el nivel de los principios, más similitudes entre el *civil law* y el *common law* de lo que por lo común se acepta³⁸. Resumiendo, se trata de una *comparación jurídica valorativa orientada a principios*, que sirve al desarrollo de principios generales de derecho penal sobre la base del ECPI.

6. En cuanto a las **decisiones judiciales** como fuente de derecho internacional (art. 38 (1) (d), ECIJ)³⁹ ellas pueden, ya en una interpretación tradicional del art. 38 (1) del ECIJ, servir de tres modos a la fundamentación de reglas de derecho penal internacional: Por un lado, ellas pueden dar información sobre la praxis de los Estados en el sentido

del art. 38 (1) (b) del ECIJ⁴⁰, así como sobre los principios de derecho nacionales en el marco del art. 38 (1) (c) del ECIJ; por otro lado, a ellas se puede recurrir por medio del art. 38 (1) (d) del ECIJ al menos como medio auxiliar⁴¹. Desde un punto de vista material, lo que interesa en nuestro contexto para la importancia creadora de derecho de la judicatura es únicamente si los tribunales competentes han *aplicado* –directa o indirectamente por medio del derecho nacional– *derecho penal internacional*. Si éste es el caso, se los podrá designar incluso de modo general –en un sentido material y que recuerda a la doctrina del «dédoublement fonctionnel»⁴²– como tribunales internacionales⁴³, independientemente de que ellos –en un sentido formal debido a su institución y composición– puedan haber sido internacionales⁴⁴, nacionales⁴⁵ o tribunales de ocupación^{46,47}. Este punto de vista material no debe descuidar, desde luego, la *diferenciación*, absolutamente convincente, entre jurisprudencia originaria de derecho penal internacional a través de tribunales *supranacionales* y jurisprudencia penal internacional indirecta o mediata a través de tribunales *nacionales*. Mientras que en aquel caso se deberá partir, según un nuevo punto de vista basado principalmente en la jurisprudencia del ICTY en Erdemovic⁴⁸, de un peso normativo propio de la jurisprudencia en la fundamentación de derecho consuetudinario internacional, la judicatura nacional puede influir al desarrollo del derecho penal internacional sólo de un modo indirecto a través de la

36 Convinciente PERRON, ZStW 1997, 299, quien ve la función de la armonización internacional del derecho penal en el «formular las cuestiones valorativas esenciales del derecho penal en un nivel abstracto y de un modo válido para todos los sistemas, y en el buscar soluciones que puedan ser aceptadas por la mayor cantidad posible de naciones e implementadas en el actuar práctico».

37 BOGDAN, NordJIL 1977, pp. 48 y s.; también KREß, ZStW 1999, 612; McAULIFFE DE GUZMAN, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21, nm. 16; SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), p. 63.

38 Por ello, demasiado excépticos SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), pp. 58, 63, al considerar (demasiado) difícil el desarrollo de principios generales a causa de las diferencias entre el *civil law* y el *common law*.

39 Cfr. VERDROSS/SIMMA, *Völkerrecht* (1984), §§ 617 y ss.; JENNINGS/WATTS, *Oppenheim's International Law I* (1992), p. 26; BROWNIE, *Principles* (1998), pp. 19 y ss.

40 Por el reconocimiento directo de las sentencias nacionales como parte de la praxis de los Estados: VERDROSS/SIMMA, *Völkerrecht* (1984), § 584; HEINTSCHEL VON HEINEGG, en: Ipsen, *Völkerrecht* (1999), § 16, nm. 6; doehring, *Völkerrecht* (1999), nm. 313.

41 Cfr. también KREß, ZStW 1999, 603; SIMMA/PAULUS, en: ASCENSIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), pp. 65 y s. BROWNIE, *Principles* (1998), p. 23 ve «valuable pronouncements on delicate issues» por los tribunales internacionales Ad-hoc.

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

43 Cfr. WRIGHT, en: UNWCC XV, p. VIII.

44 Cfr. sobre los Tribunales de Númberg y de Tokio y los Tribunales Ad-hoc existentes, AMBOS, AT (2002/2004), pp. 81 y ss., 131 y s., 259 y ss.

45 Cfr. infra AMBOS, AT (2002/2004), pp. 140 y s., 163 y ss.

46 Cfr. especialmente los tribunales que sucedieron al de Nuremberg (AMBOS, AT (2002/2004), pp. 83 y s., 141 y s.).

47 Sobre la jurisdicción penal estatal e internacional, en general JESCHECK, *Verantwortlichkeit* (1952), pp. 149 y ss.; recientemente BRUER-SCHÄFER, *Strafgerichtshof* (2001), pp. 129 y ss. Sobre la naturaleza jurídica de los tribunales de Nuremberg, cfr. AMBOS, AT (2002/2004), pp. 78 y ss., con otras referencias en la nota 12.

48 PROSECUTOR v. ERDEMOVIC, Judgment 7.10.1997 (IT-96-22-A), especialmente los votos particulares de los jueces McDonald/Vohrah, Cassese y Stephen. Sobre esta sentencia, más profundamente, AMBOS, AT (2002/2004), pp. 263 y ss.

derivación, por medio del derecho comparado, de principios generales del derecho o como fuente subsidiaria de derecho conforme al art. 38 (1) (d) del ECIJ⁴⁹. El ECPI tiene esto en cuenta, al acen- tuar, en su art. 21 (2), la importancia de las «deci- siones anteriores» («previous decisions») de la CPI. Con ello no se establece, sin embargo, un efecto vinculante en el sentido de la doctrina de la *stare decisis* del *common law*, sino que la consideración de sentencias anteriores se deja al buen criterio de la apreciación judicial⁵⁰.

7. Los *esfuerzos internacionales de codificación*, por el contrario, brindan información sobre la «opin- io iuris» de la comunidad de los Estados, la cual, a su vez –según el punto de vista que aquí se sostiene– puede ser erigida como fundamento de principios generales del derecho. A las *opiniones doctrinarias*, a considerar en el marco de un análisis secundario, puede recurrirse, complementariamente, para la confirmación o refutación de una «opinio iuris» y para el desarrollo ulterior del derecho. Finalmente, en derecho penal internacional –al contrario que en las fuentes del derecho tradicionales en el sentido del art. 38 del ECIJ– también ha de considerarse el *derecho nacional*. Mientras los arts. 24 (1), EICTY y 23 (1), EICTR prevén esto sólo en el marco de la deter- minación de la pena, el art. 21 (1) (c) declara apli- cable –cuando proceda («as appropriate»)– el dere- cho nacional del estado que ejercería la jurisdicción siempre y cuando sea compatible con el Estatuto y con el derecho internacional vigente⁵¹.

II. La necesidad de una «parte general» y la teoría del delito aplicable

1. El reconocimiento de la *dimensión individual* de los comportamientos macrocriminales pone

claramente de manifiesto la necesidad de desarrol- lar **reglas generales de imputación**⁵². La exigencia de una «parte general («*General Part*») se corres- ponde con el desarrollo –usual en el derecho an- gloamericano– de «reglas generales de derecho penal» («*General Principles of Criminal Law*») ⁵³, que ahora se encuentran en la tercera parte del ECPI. Con el término reglas generales se alude, por tanto, a reglas de la parte general y viceversa.

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

«The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice.»⁵⁴

Los presupuestos fundamentales de una parte general, que deba esperar y merecer aceptación en derecho penal internacional, son, por tanto, aper- tura frente a los diferentes ordenamientos jurídi- cos y comprensibilidad y practicabilidad de las re- glas propuestas.

3. Ésta puede ser una de las explicaciones del porqué la dogmática y *ciencia jurídico penal de lengua alemana* hasta ahora no ha tenido *ninguna influencia* práctica en la configuración de una parte general de derecho penal internacional –y en absoluto del derecho penal internacional!– ⁵⁵. Como crítica acertadamente *Lenckner*, si ella está «caracterizada por una extraordinaria y en parte inabarcable diferenciación y refinación del instru- mentario dogmático»⁵⁶, entonces, es evidente que el estado de la discusión resultará para el obser-

49 Cfr. sobre todo esto KREß, ZStW 1999, 603, con otras referencias.

50 MCAULIFFE DE GUZMAN, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21, nm. 21 y s.

51 Cfr. también MCAULIFFE DE GUZMAN, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999), art. 21, nm. 19; SIMMA/PAULUS, en: ASCEN- SIO/DECAUX/PELLET, *Droit international pénal* (2000), pp. 66 y s., 68.

52 Cfr. ya ESER, en: Bassiouni (ed.), *Commentaries* (1993), pp. 43 y ss.; el mismo, *FS Kaiser* (1998), pp. 1514 y s.; LAGODNY, ZStW 2001, pp. 815 y s.

53 Cfr. WEIK, ZStW 1994, 868, con referencias en la nota 79; VOGEL, GA 1998, 138; KREß, ZStW 1999, 599.

54 JAREBORG, RIDP 1981, 520.

55 Sobre la más bien escasa influencia alemana a escala universal, también PERRON, *FS Lenckner* (1998), p. 228; similar respecto de Europa SCHÜNEMANN, *FS Roxin* (2001), p. 7. FLETCHER, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 237, describe con acierto la influencia alemana a este respecto con dos círculos, a saber, el círculo católico-románico que compren- dería a España, Portugal, Italia y Latinoamérica y el círculo de países con idiomas difíciles, a saber Japón, Corea, Grecia, Finlandia, Tur- quía y Polonia. Otros países podrían ser divididos según otros dos criterios, esto es, el de la comprensión y el del interés en la dogmática alemana (idem, pp. 241 y s.): Comprensión pero poco interés tendrían Bélgica, Holanda y los países escandinavos, así como el ambiente jurídico angloamericano. Carecerían de comprensión los antiguos países comunistas de Europa del este, por ejemplo, Hungría y Rusia. Cfr. en general sobre la escasa importancia del derecho alemán en el ámbito angloamericano las deliberaciones en las jornadas de la asocia- ción de juristas germano-norteamericana de junio de 2000 (FAZ, 26.6.00).

56 Cfr. S/S-LENCKNER, StGB (2001), previamente a los §§ 13 y ss., nm. 22 (al final). Ver también TIEDEMANN, *FS Lenckner* (1998), p. 433 y s.; PERRON, *FS Lenckner* (1998), p. 229; crít. también HIRSCH, *FS Köln* (1988), p. 419 («el tornillo dogmático cada vez más

vador extranjero poco comprensible, sobre todo si proviene del ámbito jurídico que ha forjado teñidamente el derecho penal internacional, esto es, del *common law*⁵⁷. Si además el discurso dogmático tiene lugar exclusivamente en alemán, se crea otro obstáculo para la recepción del pensamiento juridicopenal alemán en el plano internacional: Así, «irán dejándose de escuchar también en el futuro sus sinfonías ejecutadas del maravilloso instrumento de la dogmática»⁵⁸.

Al respecto, no ayuda en mucho la referencia a la gran influencia –innegable– de la ciencia juridicopenal alemana en los ordenamientos acuñados bajo el pensamiento jurídico *continental europeo*, especialmente en todo el ámbito jurídico de lengua castellana y portuguesa⁵⁹, así como en Italia. Esta influencia es de lo más escasa en el ordenamiento y ciencia juridicopenal francesa. Este ordenamiento jurídico, sin embargo, no sólo se puede considerar retrospectivamente como la tradición jurídica más importante en el espacio continental europeo, sino que también representa el único que ha tenido éxito –junto al, por lo demás dominante, círculo jurídico angloamericano– en configurar eficazmente el desarrollo del derecho penal internacional. Esto se evidencia ya en la «parte general» del ECPI⁶⁰. El motivo de la incesante influencia francesa reside, por un lado, en la habilidad de negociación de la diplomacia francesa, pero, por el otro, precisamente también en el «factor idiomático», elemento éste de suma importancia en el terreno de las negociaciones internacionales. Aunque el idioma francés haya perdido frente al inglés su originaria posición de supremacía como idioma mundial y se vea crecientemente amenazado por el castellano, en el plano internacional desempeña, sin embargo –como idioma de la ONU, uno de los idiomas oficia-

les de los Tribunales ad-hoc y también de la futura CPI– aún un rol importante –conscientemente propagado y protegido por los representantes franceses– que aventaja en mucho al del alemán. Además, la influencia alemana en los ámbitos jurídicos de lengua castellana, portuguesa e italiana padece de los déficits de idioma extranjero que actúan siempre negativamente de la ciencia juridicopenal alemana y de sus representantes. De este modo, el diálogo científico se convierte en una calle de mano única, en la cual, de un lado, –el de los idiomas castellano, portugués e italiano– se recibe y cita diligentemente a los autores del otro –el de la lengua alemana–, mientras que éstos ignoran intencionadamente a los autores de aquellos ámbitos. Esta situación había sido criticada, aunque a escondidas, ya desde hace tiempo⁶¹. Sin embargo, sólo en las jornadas de Berlín sobre el futuro de la ciencia juridicopenal de frente al cambio de siglo⁶², jornadas éstas pioneras desde muchos puntos de vista, esta crítica pudo ser pronunciada –algunos dirán: ¡finalmente!– en público. En este sentido, ROXIN expresó que el penalista alemán «con frecuencia» sería «responsable de desatender el pensamiento juridicopenal no alemán», convirtiendo al «transfer de la ciencia» en una «calle de mano única»⁶³. Entre los oradores invitados, el penalista estadounidense George FLETCHER, a quien especialmente, como es sabido, le corresponde el mérito de haber propagado la dogmática juridicopenal alemana en el ámbito del derecho angloamericano, se expresó sin rodeos de modo crítico de la «autoconsciente naturaleza provinciana» de la dogmática alemana: ella le prestaría muy poco interés a las culturas jurídicas de sus huéspedes extranjeros; las ideas, las figuras dogmáticas, los autores, la jurisprudencia y las escuelas filosóficas de los ámbitos jurídicos extran-

se pasa de rosca»); SCHÜNEMANN, *FS Roxin* (2001), p. 2 («sobre-refinación»), pero positivo respecto de los posibles controles a la jurisprudencia que a través de ello se pueden lograr (pp. 8 y s.); detalladamente BURKHARDT, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 129 y ss. En favor de una renuncia «a las regulaciones altamente diferenciadas según el modelo alemán» en el contexto europeo, también VOGEL, *JZ* 1995, 338; este autor señala además, con acierto, en *GA* 1998, 149 que en la dogmática de la teoría del delito «no pocas veces cuestiones de construcción» encubren «cuestiones de valor».

57 No del todo por casualidad en el ámbito jurídico angloamericano se utiliza el concepto de «legal dogmatics» más bien despectivamente y en su lugar se habla de *legal doctrine* (cfr. KÖTZ, *RebelsZ* 1990, 205). Más recientemente sobre los méritos del *common law* para el desarrollo jurídico del derecho penal internacional WALTHER, *GA* 2004, 398 y ss.

58 GROPP, citado según CORNILS, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 431. Sobre la «importancia sobresaliente» del idioma inglés también en el derecho penal, cfr. con acierto Perron, *FS Lenckner* (1998), p. 228. Crít. sobre la capacidad de rendimiento del idioma inglés y sobre las «barreras idiomáticas» en el derecho europeo KÜHL, en: Köbler/Heinze/Hromadka (editores), *FS Söllner* (2000), pp. 619 y s. Crít. sobre las actividades de la ciencia jurídico-penal alemana en las asociaciones internacionales de derecho penal Triffner, citado según CORNILS, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 428.

59 Cfr., recientemente, CERZO MIR, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 255 y ss.

60 Sobre el dolo cfr. ELLIOT, *CLF* 2000, 45.

61 Una notable excepción puede verse en DONINI, *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV (1999), p. 241, nota 83.

62 Cfr. los informes de las jornadas de NUZINGER/SAUER, *JZ* 2000, 407 y ss.; SCHULZ, *ZStW* 2000, 653 y ss.

63 ROXIN, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 381.

jeros serían ampliamente ignorados, de modo que el «intercambio de ideas científicas... sólo corre en una dirección»⁶⁴. El hecho de que no se hayan escuchado expresiones similares, en todo caso en público, de otras bocas extranjeras, es debido más bien a la muy elegante reserva a que obliga el estatus de invitado, que a un disenso con las tesis de ROXIN y FLETCHER. De todos modos, en la publicación de la versión española de la conferencia del importante penalista español Francisco MUÑOZ CONDE se encuentra la frase, absolutamente crítica, de que «la mayoría de los penalistas españoles y su producción científica es desconocida cuando no ignorada en Alemania»⁶⁵. Este reproche acerca de la ignorancia de la ciencia juricopental alemana frente a su hermana española fue omitido en la versión alemana. En ésta tan sólo se puede encontrar la referencia encubierta de que la influencia de la dogmática alemana no significaría que la española no tenga «ningún perfil autónomo», circunstancia que además en muchos casos conduciría a soluciones diferentes⁶⁶.

No obstante lo expuesto es posible demostrar que en la doctrina alemana exista una provisión de soluciones atractivas y diferenciadas también para los problemas jurídicos planteados por el derecho penal internacional y, precisamente, para los de su parte general⁶⁷. Es necesario, sin embargo, que estas soluciones sean conocidas más allá del ámbito de lengua alemana y especialmente en el ámbito jurídico angloamericano. Naturalmente, ello hace necesario su publicación, al menos parcialmente, en inglés⁶⁸.

4. Desde la perspectiva de la teoría juricopental y del derecho comparado sólo es apropiada para esta finalidad una *teoría del delito «funcional-de derecho comparado»* en el sentido arriba mencionado⁶⁹. Ella comparte con la teoría del delito «funcional» (racional final) de alineación *moderada*, orientada a los fines de la pena, la orientación fundamental político criminal⁷⁰, esto es, la idea fundamental de que un sistema de derecho penal está caracterizado menos por sucesos ónticos (estructuras lógico-objetivas)⁷¹ que, más bien, por el res-

64 FLETCHER, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 239 y s.

65 MUÑOZ CONDE, *Revista Penal* 5 (2000), 49, nota 29.

66 MUÑOZ CONDE, *KritV Sonderheft* 2000, 128 y s., nota 30 = en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 208 y s., nota 31. En cambio, asombrosamente nada crítico CERESO MIR, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 255 y ss.

67 Sobre la «consistencia sistemática singular» de la dogmática alemana, por último, SCHÜNEMANN, *GA* 2001, 216; él mismo, *FS Roxin* (2001), pp. 2, 4.

68 Cfr. en este sentido AMBOS, en: McDonald/Swaak-Goldmann (eds.), *International Criminal Law* tomo I (2000), pp. 1 y ss.; él mismo, en Cassese/Gaeta/Jones (eds.), *Rome Statute* (2002), p. 823 y ss. y 1003 y ss.; él mismo, en Vohrah et al. (eds.), *Man's Inhumanity* (2003), p. 11 y ss.; él mismo, *CLF* 14 (2003), 225 y ss.

69 Cfr. supra, nota 26.

70 Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik* (1973), pp. 10 y s., 15 y ss. (16 y ss., 24 y ss., 33 y ss.), 40 y ss.; él mismo, *FS Henkel* (1974), pp. 181 y ss.; él mismo, *ATI* (1997), § 7, nm. 24 y ss., 51 y ss., 80 y ss.; § 19, nm. 1 y ss.; asimismo SCHÜNEMANN, en: Schünemann (editor), *Grundfragen* (1984), pp. 8 y ss. («sistema abierto»), 46 y ss. (51, 55 y ss.), 169 y s., 187, 195; él mismo, *FS R. Schmitt* (1992), pp. 125 y ss. (127 y ss.), 132 y ss.; él mismo, en: Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law* (1992), p. 165 y ss. (167 y ss.), 170 y ss.; él mismo, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), pp. 157 y s., 162 y ss.; él mismo, *FS ROXIN* (2001), pp. 23 y ss. (32); WOLTER, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), pp. 31 y ss.; MIR PUIG, en: *idem*, pp. 36 y ss.; MOCCIA, en: *idem*, pp. 48, 51 y ss.; SOUSA E BRITO, en: *idem*, pp. 72 y s., 75 y s.; FIGUEIREDO DIAS, en: *idem*, pp. 357, 365 y s.; MUÑOZ CONDE, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 203 y s.; MODOLELL, *Bases* (2001), pp. 176 y ss. y *passim*; pese a la crítica, en sustancia también por una fundamentación combinada (funcional-condicional) de la pena LAMPE, *FS Roxin* (2001), pp. 47 y ss. (67). La necesidad preventiva de la punición debe ser considerada *junto* a la culpabilidad en una categoría de la responsabilidad (cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik* [1973], pp. 34, 49; él mismo, *FS Henkel* [1974], pp. 181 y ss., él mismo, *ATI* [1997], § 7, nm. 27, 65 y s.); de este modo se conducen, sin embargo, dos principios opuestos –culpabilidad y prevención– bajo un mismo concepto (cfr. en este sentido COSTA ANDRADE, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), pp. 144 y s.; Figueiredo Dias, en: *idem*, pp. 363 y s.; crít. también STRENG, *ZStW* 1989, 305 y ss.; LAMPE, loc. cit., pp. 49 y s.). Crít. en general (también sobre el concepto), por ejemplo, HIRSCH, *FS Köln* (1988), p. 415 y ss. (419); él mismo, en: Hirsch/Weigend (editores), *Strafrecht* (1989), p. 72 y ss.; él mismo, *FS Spindel* (1992), pp. 44, 49, en donde le adjudica a los defensores del funcionalismo, inclusive a JAKOBS, una «dirección neonomativista»; crít. también ZACZYK, *Unrecht* (1989), pp. 29 y ss. Contra cualquier funcionalización del concepto de culpabilidad y en favor de un regreso a las estructuras lógico-objetivas en el sentido finalista KÜPPER, *Grenzen* (1990), pp. 152 y ss. (157 y ss., 162 y ss.). Escéptico sobre la capacidad de rendimiento de los fines de la pena en la conformación concreta del sistema de derecho penal, *Stratenwerth, Lehre* (1995), pp. 7, 14 y ss.; en contra de este autor LAMPE, loc. cit., pp. 53 y s.

71 Así aún hoy los discípulos de WELZEL –orientados al finalismo–: cfr. especialmente HIRSCH, *FS Köln* (1988), pp. 400 y ss.; 415 y s.; él mismo, en: Hirsch/Weigend (editores), *Strafrecht* (1989), pp. 73, 74 y s.; él mismo, *FS Spindel* (1992), pp. 46 y ss. (49, 58); él mismo, *FS Lenckner* (1998), pp. 141 y s., donde reconoce de todos modos los méritos de la teoría de la imputación objetiva; ARM. KAUF-

pectivo contexto político criminal y político social, el cual influye también en la solución de las cuestiones materiales⁷². Con un lema, tal sistema de derecho penal se puede describir como *orientado a los problemas, a las situaciones y a las consecuencias* y, en este sentido, como *abierto y flexible* en cuanto a los nuevos desarrollos político-criminales. Esto se corresponde con la interpretación tele-

ológica también usual en el derecho penal internacional que se orienta a los valores y a los fines políticos de la comunidad internacional⁷³. Por el contrario, desde el punto de vista del derecho penal internacional se debe rechazar el funcionalismo (juridicopenal) *puro o radical*⁷⁴ que, con base en fundamentos teórico-sistémicos, aboga⁷⁵ por medio de una normativización extrema (libre de da-

MANN, GS Tjong (1985), p. 100, 109, 110; KÜPPER, Grenzen (1990), pp. 24 y ss., para quien también el punto de vista ontológico estaría «empotrado» en valoraciones (32) y expresa que habría que partir de la «realidad configurada», la cual representaría los basamentos de la fijación de «determinados contenidos materiales» (33). Seguidamente (44 y ss.) KÜPPER intenta justificar que todas las cuestiones de la construcción del delito ya resultan de la teoría del delito finalista y, por ello, los enfoques (neo)normativos o funcionales serían superfluos. Aquí, asumiría particular importancia especialmente el concepto finalista de acción (200 y ss.). Tampoco MERKEL, ZStW 2002, 439 quiere renunciar sin más a las estructuras lógico objetivas. Crít. respecto de un punto de vista ontológico ROXIN, FS Honig (1970), pp. 148 y ss.; él mismo, *Kriminalpolitik* (1973), pp. 5 y s., 13 y s.; él mismo, GS Arm. Kaufmann (1989), p. 240 y *passim*; él mismo, AT I (1997), § 7, nm. 84, en la nota 76; § 8, nm. 25; ESER, AT I (1980), p. 49; SCHÜNEMANN, en: Schönemann (editor), Grundfragen (1984), p. 51; él mismo, FS R. Schmitt (1992), pp. 123 y ss.; él mismo, en: Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law* (1992), pp. 159 y ss., 168; él mismo, FS Roxin (2001), pp. 21 y ss.; WOLTER, en: Schönemann/Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), p. 31; MIR PUIG, en: *idem*, pp. 35, 37; PERRON, ZStW 1997, 300; HASSEMER, en: Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik I* (1998), p. 351; NEUMANN, en: *idem*, p. 392 y ss.; Frisch, FS Roxin (2001), pp. 217, 229; WEIGEND, FS Roxin (2001), p. 1378. Cfr. sin embargo también SCHÜNEMANN, FS R. Schmitt (1992), p. 131; él mismo, en: Schönemann/Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), pp. 157 y s., 161, 167, donde propone un compromiso entre lógica objetiva y normativización, al abogar por una «normativización integradora» que complete determinadas estructuras lógico objetivas a través de valoraciones obtenidas de la realidad social (similar SCHÜNEMANN, en: Lahti/Nuotio [eds.], *Criminal Law* [1992], pp. 168 y s.; él mismo, en: Gimbernat/Schönemann/Wolter [editores], *Dogmatik* [1995], pp. 50, 74 y s.; él mismo, FS Roxin [2001], pp. 23 y ss. (30); una posición intermedia sostiene también FIGUEIREDO DIAS, en: Schönemann/Figueiredo Dias [editores], *Coimbra Symposium* [1995], p. 358; KÜHL, en: Köbler/Heinze/Hromadka [editores], FS Söllner [2000], p. 617; MORENO HERNÁNDEZ, FS Roxin [2001], pp. 69, 77 y ss.). Por lo demás, en cuanto a la diferenciación entre injusto y culpabilidad SCHÜNEMANN parte de estructuras y formas idiomáticas dadas y se une expresamente a la tesis de HIRSCH de que habría solamente una dogmática jurídico-penal falsa o correcta (FS Spenkel [1992], p. 58). Sobre las «relaciones sociales» como fundamento ontológico del injusto LAMPE, FS Hirsch (1999), pp. 86 y ss., 104.

72 Del mismo modo ESER, AT I (1980), p. 49; JESCHECK/WEIGEND, AT (1996), p. 196.

73 Cfr. McDONALD/VOHRAH, en *Prosecutor v. Erdemovic*, supra, nota 48, para. 75: «... the law... must serve broader normative purposes in light of its social, political and economic role.»; para. 78: «It would be naive to believe that international law operates ... wholly divorced from considerations of social and economic policy.» Cfr. también SIMMA/PAULUS, en: Ascensio/Decaux/Pellet, *Droit international pénal* (2000), p. 68: «Ainsi, l'interprétation téléologique des prescriptions du droit international pénal est en effet orientée vers les buts politico-sociaux de la communauté internationale». Crít. frente a ello Cassese en *Prosecutor v. Erdemovic*, supra, nota 48, para. 11: «extraneous to the task of our Tribunal» (también para. 49).

74 Sobre la diferenciación entre funcionalismo «moderado» y «radical», fundamental SILVA SANCHEZ, *Aproximación* (1992), pp. 68 y ss. (68, 70); diferenciando también él mismo, *Perspectivas* (1998), pp. 30 y ss. (37, 39 y s.); siguiéndolo MODOLELL, *Bases* (2001), p. 21.

75 JAKOBS, *Schuld* (1976), pp. 1, 8 y s., 10 («ejercitación de la confianza en el derecho»), 14 («sólo el fin le da contenido al concepto de culpabilidad»), 24 («prevención general en el sentido de garantía de aquellas expectativas cuya estabilidad frente a la decepción del ordenamiento requiere para su conservación»), 31 y ss. (31 y s.: «el fin determinante... de la culpabilidad [es] la estabilización de la confianza normativa perturbada por la conducta delictiva...», por lo cual la atribución de culpabilidad individual afirma «la competencia del autor de evitar el hecho y confirma la corrección de la confianza en la norma»; 32: «la culpabilidad como derivado de la prevención general limita la pena requerida por la prevención especial»); él mismo, AT (1993), pp. VII y s., 1/1 y ss. (11, 15), 17/18 y ss., 22: concepto de culpabilidad «como concepto que produce un rendimiento de regulación según una determinada máxima de regulación (según las necesidades del fin de la pena) para una sociedad de una determinada constitución»; él mismo, ZStW 1995, 859 y ss.; él mismo, en: Neumann/Schulz (editores), *Verantwortung* (2000), pp. 59 y ss.; por último, él mismo, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 49 y s. (= Estudios de Derecho Judicial 20, 135 y ss.), donde diferencia entre una «función manifiesta» («la pena es la confirmación de la identidad de la sociedad, por tanto, de la existencia de la norma») y una «función latente» de la pena («diferenciación de motivación», prevención general positiva); asimismo él mismo, en: Eser/Yamanaka (editores), *Einflüsse* (2001), p. 209; cfr. también AMBOS, AT (2002/2004), pp. 530 y s. Una posición en este sentido puramente funcionalista sostiene también ACHENBACH, en: Schönemann (editor), *Grundfragen* (1984), pp. 141, 149 («expectativas de conducta que son percibidas como legítimas por la sociedad»), 150 («atribución social de poder») también STRENG, ZStW 1980, 663 y ss. (664 y s.); él mismo, ZStW 1989, 283 y ss. (286 y ss., 296): derivación y legitimación de la pena de culpabilidad de la necesidad individual y social de confirmación de la norma; similar KINDHÄUSER, *Gefährdung* (1989), p. 30: «imposición del reconocimiento de la norma como la pauta vinculante del actuar». – Cfr. ahora también LESCH, *Verbrechensbegriff* (1999), pp. 184 y ss. (resumidamente pp. 276 y ss.), quien acentúa la relación funcional entre injusto, norma

tos empíricos⁷⁶) por una concepción de la culpabilidad completamente preventiva general, es decir, orientada a las respectivas necesidades punitivas de la sociedad. Ello, pues una concepción semejante, en todo caso en su expresión *Jakobsiana*, no se puede hacer compatible con la comprensión de la sociedad y de los valores, en la que se asienta el derecho penal internacional, de una comunidad de valores universal o de una sociedad del ciudadano mundial, en donde al derecho penal mundial le corresponde la función de proteger los derechos humanos fundamentales.

Naturalmente, aquí no se trata de una crítica al funcionalismo como método de las ciencias sociales, en especial, ni de una crítica a la teoría sistémica de *Luhmann*, pues ello haría indispensable un tratamiento suplementario de sociología jurídica que excedería el marco de estas consideraciones. El funcionalismo científico social se plantea además un interrogante absolutamente legítimo, a saber, el de la capacidad del derecho para la solución de problemas, es decir, el de la *función* del derecho, especialmente de los derechos fundamentales, en cuanto al sistema de la so-

riedad⁷⁷. En este sentido, tampoco se trata aquí de una crítica a la orientación *de principio* del sistema de JAKOBS –basado en LUHMANN aunque con modificaciones–⁷⁸, scil. de una crítica a la tesis de la función del derecho penal de estabilización de la norma⁷⁹, pues no sólo existen excelentes motivos en favor de este principio, sino que está vinculado con la prevención general⁸⁰ y de este modo es cercano a una teoría del fin de la pena de derecho penal internacional –si es que existiese ya una teoría semejante–⁸¹. Más bien, en el contexto del derecho penal internacional se trata únicamente de una crítica a determinadas consecuencias del pensamiento de JAKOBS, con las cuales se transpone en el derecho penal una imagen del hombre que, no se puede compatibilizar al menos con el enfoque que aquí se sostiene de un derecho penal internacional de los derechos humanos. Esto comienza ya con que en el sistema de JAKOBS no existe el concepto de dignidad humana, ni tampoco se reconoce al hombre en su individualidad, como persona *independiente* del grupo y (también) del sistema⁸². Si bien en JAKOBS⁸³ se pueden encontrar abundantes puntos de apoyo

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

76 SCHÜNEMANN, *FS Roxin* (2001), pp. 13 y s.

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

78 JAKOBS, *ZStW* 1995, 850 y ss.; sobre esto LÜDERSEN, *ZStW* 1995, 884 y ss.

79 Cfr. ya *supra*, nota 75, así como, por último, JAKOBS, en: Neumann/Schulz (editores), *Verantwortung* (2000), pp. 57 y ss. con consideraciones absolutamente convincentes sobre la vigencia y estabilización de la norma por medio del derecho penal y sobre la imputación como asignación de competencias específico-personales (también *infra*, nota 83 y § 17 I., especialmente nota 4).

80 Fundamental sobre la prevención general (positiva) Schünemann/von Hirsch/Jareborg (editores), *Generalprävention* (1998), *passim*. Para JAKOBS la prevención general representa una función «latente» de la pena (cfr. *supra*, nota 75).

81 Para una primera aproximación, cfr. AMBOS/STEINER, *JuS* 2001, 12 y s. (en castellano publicado en *RDPC* N.º 12, Julio 2003, 191).

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

83 Cfr., por ejemplo, recientemente JAKOBS, en: Neumann/Schulz (editores), *Verantwortung* (2000), pp. 68 y s., en donde se expresa que la esencia de la imputación «personal» consistiría en que una persona no tenga en cuenta a otra, negando lo que es común a ambas,

en favor de la afirmación de que el derecho penal funcional no es genuinamente enemigo del sujeto⁸⁴, éstos son, sin embargo, inmediatamente contradichos si se degrada al hombre a un «subsistema»⁸⁵; «es persona [sólo] quien debe cumplir una función para un grupo»⁸⁶ o «ser persona significa tener un rol a desempeñar»⁸⁷. De este modo, se hace depender la protección del hombre de las –no mayormente determinadas– necesidades sociales, y una sociedad que se definiera «como refugio de la élite biológica» consideraría, por ejemplo, el homicidio de un hombre lisiado, a falta de una referencia social, sólo como una mera inmoralidad, pero no como una conducta a regular por el derecho penal⁸⁸. De este modo no existe ningún límite absoluto «entre, de un lado, una conducta

meramente inmoral y, del otro lado, la violación de bienes jurídicos»⁸⁹, y el contenido de injusto y pena es intercambiable según las necesidades sociales⁹⁰. Por tanto, el hombre no es protegido en razón de un *propio* derecho por su condición humana, sino sólo, y a lo más, como miembro útil del grupo o de la sociedad, resultando, en definitiva, instrumentalizado y desindividualizado: «así el individuo es degradado a la condición de mero engranaje dentro de un contexto de función mayor, limitado a reconocer o bien a asumir como propio un ordenamiento que le ha sido dado, sin atención de la calidad concreta de las normas garantizadas y sin consideración alguna de su propio punto de vista»⁹¹. El funcionalismo extremo va demasiado lejos, porque los criterios de legitimidad material

scil. la vigencia de la norma. Pero también aquí se trata naturalmente en definitiva de que una persona no tendría que abandonar el rol social que se le ha asignado: «permanecería en el rol de un miembro de la sociedad' - la trivial norma fundamental de toda sociedad'. Cfr. también JAKOBS, en: Eser/Yamanaka (editores), *Einflüsse* (2001), p. 209 y s., donde reconoce en sustancia el principio de culpabilidad y distancia el derecho penal de culpabilidad de un derecho penal cognitivo-policial de lucha contra el crimen.

84 AKOBS, *ZStW* 1995, 849 y ss. (850, 853).

85 JAKOBS, *Schuld* (1976), pp. 24, 28 y s.

86 JAKOBS, *Norm* (1997), p. 125.

87 JAKOBS, *ZStW* 1995, 859.

88 Cfr. JAKOBS, AT (1993), 2/21. Aquí JAKOBS pasa por alto el argumento de la justicia compensatoria (cfr. HÖFFE, *Demokratie* [1999], pp. 81 y s.).

89 AKOBS, AT (1993), 2/21.

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

91 KAHLO, *Problem* (1990), pp. 204 y ss., 212 y ss., lo aquí citado en p. 206. Cfr. también SCHÜNEMANN, en: Schünemann (editor), *Grundfragen* (1984), pp. 170 y ss., quien acertadamente señala que «si bien las consideraciones general-preventivas son capaces de fundamentar la *utilidad racional-final* de la pena, no pueden fundamentar, sin embargo, la *defendibilidad racional-valorativa*» (171). Asimismo señala que la pena en un Estado de derecho orientado a la salvaguarda de la dignidad humana necesita de un «principio independiente de legitimación» (174) y que éste operaría, al mismo tiempo, como «principio de limitación» (175 y s.); cfr. también Schünemann, en: *idem*, p. 59 y s., 153 y ss., 179 y ss. (metódico, 186: conclusión normativista errónea); él mismo, GA 1986, 294 y s.; él mismo, FS R. Schmitt (1992), pp. 131, 135; él mismo, en: Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law* (1992), pp. 168, 170 y s.; él mismo, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (editores), *Dogmatik* (1995), pp. 53 y s.; él mismo, GA 2001, 211: reconocimiento del ciudadano como «persona»; él mismo, FS Roxin (2001), pp. 13 y ss.; HIRSCH, FS Köln (1988), p. 418; él mismo, en: Hirsch/Weigend (editores), *Strafrecht* (1989), pp. 75 y s.; ZACZYK, *Unrecht* (1989), pp. 32 y ss. (34); KÜPPER, *Grenzen* (1990), pp. 157 y ss. (158, 160); MURMANN, *Nebentäterschaft* (1993), pp. 117 y s., 121; VOGEL, *Unterlassungsdelikte* (1993), p. 60; KRÜGER, *Versuchsbeginn* (1994), pp. 134 y ss., con referencias; MIR PUIG, en: Schünemann/Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), pp. 38, 40; LÜDERSEN, *ZStW* 1995, 882 y ss. (883 y ss.); pero también 891, en donde ve considerados en el concepto de culpabilidad de Jakobs los intereses del individuo; él mismo, en: Lüderssen (editor) *Kriminalpolitik I* (1998), p. 38 («positivismo normativo de lúgubre incompreensión»); NEUMANN, en: *idem*, p. 400; JESCHECK/WEIGEND, AT (1996), p. 216, con otras referencias en nota 97; ROXIN, AT I (1997), § 7, nm. 84 en nota 76, § 19 en nota 34 y s.; Köhler, AT (1997), pp. 371 y s.; RENZKOWSKI, *Täterbegriff* (1997), pp. 51 y ss.; LAMPE, FS Hirsch (1999), p. 85. Crít. ante todo BARATTA, CPC 1984, 533 y ss. (537, 549 y ss.); en la doctrina de lengua castellana también ZAFFARONI, *Derecho Penal* (2000), pp. 330 y ss. (334 y ss.); CARO CORIA, *Derecho* (1999), p. 17 y ss.; MODOLELL, *Bases* (2001), pp. 21, 274 y ss., respectivamente con otras referencias; BUSTOS, FS Torio López (1999), p. 63; DÍAZ ARANDA, *Derecho Penal* (2004), pp. 138 y s.; DAZA GÓMEZ, *Criminalia* 1999 (Nr. 3), 145 y s.; diferenciando SILVA SANCHEZ, *Expansión* (1999), pp. 91 y ss. (92); diferenciando también LAMPE, supra, nota 75. Crít. desde el punto de vista sociológico SOEFFNER, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), pp. 26 y ss. (sobre este autor infra en la nota 126); Zaffaroni, loc. cit., pp. 330 y ss. Cfr. también AMBOS, AT (2002/2004), p. 539 y ss. especialmente la crítica de JÄGER. También VOGEL, JZ 1995, 336 y ss. (337 y s.) parece entender su método funcional en relación con el derecho penal europeo no sólo en el sentido del derecho comparado (supra nota 26), sino también en el sentido de un puro funcionalismo normativo de impronta *Jakobsiana* (337: «funcionalizar sin excepción la parte general»). Ya se ha advertido acerca del peligro de una extensión ilimitada del derecho penal que esta posición trae consigo (supra, nota 29). Una defensa del concepto de culpabilidad en JAKOBS ofrece en definitiva ALBUQUERQUE, *ZStW* 1998, 649 y ss. (656), cuando él en la aceptación de que todo hombre sería un «igual» y que las normas sociales serían legítimas ve el retorno a la libertad del hombre como fundamento del sistema de derecho penal.

no desempeñan ningún papel en la fundamentación de la legalidad⁹². En esta lógica se está también cuando JAKOBS –ahora⁹³– exige un *derecho penal del enemigo* para aquel que «de modo duradero se ha apartado del derecho y no garantiza en este sentido la seguridad cognitiva mínima de la conducta personal, demostrando este déficit a través de su conducta»⁹⁴, y además cuando pretende incluir como función de la ciencia jurídico-penal la de «identificar las reglas del derecho penal del enemigo ...»⁹⁵. Prescindiendo de que tal concepción difícilmente se pueda mover hoy en el terreno de nuestro orden constitucional, centrado en la dignidad humana, es más preocupante que pueda conceder a futuros regímenes injustos una legitimación teórica⁹⁶, piénsese sólo en la propagación masiva de las tesis *Jakobsianas* en el ambiente latinoamericano⁹⁷.

Recientemente, CANCIO MELIÁ en un análisis, por cierto crítico, del derecho penal del enemigo, concibiendo éste como combinación del derecho penal simbólico y del punitivismo⁹⁸ y como dere-

cho penal del autor⁹⁹ que no forma parte conceptualmente del derecho penal¹⁰⁰, defendió la posición de JAKOBS con las siguientes palabras: «Con toda certeza, cualquier concepción teórica puede ser pervertida o usada con fines ilegítimos; no se pretende aquí negar esa realidad. Pero es un hecho que la Corte Constitucional colombiana ha declarado recientemente inconstitucionales –aplicando expresamente el concepto de derecho penal del enemigo desarrollado por JAKOBS– varios preceptos penales promulgados por el [P]residente. En conclusión: no existen concepciones teóricas (estrictamente jurídico-penales) que hagan invulnerable a un ordenamiento penal frente a evoluciones ilegítimas»¹⁰¹. A mi modo de ver, sin embargo, no se trata aquí de negar la posibilidad del abuso de concepciones teóricas, ni mucho menos de postular la capacidad de tales concepciones de hacer inmune a un ordenamiento penal a evoluciones ilegítimas. Tampoco se trata de negar que la concepción integral de JAKOBS –que no pretendemos criticar en este lugar, como dijimos

92 Cfr. en este sentido la crítica fundamental a Luhmann en BAURMANN, en: Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik I* (1998), pp. 434 y ss. (435); también KAHLO, *Problem* (1990), pp. 204 y ss.

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

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

95 JAKOBS, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 53.

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

97 La contribución publicada en Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000) (*supra*, nota 75) existe ya en una versión más extensa en castellano, cfr. *Estudios de Derecho Judicial* 20, 121 y ss. (135 y ss.); ver también en: JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo* (2003), pp. 19 y ss.

98 CANCIO, en: JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo* (2003), pp. 78, 88.

99 Ídem, pp. 94, 100 y ss.

100 Ídem, pp. 91, 93, 94 y ss.

101 Ídem, pp. 93 (notas de pie omitidas).

arriba— «ha producido en varias ocasiones construcciones dogmáticas con un alto potencial de recorte de punibilidad»¹⁰² y, por tanto, puede bien servir para defender la Constitución (colombiana) frente al expansionismo penal del poder ejecutivo (si bien sabemos que la influencia de esta concepción en la Corte Constitucional Colombiana se debe más a la laudable actividad del —antiguo— Magistrado Eduardo MONTEALEGRE, eminente integrante de la escuela *jakobsiana* en Colombia, que a su contenido garantista: no es la única ni la más convincente concepción del derecho penal moderno para salvar las garantías constitucionales ante un régimen autoritario). De todo esto no se trata. Se trata más bien de ser conscientes y estar atentos frente a la peligrosidad intrínseca de una concepción que, por su mismo autor, de un mero instrumento de análisis crítico del estado del derecho penal¹⁰³ fue radicalizada y convertida a una concepción que no se limita más a la mera descripción sino que, más bien, postula y exige la exclusión y marginalización de los enemigos del sistema (dominante)¹⁰⁴, con lo cual puede perfectamente servir como base teórica o fundamentación de un régimen (penal) de corte autoritario. Esta vuelta de la concepción de JAKOBS del derecho penal del enemigo no fue percibida ni siquiera por todos sus discípulos (incluso la decisión de la Corte Constitucional colombiana —sentencia C-939/02 de 31/10/2002—, citada por CANCIO, se basa en la concepción anterior de JAKOBS —de 1985— ignorando la nueva línea de pensamiento de su maestro)¹⁰⁵ y no puede ser defendida invocando simplemente los méritos de la concepción global del citado pensador. En fin, lo que merece ser criticado en la nueva posición de JAKOBS es su ambigüedad hasta en la utilización de ciertos

términos, una ambigüedad que sí puede dar lugar a abusos¹⁰⁶. Si bien en una publicación más reciente¹⁰⁷ JAKOBS distingue más claramente entre derecho penal del ciudadano y del enemigo, reservando el último a los terroristas del tipo 11 de septiembre, los cuales deben ser combatidos en el estado previo de la lesión del bien jurídico, es decir, mucho antes de una violación de una norma, si es que el Estado no quiere «perecer»¹⁰⁸ y criticando la confusión entre ambos¹⁰⁹, mantiene su ambigüedad y no explica cómo quiere separar los ciudadanos (criminales normales) de los enemigos¹¹⁰.

Sea como fuere, es claro que la (nueva) concepción *Jakobsiana* es también, y precisamente, completamente inaceptable desde el punto de vista del derecho penal internacional, porque no tiene en cuenta —absolutamente consecuente en el pensamiento de JAKOBS— el consenso mínimo de los derechos humanos sobre el que se basa el ordenamiento de derecho penal internacional. De este modo, tampoco asombra que JAKOBS quiera hacer depender el establecimiento de un ordenamiento jurídicopenal internacional o también sólo el establecimiento de tribunales penales internacionales de la existencia de un ordenamiento de los Estados nacionales de nivel supranacional provisto del monopolio de la fuerza, porque, de otro modo, se confundirían «validez real» y «postulada», «pena en el Estado» y «pena en el estado de naturaleza», «derecho penal» y «mera violencia penal», «derecho establecido y, quizás, poder legítimo», «pena de derecho» y «pena de poder»: «Por más que existan buenos motivos para forzar a otro en un estado de juridicidad, antes de que esto ocurra, falta, precisamente, este estado de juridicidad. *Derecho* penal frente a un mo-

102 Ídem, p. 92.

103 Conferencia de los penalistas alemanes de 1985 en Frankfurt, ver supra nota 93.

104 Conferencia «El Futuro de las Ciencias Penales» en 1999 en Berlín, ver supra nota 75 (Eser/Hassemer/Burkhardt).

105 Ver la nota 38 de la sentencia donde se cita el trabajo de Jakobs de 1985.

106 En este sentido también, desde el punto de vista latinoamericano (colombiano), APONTE, Krieg (2004), pp. 126 y ss. (131, 134 y s.).

107 JAKOBS, HRRS 2004, 88 y ss., en castellano en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo* (2003), pp. 19 y ss.

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

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

110 Ésta es justamente la función del debido proceso o de cualquier proceso que amerite de ser calificado de judicial. Ver ya anteriormente SCHÜLER SPRINGORUM, *Kriminalpolitik* (1991), 240: ¿«Como en todas partes ha de garantizarse que el empleo de métodos duros también en la realidad sólo alcance al "enemigo" malvado»?; aprob. SILVA SÁNCHEZ, *Expansión* (2001), p. 166 con nota 333.

nopolio de la violencia en actividad es meramente un nombre, ningún concepto»¹¹¹. Sin embargo, si se hace depender la existencia del derecho penal internacional y de sus instituciones de un ordenamiento en actividad con monopolio de la violencia en el sentido de los Estados nacionales, se parte de un concepto jurídico (demasiado) estatal, que confunde la existencia de un orden jurídico (pre estatal) en sí (con base en determinadas normas inquebrantables) con su vigencia o realizabilidad¹¹². De este modo, la existencia del derecho es condicionada a la presencia de un orden coercitivo estatal (el Leviatán) en un sentido completamente *Hobbsiano*¹¹³ y las normas no son reconocidas en razón de su legitimidad material¹¹⁴. Si se quisiera internacionalizar un concepto jurídico semejante, no sólo se deslegitimaría aquellos Estados nacionales cuyos ordenamientos jurídicos se deban afirmar sin un monopolio de la violencia en actividad, sino que se transportarían reflexiones de los Estados nacionales de modo inadmisibles al plano internacional¹¹⁵. Está en la misma naturaleza de las cosas que el derecho *internacional*

no es comparable con un ordenamiento estatal *nacional* y, por este motivo, tampoco puede disponer de un monopolio de la violencia *comparable*. En lugar de discutir con los argumentos existentes de filosofía jurídica y de política jurídica internacional sobre la fundamentación del –de hecho existente– derecho penal internacional, el punto de vista de JAKOBS niega su existencia recurriendo a un concepto de derecho penal eurocéntrico y fundado en el Estado nacional. Ese punto de vista queda retrasado también respecto del estado de la discusión de derecho penal internacional, porque JAKOBS no analiza, por un lado, ni el rol y competencia del Consejo de Seguridad de la ONU en el sistema de seguridad colectiva de la ONU, especialmente en cuanto al establecimiento de tribunales penales internacionales¹¹⁶ y a la ejecución de sus resoluciones y fallos¹¹⁷, esto es, el monopolio de la violencia *supranacional* que al menos en sus comienzos ya existe¹¹⁸, ni, por el otro, las posibilidades de una persecución penal descentralizada a través de terceros Estados¹¹⁹. Finalmente: quien reprocha a los esfuerzos inter-

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

112 Cfr. JAKOBS, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 54, donde equipara «vigencia» y «ordenamiento». En similar sentido, él mismo, en: Neumann/Schulz (editores), *Verantwortung* (2000), pp. 58 y s. sobre la tesis de la norma fundamental de KELSEN.

113 Crít. en relación con el derecho penal internacional, recientemente STAHN/EIFFLER, *KritV* 1999, 254; crít. de HOBBS, BIELEFELDT, *Philosophie* (1998), pp. 153 y ss. (156). Diversamente KANT, para quien un estado pre estatal no debe ser al mismo tiempo pre jurídico, sobre esto BIELEFELDT, loc. cit., pp. 73 y ss. (74), 158 y ss. (161 y s.).

114 Sobre el reconocimiento de la norma en razón de su legitimidad cfr. BAURMANN, en: Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik I* (1998), p. 409 y ss.

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

116 Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72), para. 32 y ss., donde en el marco del capítulo VII de la Carta de la ONU es confirmada la competencia del Consejo de Seguridad de la ONU para el establecimiento del ICTY.

117 Cfr. *Prosecutor v. Blaskic*, supra, nota 31. De ello resulta que un Tribunal Ad-hoc no posee por sí mismo poder de coerción para la ejecución de sus resoluciones, sino que éste le corresponde al Consejo de Seguridad de la ONU.

118 HÖFFE, *Demokratie* (1999), p. 279, habla en vista de los comienzos de una estatalidad supranacional en y a través de las instituciones internacionales de un «ultra mínimo Estado global», pero critica al mismo tiempo –con toda razón– a las Naciones Unidas (325 y ss., 331). HABERMAS, *Die Zeit* del 29.4.1999, habla de una «sub-institucionalización de los derechos del ciudadano mundial».

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

nacionales por la protección penal de los derechos humanos el querer imponer «su punto de vista a sangre y espada» y querer penar a los «infieles obstinados»¹²⁰ o llegar «a un futuro mejor con métodos punitivos»¹²¹, cae en una contradicción, cuando, al mismo tiempo, exige en el nivel nacional «neutralizar» con todos los medios posibles a los enemigos de la sociedad civil: derecho penal del enemigo es «guerra cuya... totalidad (también) depende de cuánto se tema al enemigo» (¡sic!)¹²². Es decir, JAKOBS se contradice al permitir, e incluso propagar, en el Estado interno algo que presumiblemente –desde su punto de vista– sucede (y él mismo critica) en el derecho penal internacional: un *derecho penal del enemigo*.

5. Sea como fuere, un poder punitivo transnacional se puede fundar sin duda alguna –también con la concepción social del mundo de LUHMANN¹²³– con referencia a los **derechos humanos interculturalmente reconocidos**¹²⁴. Una fundamentación semejante presupone, desde luego, una concepción del derecho penal que parta del individuo y de su dignidad humana inviolable, absolutamente en el sentido de la relación de reconocimiento libre, igual y mutua de KANT¹²⁵, basada en esa dignidad humana. Sólo el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad garantiza «un correctivo para la revisión de las construcciones abstractas colectivas»¹²⁶. Sólo la «aso-

ciabilidad parcial del individuo» garantiza la observancia de la humanidad y de la dignidad humana garantizada constitucionalmente: «humanidad como desviación y libertad frente a la representación colectiva de manía y coacción, como protección del individuo y las minorías, como chance de autorresponsabilidad a través de la posibilidad de autodeterminación...»¹²⁷. La dignidad humana debe ser, por tanto, punto de partida y al mismo tiempo punto inmovible de todo sistema de derecho penal; sólo así se puede poner «un obstáculo bastante abultado y que se espera infranqueable en el camino ... [del] total ‘desencantamiento’ (WEBER) del mundo por medio de un funcionalismo formal racional-final»¹²⁸. Y entonces, no puede estar más en duda que el Estado y la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el derecho penal¹²⁹.

La fundamentación filosófico jurídica de este punto de vista la proporciona hoy el filósofo del derecho de Tübinga Otfried HÖFFE¹³⁰. El punto de partida del principio del ciudadano mundial propagado por este autor está constituido por los derechos humanos reconocidos universal e interculturalmente y por los principios de justicia, entre los cuales se contaría especialmente el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia, estos, la protección del cuerpo, la vida y la liber-

120 JAKOBS, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 56.

121 Contribución de JAKOBS, citado según AMBOS, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 106: «internacionalmente se trataría del establecimiento de un poder que quisiera llegar a un futuro mejor con métodos punitivos».

122 JAKOBS, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 53.

123 Cfr. LUHMANN, *Recht* (1993/97), pp. 574 y ss., y ya supra nota 115.

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

125 Sobre la utilización de la filosofía kantiana para una «filosofía de los derechos humanos» con vigencia universal cfr. ahora BIELEFELDT, *Philosophie* (1998), p. 45 y ss. (62 y ss.), 158 y ss., 202 y s.

126 SOEFFNER, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 26.

127 *Idem*.

128 *Idem*, p. 27.

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

130 Cfr. HÖFFE, *Strafrecht* (1999), pp. 8, 51 y ss., 67 y ss., 107 y ss.; él mismo, *Demokratie* (1999), pp. 62 y ss. (64 y s.), 88 y s., 140 y s., 269 y ss., 351 y ss., 367 y ss. (368 y s.); él mismo, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 309 y s., 322 y ss., 336 y s. *Crit. SZABO*, en: Höffe, *Strafrecht* (1999), pp. 149 y ss. (152 y s.).

tad¹³¹. La función principal de la república mundial complementaria¹³² consistiría, pues, en proteger esos derechos humanos de sus ciudadanos mundiales de ser necesario con un derecho penal mundial¹³³. La protección mínima de los derechos humanos («moral mínima»)¹³⁴ sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del derecho penal mundial: «la justificación de un derecho penal de un Estado mundial se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos»¹³⁵. La pretensión individual de una protección (también) juridicopenal sería el revés de las prohibiciones fundadas en los derechos humanos¹³⁶. En tanto los delitos penales se «puedan fundamentar con argumentos humano-generales, más precisamente, con argumentos de derechos humanos... existe, sin duda alguna, un poder penal transcultural, un derecho penal intercultural»¹³⁷. De este modo, el derecho penal mundial formaría parte «del escudo de protección de los derechos humanos y de la visible solidaridad de la ciudadanía mundial con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos»¹³⁸. Para que un derecho penal legitimado en los derechos humanos, «humano general» e «intercultural» fuera válido, tendría que dirigirse a hombres de todas las culturas, no pudiendo existir en modo alguno, desde el punto de vista del derecho penal, el extranjero: «son difíciles de encontrar culturas jurídicas que sean tan diferentes por principio como para no conocer en absoluto delitos fundados en la protección de los derechos humanos; más bien, el alcance del poder punitivo se extiende. ... Aquello por lo cual nosotros nos empeñamos con ahínco, lo encontramos también en otras culturas; y

especialmente aquello por lo que nosotros nos indignamos, produce también indignación en los hombres de otro lugar»¹³⁹.

Un principio del ciudadano mundial fundado en los derechos humanos persigue también Jürgen HABERMAS¹⁴⁰, cuando expresa que «el deseado establecimiento de un estado de ciudadano mundial» significa, desde su punto de vista, que las «infracciones contra los derechos humanos... sean perseguidas como acciones criminales dentro de un ordenamiento jurídico estatal». En este sentido, los derechos humanos se habrían de entender no sólo como orientación moral del actuar político, sino también como derechos subjetivos «que deben ser implementados en sentido jurídico». Sólo cuando los derechos humanos hayan encontrado su «lugar» en un ordenamiento jurídico global, como los derechos fundamentales en nuestras Constituciones, «podremos partir, también en el plano global, de que los destinatarios de estos derechos pueden considerarse, al mismo tiempo, como sus autores». Si bien este enfoque es convincente para fundamentar una intervención *pacífica* del derecho penal universal, resulta dudoso que con éste se pueda fundamentar una llamada intervención humanitaria, es decir, militar, como «como un salto del derecho internacional clásico de los Estados hacia el derecho cosmopolita de una sociedad del ciudadano mundial»¹⁴¹. Esto no sólo es dudoso por razones de procedimiento –tan cierto es que el «moderado trato jurídico con las violaciones a los derechos humanos proteger[á] frente a una «desdiferenciación» moral del derecho»¹⁴², sino también a causa del conflicto material de ponderación¹⁴³ que provoca.

131 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), pp. 53, 55; él mismo, *Demokratie* (1999), pp. 88, 140, 301. Sobre el «derecho del ciudadano mundial» de KANT fundamentado ya hace doscientos años cfr. BIELEFELDT, *Philosophie* (1998), pp. 38 y s.

132 HÖFFE, *Demokratie* (1999), pp. 296 y ss.

133 HÖFFE, *Demokratie* (1999), pp. 351, 354.

134 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), pp. 35.

135 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), pp. 368 y s.; él mismo, *Strafrecht* (1999), p. 78; Sobre la teoría del poder punitivo de HÖFFE cfr. *idem*, pp. 67 y ss.

136 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), pp. 78 y s.

137 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), p. 107; él mismo, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), pp. 309 y s., 325.

138 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), p. 8; *Demokratie* (1999), p. 369.

139 HÖFFE, *Strafrecht* (1999), pp. 107 y s.; también pp. 27 y s., 93, 99; él mismo, *Demokratie* (1999), p. 370. Crít. sobre el relativismo de la cultura como argumento en contra de la validez universal de los derechos humanos y en favor de ésta como «núcleo de un *overlapping consensus* intercultural» también BIELEFELDT, *Philosophie* (1998), pp. 10 y ss. (12 y s.), 17, 115 y ss. (145 y ss.). Por el contrario, escéptico HASSEMER, en: Höffe, *Strafrecht* (1999), pp. 172 y s., para quien «recién estamos en el comienzo de una evolución, en la cual el “gran enemigo” se nos transforma y nosotros a él...». Para SCHEERER, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 347 la universalidad del derecho penal es sólo un «mito».

140 HABERMAS, *Die Zeit* del 29.4.1999.

141 *Ídem*; cfr. también HÖFFE, *Demokratisierung* (1999), pp. 393 y ss.; crít. respecto de Habermas también BLANKE, *KJ* 1999, 410 y ss.

142 HABERMAS, *Die Zeit* del 29.4.1999.

143 Cfr. ya AMBOS, *NSiZ* 1999, 406; crít. de Habermas a este respecto SIMON, *FAZ* del 18.6. 1999, 53. Crít. también KÖHLER, *Jb. Recht und Ethik* 11 (2003), 451 y ss.

6. Mientras que la ventaja de una teoría del delito político criminal, funcional de derecho comparado frente a un puro funcionalismo de impronta *jakobsiana* consiste en su orientación hacia los *derechos humanos*, ella es superior al punto de vista ontológico, debido a su apertura frente a las situaciones problemáticas concretas. Si bien a primera vista el pensamiento ontológico del derecho penal tiene la ventaja de que las estructuras lógico objetivas por él presupuestas, en principio, son universalmente válidas y, en este sentido, no se plantea en absoluto la cuestión de «nacional» o de «sociedad»¹⁴⁴, no existe, sin embargo, en el plano internacional ni un consenso sobre tales estructuras (¿cuáles?), ni jamás la discusión sobre su adopción ha impregnado el debate de derecho penal internacional. Ya una mirada por sobre las fronteras alemanas enseña, por ejemplo, que los «elementos de estructura» presuntamente «predeterminados» y los «datos lógico objetivos», sobre los cuales se debe basar, según el punto de vista finalista, la diferenciación entre autoría y participación¹⁴⁵, de ningún modo han conducido a una implementación universal del modelo diferenciador¹⁴⁶. En plano del derecho penal internacional es aún más claro que la validez y obligatoriedad general de principios jurisdiccionales con operatividad supranacional, como ahora han sido formulados en la tercera parte del ECPI, resulta de un proceso de negociación orientado a la solución de problemas y de consenso, a cuyo término no se imponen datos presuntamente lógico objetivos –en el sentido de una ciencia jurisdicpenal «correcta» o «falsa» según criterios científicos¹⁴⁷–, sino fórmulas de compromiso de política criminal y de política de derecho interna-

cional¹⁴⁸. Por tanto, aquí se trata de compromisos de política de derecho internacional en forma de ley, los cuales reaccionan a determinados desarrollos del derecho penal internacional y –en el mejor de los casos– están asegurados por el derecho comparado. Si es que estos compromisos pudieran estar acaparados por una cierta dirección del pensamiento jurisdicpenal, ésta no sería de todas maneras una cerrada orientada a principios (ónticos), sino, en todo caso, una abierta (de política criminal).

III. Los pasos concretos. Aspectos metódicos

1. Para poder desarrollar las *bases para una elaboración dogmática* de la parte general del derecho penal internacional se deben seguir **tres pasos**. Los dos primeros se ocupan de un método esencialmente *empírico-inductivo* de los fundamentos, es decir, se establecen las bases de la investigación en el verdadero sentido de la palabra, para preparar el terreno para el tercer paso: el trabajo *dogmático* fino, en el sentido de la elaboración más precisa de determinados ámbitos de regulación de la parte general, partiendo de los fundamentos construidos y del ECPI. En suma, se trata de un método con un enfoque empírico-inductivo y dogmático funcional-de derecho comparado, con el cual se debe desarrollar «*paso a paso*» una teoría del delito de derecho penal internacional¹⁴⁹. Veamos esto con más detalle:

a) *Primero* se debe investigar la **jurisprudencia penal internacional** desde Nuremberg a La Haya, con el fin de analizar y sistematizar los principios generales allí desarrollados. El análisis debe co-

144 Cfr. HIRSCH, *FS Spindel* (1992), pp. 43 y ss. (55), quien, al respecto, relativiza el punto de vista ontológico («sería extremadamente limitado...», si desde una perspectiva nacional independiente se tuviera en cuenta solamente el aspecto óntico»), queriendo considerar también otros «puntos de vista con validez general». Seguramente, también sería demasiado limitado partir del punto de vista «del derecho penal vigente en la República Federal de Alemania» (SCHÜNEMANN, en: Schünemann (editor), *Grundfragen* (1984), p. 56); sin embargo, SCHÜNEMANN no se refiere en este contexto a una internacionalización, así que también el reproche de una «re-nacionalización» (HIRSCH, *FS Köln* [1988], p. 417) parece injustificado (sobre esto también SCHÜNEMANN, *FS R. Schmitt* [1992], p. 137; él mismo, en: Lahti/Nuotio [eds.], *Criminal Law* [1992], p. 173). Además ahora Schünemann reconoce justamente la existencia fundamental de estructuras lógico objetivas y se adhiere a la tesis de HIRSCH de una dogmática jurídico-penal falsa o correcta (supra nota 71). Si además se toman las expresiones conciliatorias de HIRSCH sobre la imputación objetiva expuestas en el libro homenaje a Lenckner (loc. cit.), se puede hablar siguiendo a SCHÜNEMANN de una «construcción de un puente» entre estos dos campos (GA 1999, 207, también 208).

145 Cfr. KÜPPER, *Grenzen* (1990), pp. 136 y ss. (148), quien acentúa especialmente el aspecto del «domino final del hecho» del autor, pero sin embargo también considera aceptadas sólo «ciertas legitimidades sustanciales» en la teoría de la intervención criminal (137, resaltado por el autor). Decidido por un punto de vista normativo S/S-Cramer (1997), previamente al § 25, nm. 3 y s.; S/S-Cramer/Heine (2001), previamente al § 25, nm. 3 y s.

146 Cfr., con más detalles, AMBOS, *AT* (2002/2004), pp. 543 y ss.

147 Cfr. HIRSCH, *FS Spindel* (1992), p. 58.

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

149 Cfr. ROXIN, *AT I* (1997), § 7 nm. 48 y s., 82 y ss. (84).

menzar con la *jurisprudencia de Nuremberg*. Aquí se debe analizar además de la sentencia del Tribunal Militar Internacional (IMT), aquéllas de los 12 procesos que le sucedieron con base en la Ley del Consejo de Control n.º 10¹⁵⁰. Luego son importantes las sentencias del Tribunal Militar Internacional para el lejano oriente, las de los procesos documentados por la UN-War Crimes Commission, una selección de *sentencias de tribunales nacionales* respecto de crímenes cometidos por el nacionalsocialismo y otro tipo de macrocriminalidad y, por último, la jurisprudencia de los actuales *Tribunales Ad-Hoc de la ONU*, esto es, los tribunales para la ex-Yugoslavia y Ruanda y, si los hay, sentencias de los «nuevos» Tribunales (mixtos) de Kosovo, Timor Oriental, Sierra Leona, Camboya e Irak¹⁵¹.

Hasta el momento, no ha sido realizado un análisis de jurisprudencia semejante, referido a la parte general. El análisis jurisprudencial más minucioso que se ha emprendido, es el de JESCHECK¹⁵²; sin embargo, este autor se debió limitar –ya por razones temporales– a la jurisprudencia de Nuremberg y no ha centrado el punto principal de su análisis en la parte general.

En cuanto concierne a la *selección de las sentencias* es decisivo, en vistas del objetivo de desarrollar reglas *generales* de un derecho penal *material* internacional, el contenido y la especial importancia histórica o nacional de la sentencia respectiva. Mientras que las sentencias de Nuremberg, Tokio y de los Tribunales Ad-Hoc pueden ser calificadas como fundamentales para el desarrollo o el estado del derecho penal internacional y, por ello, no pueden faltar en una investigación de este tipo, en el caso de las sentencias de los tribunales

nacionales se debe llevar a cabo una selección. En este sentido, parece lo más adecuado de seleccionar siempre, en cuanto evidente, la sentencia del proceso más importante de cada país. Como requisito de contenido para la selección puede servir la existencia de un mínimo de reflexiones y consideraciones de parte general, sin analizar las decisiones de contenido meramente procesal¹⁵³.

En las sentencias respectivas se debe investigar, utilizando un *análisis de contenido de tipo descriptivo*¹⁵⁴, los conceptos y las cuestiones materiales que son de importancia para la obtención de *reglas de parte general* del derecho penal internacional. La *sample* resulta de las cuestiones planteadas en la discusión actual sobre una parte general del derecho penal internacional. Entre tales «**planteamientos de parte general**» entran especialmente en consideración:

- las cuestiones relacionadas con la *responsabilidad juridicopenal personal o individual* («individual criminal responsibility»), especialmente la *imputación* de elementos objetivos y subjetivos¹⁵⁵ (voz: «responsabilidad individual»);

- las cuestiones relacionadas con la exclusión de la responsabilidad juridicopenal en sentido amplio, especialmente las causas de justificación y exculpación o –en la más amplia terminología angloamericana– todos los motivos que suprimen el reproche del hecho en la forma de *impedimentos de punibilidad* (materiales) (voz: «defences»)¹⁵⁶.

De ello resulta una **construcción del delito** básicamente **bipartita**, que distingue solamente entre responsabilidad individual y las posibles causas de su exclusión (defences)¹⁵⁷ y que, por tanto, se

150 Cfr. al respecto la lista de las sentencias analizadas en *Ambos*, AT (2002/2004), p. 878.

151 Sobre los primeros cuatro ver *AMBOS/OTHMANN*, *New approaches* (2003); para Irak ver http://www.cpa-iraq.org/au-dio/20031210_Dec10_Special_Tribunal.htm Sobre la jurisprudencia del ICTY y ICTR cfr. ahora HUMAN RIGHTS WATCH, *Digest* (2004).

152 JESCHECK, *Verantwortlichkeit* (1952).

153 Cfr., por ejemplo, el muy conocido caso *Demjanjuk* (resumidamente *DOMB*, *IYHR* 1994, 323 y ss.; WENIG, en: McCormack/Simpson (ed.), *Law* (1997), pp. 115 y ss.; desde el punto de vista de la defensa: SHEFTEL, *Defending* (1996)). Sobre el también controvertido caso *Artukovic*, cfr. KUZMANOVIC, *WisclIJ* 1987, 155 y ss.; RYAN, *Neighbors* (1984), pp. 142 y ss. Sobre el caso *Fedorenko* cfr. SHENKER, *ColJTL* 1981, 365 y ss.

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

155 Aquí, se tratan de evitar los conceptos de «imputación subjetiva» y «objetiva», pues en la discusión alemana ellos están reservados a doctrinas determinadas. En caso de que ellos emerjan, de todos modos, en una u otra parte del texto, deberán ser entendidos fundamentalmente como imputación de elementos objetivos o subjetivos, esto es, como presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad individual.

156 Utilizo aquí y en lo sucesivo el modo de escritura inglesa «defence».

157 Ver *AMBOS*, AT (2002/2004), p. 515.

diferencia fundamentalmente de la construcción del delito bipartita o tripartita, orientada sobre la base de la diferenciación entre injusto y culpabilidad, reinante en Alemania¹⁵⁸:

- I. Responsabilidad individual
 1. Intervención criminal
 - a) Autoría y participación
 - b) Autoría mediata (dominio por organización)
 - c) Complicidad (acciones de colaboración) – Co-autoría/«joint criminal enterprise I y II»
 2. Extensiones de la punibilidad
 - a) Responsabilidad del jefe
 - b) Tentativa
 - c) Contribución de algún otro modo al hecho colectivo – «joint criminal enterprise III»
 3. Presupuestos subjetivos
- II. Defences
 1. Causas de exclusión de la punibilidad
 - a) Actuar en cumplimiento de una orden
 - b) Estado de necesidad y estado de necesidad por coacción
 - c) Legítima defensa
 - d) Error
 2. Otras defences

Con el concepto de *responsabilidad individual* se comprenden los problemas relacionados con la atribución de una determinada conducta humana a un tipo penal de derecho penal internacional. Se trata, por tanto, en primer término de reglas y posibilidades de *imputación* de una determinada conducta a un determinado resultado, y no de «responsabilidad» en el sentido de una categoría delictiva independiente en lugar de la culpabilidad¹⁵⁹. Sin embargo, la responsabilidad indivi-

dual tiene también un lado subjetivo y, por cierto, en un doble sentido: por un lado, en la forma de un reconocimiento fundamental del principio de culpabilidad; por el otro, como expresión de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual. En derecho penal internacional no se diferencia claramente, sin embargo, entre el dolo del hecho –como parte del tipo– y la conciencia de la antijuridicidad –como parte de la culpabilidad–¹⁶⁰.

Con el término *defences* se comprenden fundamentalmente todos los motivos –alegados por la defensa o examinados *ex officio*– cuya presencia conduce a la exclusión de la responsabilidad juricoporal y, con ello, de la punición. Se puede hablar de *causas de exclusión de la punición o de la responsabilidad* o –de un modo aún más amplio siguiendo a Eser¹⁶¹– de «*impedimentos de punibilidad materiales y procesales*»¹⁶². Sin embargo, aquí serán investigados solamente las *defences en sentido restringido*, esto es, las causas *materiales* de exclusión o supresión de la punibilidad¹⁶³. Tampoco se efectuará, en este lugar, una diferenciación entre causas de justificación y de exculpación, pues ella no se encuentra en la jurisprudencia penal internacional¹⁶⁴. En la jurisprudencia de Nuremberg emergen en particular numerosas *defences*¹⁶⁵, las cuales han perdido importancia con la posterior evolución especialmente en el ámbito de los tratados internacionales¹⁶⁶.

Además, en las sentencias se encuentran también expresiones sobre los *tipos de la parte especial* del derecho penal internacional y sobre las *doctrinas generales del derecho público internacional*. Estas consideraciones sobre la parte especial muestran que existe una *relación inseparable entre ésta y la parte general* del derecho penal internacional¹⁶⁷. Las reglas generales se han desarrollado, cuando lo han hecho, con referencia a la

158 Cfr., las amplias referencias en PERRON, *FS Lenckner* (1998), pp. 229 y s., en nota 12 y s.

159 Cfr. ya *supra*, nota 70.

160 Cfr., con mayores detalles AMBOS, AT (2002/2004), pp. 539 y ss., 758 y ss.

161 ESER, *FS Triffler* (1996), p. 755; sobre el concepto también ya ETZEL, *Notstand* (1993), pp. 61 y ss.; NILL-THEOBALD, ZStW 1997, 955; STAUDER, *Defenses* (1999), pp. 41 f., 57 y ss.

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

163 Asimismo NILL-THEOBALD, *Defences* (1998), pp. 7, 57. Dentro de este concepto entran también otros presupuestos *negativos* de la punibilidad, es decir, aquellos cuya presencia elimina la punibilidad (por ejemplo, el desistimiento de la tentativa); pero no necesariamente los *positivos*, esto es, aquellos cuya presencia es un presupuesto de la punibilidad (por ejemplo, las condiciones objetivas de punibilidad).

164 Cfr., sin embargo, AMBOS, AT (2002/2004), pp. 826 y ss.

165 Cfr. AMBOS, AT (2002/2004), pp. 111 y ss.

166 Resumidamente AMBOS, AT (2002/2004), pp. 511 y ss.

167 Sobre esta relación en el derecho penal alemán cfr. FINCKE, *Verhältnis* (1975), pp. 31 y s. y *passim*; en general TIEDEMANN, en: Lahti/Nuotio (eds.), *Criminal Law* (1992), pp. 280 y ss.

realización de determinados tipos penales. Esto significa también que el desarrollo de una parte general o –menos ambiciosamente y más realista– de un sistema (incompleto) de reglas generales de imputación no es posible sin referencia a la parte especial. Antes bien, las reglas generales concretas se habrán de desarrollar siempre de la mano de un tipo penal determinado o de un caso concreto. De este modo, se obtendrán a la vez –en cierto modo como efecto colateral– algunos conocimientos sobre la «parte especial» del derecho penal internacional, cuyo completo análisis necesitará, sin embargo, de un estudio autónomo.

Estas consideraciones ponen ya de manifiesto que el análisis de jurisprudencia que aquí se realiza, trasnacional y que se remonta al pasado, plantea considerables **problemas metódico-terminológicos**. No sólo la praxis judicial analizada se basa en tradiciones jurídicas diferentes, esto es, en el *common law* y –en mucho menor medida– en el derecho continental europeo, sino también el desarrollo dogmático dentro de una tradición juridico-penal puede conducir con el correr del tiempo a modificaciones terminológicas y de contenido. Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo para la Zona Británica ocurren en el tiempo de la llamada «teoría del dolo», mientras que en el momento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof*) respecto de la criminalidad gubernamental de la RDA regía ya desde hace tiempo la «teoría de la culpabilidad»¹⁶⁸. La diversidad conceptual debe ser tenida en cuenta por medio de dos niveles de exposición: en primer lugar, la exposición de las sentencias debe tener lugar de modo auténtico, es decir, en la terminología elegida por el tribunal y usual en aquel entonces o usual en los ordenamientos jurídicos extranjeros («exposición contemporánea»). Esta terminología debe ser transportada luego a la moderna terminología de la dogmática (alemana), en tanto y en cuanto sea necesario por razones de comprensión («exposición moderna retrospectiva» o «actualizada»).

b) *En segundo lugar*, los principios generales resultantes del análisis de la jurisprudencia deben ser confrontados con los **esfuerzos de codificación** existentes desde Nuremberg. Con otras palabras, se trata de un examen de los principios generales investigados en el marco del análisis jurisprudencial de la mano de los esfuerzos de codificación, esto es, de la verificación de la existencia normativa del *case law* investigado. Al igual que en la primera parte, se deben analizar las fuentes rele-

vantes de derecho penal internacional referidas a la parte general. El punto central reside –luego de una observación preliminar metódica sobre la interpretación de los tratados de derecho (penal) internacional– en la investigación de la discusión dentro de la ONU, en donde habrá de referirse especialmente a las deliberaciones de la Comisión de derecho internacional de la ONU («International Law Commission» – ILC) sobre un «Draft Code against the Peace and Security of Mankind». Por otra parte, estos trabajos se apoyan, por un lado, en los principios de Nuremberg –como intento de condensar la jurisprudencia y los fundamentos jurídicos de Nuremberg–, pero también, por el otro, han sido influenciados por convenciones especiales de derecho penal internacional. En este sentido, en primer lugar se ha de analizar el derecho internacional humanitario (aquí, «derecho de Ginebra») que, con la regulación del derecho de los conflictos armados, especialmente y cada vez en mayor medida también del conflicto interno, constituye una parte importante del derecho penal internacional. Posteriormente, se ha de analizar la Convención contra el Genocidio y otros tratados de derecho penal internacional. También los proyectos de organizaciones privadas y de personas individuales han tenido una influencia inestimable. Todo este desarrollo ha experimentado una conclusión (provisoria) y su apogeo con el ECPI. Al final las conclusiones sistematizadas ofrecen una sólida base –compuesta de jurisprudencia y esfuerzos de codificación– para la siguiente elaboración dogmática de los principios generales.

En este contexto, es necesaria una consideración especial en cuanto a la **interpretación de tratados plurilingües** de derecho penal internacional. En principio, en un tratado cuyo texto *auténtico* es redactado en dos o más idiomas, rige el art. 33 de la Convención de Viena de Tratados de 1969 («CV»)¹⁶⁹. Según éste, las versiones auténticas son igualmente obligatorias (art. 33 (1), CV). Especialmente los términos del tratado deben tener el mismo sentido en cada una de las versiones (art. 33 (3), CV). En caso de duda se debe estar al objeto y fin del tratado (art. 33 (4), CV). En principio, se debe partir de la interpretación de todos los textos auténticos. Sin embargo, este principio tiene poco sentido cuando las tratativas del tratado se han realizado casi exclusivamente en un idioma y las otras versiones auténticas han sido traducidas oficialmente sólo con posterioridad y, en cierto modo, han sido equiparadas *sólo formalmente* por

168 Cfr., con más detalles, AMBOS, AT (2002/2004), p. 174.

169 Cfr. por ejemplo HEINTSCHEL VON HEINEGG, en: Ipsen, *Völkerrecht* (1999), § 11 nm. 22 y s.

medio de una determinada disposición con el idioma que en realidad se utilizó durante las negociaciones del tratado (art. 33 (2), CV). Este proceder es usual especialmente en caso de tratados multilaterales de derecho penal internacional, los cuales se discuten casi exclusivamente en inglés, si bien son declarados auténticos en todos los idiomas de la UN (árabe, chino, francés, ruso, español)¹⁷⁰. Como sea, claro es que la CV no codifica acabadamente las reglas de interpretación y, por lo tanto, complementariamente, para la interpretación de tratados de derecho penal internacional pueden ser traídos en consideración, en cuanto lo permita la voluntad de las partes, en especial los principios del «*effet-utile*» –limitado a través del texto y sentido del tratado–, de la interpretación conforme al derecho internacional de las cláusulas dudosas y de la interpretación dinámica del tratado –que se extrae del art. 31 (3) (a) y (b), CV–¹⁷¹. En el terreno de los *derechos humanos*, que justamente deben ser protegidos a través de tratados de derecho *penal* internacional, el principio mencionado en último término no debe ser entendido en el sentido de que se deba partir del estándar humanitario existente en el momento en el cual se origina el tratado, sino en el de su interpretación, es decir, en el sentido de una *interpretación evolutiva-dinámica* orientada a la finalidad humanitaria del tratado (teleológica)¹⁷². Por otro lado, las reglas de interpretación de derecho internacional, también las codificadas por la CV como generalmente reconocidas¹⁷³, son con frecuencia poco esclarecedoras en la interpretación de un tratado. Esto reside en el problema fundamental de que la «comprensión y la interpretación» no se pueden «reglamentar», ni mucho menos «normar»¹⁷⁴. A este respecto señala con acierto la CDI que las reglas de la CV representan

predominantemente sólo «principles of logic and good sense» y que la interpretación de textos de derecho internacional –como toda interpretación de una norma– sería «un arte, no una ciencia exacta» («an art, not an exact science»)¹⁷⁵. El «significado corriente» (art. 31 (1), CV)¹⁷⁶ de los conceptos juridicopenales o, como lo expresa BLECKMANN, la interpretación que parte del «horizonte de comprensión de los destinatarios de la norma en el sentido del significado “normal”»¹⁷⁷, no es apto de todas maneras ni siquiera como pauta de interpretación («*guidelines*»¹⁷⁸), sobre todo cuando se trata de diferentes sistemas de derecho penal. En ese caso –y también aquí– no se puede dejar de consultar las opiniones en la literatura y (si son disponibles) los materiales. En *conclusión*, en los tratados de derecho penal internacional se debe efectuar una interpretación fundada en el texto del tratado y en la voluntad de las partes, la cual desde luego no debe perder de vista la finalidad última del tratado, o sea, la efectiva lucha juridicopenal contra determinados fenómenos de criminalidad¹⁷⁹. Para la obtención de esa finalidad última puede resultar necesario recurrir al *effet utile* y a una interpretación dinámica del tratado.

c) Sobre la base del análisis y sistematización de la jurisprudencia y de las codificaciones se puede efectuar, como *tercer paso*, una **elaboración dogmática** que aporte las bases para una parte general del derecho penal internacional. Se trata de una investigación absolutamente independiente destinada a la profundización y el perfeccionamiento de los conocimientos obtenidos y, a la vez, de la tercera parte del ECPI. En este parte se debe elaborar una dogmática sobre la participación en general, la *responsabilidad del superior*, la *tentati-*

170 Cfr. por ejemplo el art. 128, ECPI.

171 Cfr. VERDROSS/SIMMA, *Völkerrecht* (1984), §§ 780 y ss.; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, *Völkerrecht* (2000), nm. 340 y ss.; GRAF VITZTHUM, en: el mismo (editor), *Völkerrecht* (1997), pp. 79 y s.; MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional* (1995), p. 309.

172 VERDROSS/SIMMA, *Völkerrecht* (1984), § 782 (sin embargo con reservas para el derecho internacional general); BERNHARDT, *EPIL* 7 (1984), 323; MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional* (1995), p. 306; en general sobre una interpretación de los tratados de derechos humanos extensiva y efectiva WIESBROCK, *Schutz* (1999), pp. 10 y ss. (13 ff.); fundamental sobre la singularidad de los tratados de derechos humanos en el marco del general derecho de los tratados internacionales CRAVEN, *EJIL* 2000, 489 y ss. (492 y s.).

173 Según la opinión de la ILC habrían sido codificados solamente «few general principles», «which appear to constitute general rules for the interpretation of treaties» (ILC, commentary, introduction, in: WETZEL/RAUSCHNING, *Vertragsrechtskonvention* (1978), p. 250 y s.). DOEHRING, *Völkerrecht* (1999), nm. 390, designa a estas reglas como «escasas».

174 KÖCK, *Vertragsinterpretation* (1976), p. 99.

175 ILC, commentary, introduction, supra nota 173, p. 250.

176 Sobre «ordinary meaning-rule» y sobre su relación con el art. 31 (4), CV, con mayores detalles KÖCK, *Vertragsinterpretation* (1976), p. 86 y ss.

177 BLECKMANN, *Grundprobleme* (1982), p. 94.

178 Así, el relator especial (Waldock Report IV), supra nota 173, p. 242.

179 Similar, en forma general KÖCK, *Vertragsinterpretation* (1976), p. 99.

va, los *presupuestos subjetivos*, inclusive el *error* y las *causas materiales de exclusión de la punibilidad* relevantes, especialmente el estado de necesidad por coacción. Ya de la limitación a la búsqueda de bases para una elaboración dogmática tendría que ser claro que con esta tercera parte de ningún modo se pretende presentar un sistema *definitivo* de reglas generales de imputación de derecho penal internacional. Más bien, cada autor se enfrenta aquí con la difícil decisión de considerar *todas* las cuestiones de parte general que le parecían de importancia, renunciando para ello sin embargo en una u otra a necesarias profundizaciones, o bien limitar a *limine* la investigación a ciertos problemas *escogidos*. Parece ser más adecuado el primer camino, ya que, de frente a una elaboración dogmática de la «materia prima del derecho penal internacional» que se encuentra recién totalmente en sus comienzos y que debe constituir la base para sucesivas investigaciones, parece más importante tratar todas las cuestiones trascendentes de parte general, si bien de modo incompleto y controversial, que presentar una doctrina *definitiva* provista de una «dogmática juridicopenal muy refinada» de sólo un *sector*¹⁸⁰. Por más que esto pueda ser digno de críticas desde el punto de vista de los especialistas y de los dogmáticos instruidos, es la consecuencia del enfoque amplio de la investigación, en lugar de uno selectivo, y, por ello, se trata más bien de un problema metódico que de uno de contenido.

IV. Bibliografía usada

ACHENBACH, Hans, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld. In: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin 1984, S. 135-151.

AFFOLDER, Natasha A., Tadić, The Anonymous Witness and the Sources of International Procedural Law. Michigan Journal of International Law (MichJIL) 19 (1998), S. 445-495.

AHLBRECHT, Heiko, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert. Baden-Baden 1999.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Ein unausrottbares Mißverständnis. Bemerkungen zum strafrechtlichen Schuldbegriff von Jakobs. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 110 (1998), S. 640-657.

AMBOS, Kai, Nuremberg Revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und

das Rückwirkungsverbot. Strafverteidiger (StV) 1997, S. 39-43.

– Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen. Archiv des Völkerrechts (AVR) 37 (1999), S. 318-356.

– Anmerkung zu BGH NStZ 1999, S. 396. Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 1999, S. 404-406.

– Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht. Juristenzeitung (JZ) 1999, S. 16-24.

– Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law: A Jurisprudential Analysis – From Nuremberg to The Hague. In: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume I. Commentary. The Hague et al. 2000, S. 1-31.

– Bericht über die Diskussion zum Thema «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart». In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. München 2000, S. 103-107.

– Superior Responsibility, en: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 3 Vol., Oxford 2002, pp. 823-872 (vol. I).

– Other grounds for Excluding Criminal Responsibility, en: Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Oxford 2002, pp. 1003-1048 (vol. I).

– Some Preliminary Reflections on the *Mens Rea* Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes, en: L.C. Vohrah et al. (eds.), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese, The Hague 2003, pp. 11-40.

– Current issues in international criminal law. Criminal Law Forum 14 (2003), 225-260.

– Los crímenes del nuevo derecho penal internacional, Bogotá, 2004.

AMBOS/OTHMANN (eds.), New approaches in international criminal Justice, Freiburg im Breisgau (Alemania) 2003.

AMBOS, Kai / STEINER, Christian, Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und supranationaler Ebene. Juristische Schulung (JuS) 2001, S. 9-13.

¹⁸⁰ Sobre la «materia prima» y «refinación» cfr. WEIGEND, FS Roxin (2001), p. 1386. Por el contrario, demasiado descriptivas las expresiones de BRUER-SCHÄFER, *Strafgerichtshof* (2001), pp. 177 y ss.

APONTE, Alejandro, *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden 2004.

ATTESLANDER, Peter, *Methoden der empirischen Sozialforschung*. 8. Aufl. Berlin u.a. 1995; 9. Aufl. Berlin u.a. 2000.

BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Cuadernos de Política Criminal (CPC) 24 (1984), S. 533-552.

BAURMANN, Michael, *Zehn Thesen zum Verhältnis von Normanerkennung, Legitimität und Legalität*. In: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Band I: Legitimationen. Frankfurt a.M. 1998, S. 409-441.

BERNHARDT, Rudolf, *Interpretation in International Law*. In: ders. (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*. Instalment 7 (1984), S. 318-327.

BIELEFELDT, Heiner, *Philosophie der Menschenrechte*. Darmstadt 1998.

BLANKE, Thomas, *Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseinandersetzung mit Jürgen Habermas*. *Kritische Justiz (KJ)* 1999, S. 410-425.

BLECKMANN, Albert, *Grundprobleme und Methoden des Völkerrechts*. Freiburg i.Br./München 1982.

– *Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1993, S. 824-828.

BOGDAN, Michael, *General Principles of Law and the Problem of the Lacunae in the Law of Nations*. *Nordic Journal of International Law (NordicJIL)* 46 (1977), S. 37-53.

BOOT, Machteld, *Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Antwerpen et al. 2002.

BREMER, Kathrin, *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht*. Frankfurt a.M. 1999.

BROOMHALL, Bruce, *Article 22, en Triffterer* (ed.), *Commentary* (1999).

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*. 5. Aufl. Oxford 1998.

BRUER-SCHÄFER, Aline, *Der Internationale Strafgerichtshof*. Frankfurt a.M. 2001.

BURKHARDT, Björn, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München 2000, S. 111-157.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El estado actual en el Derecho Penal*. In: José Cerezo Mir/Rodrigo F. Suárez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos M. Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro

homenaje al Prof. Doctor Don Ángel Torío López. Granada 1999, S. 59-65.

CAPPS, Patrick, *Incommensurability, Purposivity and International Law*. *European Journal of International Law (EJIL)* 11 (2000), S. 637-661.

CARACCILOLO, Ida, *Applicable Law*. In: Flavia Lattanzi/William A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Volume I. Ripa Fagnano Alto (Italien) 1999, S. 211-235.

CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho Penal del Ambiente*. Lima 1999.

CEREZO MIR, José, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft aus spanischer Sicht*. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München 2000, S. 255-260.

CORNILS, Karin, *Bericht über die Diskussion zum Thema, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München 2000, S. 427-435.

COSTA ANDRADE, Manuel da, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als Referenzen einer zweckrationalen Verbrechenslehre*. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln u.a. 1995, S. 121-145.

CRAVEN, Matthew, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*. *EJIL* 11 (2000), S. 489-519.

DAZA GÓMEZ, Carlos, *El funcionalismo, hoy*. *Criminalia (Academia Mexicana de Ciencias Penales)* Año LXV, No. 3 (1999), S. 133-146.

DÍAZ ARANDA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*. Mexico 2nda ed. 2004.

DOEHRING, Karl, *Völkerrecht*. Heidelberg 1999.

DOMB, Fania, *The Demjanjuk Trial – Judgment of the Supreme Court of Israel – Summary*, *Israel Yearbook on Human Rights (IYHR)* 24 (1994), S. 323-341.

DÖRMANN, Knut / KREß, Claus, *Verfahrens- und Beweisregeln sowie Verbrechenselemente zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Zwischenbilanz nach den ersten zwei Sitzungen der Vorbereitungskommission für den internationalen Strafgerichtshof*. *Humanitäres Völkerrecht (HuV)* 1999, S. 200-213.

ELLIOTT, Catherine, *The French Law of Intent and its Influence on the Development of International Criminal Law*. *Criminal Law Forum (CLF)* 11 (2000), S. 35-46.

ESER, Albin, *Strafrecht I*. München 3. Aufl. 1980.

– The Need for a General Part. In: Cherif M. Bassiouni (ed.), *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*. Toulouse 1993, S. 43-52.

– Defences in Strafverfahren wegen Kriegsverbrechen. In: Kurt Schmoller (Hrsg.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*. Wien/New York 1996, S. 755-775.

– Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. In: Hans-Jörg Albrecht/Frieder Dünkler/Hans-Jürgen Kerner/Josef Kürzinger/Heinz Schöch/Klaus Sessar/Bernhard Villmow (Hrsg.), *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht*. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Band 2. Berlin 1998, S. 1499-1529.

– Schlußbetrachtungen. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*

ETZEL, Jochen, *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*. Freiburg i.Br. 1993.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Resultate und Probleme beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems*. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln u.a. 1995, S. 357-366.

FINCKE, Martin, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*. Berlin 1975.

FLETCHER, George, *Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht*. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München 2000, S. 235-253.

FRANK, Hans, *Aufgabe des Rechtslebens ist nicht die Sicherung der Paragraphenanwendung, sondern vor allem Sicherung des Volkslebens*. *Deutsches Recht (DR)* 1934, S. 25-427.

FRISCH, Wolfgang, *Anmerkungen zur Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*. In: Bernd Schünemann/Wilfried Botke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*. München 2001, S. 213-237.

FRONZA, Emanuela, *Ruolo della comparazione e costruzione di un *Allgemeiner* Teil a livello sopranazionale*, en: Papa (ed.), *Orrizonti della penalistica italiana nei programmi di ricerca dei più giovani studiosi*, Firenze 2003, pp. 9-18.

GADIROV, Erkin, Art. 9, en: Triffterer (ed.), *Commentary* (1999).

HABERMAS, Jürgen, *Bestialität und Humanität*. *Die Zeit* (Hamburg), 29.4.1999.

HASSEMER, Winfried, *Person, Welt und Verantwortung. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*. In: Klaus Lüderssen (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*. Frankfurt a.M. 1998, S. 350-372.

– Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts. In: Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?* Frankfurt a.M. 1999, S. 157-180.

HEBEL, Herman von / ROBINSON, Darryl, *Crimes within the Jurisdiction of the Court*. In Roy Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*. The Hague et al. 1999, S. 79-126.

HEISS, Helmut, *Hierarchische Rechtskreiseinteilung*, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 100 (2001), 397-424.

HIRSCH, Hans-Joachim, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*. In: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Köln u.a. 1988, S. 399-427.

– Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht. In: Hans-Joachim Hirsch/Thomas Weigend (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Berlin 1989, S. 65-79.

– Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft? In: Manfred Seebode (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*. Berlin 1992, S. 43-58.

– Zur Lehre von der objektiven Zurechnung. In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München 1998, S. 119-142.

HÖFFE, Otfried, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*. München 1999.

– Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Frankfurt a.M. 1999.

– Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*. München 2000, S. 307-337.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocide, War Crimes, Crimes against Humanity: Topical digest of the case law of the ICTR and ICTY*, New York et al. 2004.

HUSA, Jaakko, *Classification of legal families today. Is it time for a memorial hymn?* *Revue Internationale de Droit Comparé* 2004, 11-38.

IPSEN, Knut, Völkerrecht. 4. Aufl. München 1999 (in Zusammenarbeit mit Volker Epping, Horst Fischer, Christian Gloria, Wolff Heintschel von Heinegg, Hans Joachim Heintze).

JAKOBS, Günther, Schuld und Prävention. Tübingen 1976.

– Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Studienausgabe. 2. Aufl. Berlin u.a. 1993 (unveränderter Nachdruck der 2. Aufl. von 1991).

– Untaten des Staates – Unrecht im Staat. Goltammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1994, S. 1-19.

– Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischem Prinzipiendenken. ZStW 107 (1995), S. 843-876.

– Norm, Person, Gesellschaft. Berlin 1997.

– La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente. Estudios de Derecho Judicial (Consejo General del Poder Judicial Xunta de Galicia) 20 (1999), S. 121-145.

– Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung. In: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral. Referate der Tagung der deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 2. bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt a.M. Stuttgart 2000, S. 57-72.

– Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. München 2000, S. 47-56.

– Einleitung. En: Albin Eser/Keiichi Yamanaka (Hrsg.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Japan und Polen. Baden-Baden 2001, S. 209-210.

– Personalität und Exklusion im Strafrecht. En: Nestor Courakis (ed.), Festschrift für Dionysios Spinellis, Athen 2001, p. 447-467.

– Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. Höchst-trichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS) März 2004, 88-95 www.hhr-strafrecht.de, en castellano en Jakobs/Cancio, infra cit., p. 19-56.

JAKOBS, Günther/CANCIO, Manuel, Derecho penal del enemigo, Madrid 2003.

JAREBORG, N., Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code (1980). *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)* 52 (1981), S. 519-527.

JENNINGS, Robert / WATTS, Arthur, Oppenheim's International Law. Volume I – Peace. 9. Aufl. Essex 1992.

– Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952.

– Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung. Tübingen 1955.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin 1996.

KAHLO, Michael, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten. Berlin 1990.

KAUFMANN, Armin, Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft. In: Hans-Heinrich Jescheck/Jhon-Won Kim/Haruo Nishihara/Hans-Ludwig Schreiber (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*. Tokio 1985, S. 100-111.

KINDHÄUSER, Urs, Gefährdung als Straftat. Frankfurt a.M. 1989.

KÖCK, Heribert Franz, Vertragsinterpretation und Vertragsrechtskonvention. Zur Bedeutung der Artikel 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention. Berlin 1976.

KÖHLER, Michael, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Berlin u.a. 1997.

KÖHLER, Michael, Zum Begriff des Völkerstrafrechts, *Jb. Recht und Ethik* 11 (2003), 435-467.

KÖTZ, Hein, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 1990, S. 203-216.

KREß, Claus, Zur Methode der Rechtsfindung im Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Die Bewertung von Tötungen im Nötigungsnotstand durch die Rechtsmittelkammer des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien im Fall Erdemovic. *ZStW* 111 (1999), S. 597-623.

KRÜCK, Hans, Art. 164, en: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (editores), *Kommentar EU-/EG-Vertrag*, 5 tomos (tomo 4), 5. edic. 1997.

KRÜGER, Sven, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft. Frankfurt a.M. 1994.

– Der Beitrag der Strafrechtswissenschaft zur Europäisierung des Strafrechts. In: Gerhard Köbler/Meinhard Heinze/Wolfgang Hromadka (Hrsg.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends*. Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag. München 2000, S. 613-625.

KÜPPER, Georg, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik. Berlin 1990.

KUZMANOVIC, Tomislav Z., The Artukovic Case: Do the Means Justify the End? *Wisconsin International Law Journal (WiscILJ)* 6 (1987), S. 155-172.

LAGODNY, Otto, Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs. *ZStW* 113 (2001), S. 800-826.

LAMPE, Ernst-Joachim, Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts. In: Thomas Weigend/Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin/New York 1999, S. 83-104.

– Zur funktionalen Begründung des Verbrechen-systems. In: Bernd Schünemann/ Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin. München 2001, S. 45-68.

LESCH, Heiko, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision. Köln u.a. 1999.

LINDENMANN, Jürgen, Die Arbeiten der Vorbereitungskommission für den Internationalen Strafgerichtshof – Anmerkungen aus Schweizer Sicht. HuV 1999, S. 213-216.

LÜDERSEN, Klaus, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. ZStW 107 (1995), S. 877-906.

– Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende Bemerkungen zum gesamten Werk. In: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen. Frankfurt a.M. 1998, S. 25-118.

– Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß. In: Claus Roxin/Gunter Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht. München 2000, S. 883-910.

LUHMANN, Niklas, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie. 3. Aufl. Berlin 1965 1986.

– Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M. 1993, 2. Aufl. 1997.

MAKAROV, Alexander, Betrachtungen zum internationalen Strafrecht. In: Born/Lange (Hrsg.), Festschrift für Eduard Kern. Tübingen, 1968, S. 253-273.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., Derecho Internacional Público. [Parte General] Madrid 2. Aufl. 1995.

MCAULIFFE DE GUZMAN, Margaret, Art. 21, en: Triffterer (ed.), Commentary (1999).

MCDONALD, Gabrielle Kirk / Swaak-Goldman, Olivia (eds.), Substantive and procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts. Volume II. Part 1. Documents and Cases (documents). The Hague et al. 2000.

MERKEL, Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), 437.

MERON, Theodor, International Criminalization of Internal Atrocities. American Journal of International Law (AJIL) 89 (1995), S. 554-577.

– The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law. AJIL 90 (1996), S. 238-249.

MIR PUIG, Santiago, Das Strafrechtssystem im heutigen Europa. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln u.a. 1995, S. 35-44.

MOCCIA, Sergio, Die systematische Funktion der Kriminalpolitik. Normative Grundsätze eines teleologisch orientierten Strafrechtssystems. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln u.a. 1995, S. 45-70.

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva. Caracas 2001.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Ontologismus versus Normativismus? In: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin. München 2001, S. 69-91.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal. Revista Penal (RP) 5 (2000), S. 44-51.

– Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. München 2000, S. 199-211 (ebenfalls in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), Sonderheft zum 60. Geburtstag von Winfried Hassemer, 2000, S. 121-131).

MURMANN, Uwe, Die Nebentäterschaft im Strafrecht: ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre. Berlin 1993.

NEUMANN, Ulfrid, Ontologische, funktionale und sozialetische Deutung des strafrechtlichen Schuldprinzips. In: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen. Frankfurt a.M. 1998, S. 391-405.

NILL-THEOBALD, Christiane, Die Straffreistellungsdiskussion im Bereich des materiellen Völkerstrafrechts. ZStW 109 (1997), S. 950-972.

– «Defences» bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA. Zugleich ein Beitrag zu einem Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts. Freiburg i.Br. 1998.

NUZINGER, Thomas / SAUER, Dirk, Tagungsbericht. Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. JZ 2000, S. 407-409.

OEHLER, Dietrich, Internationales Strafrecht, Köln u.a., 2. Aufl. 1983.

PERRON, Walter, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? ZStW 109 (1997), S. 281-301.

– Hat die deutsche Straftatsystematik eine europäische Zukunft? In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. München 1998, S. 227-247.

PRITTWITZ, Cornelius, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa. ZStW 113 (2001), S. 774-799.

RENZIKOWSKI, Joachim, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung. Tübingen 1997.

ROBINSON, Darryl / HEBEL, Herman von, War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute. Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL) 2 (1999), S. 193-209.

RÖSSNER, Dieter, Kriminalrecht als Kontrollinstitution. In: Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Frankfurt a.M. 1999, S. 121-139.

ROXIN, Claus, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht. In: Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen 1970, S. 133-150.

– Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. 2. Aufl. Berlin 1973.

– «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien. In: Claus Roxin/Hans-Jürgen Bruns/Herbert Jäger (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973. Berlin u.a. 1974, S. 171-197.

– Finalität und objektive Zurechnung. In: Gerhard Dornseifer/Eckhard Horn/Georg Schilling/Eberhard Struensee/Diethart Zielinski (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Köln u.a. 1989, S. 237-251.

– Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3. Aufl. München 1997.

– Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft. In: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. München 2000, S. 369-395.

RYAN, Allan A. Jr., Quiet Neighbors. San Diego/New York/London 1984.

SCHABAS, William A., Genocide in International Law. Cambridge (England) 2000.

– An Introduction to the International Criminal Court. Cambridge 2001.

SCHEERER, Sebastian, Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menschheit? (Kommentar). In: Al-

bin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. München 2000, S. 345-355.

SCHÖNKE, Adolf /SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch. Kommentar. 26. Aufl., bearb. von Theodor Lenckner/Peter Cramer/Albin Eser/Walter Stree/Günter Heine/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben, München 2001 (zit.: S/S-Bearbeiter, Jahr).

SCHULZ, Lorenz, Tagungsbericht „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende«. ZStW 112 (2000), S. 653-664.

SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst, Kriminalpolitik für Menschen, Frankfurt/M 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. In: Bernd Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems. Berlin 1984, S. 1-68.

– Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. GA 1986, S. 293-352.

– Strafrechtssystem und Kriminalpolitik. In: Klaus Geppert/Joachim Bohnert/Rudolf Rengier (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag. Tübingen 1992, S. 117-138.

– Die Kriminalpolitik und das Strafrechtssystem. In: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio, (eds./Hrsg.), Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki 1992, S. 157-174.

– Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln u.a. 1995, S. 149-182.

– Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland. In: Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (Hrsg.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Heidelberg 1995, S. 49-82.

– Über die objektive Zurechnung. GA 1999, S. 207-229.

– Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende. GA 2001, S. 205-225.

– Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft. In: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin. München 2001, S. 1-32.

SCHÜNEMANN, Bernd /HIRSCH, Andrew von/JAREBORG, Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention. Kritische Analysen im.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, Nürnberg und Vietnam. In: Boris Meissner/Edgar Tomson (Hrsg.), Festschrift für Rudolf von Laun zu seinem neunzigsten Geburtstag. Köln 1972, S. 219-232.

SHEFTEL, Yoram, Defending «Ivan the Terrible». The Conspiracy to Convict John Demjanjuk. Washington D.C. 1996.

SHENKER, Nina O., United States v. Fedorenko: The Decision and its Implications for Nazi War Criminals in the United States. Columbia Journal of Transnational Law (ColJTL) 20 (1981), S. 365-382.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al derecho penal contemporáneo. Barcelona 1992.

Perspectivas sobre la política criminal moderna. Buenos Aires 1998

La expansión del derecho penal, 2nda. ed. Madrid 2001.

SIMMA, Bruno, International Human Rights Law and General International Law: A Comparative Analysis. In: Academy of European Law (Hrsg.), Collected courses of the Academy of European Law. Vol. IV (1995), Book 2, S. 153-236.

SIMMA, Bruno / PAULUS, Andreas, The Responsibility of Individuals for Human Rights Abuses in Internal Conflicts: A Positivist View. AJIL 93 (1999), S. 302-316.

– Le rôle relatif des différentes sources du droit pénal (dont les principes généraux de droit). In: Hervé Ascensio/Emmanuel Decaux/Alain Pellet (Hrsg.), Droit international pénal. Paris 2000, S. 55-69.

SIMON, Dieter, Kraftvoll zubeißen. Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) (Frankfurt a.M.), 18.6.1999, S. 53.

SLIEDREGT, Elies van, The criminal responsibility of individuals for violations of international humanitarian law, The Hague 2003.

SOEFFNER, Hans-Georg, Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen. In: Knut Amelung (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft. Sinzheim 2000, S. 13-29.

SOUSA E BRITO, José de, Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung. In: Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin. Köln u.a. 1995, S. 71-86.

STAHN, Carsten / EIFFLER, Sven-R., Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom. KritV 1999, S. 253-277.

STAUDER, Stefan, Die allgemeinen defenses des New York Penal Law. Frankfurt a.M. 1999.

STRATENWERTH, Günter, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? Berlin 1995.

STRENG, Franz, Schuld, Vergeltung und Generalprävention. ZStW 92 (1980), S. 637-681.

– Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuld-begriff auf dem Prüfstand. ZStW 101 (1989), S. 273-334.

SZABÓ, András, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? In: Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Frankfurt a.M. 1999, S. 149-155.

TIEDEMANN, Klaus, Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts. In: Raimo Lahti/Kimmo Nuotio (eds./Hrsg.), Criminal Law theory in transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Helsinki 1992, S. 280-289.

– Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung. In: Albin Eser/Ulrike Schittenhelm/Heribert Schumann, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag. München 1998, S. 411-434.

TRIFFTERER, Otto, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg. Freiburg i.Br. 1966.

– Völkerstrafrecht im Wandel? In: Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für H.-H. Jescheck, Band II. Berlin 1985, S. 1477-1503.

– Bestandsaufnahme zum Völkerstrafrecht. In: Gerd Hankel/Gerhard Stuby (Hrsg.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen. Hamburg 1995, S. 169-269.

– Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts. Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ) 1996, S. 321-343.

– Gewalt und Völkerstrafrecht – Ein neues Gewaltmonopol zur Bekämpfung von Gewalt? In: Klaus Lüderssen (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz. Frankfurt a.M. 1998, S. 272-376.

– Der ständige internationale Strafgerichtshof – Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum 'Rome Statute of the International Criminal Court' vom 17. Juli 1998. In: Karl-Heinz Gössel/Otto Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf. Heidelberg 1999, S. 495-560.

– (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Baden-Baden 1999.

– Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender «Elements of Crimes» für alle Tatbestände des Völkermords. In: Bernd Schünemann/Wilfried Bottke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joachim Ru-

dolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin. München 2001, S. 1415-1445.

UN-SECRETARY GENERAL, Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993). S/25704 v. 3.5. 1993 (= Intern. Legal Materials 1993, 1159).

VERDROSS, Alfred / SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht*. 3. Aufl. Berlin 1984.

VEST, Hans, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver*

VITZTHUM, Wolfgang Graf, *Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts*. In: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*. Berlin/New York 1997, S. 1-100.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Berlin 1993.

– Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts. *JZ* 1995, S. 331-341.

– Elemente der Straftat: Bemerkungen zur französischen Straftatlehre und zur Straftatlehre des common law. *GA* 1998, S. 127-150.

WALTHER, Susanne, *Menschlichkeitsverbrechen vor amerikanischen Gerichten*, *GA* 2004, 390-401.

WATZEK, Jens, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht. Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive*. Freiburg i.Br. 1997.

WEIGEND, Thomas, *Comments on a Draft International Criminal Code*. *RIDP* 52 (1981), S. 497-506.

– Strafrecht durch internationale Vereinbarungen-Verlust an nationaler Strafrechtskultur. *ZStW* 105 (1993), S. 774-802.

– Zur Frage eines «internationalen» Allgemeinen Teils. In: Bernd Schönemann/Wilfried Botke/Hans Achenbach/Bernhard Haffke/Hans-Joa-

chim Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin. München 2001, S. 1375-1399.

WEIK, Beate, *Zum Stand der Reform des Allgemeinen Teils des Criminal Code of Canada*. *ZStW* 106 (1994), S. 853-868.

WENIG, Jonathan M., *Enforcing the Lessons of History: Israel Judges the Holocaust*. In: Timothy L.H. McCormack/Gerry J. Simpson (Hrsg.), *The Law of War Crimes. National and International Approaches*. The Hague/London/Boston. 1997, S. 103-122.

WETZEL, Ralf Günter / RAUSCHNING, Dietrich, *The Vienna Convention on the Law of Treaties. Travaux Préparatoires. Die Wiener Vertragsrechtskonvention. Materialien zur Entstehung der einzelnen Vorschriften*. Frankfurt a.M. 1978.

WIESBROCK, Katja, *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*. Berlin 1999.

WOLTER, Jürgen, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem*. In: Bernd Schönemann/Jorge de Figueiredo Dias (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*. Köln u.a. 1995, S. 3-34.

WRIGHT, Quincy, *Foreword*. In: *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, volume XV. London 1949, S. VII-XVII.

ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat*. Berlin 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raul / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires 2000.

ZWEIGERT, Konrad, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*. *RabelsZ* 28 (1964), S. 601-643.

ZWEIGERT, Konrad / KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Aufl. Tübingen 1996.