UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Responsabilidad subjetiva (*Mens Rea*) en el derecho internacional penal. Unificación de conceptos en el derecho continental europeo y el derecho anglosajón

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Álvaro Henry Campos Solórzano

DIRECTOR

Dr. Manuel Ollé Sesé

© Álvaro Henry Campos Solórzano, 2023

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

Responsabilidad Subjetiva (*Mens Rea*) en el Derecho Internacional Penal. Unificación de Conceptos en el Derecho Continental Europeo y el Derecho Anglosajón.

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Álvaro Henry Campos Solórzano

Director

Dr. Manuel Ollé Sesé

Programa de doctorado en Derecho RD99

A los que partieron a la vida eterna dejando imborrables recuerdos y a los entrañables amigos y familiares que viven y vivirán en este pasaje del tiempo.

ÍNDICE.

RESUMEN..... *1*

ABSTRACT..... *3*

ABREVIATURAS..... *6*

INTRODUCCIÓN. *9*

CAPÍTULO I..... *21*

EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL SUBJETIVA..... *21*

1. Breve referencia de la evolución del concepto desde la época antigua hasta la Segunda Guerra Mundial..... **21**

2. Evolución posterior a la Segunda Guerra Mundial..... **44**

CAPÍTULO II..... *52*

DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD SUBJETIVA..... *52*

1. Principio de culpabilidad..... **57**

1.1 Contenido del principio de culpabilidad..... 78

1.2 Exclusión de la responsabilidad objetiva..... 89

1.3 Aplicación del principio en los elementos del delito..... 91

2. Obligaciones de respetar, promover y proteger los derechos humanos en el derecho penal internacional..... **100**

2.1 Obligación de respetar y proteger los derechos humanos por los tribunales penales internacionales..... 115

3. El principio de culpabilidad en las constituciones nacionales..... **138**

CAPÍTULO III..... *177*

LA ESTRUCTURA DEL CRIMEN INTERNACIONAL EN LOS DIVERSOS SISTEMAS..... *177*

1. Sistemas de derecho penal interno..... **177**

Figura 1..... 183

1.1 Sistema anglosajón o del *Common Law*..... 183

1.2 Sistema europeo continental, *Civil Law* o *Roman Law*..... 210

Tabla 1..... 215

1.3 Sistema del derecho islámico..... 228

1.4 Sistema consuetudinario..... 230

1.5 Sistema socialista..... 232

2. Sistemas internacionales penales..... **234**

2.1 Corte Penal Internacional..... 234

2.2 Tribunales *ad hoc*..... 249

2.3 Tribunales mixtos, internacionalizados o híbridos..... 256

CAPÍTULO IV..... *290*

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA O MENS REA EN LOS DIVERSOS SISTEMAS..... *290*

1. Sistemas de derecho penal interno 290
1.1 Sistema anglosajón o del Common Law 291
1.1.1 Fundamentos básicos del mens rea 291
1.1.2 Modalidad de la mens rea 297
1.2 Sistema europeo continental, *Civil Law* o *Roman Law* 321
1.2.1 Fundamentos básicos de la responsabilidad subjetiva 322
1.2.2 Modalidad de tipos subjetivos 324
1.3 *Mens rea* en otros sistemas 335

2. Sistemas internacionales penales 338
2.1 Corte Penal Internacional 339
2.1.1 Fundamentos básicos del mens rea 339
2.1.2 Modalidad de mens rea 342
2.2 Tribunales *ad hoc* 354
2.2.1 Fundamentos básicos del mens rea 355
2.2.2 Modalidad del mens rea. 356
2.3 Tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados. 359
2.3.1 Fundamentos básicos del mens rea. 359
2.3.2 Modalidades del mens rea. 360

3. Visión compartida del *mens rea* en el derecho continental europeo, derecho anglosajón y derecho penal internacional 380

CAPÍTULO V 386

RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE AUTORES Y PARTÍCIPES EN EL CRÍMEN INTERNACIONAL 386

1. Responsabilidad subjetiva de los autores 390
1.1 Los perpetradores o autores en la CPI 390
1.2 Los autores en los tribunales *ad hoc* 400
1.3 Los autores en los tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados 412

2. Responsabilidad subjetiva de los partícipes 437
2.1 Partícipes o accesorios en la CPI 437
2.2 Partícipes o accesorios en los tribunales *ad hoc* 441
2.3 Partícipes o accesorios en los tribunales mixtos 447

3. Responsabilidad del superior 458
3.1 La responsabilidad del superior en la CPI 461
3.2 La responsabilidad del superior en los tribunales *ad hoc* 471
3.3 La responsabilidad del superior en los tribunales mixtos 478

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS. 490

BIBLIOGRAFÍA 505

RESUMEN.

"RESPONSABILIDAD SUBJETIVA (*MENS REA*) EN EL DERECHO INTERNACIONAL PENAL. UNIFICACIÓN DE CONCEPTOS EN EL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO Y EL DERECHO ANGLOSAJÓN."

Uno de los problemas que enfrenta la justicia penal universal, es que se utilizan conceptos que corresponden al derecho anglosajón o al derecho continental europeo, y no se evidencian esfuerzos por unificarlos en su significado en el derecho penal internacional, quizás con fundamento en un dogma repetido: el derecho penal internacional tiene sus propios conceptos. Es evidente que este derecho penal mundial no surgió de nuevos conceptos, ni de juristas neutrales o desvinculados de su experiencia nacional.

La más importante contribución en el consenso de los conceptos proviene de los autores de derecho penal internacional, dado que en la justicia de la Corte Penal Internacional se ha considerado que de acuerdo al artículo 21 del ER, solo se puede acudir a los principios generales derivados de los derechos nacionales, incluidos los de aquellos Estados a los que les hubiera correspondido ejercer su jurisdicción en el caso, cuando la normativa de la Corte o de las fuentes del derecho internacional no sea posible aplicar.

Se advierte que el camino más directo posible, ante las contradicciones o lagunas de la jurisprudencia, es recurrir de nuevo a las más importantes nociones de los sistemas de derecho nacionales y transformarlos en conceptos del derecho penal internacional, cumpliendo con un requisito básico: los parámetros de derechos humanos deben estar presentes en toda la construcción de conceptos jurídicos, debiendo descartarse aquellos que no cumplan con esta perspectiva.

Uno de los más importantes conceptos del delito internacional, es la *mens rea*, como manifestación del principio de culpabilidad, el cual es un derecho humano; sin embargo, no hay una referencia expresa al principio en el Estatuto de Roma ni en los Elementos de los Crímenes, ni en otras normativas penales internacionales. Además, existen muchos vacíos o contradicciones en su aplicación.

Se plantea como objetivo general de esta tesis encontrar los puntos de contacto entre los dos principales sistemas penales con respecto a la responsabilidad subjetiva y proponer conceptos para el Derecho Internacional Penal, que sean asumidos como propios de esta rama y evite dificultades entre investigadores, fiscales y jueces del sistema de justicia internacional penal, así como también asegure el principio de culpabilidad, la vigencia del derecho a la verdad como componente de la presunción de inocencia, y la seguridad jurídica.

Se han establecido entre los objetivos específicos los siguientes: reflexionar sobre la evolución del *mens rea* en el DPI; determinar los sistemas jurídicos del derecho penal interno o doméstico, que son relevantes o diferenciadores en el mundo, para unificar los conceptos de responsabilidad subjetiva en el derecho internacional penal; evidenciar la conexión de la responsabilidad subjetiva internacional penal con los derechos humanos y hacer propuestas para elegir conceptos provenientes de los sistemas nacionales, que son compartidos con el DPI.

Se sostiene que los sistemas de derecho penal más extendidos en el mundo son el *Common Law* y el *Roman Law*. A través de la historia, se puede advertir que la consideración de los elementos subjetivos en los actos criminales, surgió desde épocas muy antiguas, en diferentes regiones, culturas y sistemas legales. El principio de culpabilidad, fundamento de la *mens rea*, no ha sido expresamente reconocido en la jurisprudencia ni en el Estatuto de Roma u otras normativas del derecho penal internacional; a pesar del reconocimiento que tiene el principio como derecho humano o fundamental en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos y los tribunales constitucionales de muchos países. Además, la normativa penal internacional no desarrolla todos los contenidos del principio, ni tampoco lo ha hecho la jurisprudencia.

Si bien existen importantes diferencias, en términos generales la estructura del delito es muy semejante entre el derecho continental europeo y el derecho anglosajón, en lo que se refiere a separar los elementos subjetivos, de la realización externa o material de los hechos definidos en los delitos. Así también se distingue todo lo que constituye la formulación del delito y lo que es causa para excluir la responsabilidad. Los grados de la responsabilidad subjetiva en la normativa y jurisprudencia del derecho penal internacional, no han sido desarrollados de forma clara ni uniforme, no obstante que el

derecho anglosajón y el derecho continental europeo, proveen de conceptos comunes que pueden ayudar a superar las inconsistencias.

Los sistemas del *Common Law* y el *Roman Law* coinciden en separar autores – *principals*- y partícipes -*accessories*-, pero tienen formas diferentes de establecer las sanciones para ellos; mientras en el derecho inglés el criterio para imponer la pena es muy amplio, en el derecho continental europeo existen reglas estrictas para imponer penas a los accesorios. Asimismo, las tesis o fundamentos para determinar el *mens rea* para cada clase de involucrado en el delito, tienen mucha coincidencia en los sistemas legales estudiados, con respecto al derecho penal internacional, aunque existen todavía contradicciones jurisprudenciales o falta de precisión en algunos conceptos.

Finalmente, se hacen una serie de propuestas de reforma a normativas de la CPI, tomando en cuenta los problemas que se han identificado.

ABSTRACT.

"SUBJECTIVE RESPONSIBILITY (MENS REA) IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW. UNIFICATION OF CONCEPTS IN EUROPEAN CONTINENTAL LAW AND COMMON LAW."

One of the problems facing universal criminal justice, is that concepts from the Anglo-Saxon law or continental European law are used, without efforts to unify their meaning in the International Criminal Law, perhaps based on a repeated dogma: international criminal law has its own concepts. It is evident that this world criminal law did not arise from new concepts, nor from neutral jurists or disconnected from their national experience.

The most important contribution in the consensus of the concepts comes from the authors of international criminal law, given that in the jurisprudence of the International Criminal Court it has been considered that according to article 21 of the Rome Statute, judges can only go to the general principles derived from national rights, including those from States

that would have had to exercise their jurisdiction in the case, when the regulations of the Court or of the sources of international law are not possible to apply.

It is noted that the most direct path possible, given the contradictions or gaps in the jurisprudence is to resort again to the most important notions of the national legal systems and transform them into concepts of International Criminal Law, fulfilling a basic requirement: the human rights parameters must be present in all the construction of legal concepts and those that do not comply with this perspective must be discarded.

One of the most important concepts of international crime is the mens rea, as a manifestation of the principle of guilt which is a human right; however, there is no express reference to the principle in the Rome Statute, in the Elements of Crimes, or in other international criminal law. In addition, there are many gaps or contradictions in its application.

The general objective of this thesis is to find the points of contact between the two main criminal systems with respect to subjective responsibility and to propose concepts for International Criminal Law, which are assumed to own from this discipline and avoid difficulties between investigators, prosecutors and judges of the international criminal justice system, as well as ensuring the principle of guilt, the validity of the right to the truth as a component of the presumption of innocence, and legal certainty.

Among the specific objectives the following have been established: reflect on the evolution of the mens rea in the ICL, determine the legal systems of internal or domestic criminal law which are relevant or differentiating in the world to unify the concepts of subjective responsibility in international criminal law, demonstrate the connection of international criminal subjective responsibility with human rights and make proposals to choose concepts from national systems which are shared with the ICL.

It is argued that the most widespread criminal law systems in the world are the Common Law and the Roman Law. Throughout history it can be seen that the consideration of subjective elements in criminal acts arose from very ancient times, in different regions, cultures and legal systems. The principle of guilt, the foundation of the mens rea, has not been expressly recognized in jurisprudence or in the Rome Statute or other regulations of

international criminal law; despite the recognition that the principle has as a human or fundamental right in the jurisprudence of the regional human rights courts and the constitutional courts of many countries. In addition, international criminal law does not develop all the contents of the principle nor have made the courts.

Although there are important differences in general terms the structure of the crime is very similar between continental European law and Anglo-Saxon law, in what refers to separating the subjective elements from the performance of the material acts defined in the crimes. This also distinguishes everything that constitutes the formulation of the crime and what is the cause to exclude responsibility. The degrees of subjective responsibility in the regulations and jurisprudence of international criminal law have not been developed in a clear or uniform way, despite the fact that Common Law and continental European law provide common concepts that can help overcome inconsistencies.

The Common Law and Roman Law systems coincide in separating principals and accessories, but they have different ways of establishing sanctions for them While in English law the criteria for imposing a sentence are very broad, in European continental law there are strict rules for imposing penalties on accessories. Likewise, the arguments or foundations to determine the mens rea for each type of person involved in the crime, have a lot of coincidence in the legal systems studied with respect to international criminal law, although there are still jurisprudential contradictions or lack of precision in some concepts.

Finally, a series of proposals to reform ICC regulations are made taking into account the problems that have been identified.

ABREVIATURAS.

AC	*Appellation Chamber*
Art., art.	Artículo
ATPI	Alto Tribunal Penal Iraquí
CAC	*Court of Appeal Chamber (Kosovo)*
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CADHP	Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos
CAEDA	Cámara Africana Extraordinaria del Juicio
CAEDAP	Cámara Africana Extraordinaria de Apelaciones
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de DDHH
CIADH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIL	Customary International Law
CL	*Common Law*
CNU	Carta de Naciones Unidas
CPE	Código Penal de España
CPI	Corte Penal Internacional
CPK	Código Penal de Kosovo
CPM	Código Penal Modelo de los Estados Unidos de América
CPY	Código Penal de la antigua República Socialista de Yugoslavia
DA	Derecho anglosajón
DADH	Declaración Americana de Derechos Humanos
DCE	Derecho continental europeo
DDHH	Derechos Humanos
DPI	Derecho Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EC	Elementos de los crímenes
ECC	Empresa Criminal Conjunta
ECCC	*Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*
ER	Estatuto de Roma
ETPIR	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

ETPIY	Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia
EU	*European Union*
HCA	*High Court of Australia*
ICC	International Criminal Court
ICCY	*International Criminal Court for the former Yugoslavia*
ICTR	*International Criminal Tribunal for Rwanda*
KSC	*Kosovo Specialist Chambers*
LCE	Ley sobre las Cámaras Especiales de Kosovo
LEECCC	*Law on the Establishment of Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed During the Period of Democratic Kampuchea*
MPC	*Model Penal Code United States of America*
N°	Número
ONU	Organización de Naciones Unidas
Pág.	Página
Págs.	Páginas
Párr.	Párrafo
Párrs.	Párrafos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PTC	*Pre Trial Chamber*
Res.	Resolución
RL	Roman Law
SC	*Supreme Court of the US*
SCSL	*The Special Court for Sierra Leone*
SPSC- DDC	*Special Panel for Serious Crime- Dili District Court, Cambodia*
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STL	*Special Tribunal for Lebanon*
STS	Sentencia del Tribunal Supremo de España
TC	*Trial Chamber*
TCA	Tribunal Constitucional Alemán
TCE	Tribunal Constitucional Español
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEK	Tribunal Especial de Kosovo
TEL	Tribunal Especial del Líbano
TESL	Tribunal Especial para Sierra Leona
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TP	*Trial Panel (Kosovo)*
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TS	Tribunal Supremo de España
UE	Unión Europea
UKSC	*United Kingdom Supreme Court*
UNMIK	*United Nations Interim Administration Mission in Kosovo.*
UNTAET	*United Nations Transitional Administration in East Timor*

INTRODUCCIÓN.

La referencia al Derecho Internacional Penal, en el tema de esta tesis requiere una explicación previa. Desde hace mucho tiempo Quintano Ripollés[1] distinguió entre derecho internacional penal y derecho penal internacional.[2] El primer concepto hace referencia al conjunto de normas e instituciones creadas por sujetos de derecho internacional para tipificar y sancionar conductas de personas naturales. Así el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 1945 creado por los países vencedores y el tribunal establecido para juzgar los crímenes cometidos por personas que actuaron representando o apoyando a los llamados países del Eje, durante la Segunda Guerra Mundial, serían expresión de este derecho. Mientras que en el derecho penal internacional se trata de la pretensión de los Estados para aplicar su propio derecho penal a los sujetos, en el contexto de una pluralidad de normativas y jurisdicciones nacionales.[3] En ese sentido los conflictos de competencia entre varios Estados para juzgar a un acusado de delito o el procedimiento de extradición entre un requirente y un requerido, serían ejemplos de esta última clase de derecho.

---

[1] QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, C.S.I. C., Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955. Págs. 6 y 7. Por todos: BASSIOUNI, CHERIF, «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido». Trabajo publicado por vez primera en la *Revue Internationale de Droit Penal*, 1974. Págs. 405 y sigs., con el título *An Appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law*, y reproducido con algunas modificaciones en BASSIOUNI, CH., *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, Sijthoff & Noordhoff*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 1980. Pág. 1 y sigs. , (Traducción Jose L. De La Cuesta Arzamendi). https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46205.pdf (Último acceso a las 14:04 del 31.03.2022)

[2] También en el derecho francés se hace la distinción. Cfr. KADIDIATOU HAMA, *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, L'Harmattan, París, 2014. Pág.18. http://liseuse.harmattan.fr/9782343024769 (Último acceso a las 17:20 del 10.11.2022)

[3] Esta distinción es seguida todavía por diferentes autores. Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, Argentina, Editorial Ediar, 2000, págs. 186 y 187 y JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGED, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción Miguel Olmedo Cardenete). 5ª edición, Granada, Editorial Comares, 2000. Pág. 174.

En la bibliografía internacional hay muchos autores que no admiten esta clasificación;[4] sin embargo, aunque sería preferible distinguir entre estas designaciones para tener una visión más ordenada y coherente de los contenidos e instituciones de cada concepto en el presente trabajo, exceptuando el título de la tesis, se hará referencia al derecho penal internacional para identificar a las normas e instituciones penales de carácter internacional por ser la denominación más utilizada en el idioma castellano.[5]

Desde los tribunales de Núremberg y Tokio las transformaciones político jurídicas han provocado que se asuma con normalidad la existencia de una justicia penal universal, con instituciones y normativa propias, que han alcanzado su máxima expresión con la Corte Penal Internacional. Tal justicia efectivamente existe, hace su trabajo y cuenta con las leyes, instituciones e instrumentos básicos para ello. Si bien no faltan las críticas políticas y jurídicas al sistema con o sin sustento, deben reconocerse importantes avances en el DPI sustantivo. Pero a pesar del importante desarrollo que ha tenido este derecho, acumulando experiencia jurisprudencial, es necesario avanzar a nuevos estadios de progreso.

En cuanto a la doctrina de los expositores del derecho u opiniones jurídicas de autores, no parece que haya de que preocuparse, pues normalmente hay muchas diferencias y confrontación de ideas, lo que alimenta la evolución jurídica; sin embargo, si la propia jurisprudencia del DPI tiene un campo demasiado abierto por una normativa básica y a veces poco clara, el debate jurídico que se construye en la comunidad jurídica tarda mucho más tiempo en alcanzar precisión y puntos de encuentro para ser útil.

Uno de los problemas que enfrenta la justicia penal universal y que constituye un obstáculo para su progreso, es que se utilizan conceptos que corresponden al derecho anglosajón o al derecho continental europeo y no se evidencian esfuerzos por unificarlos en su significado en el derecho penal internacional, quizás con fundamento en un dogma

[4] GIL y GIL, ALICIA y MACULAN, ELENA (directoras), *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Editorial Dykinson, 2016. Pág. 37 y sigs., y DONDÉ MATUTE, FRANCISCO JAVIER, *Derecho Penal Internacional*, 1ª edición, México, Editorial Oxford University Press, 2008. Pág. 2 y sigs. La cuestión no es superflua, pero una distinción obligaría a mayores niveles de consenso con el DA.

[5] En el idioma inglés se denomina *International Criminal Law* y en francés, *Droit Pénal International y Droit International Pénal*.

repetido: el derecho penal internacional tiene sus propios conceptos. Es evidente que este derecho penal mundial no surgió de nuevos conceptos ni de juristas neutrales o desvinculados de su experiencia nacional. Se construyó a partir de definiciones de los derechos penales nacionales. Es cierto que hay una experiencia recorrida desde los tribunales militares internacionales y otros tribunales recientes de la justicia universal, pero su normativa o jurisprudencia no es completa ni uniforme como para entender que se puede prescindir de los derechos penales nacionales. La más importante contribución en el consenso de los conceptos proviene de los autores de derecho penal internacional, debido a que en la justicia de la CPI se ha considerado conforme el artículo 21 del ER, que solo se puede acudir a los principios generales derivados de los derechos nacionales, incluidos los de aquellos Estados a los que les hubiera correspondido ejercer su jurisdicción en el caso, cuando la normativa de la Corte o las fuentes del derecho internacional no sea posible aplicar.

El camino más llano posible ante las contradicciones o lagunas de la jurisprudencia es recurrir de nuevo a las más importantes nociones de los sistemas de derecho nacionales y transformarlos *mutatis mutandis*, en conceptos del Derecho Penal Internacional fijando límites más precisos en la normativa para encauzar el debate.

Aunque algunos autores son de la idea de que intencionalmente el ER renunció a conceptos de los sistemas legales domésticos, por ejemplo, cuando en vez de utilizar los conceptos del *actus reus* y *mens rea* del DA, estos contenidos se designaron como elementos materiales y elementos mentales, en realidad, nunca se abandonaron las fuentes de derecho nacionales, pues en el derecho francés encontramos la referencia a elementos materiales del delito y el *mental element* es un concepto perteneciente al sistema de derecho del CL.[6] Además, ha sido el CPM una importante fuente para la elaboración de la normativa penal internacional.

Es cierto que no es posible acomodar el Derecho Penal Internacional a todas las perspectivas jurídicas de los diferentes sistemas, pero por razones prácticas y de coherencia es posible auxiliarse de los dos sistemas de derecho más difundidos en el

[6] WERLE, GERHARD y JESSBERGER, FLORIAN, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.Ver nota 22 de la página 302.

mundo. Se ha identificado con fundamento en el mapa elaborado por la Universidad de Otawa[7], que el sistema continental europeo o del *Roman Law* y el sistema anglosajón o del *Common Law* son los sistemas más difundidos en el mundo en número de países y población. Con base en los mismos es posible seguir construyendo los conceptos propios del derecho penal universal, de manera que resulten unívocos y tengan orden y coherencia en su aplicación. En todo caso la historia presenta una realidad en la que se entremezclan conceptos entre los diferentes sistemas, en los que el CL y el RL han influido y al mismo tiempo han absorbido doctrinas de otros sistemas.

En el sistema del DCE son relevantes a su vez los desarrollos legislativos, jurisprudenciales y de prestigiosos autores de España, Alemania e Italia. Para el DA, destacan creaciones jurídicas de Inglaterra y Estados Unidos. Entre los países que se adscriben a cada sistema hay divergencias, pero hay una línea profunda en la que se comparten conceptos y prácticas.

Un factor importante al que no puede renunciarse son los parámetros de los derechos humanos, los cuales deben estar presentes en toda la construcción de conceptos jurídicos, debiendo descartarse aquellos que no cumplan con esta perspectiva. Por ejemplo, cuando en la concepción del derecho anglosajón la prueba de enfermedad mental como *defence* está a cargo de la defensa, se viola con ello el derecho de presunción de inocencia y esta concepción debe ser descartada en la resolución de casos por delitos internacionales. Al respecto, "La Corte (Interamericana de Derechos Humanos) estableció el alcance de esta garantía, refiriéndose fundamentalmente a tres elementos: El primero es la suficiencia de prueba para fundar cualquier tipo de restricción a derechos; el segundo, se vincula con el principio acusatorio, según el cual, la carga de la prueba corresponde a quien acusa, por lo que se viola la presunción de inocencia cuando una sentencia supone la culpabilidad del imputado, al requerir que sea éste quien demuestre que era inocente; y finalmente, la búsqueda de la verdad de los procesos, por lo que aquellos casos en los que el imputado ya es tratado como culpable antes de la sentencia, y el proceso sólo se encamina a demostrar la responsabilidad del acusado, violan el Pacto." [8]

[7] Ver: http://www.juriglobe.ca/esp/index.php (Último acceso a las 09:44 del 22.10.2022)

[8] FERRER, ARROYO, FRANCISCO JAVIER, «El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, Argentina, 2014. Número 106: 18. Víctor Manuel Rodríguez Rescia, por su parte, sostiene que el debido proceso,

En particular, todo lo relativo al *mens rea* o responsabilidad subjetiva deriva de un derecho humano: el principio de culpabilidad; sin embargo, no hay una referencia expresa al principio en el Estatuto de Roma ni en los Elementos de los Crímenes o en otras normativas penales internacionales. Solo existen manifestaciones parciales del principio, como la exigencia de responsabilidad individual y el requisito de intención y conocimiento para los crímenes. Si se pretendiera introducir la *strict liability* en el DPI, bajo el argumento que el concepto no niega la *mens rea*, sino que lo presume, permitiendo que el acusado pruebe que carecía del mismo, se trataría también de una violación al principio de inocencia, que tiene rango de derecho humano y la responsabilidad objetiva no podría ser admitida en el DPI.

La responsabilidad subjetiva o la *mens rea* y sus grados en el ER todavía no tienen claridad en todos sus contenidos y la aplicación de requisitos subjetivos a los autores -*principals*- y partícipes -*accessories*-, requieren precisiones normativas.

Observando la jurisprudencia se advierte que la responsabilidad subjetiva se aborda por los operadores del sistema internacional penal, en gran medida, desde una perspectiva del derecho penal interno al que se adscriben cada uno de ellos. Lo cual es consecuencia de la ausencia de un tratamiento detallado y coherente de la responsabilidad subjetiva en la normativa del DPI. Si bien la jurisprudencia ha avanzado mucho en esta materia, sus permanentes contradicciones y ausencias requieren algo más que esperar que su labor termine por consolidar los conceptos.

---

particularmente el Principio de la Amplitud de la Prueba, establece que "la finalidad del procedimiento penal es ante todo la averiguación real de los hechos, tanto el Ministerio Público o la Fiscalía como el juez, tienen el deber de investigar esa verdad objetiva en forma diligente, sin desmerecer ningún medio legítimo de prueba…" RODRÍGUEZ RESCIA, VÍCTOR MANUEL, «El Debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en: *Liber Amicorum*: *Héctor Fix-Zamudio*, editado por Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1295-1328. San José, Costa Rica : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Ver: «https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/52690.»https://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf. (último acceso: a las 09.00 del 19.02.2021).

Además, esto puede dar lugar a inconsistencias que ralentizan los procedimientos y disminuyen la confianza en las instituciones de la justicia penal internacional. Particularmente crea dificultades para que tribunales colegiados, con jueces con formación en diversos sistemas jurídicos nacionales, pongan en común la aplicación del derecho al caso concreto y que tengan que optar por mínimos de solución para evitar los desacuerdos.

Igualmente, en la investigación de los casos y la promoción de la acción internacional penal se producen inconsistencias, porque el enfoque sobre ciertos hechos de la investigación, pueden variar entre investigadores y fiscales de diversas experiencias o visiones jurídicas. Asimismo, ello podría dar lugar a que la promoción de la acción por parte del fiscal, no se haya centrado en los puntos o requisitos de responsabilidad subjetiva que los jueces esperarían se cumplan, teniendo en cuenta la formación personal y experiencia de derecho interno que los diferencia.

Esto ocurre por la falta de regulaciones específicas en la normativa internacional penal y la ausencia de una jurisprudencia uniforme o univoca de los diversos tribunales internacionales.

Si esa diversidad de visiones de los operadores tuviera límites más precisos o condiciones normativas, sería una oportunidad más dirigida al enriquecimiento de los contenidos del DPI y las posibilidades de una aplicación mucho más uniforme de la justicia universal.

Por lo tanto, se plantea como **objetivo general** de esta tesis, encontrar los puntos de contacto entre los dos principales sistemas penales con respecto a la responsabilidad subjetiva y proponer conceptos para el DPI que sean asumidos como propios de esta rama y evite dificultades entre investigadores, fiscales y jueces del sistema de justicia internacional penal, así como también asegure el principio de culpabilidad, la vigencia del derecho a la verdad como componente de la presunción de inocencia y la seguridad jurídica.

Se plantea pues, la necesidad de desarrollar con mayor detalle la responsabilidad subjetiva no solo para la CPI, sino también, para cualquier tribunal internacional penal, ya sean *ad hoc* o tribunales internacionalizados o híbridos que se encuentren funcionando o que se

instalen en el futuro.[9] Dicha construcción debe partir desde la comunidad internacional y sus organizaciones, en la aprobación de normas más detalladas y el impulso de una dogmática penal internacional más unívoca y precisa, avanzando además desde la jurisprudencia de la propia Corte Penal Internacional, que debe desarrollar sus criterios de forma más amplia, así como convertirse en el referente obligado de todos los tribunales penales internacionales. Para facilitar la claridad de los conceptos, existen suficientes desarrollos doctrinarios, jurisprudenciales y legales, que permiten encontrar los conceptos comunes, aproximados o con algún grado de compatibilidad entre el DCE y el DA, que puedan ser desarrollados en la normativa del DPI.

Sin ánimo de descartar la importancia de otros sistemas y la necesidad de mantener un diálogo permanente, por razones prácticas y por la natural conexión teórica de estos sistemas con las normas de derechos humanos, se sostiene la necesidad de buscar elementos de coincidencia entre el DA y el DCE para construir y seguir desarrollando los conceptos del DPI en materia de responsabilidad subjetiva.

Es cierto que entre los juristas del RL y CL existen muchas diferencias de criterio y que sus posturas no siempre facilitan alcanzar puntos de encuentro, pero muchas veces se requiere de una autoridad directora que tome decisiones para elegir una postura o teoría entre una variedad de conceptos. Lo importante es que la solución por la que se opte ante el conflicto de doctrinas sea razonable y compatible con las ideas básicas del sistema y que sus conceptos sean coherentes con respecto a la observancia de los derechos humanos. Así, identificar la *recklessness* con el dolo eventual o con la negligencia consciente, en cualquiera de los casos es aceptable, pero se requiere de una sola concepción. Es decir, podemos estar en desacuerdo con lo primero, como de hecho ocurre en esta tesis, pero es aceptable tomar esa decisión reconociendo que en el derecho anglosajón la *recklessness* tiene infinidad de significados y una autoridad directora de la jurisprudencia va a elegir un concepto ante varios posibles de modo razonable.

El ER, si bien, no pretendió decantarse por sistemas ni conceptos nacionales del derecho penal para explicar los elementos objetivos (*actus reus)* y los elementos subjetivos (*mens*

[9] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Los autores distinguen entre tribunales *ad hoc* y tribunales internacionalizados o híbridos. Ver págs.214 y 226 y siguientes.

rea), sus cautelosos silencios provocan que en la práctica esta decisión se traslade a jueces con diferentes experiencias jurídicas, que construyen los mismos elementos con conceptos domésticos del derecho penal, cuando no existen regulaciones claras o suficientes. Ante ese escenario es preferible que exista una definición más detallada en las propias regulaciones de la Corte.

Por supuesto que ya existen regulaciones que permiten acudir a principios generales del derecho interno de los Estados aplicables al caso; pero formalmente esto tiene limitaciones. En primer lugar, los principios generales son doctrinas o enunciados muy amplios, a veces abstractos, que dan lugar a una pluralidad de significados y además para acudir al derecho interno de los países, solo se puede hacer en casos especiales, como el consignado en el número 1 letra c) del Art.21 del Estatuto de Roma, que se refiere al derecho aplicable disponiendo: "La Corte aplicará: … c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos".

Los riesgos que se evidencian son que si las partes litigantes y, sobre todo los jueces, no tienen siempre una normativa ni jurisprudencia penal internacional ordenada y coherente, que les sirva como fundamento claro de sus actuaciones, aplicarán sus propias experiencias de la ley, jurisprudencia y opiniones jurídicas domésticas, con la consecuencia de que esa diversidad pueda causar inseguridad jurídica en el trabajo de los tribunales penales internacionales. De ahí que se requiere adoptar y desarrollar el principio de culpabilidad y sus contenidos en la normativa del DPI.

Por otro lado, el sistema penal internacional parece negarse a sí mismo, al ser construido como un conjunto de islas o estancos sin coordinación ni integración. Ya lo advertía la Sala de Apelaciones del TPIY, en el caso Tadic: "El derecho internacional, debido a que carece de una estructura centralizada, no prevé un sistema judicial integrado, que opere una división ordenada del trabajo entre varios tribunales, donde ciertos aspectos o componentes de la jurisdicción, como un poder, podrían centralizarse o conferirse a uno

de ellos, pero no a los otros. En derecho internacional, cada tribunal es un sistema autónomo (a menos que se disponga lo contrario)".[10]

En esta coexistencia de tribunales internacionales falta un director que facilite la visión común. La CPI como tribunal universal debería ser la institución que asumiera esa tarea, fijando la jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales penales internacionales que se creen a futuro. Para ello se necesitan reformas legales expresas.

DESCRIPCIÓN DE LOS PRINCIPALES CAPÍTULOS

En la búsqueda del objetivo general de este trabajo, se han establecido entre los **objetivos específicos** los siguientes: reflexionar sobre la evolución del *mens rea* en el DPI; determinar los sistemas jurídicos del derecho penal interno o doméstico, que son relevantes o diferenciadores en el mundo, para unificar los conceptos de responsabilidad subjetiva en el derecho internacional penal; evidenciar la conexión de la responsabilidad subjetiva internacional penal con los derechos humanos y hacer propuestas para elegir conceptos provenientes de los sistemas domésticos compartidos en el DPI.

Tomando en cuenta el objetivo general y los objetivos específicos, se divide el trabajo en diversos capítulos a través de los cuales se intenta alcanzar aquellos.

El primer capítulo está dedicado a presentar la evolución de la responsabilidad subjetiva a través de la historia, en diversas culturas y regiones del mundo, con lo que se evidencia su consideración extendida en diversos Estados y regiones desde tiempos remotos.

Se ha dedicado el capítulo II denominado Derechos Humanos y Responsabilidad Subjetiva, para examinar los parámetros de derechos humanos que deben observarse en la construcción de los conceptos de responsabilidad subjetiva y en la aplicación práctica de los mismos. Se remarca la obligación de respetar los derechos humanos derivada del

[10] CPI, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, No.IT-94-1-A,15.07.99. https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm. (Último acceso: a las 10:06 del 20.02.2021).

ER[11], de modo que la CPI debe cumplir con esa atribución con respecto a la responsabilidad subjetiva, tanto en la conceptualización como en su puesta en práctica. Las obligaciones también derivan de las diferentes fuentes del derecho internacional, como los tratados y principios internacionales, en razón de lo cual se aplican a cualquier tribunal internacional y no solo referido a la *mens rea*. Así por ejemplo, por el principio de culpabilidad se debe establecer la responsabilidad subjetiva del acusado y por el principio de presunción de inocencia debe producirse prueba mínima, para comprobar esa actuación subjetiva de una persona en un crimen internacional. Ambos derechos, de acuerdo a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, están consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otras normativas internacionales.

A continuación, se desarrolla el capítulo III, titulado La Estructura del Crimen Internacional en los Diversos Sistemas, en el que se aborda desde la perspectiva de diferentes sistemas de derecho del mundo y de la normativa y jurisprudencia de tribunales penales internacionales como se conciben el delito y los elementos que lo conforman. Se examinan en este capítulo los principios básicos y la estructura del delito, en las concepciones anglosajona, continental europea y de los tribunales penales internacionales. Particularmente se estudia cómo se conciben los elementos que en nuestro sistema de derecho, se designan como elementos objetivos y subjetivos del tipo, los cuales tienen su equivalencia, con algunas diferencias, con respecto a los conceptos *actus reu*s y *mens rea* del sistema del CL.

Por ello se menciona que dentro de la teoría del delito que se ha elaborado por diferentes autores para el Derecho Internacional Penal, se sigue un sistema de responsabilidad en el que el delito se divide en una parte material, relativa a la realización de los elementos objetivos del hecho (*actus reus*) y en una parte subjetiva, consistente en la realización del

[11] Art. 21 número 3: "La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición".

acto mental (*mens rea*). Esta concepción es compartida, con diferencias, entre el DPI, el DA y el DCE.

También, en el sistema jurídico del CL se agrega como tercer elemento las *defenses* (o *defences*), que constituyen las exclusiones de responsabilidad. [12] Este elemento podría entenderse en el DCE, como una comprobación negativa de que no existen causas de justificación o de inculpabilidad.

A este respecto las concepciones de algunos tribunales penales internacionales, basándose en el modelo del *Common Law*, distinguen entre los "hechos que fundamentan la responsabilidad penal (*offence*), que se componen de elementos materiales (*actus reus*) y mentales o subjetivos (*mens rea*) y, por otra, las circunstancias que excluyen la responsabilidad (*defences*)." [13]

Concepciones que a final de cuentas, coinciden en parte con el modelo de teoría del delito más difundido del derecho penal continental, pues se concibe una tipicidad que contiene elementos objetivos y elementos subjetivos del delito. Sin embargo, las cuestiones de antijuricidad y culpabilidad no coinciden plenamente con el término *defences*, que en el *Common Law* solo se refiere a las exclusiones de responsabilidad penal y adicionalmente a las condiciones y en otros casos, a los obstáculos de persecución procesal penal, que en el derecho continental europeo están fuera de las concepciones estrictamente penales o sustantivas.

Con alguna coincidencia el Código Penal Modelo de Estados Unidos, en el que se han basado algunos de sus Estados para formular sus leyes penales, establece las "*offenses*" y

[12]WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Los autores citan a Smith/Hogan, Criminal Law, 9ª Edición (1999). Págs.28 y sigs. y 189.

[13] Ibídem. Pág..300. Ver la sentencia de la Sala II de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, parágrafo 130, en el que se afirma: "*The Chamber recalls that for a crime to be committed, two essential and distinct elements must be established: the actus reus element (material or objective element) and the mens rea element (mental or subjective element*)". y el parágrafo 135 que se refiere al dolo. También en la sentencia de la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para *Rwanda* parágrafo 283, del 27/02/2014, caso ICTR-00-56-A, se distingue entre *actus reu*s y *mens rea.*

las "*defenses*", estando constituido el primer concepto por el "*actus reus*" y el "*mens rea*". Las *defenses* son circunstancias que excluyen el delito.[14]

En el capítulo IV, que se titula Responsabilidad Subjetiva o *Mens Rea* en los Diversos Sistemas Actuales, se profundiza en el análisis de ese elemento del delito, desde la perspectiva de los sistemas de derecho y la jurisprudencia penal internacional. Se presenta particularmente cómo los modelos del DCE y el CL abordan la responsabilidad subjetiva. Además, se hace un comparativo entre sus grados de responsabilidad y se confronta con el DPI.

Se dedica el capítulo V, al examen de la autoría y participación accesoria, con la identificación de elementos de la *mens rea*, que se requieren según la normativa y jurisprudencia de los tribunales internacionales. Particular examen se hace de la responsabilidad del superior.

Luego se presentan las Conclusiones y Propuestas en las que se hace mención de los hallazgos más importante y los resultados de la tesis, formulando de acuerdo a las posturas que se ha asumido en esta tesis, recomendaciones o sugerencias que se entienden necesarias para la mejora de la justicia universal.

Finalmente, no resulta ocioso señalar que la presente tesis no solo tiene un carácter descriptivo, sino que se asumen posturas y se hacen recomendaciones. Por el estilo acostumbrado no se utilizan frases como "yo sostengo", "soy de la opinión", etc., y los aportes personales son expresados en comentarios en los que no se utiliza la primera persona.

[14] BUDAJIR, LUIS GUILLERMO FERNÁNDEZ, *Aproximación al concepto de Willful Blindness y su Tratamiento en Criminal Law*. Tesis, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2018. https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/664949/LGFB_TESIS.pdf?sequence=1&iAllowed=y. » 2018. https://www.tesisenred.net (Último acceso: a las 10:20 del 20.02.2021).

CAPÍTULO I
EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL SUBJETIVA

1. Breve referencia de la evolución del concepto desde la época antigua hasta la Segunda Guerra Mundial

Lo primero que se evidencia al revisar la historia de diferentes pueblos y sistemas de derecho, es cómo desde tiempos remotos ya existían algunas manifestaciones sobre los actos cometidos con intención, accidentalmente y fortuitamente. La distinción conceptual no tenía un desarrollo tan elaborado ni tampoco su aplicación era justa, pero al menos ofrecía algún fundamento para excluir la imputación de hechos que no deberían ser atribuidos a un sujeto.

Un elemento común entre el tratamiento de la responsabilidad subjetiva de tiempos pasados y actuales, es que coexistían tesis contradictorias entre diferentes culturas o regiones sobre la admisión de la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva. Sin embargo, de prevalecer la arbitrariedad manifiesta en la imposición de penas desconociendo la responsabilidad subjetiva, se fue pasando a aceptar teóricamente esta responsabilidad y utilizar otros subterfugios para aplicar la responsabilidad objetiva, hasta que en sociedades democráticas se alcanzaron mejores niveles de justicia que hicieron posible aplicar de mejor forma el principio de culpabilidad.

Dentro de las referencias más antiguas a la responsabilidad subjetiva, se encuentra la de las leyes babilónicas, particularmente en el Código de Hammurabi, creado aproximadamente en el año 1700 a. d.C., en el que se relaciona la intención. Uno de los casos mencionados como demostrativo de que la dirección mental del acusado era considerada, se expresa así: “Un hombre que mató a otro en una pelea debió jurar que no lo hizo intencionalmente, y luego solo fue multado de acuerdo con el rango del fallecido. El Código no expresa cuál sería la pena de asesinato, pero la pena de muerte se otorga tan

a menudo cuando se causa la muerte, que apenas podemos dudar de que el asesino fue ejecutado. Si el asalto solo provocaba lesiones y no era intencional, el agresor en una pelea tenía que pagar los honorarios del médico". [15]

El Código de Hammurabi también contiene regulaciones del descuido y la negligencia, como formas de conducta que en algunos casos eran severamente castigados. Así al médico inhábil, "si conducía a la pérdida de la vida o a la extremidad, se le cortaban las manos… un constructor, cuya mano de obra descuidada causó la muerte, perdió la vida o pagó por ella con la muerte de su hijo, reemplazó esclavo o bienes, y en cualquier caso tuvo que reconstruir la casa o reparar cualquier daño debido a un edificio defectuoso…[16]".

A pesar de que no se cuenta con colecciones ordenadas de legislación, Grecia también es referente antiguo en el desarrollo de la responsabilidad subjetiva. La literatura griega es abundante en señalar la diferenciación sobre los actos voluntarios e involuntarios. El conocimiento de algunas de las primeras nociones de culpa deriva de los poemas homéricos y las tragedias. En la tragedia ática, aparecen expuestos el parricidio e incesto involuntarios de Edipo.[17]

Las ideas de Aristóteles expuestas en su obra "Ética Nicomáquea", escrita en el siglo IV A. C., revelan en Grecia las posibles concepciones de la época sobre la culpa. El filósofo sostiene que solo los actos realizados con voluntad, darán lugar a consecuencias positivas o negativas, cuando dice: "alabanza o culpa es dado solamente a aquello que es voluntario, aquello que es involuntario recibe perdón y a veces vergüenza", explicando que "un acto es involuntario cuando se realiza (a) bajo coacción o (b) por ignorancia", ocurriendo lo primero porque no lo originó el que lo hizo y lo segundo significa por la ignorancia de las circunstancias. "Voluntario, entonces, significa con conocimiento de las

[15] Estos son algunos de los ejemplos planteados por Claude Hermann Walter Johns, en la Undécima edición de la Enciclopedia Británica, 1910-1911 https://avalon.law.yale.edu/ancient/hammpre.asp (Último acceso a las 08:45 del 10.04.2022)

[16] Idem.

[17] PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, «Culpa y Castigo en la Antigua Grecia», en Derecho *y Humanidades*, No. 16 vol. 1, 2010. Págs. 373-379 https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126877/culpa-y-castigo-en-la-antigua-grecia.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Último acceso a las 04:13 del 11.11.2022)

circunstancias".[18] Esta idea del acto voluntario, se traduce en que la mera causación de resultados, no es suficiente para atribuir culpas e imponer penas. Por tal motivo afirma: "…una clara distinción entre lo voluntario e involuntario es necesaria para aquellos que están investigando la naturaleza de la virtud y ayudarán a los legisladores en la asignación de recompensas y sanciones."[19]

Después de definir los actos voluntarios el filósofo se refiere a los conceptos de elección y propósito, que revelan ya una escala de responsabilidad superior para los hechos realizados. "Parece que escoger es voluntad, pero los dos términos no son idénticos. La voluntad es más amplia. Los niños y los animales tienen voluntad, pero no elección o propósito…" "propósito, un modo de voluntad, significa elección después de la reflexión." [20]

En el siglo V a. C., los tribunales atenienses reconocieron tres categorías de homicidios: intencional (juzgado en el Areópago, con pena de muerte o exilio), no intencional (juzgado en el Palladion; exilio), y legal (juzgado en el Delphinion).[21]

Desde el siglo VII a. C., se produjeron las reformas de Dracon y Solon, mediante las cuáles el derecho penal griego incorporó una serie de conceptos psicológicos. El concepto de "mente del acusado" pasó a ser prioritario. Se menciona a Solón y Esquilo como iniciadores de las reformas legales en Grecia, y cuya contribución llevó a enfatizar el elemento mental en la ley de homicidios.[22]

Se sostiene que a finales del siglo VII a. C., los griegos ya habían aprendido a tener en cuenta en su administración de justicia, la diferencia entre homicidio intencional e

[18] ARISTOTLE, *The Nichomachean Ethics*, Translated by Peters, F.H. 10th Edition. Kegan Paul, Trench, Trübner & Co. Ltd. London, 1906. Pág..58. Accesible en https://www.stmarys-ca.edu/sites/default/files/attachments/files/Nicomachean_Ethics_0.pdf

[19] Ibídem.Pág.58.

[20] Ibídem. Pág.66.

[21] BOTICA, AURELIAN, *The Concept of Intention in the Old Testament, Philo of Alexandria and the Early Rabbinic Literature: a Study in Human Intentionality in the area of Criminal, Cultic and Religious and Ethical Law*, Gorgias Press, NJ, 2011. Pág.173.

[22] Ibídem. Pág.174.

involuntario. El problema de la intencionalidad nunca dejó de ser discutido a partir de ese momento, en el derecho penal, derecho civil y teoría del derecho.[23]

Esto debió inspirar la cultura y el derecho romano, mucho antes de la conquista de Grecia por los romanos.

En Roma, ya desde las primeras leyes emitidas durante la monarquía, aparecen referencias a la actuación involuntaria y voluntaria, lo que después daría lugar a la distinción entre delitos dolosos y culposos.[24]

Originalmente en la tradición romana el delito de homicidio era un asunto privado, abandonado a los parientes de la víctima; posteriormente la *Lex Numae*, que excluía la reparación económica para los parientes del fallecido por homicidio, constituye un momento de progreso en la evolución del derecho criminal romano, no sólo por la distinción entre acto voluntario y acto involuntario, sino también porque el homicidio alcanza un carácter de interés público, en el que solo pueden intervenir los parientes para tomar venganza aplicando la muerte del culpable, una vez que la comunidad por medio de sus autoridades lo pone a su disposición.[25]

Con la Ley de las XII Tablas, se consolidan las diferencias entre homicidio voluntario e involuntario, siendo aquél sancionado con pena de muerte por la autoridad o se facultaba a la familia para hacerlo como venganza privada y el involuntario se sancionaba con una pena pecuniaria: "*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto"*. (Si alguno a sabiendas y con conocimiento da muerte a un hombre libre, que se le dé muerte).

[23] DIHLE, ALBRECHT, *The theory of will in classical antiquity*, University of California Press, Berkeley, 1982. Págs.31 y 32.

[24] GARCÍA SÁNCHEZ, JUSTO, (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, editores: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano: Boletín Oficial del Estado, BOE, Madrid, 2021. Pág.18

[25] Ibídem. Pág.18. Cfr. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/introduccion_FRDR.pdf (Último acceso a las 16:00 del 11.04.2022)

En los supuestos de delitos de lesiones corporales se aprecia claramente la evolución desde el sistema de la venganza privada o del talión, al sistema de la pena pecuniaria fijada por la ley o a la posibilidad de pacto entre ofensor y ofendido.[26]

La Ley de las XII Tablas, fue "compuesta por una comisión, primero de diez y luego de doce hombres, en el 451-450 a.C., ratificado por la Asamblea Centuriada en el 449 a.C., grabado en doce tablillas…, que fueron pegados a la *Rostra* (en el muro de la tribuna de oradores) ante la Curia en el Foro de Roma".[27]

Precisamente en la Tabla VIII de los Agravios y Delitos, aparece una descripción del grado mental requerido para el delito de incendio: "10. Cualquiera que destruya quemando un edificio o una pila de grano colocada al lado de una casa ..., será atado, azotado, quemado vivo, siempre que a sabiendas y conscientemente haya cometido este crimen; pero si este hecho es por accidente, es decir, por negligencia, o reparará el daño, o si no puede, será castigado corporalmente de forma más leve".

Esta disposición, si bien no expresa una regla general de aplicación para todos los delitos, revela que ya se advertía por los legisladores y aplicadores de la ley que la dirección de voluntad del sujeto o la parte subjetiva de la conducta, era un elemento a considerar en la imposición de una sanción.

Algunos autores atribuyen la culpa o imprudencia a los romanos. [28] Jescheck, citando a Mommsen, sostiene que la exclusión de responsabilidad por el resultado se encontraba ya en la Ley de las Doce Tablas, alrededor del año 450 a. C.[29]

---

[26] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *Derecho Público Romano*, 24ªed., Tratados y Manuales, Capítulo VI, Cizur Menor, 2021. https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/aranz/monografias/124918974/v19/document/175383040/anchor/a-175383040

[27] https://avalon.law.yale.edu/ancient/twelve_tables.asp (Último acceso a las 15:17 del 11.04.2022)

[28] MOMMSEN, TEODORO, *Derecho Penal Romano*, 1ª edic., Dykinson Editorial: Olejnik, Santiago de Chile, 2019. Resumen: https://pdfcoffee.com/mommsen-theodor-derecho-penal-romano-3-pdf-free.html

En Scribd: https://es.scribd.com/doc/162061691/Derecho-Penal-Romano-Theodor-Mommsen

[29] JESCHECK, HANS HEINRICH, Tratado de Derecho Penal. Parte General, (traducción de José Luis Manzanares Samaniego), 4ª edición, Editorial Comares, Granada, 1993. Pág. 19.

Sócrates, (470-399 a.C.) según explica Platón (427-347 a.C.) en sus Diálogos Georgias y Protágoras, sostenía que nadie hace mal voluntariamente pues es la ignorancia la que produce acciones moralmente incorrectas. [30]

Platón en el Libro IV de La República, afirma que el sabio lucha por la justicia interior, que se logra cuando cada parte del alma juega el papel que le corresponde: la razón como guía, la naturaleza animosa como aliada de la razón, exhortándose a hacer lo que la razón considera adecuado y las pasiones subyugadas a las determinaciones de la razón. Si no hay justicia, el individuo es esclavo de las pasiones. Para tener libertad se requiere el desarrollo de las virtudes de la sabiduría, el coraje y la templanza, lo que permite liberarse de la tiranía de los bajos deseos y adquirir una comprensión para la búsqueda del bien.[31]

Aristóteles (384-322 a.C.), expresaba que el ser humano no está allí solo para vivir, como un vegetal, ni simplemente para seguir una vida de alimento, instinto y sensación, como la mayoría de animales. Los seres humanos persiguen fines de acuerdo con la razón, forman intenciones, toman decisiones y actúan en consecuencia. Sostenía que: "la obra del hombre es un funcionamiento del alma de acuerdo con la razón".[32] Aristóteles, argumentó que "el acto en el momento de la pasión", no es considerado voluntario.[33]

Sobre el libre albedrío Aristóteles piensa que la deliberación *no* es fútil: a menudo deliberamos sobre qué hacer, actuamos de acuerdo con esa deliberación y, por lo tanto, provocamos cosas que de otro modo no habrían ocurrido. Y, de manera más general, hay muchas cosas que no son necesarias antes de que sucedan, pero que pueden ocurrir o no ocurrir. Aristóteles da el ejemplo de un manto que se gasta: antes de que se gastara, no *tenía* que gastarse, ya que todavía era posible que se cortara.*[34]*

---

[30] O'CONNOR, TIMOTHY and FRANKLIN, CHRISTOPHER, *Free Will*, The Stanford Encyclopedia of Phylosophy, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2022. Forthcoming URL= <https: plato.stanford.edu/archives/win2022/entries/freewill (Ultimo acceso a las 5:20 del 05.11.2022)

[31] Idem.

[32] DILMAN, ILHAM, *Free Will*, Routledge, London, 2001. Pág.49.

[33] BOTICA, A. Op. Cit. Pág.175; DIHLE, A. Op. Cit. Págs.25 y sigs.

[34] O'KEEFE, TIM, «Ancient Theories of Freedom and Determinism», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/freedom-ancient/>.

Conforme el paso del tiempo, las ideas o postulados del libre albedrío y el determinismo fueron consolidándose en doctrinas filosóficas, con importantes repercusiones para el desarrollo del concepto de culpabilidad. Los autores se fueron agrupando entre incompatibilistas y compatibilistas. Los primeros no aceptan tesis intermedias en las que puedan coexistir el libre albedrío y el determinismo, solo el libertarismo o el determinismo duro. Los compatibilistas admiten que un acto puede ser tanto libre, como determinado por hechos anteriores y por las leyes de la naturaleza. Se entiende por ellos que las doctrinas no son mutuamente excluyentes.[35]

Si por libre albedrío se entiende la libertad de elección en forma consciente y reflexiva y dada la calidad de animal racional que atribuía al hombre, Aristóteles, en discrepancia con Platón y Sócrates, por lo menos parcialmente, invoca la experiencia y voluntariedad. El hombre es responsable de sus acciones como padre de ellas. Además, sus acciones particulares, como medios para su fin, son contingentes, una cuestión a deliberar y sujeta a preferencia. El futuro no es predecible en absoluto. Algunos eventos dependen de la casualidad. Aristóteles no se preocupaba por la dificultad de previsión de parte de su Dios.[36]

Sin embargo, tales accidentes no pueden ser objeto de un estudio científico, tanto es así que "El carácter indeterminado de las causas de lo accidental, viene a reafirmar, en otros términos, el carácter irreductiblemente particular de lo que es por accidente".[37]

La noción de voluntad era inaceptable para los platónicos y los aristotélicos, que seguían insistiendo en una parte no racional del alma.[38]

---

[35] KEIM CAMPBELL, JOSEPH, O'ROURKE, MICHAEL y SHIER, DAVID, *Freedom and Determinism*, 9th edit., A Bradford Book, Cambridge, 2004.

[36] Libre albedrío - Enciclopedia Católica (aciprensa.com) (Último acceso a las 06:20 del 04.12.2022)

[37] ROSSI, GABRIELA, «Lo que es por accidente y sus diversas causas en Metafísica E de Aristóteles», en *Eidos*, No.28, Barranquilla en/junio 2018. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-88572018000100190 (Último acceso a las 05:32 del 11.11.2022)

[38] FREDE, MICHAEL and LONG, A. A., *A Free Will: Origins of the Notion in Ancient Thought*, Sather Classical Lectures, University of California Press, Berkeley, 2011. Pág.48.

Leucipo sostuvo en el siglo V (400 a.C.) que todo estaba hecho de átomos, incluso el hombre, con movimientos controlados por las leyes causales y que nada ocurre al azar. Demócrito entre los años 460 y 370 a.C. siguió y desarrolló las ideas de su mentor y maestro Leucipo, argumentando que las cosas y seres humanos estaban hechas de átomos en un vacío controlado.[39]

Con una visión compatibilista los estoicos y epicúreos creían que todo estaba regido por leyes naturales, pero que las acciones dependen de cada persona. "Los estoicos y los epicúreos creían que todas las cosas ordinarias, incluidas las almas humanas, son corpóreas y se rigen por leyes o principios naturales." [40]

"La libertad humana tiene sólo dos aspectos en la visión estoica. En primer lugar, el hombre ha sido dotado de la misma razón que rige el universo y, por tanto, es capaz de conocer el orden saludable y perfecto de la naturaleza."[41]

Para Séneca, la obediencia a lo divino está lejos de ser un acto de voluntad, pues se trata de un reconocimiento racional del orden divino y natural, que provoca aceptación libre y voluntaria de la persona con lo que la naturaleza o Dios le ha ordenado ser y hacer.[42]

Epicuro y sus seguidores sostenían que todas las cosas, incluida el alma humana, están constituidas por átomos, cuyo comportamiento gobernado por leyes fija el comportamiento de todo lo que está hecho de tales átomos. Pero rechazaron el determinismo al suponer que los átomos, aunque se rigen por leyes, son susceptibles de ligeros "desvíos" o desviaciones de los caminos habituales. [43]

El principal desarrollador del Estoicismo, Crisipo de Solos, (281-208 a.C.), como compatibilista, sostenía la coexistencia de una fuerza individual fuera del hombre y una

[39] LÓPEZ RODRÍGUEZ, DANIEL, «Atomística: Leucipo, Demócrito, Epicuro y Lucrecio», en Diccionario Soviético de Filosofía, s/l, 15.05.2019. Ver: https://www.filosofia.org/urss/dsf/atomisti.htm (Último acceso a las 06:52 del 04.12.2022)

[40] O'CONNOR, T. and FRANKLIN, C. Op. Cit.

[41] DIHLE, ALBRECHT. Op. Cit. Pág..103.

[42] Ibídem. Pág.18.

[43] O'CONNOR, T. and FRANKLIN, C. Op. Cit.

decisión interna para aceptar o rechazar la conducta iniciada por esos factores. Pensaba que las acciones humanas se inician por fuerzas externas controlada por el destino; pero esta causa primera no era suficiente para producir la conducta en un particular modo. Esto depende enteramente de la actuación individual, lo cual es una causa secundaria y más importante, que al final determina el comportamiento según la valoración moral que se haga.[44]

Con el estoicismo, se presenta por primera vez la noción de la voluntad, como una habilidad de la mente o de la razón para hacer elecciones y decisiones. Esto dependerá del desarrollo de las capacidades en cada persona, según su propio esfuerzo. La forma precisa en que los estoicos conciben la voluntad depende de su negación de una parte o partes no racionales del alma.[45]

Epicúreo (341-270 a. C.) fue el primero en plantear eventos procedentes del libre albedrío y del determinismo. Sostuvo que algunas cosas ocurren por necesidad, otras por casualidad o azar y otras por nuestra propia agencia o voluntad. "Según Epicuro y sus seguidores, la naturaleza es más poderosa que los dioses, a quienes no les importa el destino ni del universo ni del hombre. "[46]

En la última obra de Cicerón, *De Officiis*, escrita en el año 44 a. C., se cita en el Libro Primero, refiriéndose a las reglas que han de observar los gobiernos y los que administran justicia, que en la actividad juzgadora se debe tener cuidado de que la [47]pena no sea mayor que la culpa. Rechaza el empleo de la ira cuando se castiga, pues los encargados de los asuntos del Estado, deben ser como las leyes que no castigan con ira sino con equidad.

---

[44] DIHLE, ALBRECHT, *The theory of will in classical antiquity*, Berkeley: University of California Press, Berkeley, 1982. Pág.103.

[45] FREDE, MICHAEL AND LONG, A. A., *A Free Will : Origins of the Notion in Ancient Thought*, Sather Classical Lectures. University of California Press, Berkeley, 2011. Pág.48.

[46] DIHLE, A. Op. Cit. Pág.160.

[47] CICERONIS, M. TVLLI, *De Officiis. Liber Primvs*. 89. (Traducción automática) http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off1.shtml#89 (Último acceso a las 11:40 del 31.07.2022). Págs.78-80 y CICERÓN, MARCO TULIO, *De los Oficios, Libro Primero,* Capítulo XXV, Imprenta Real, Madrid, 1788 (Traducción de Manuel de Valbuena). Pág.81. https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/91/submission/proof/104/index.html (Último acceso a las 12:00 del 31.07.2022)

Esta es una manifestación temprana de uno de los sub principios de la culpabilidad, es decir, del principio de proporcionalidad. [48]

Epicteto, entre I al II d.C., es el estoico más respetado e influyente de su tiempo, pues es el primero en dar una noción de voluntad. La noción de elección juega el papel central, es la que nos define como personas, como el tipo de persona que somos; es nuestra elección la que determina cómo nos comportamos.[49]

Se sostiene que el dolo tiene presencia en el derecho penal romano desde la época de la *Lex Numae* (siglos VIII-VII) hasta las XII *Tabulae* (las XII Tablas, siglo V) y hasta la era republicana, entendiéndolo como *dolus malus*, una intención engañosa o acto astuto, oculto y malicioso. También existía la figura del homicidio cometido *imprudens*, una ofensa que se resolvía con un carnero, como ofrenda por el pecado.[50]

En la Lex Cornelia se requería solo la "mala intención inequívoca" de la persona que acechaba, sin necesidad de que el hecho se intentara cometer o se consumara. Dentro de los delitos que se castigaban de esta manera estaban la "portación de armas con fines criminales", "preparaciones para envenenar" o "posesión de todas las medicinas peligrosas", "conspiración, ", etc."[51]

Si bien se sostiene que la religión y filosofía hindú surgió entre el año 1750 o 1500 a.C., no se puede determinar exactamente cuándo aparecieron las concepciones sobre el karma y sus dos manifestaciones de karma del pasado y karma del presente; pero sus líderes religiosos sostienen que la mente pertenece a la naturaleza y está sujeta a las leyes de la causalidad, por ello esa ley es el karma. De ahí que la mente no tiene total libertad, pues se mueve entre el destino y el libre albedrío. El destino es el Karma del pasado en que se

[48]CICERONIS, M. T. Op. Cit. Págs.79-81.

[49] FREDE, M. and LONG, A. A., Op. Cit. Pág.48.

https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=351769&lang=es&site=ehost-live.

[50] BOTICA, AURELIAN, *The Concept of Intention in the Old Testament, Philo of Alexandria and the Early Rabbinic Literature: a Study in Human Intentionality in the area of Criminal, Cultic and Religious and Ethical Law*, Gorgias Press, NJ, 2011. Pág.179.

[51] BOTICA, A. Op. Cit. Pág.181.

tomaron decisiones por el ser humano, definiendo su futuro y el libre albedrío es el Karma del presente que se ejercita para modificar el destino personal.[52]

En el derecho penal que se aplicaba por los mayas se distinguía entre homicidios e incendios dolosos y culposos, atribuyendo la pena de muerte para los primeros y la indemnización para los segundos.[53] Si bien se ha afirmado por algunos autores que la Civilización Maya comenzó en el año 1700 a. C y se extendió hasta los años 1500 d.C., es probable que estas distinciones de su derecho penal hayan surgido en el período de mayor evolución, cuando las grandes ciudades y su organización florecieron, es decir, ya en nuestra era.[54]

Una fuente importante que influyó en los textos legales fue la Biblia, en la que aparece el concepto de intención al derecho penal en el Éxodo (21,12-25 [cf. Lv 24,17]), Números (35,9-34), Deuteronomio (4,41- 42; 19:1-13) y Josué (20).[55]

Particularmente en el Éxodo (21:12-14) se trata de tres tipos de homicidio: (1) Caso genérico de homicidio doloso, (2) Homicidio accidental y lugar de refugio, y (3) Homicidio premeditado y la prescripción de la pena de muerte.[56] También en la biblia se afirmaba que matar por error excluye el homicidio con premeditación y matar sin conocimiento excluye matar intencionalmente.

San Agustín de Hipona, nacido en el 352 d.C., se convirtió al cristianismo a los 32 años (año 384). Cuando era seguidor de la doctrina de los maniqueos, sostenía que el hombre no era responsable de sus malas conductas, pues estaba dominado por el dios malo. En su obra: *De Libero Arbitrio* II, 1-2, (387-395 D.C.) sostiene que no se puede negar que

---

[52] BOWKER, JOHN, *The concise Oxford Dictionary of world religions*, Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 1997.

[53] MARGADANT S., GUILLERMO FLORIS, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Dirección General de Publicaciones, UNAM, México, 1971, Pág.16.

[54] MARGADANT S., G. F. Op. Cit. Pág.11; BARRERA-VÁSQUEZ, ALFREDO, *Los Mayas. Historia Documental de México*, cuarta edición, corregida y aumentada, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Históricas. México D.F. 2013. Pág.130.

[55] BOTICA, A. Op. Cit.. Pág.9.

[56] Ibid. Pág.15.

tenemos voluntad (*voluntas*), pues la experiencia de vivir es la experiencia de querer. Todo el mundo es consciente de querer ser feliz. Eso es voluntad, no libre albedrío, pero esa voluntad proviene de la libre elección o libre albedrío. Ahora, la responsabilidad sin libre albedrío es impensable. El libre albedrío es la facultad de la responsabilidad. No sólo moldea los actos del hombre, sino que moldea al hombre mismo, porque el hombre bueno es el hombre de buena voluntad. [57]

Santo Tomás de Aquino, reconoce el lado material y la parte espiritual del ser humano, siendo esta última la fuente de libertad, porque la otra nos esclaviza por las necesidades materiales de nuestro cuerpo. La voluntad es lo que nos mueve a la acción en virtud de su capacidad para encarnar nuestros deseos. En los seres humanos a esos deseos se llega por un juicio de la razón como tal, por lo que caracteriza la voluntad humana como un "apetito racional". Así, un animal asustado huye, pero un hombre asustado no tiene por qué hacerlo. [58]

Tomás de Aquino pregunta cómo se entrelazan lo que viene de nosotros y lo que viene de Dios y cómo es que la gracia de Dios no excluye la libertad humana de elección. Su punto de vista es una forma de compatibilismo de que la libertad humana es compatible con la causalidad.[59]

Existen posturas entre los autores que afirman que las versiones tradicionales de la noción de voluntad, sólo fueron históricamente posibles gracias a la concepción judeo-cristiana de Dios con su énfasis en la voluntad de Dios y su carácter absoluto e incondicionado. [60]

Se tiene la idea de que la creación del mundo es un hecho meramente contingente. Se supone que es un hecho contingente, porque Dios lo creó por un libre acto de voluntad, cuando igualmente podría haber optado por no crear un mundo.[61]

---

[57] CLARK, MARY T, *Augustine: philosopher of freedom; a study in comparative philosophy*, Desclée Company, 1958, New York. Págs.46 y sigs.; https://www.worldhistory.org/trans/es/1-19185/agustin-de-hipona/ (Último acceso 13:40 del 31.07.2022)

[58] DILMAN, I. Op. Cit. Pág.106.

[59] Ibídem. Pág.107.

[60] FREDE, M. and LONG, A. A., Op. Cit. Pág.125.

[61] Idem.

De acuerdo al Génesis, el hombre es creado a imagen de Dios y esto se entiende como una causa crucial de la idea de que el hombre tiene libre albedrío a imagen de la voluntad de Dios.[62]

La discusión sobre determinismo y libre albedrío se expresa en la biblia con pasajes de predestinación y la posibilidad de elegir. Así en Eclesiastés 3,1 se menciona: "Todo tiene su tiempo, y todo lo que se quiere debajo del cielo tiene su hora" y en Deuteronomio 30,19 se afirma: "…Os he puesto delante la vida y la muerte, la bendición y la maldición; escoge, pues, la vida, para que vivas tú y tu descendencia."

En la religión islámica (Siglo VII d.C.) *Alá* sabe todo lo que ha sucedido y sucederá, pero el ser humano tiene libertad de decisión. Así el Corán, acepta el libre albedrío para que el hombre se haga responsable de sus acciones, lo que justifica su culpa, castigo y premio en la vida posterior. Asimismo, se reconoce la responsabilidad personal cuando en el Corán se expresa: "Nadie cargará el peso de otro".[63]

Algunos autores consideran que el libre albedrío no procede de la Biblia, sino que deriva del estoicismo y que fue introducido en el cristianismo occidental por el teólogo del siglo II, Tertuliano"[64]

Ya para fines del siglo XII, el concepto romano de culpa y la culpa moral del derecho canónico, influyeron en el desarrollo de las doctrinas de la culpabilidad. Para entonces la separación entre moral, religión y derecho era muy escasa y por lo tanto el derecho penal se basaba en las costumbres y las opiniones morales. [65] Al final de la Edad Media, el enfoque moderno sobre el estado mental del criminal comenzó a evolucionar

[62] FREDE, M. and LONG, A.A.. Op. Cit. Pág. 126.

[63] BRANDON, S.G.F, *A Dictionary of comparative religion*, Scribner´s Sons, New York, 1970.Págs.291-292.

[64] MCGRATH, ALISTER E, *Christian Theology: An Introduction,* second edition, Blackwell Publishers, Massachusetts, 1997. Pág.351.

[65] DRESSLER, JOSHUA, *Cases and Materials on Criminal Law*, Thomson/West, St. Paul, MN., 2007. Pág..148.

gradualmente. “La historia del reconocimiento de estados mentales culpables debe verse como un proceso continuo de auto civilización”. [66]

Cuando ya el Imperio Romano había desaparecido surgió la responsabilidad del *versari in re illicita*, en donde la actuación fortuita es castigada. Esta idea perduró hasta el inicio de la Revolución Francesa (1789).[67]

No obstante, existen leyes en la Edad Media como Las Siete Partidas, un conjunto normativo elaborado durante el reinado de Alfonso X en España (1221-1284), en el cual se hace diferencia entre los delitos de homicidio cometidos con intencionalidad y culpa, y aquellos cometidos fortuitamente a los que se denomina delitos por ocasión.[68] A éstos últimos se refiere la Ley Cuarta del Título VIII, de dicho cuerpo normativo, cuando expresa: “Desventura muy grande a las veces acaece a los hombres y ocurre que matan a otros por ocasión, no queriendo hacerlo. Esto podría acaecer como si un hombre corriere un caballo en lugar acostumbrado para correrlos y atravesare por aquella calle, o carrera, algún hombre, y topare el caballo con él, y lo matare, o si cortase algún hombre árboles, o laborare en una casa, y diciendo a los que pasasen por aquel lugar que se guardaren, de manera que lo pudieren oír, cayese el árbol, o alguna teja, o piedra, o madera, o alguna cosa, u otra cosa cualquiera y por ocasión matare algún hombre. Como en cualquiera de estas maneras antedichas, o en otras semejantes de estas que matare un hombre a otro por ocasión, no queriendo hacerlo, no cae por ende en pena ninguna”.[69] Además se le exigía al causante juramento de que la muerte ocurrió por ocasión o desventura. [70] Desde la ley V a la ley IX del mismo Título VIII se trataba ya de los casos culposos o imprudentes de muerte.

---

[66] Idem.

[67] PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *Teoría del Delito*, 3a. reimp., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004. Págs.160-161. https://goo.gl/CJA6vC

[68] Que en el derecho penal alemán de la Edad Media se conocían como “obras del acaso” y que posteriormente se distinguieron de las figuras imprudentes o culposas. Ver: JESCHECK, H. H. y WEIGED, T. Op. Cit. Pág.511.

[69] Las Siete Partidas. Séptima Partida. Título VIII. De los Homicidios. Ley IIII. Glosadas por el Licenciado Gregorio López, 1555. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2011-60_3 (Último acceso a las 12:42 del 10.04.2022)

[70] Idem.

En la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 se encuentra por primera vez, en ciertos tipos, una descripción de la imprudencia, unida a una diferenciación frente al dolo y al caso fortuito (arts. 134, 146 y 180).[71]

René Descartes (1596-1650) analiza la relación mente y cuerpo, llamada dualismo cartesiano, concluyendo que la mente es una sustancia distinta a la materia, el cuerpo, siendo inmaterial y estando fuera de toda ley física.[72]

Spinoza (1677), por su parte, tiene la convicción de que no hay lugar para el libre albedrío divino o de las criaturas, lo que no significa que esta negación acarree las terribles implicaciones que a menudo se suponen. No obstante, los humanos aún son capaces de libertad o autodeterminación. Tal autodeterminación admite grados. [73]

Durante el siglo XVIII se extendió ampliamente el pensamiento materialista propuesto por filósofos como C. A. Helvetius (1715-1771) y P. H. D. Holbach, pero en el siglo XIX hubo una reacción importante de los llamados filósofos personalistas, en contra del determinismo y reduccionismo de algunos seguidores de Isaac Newton, debido a que los sistemas reduccionistas no reconocían una distinción real entre el hombre y el resto de la naturaleza. Los seguidores de Charles Darwin tendían a integrar al hombre en el resto de la naturaleza, de manera tan completa que perdía su carácter espiritual distintivo. Los personalistas enfatizaron el valor del hombre como persona, un ser moral, con libertad, dignidad y responsabilidad. [74]

Marx sostenía que tanto los capitalistas como el proletariado necesitan de la libertad humana para poder elegir, si los primeros eligen seguir el papel de capitalistas, que es acumular, estarán obligados por las mismas fuerzas sociales que han puesto en marcha, para explotar brutalmente a sus trabajadores y si el proletariado quiere librarse de la degradación y la miseria impuestas por los capitalistas y su sistema económico, entonces

[71] JESCHECK, H.H. Op. Cit. Pág.. 511.

[72] DICKER, GEORGES, *Descartes : An Analytical and Historical Introduction*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2013. Págs.53 y 274. https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=562436&lang=es&site=ehost-live

[73] O'CONNOR, T. and FRANKLIN, C. Op. Cit.

[74] CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICA, New Catholic Encyclopedia, Thomsom Gale, Detroit, 2003.

debe emprender la revolución. La elección depende de la libertad humana. Marx como Engels también sostenían que si las condiciones cambian, la ley también cambia y aceptaron así la posibilidad de llegar al socialismo por medios democráticos y de forma pacífica.[75]

Marx (1818-1883) y Engels (1820-1895) no se adhirieron unilateralmente ni al determinismo ni a la libertad, sino que percibieron una unión dialéctica de estos elementos en el proceso histórico. Sin embargo, Marx se desvía de la meta humanista del socialismo, olvidándose del énfasis en la libertad y la auto creación del individuo, mientras Engels sostenía que todo estaba predestinado al socialismo, pues el mundo estaba dominado por leyes históricas.[76]

En el DA la concepción bipartita del delito tiene precedentes más antiguos que los del DCE. El *actus reus* y el *mens rea* ya eran considerados por Edward Coke en el siglo XVII y ha seguido presente a lo largo de la evolución histórica del *Common Law*".[77] La *mens rea* comenzó a aplicarse por los jueces ingleses en los años 1600, cuando estimaron que solo el acto no podía originar responsabilidad penal, pues era necesario asociarlo a un estado de mente culpable del acusado.[78]

Edward Coke escribió la obra *The Institutes of the Laws of England*, una serie de tratados legales publicado entre 1628 y 1644. La tercera parte o instituto tercero se refería a la ley criminal inglesa. En la página 6 del Capítulo I sobre el delito de alta traición -*high treason*- se cita la frase latina: "*Et actus non facit reum, nisi mens rea*", sosteniendo que así como debe haber una brújula o imaginación del sujeto para cometer un delito, un acto hecho por infortunio, sin compromiso, intención o imaginación, no está dentro del catálogo de conductas sancionadas por la Ley.[79] La referida expresión latina si bien,

[75] FERRARO, JOSEPH, «Freedom and Determination in History According to Marx and Engels», *Monthly Review Press*, New York, 1992. Pág. 42.

[76] FERRARO, J. Op. Cit. Pág. 44.

[77] FLETCHER, GEORGE, *Gramática del Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde (trad.), Hamurabi, Buenos Aires, 2008, Págs.84-85.

[78] Idem.

[79] COKE, EDWARD, *The Third Part of The Institutes of the Laws of England*, Printed by M Flesher for W. Lee and D, Pakeman, London, 1629. Pág. 6. http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/CokeThirdPartOfTheInstitutesOfTheLawsOfEngland1644.p

proviene de las *Leges Henrici Primi* o las Leyes de Enrique Primero, escritas antes del año 1154,[80] fue retomada y difundida en épocas posteriores por la labor de Coke, que aún ahora es citado por autores y tribunales anglosajones.

En el DCE, fue el derecho penal italiano el que introdujo en la doctrina del derecho común, una teoría sobre la culpabilidad y sobre esa base desarrolló durante los siglos XVI y XVII su concepción.[81] El concepto de dolo del moderno derecho penal, pertenece al derecho romano tardío. En cambio, el derecho germano conservó durante mucho tiempo, el pensamiento de la responsabilidad por el resultado y sólo excluyó hechos no intencionados, producto de la casualidad. Los juristas medievales italianos tomaron del derecho romano el concepto del dolo y lo convirtieron en presupuesto de todos los delitos graves. La naciente doctrina alemana del derecho penal se adhirió a la ciencia italiana.[82]

La distinción entre imputación objetiva y subjetiva, en Alemania, fue consecuencia del trabajo de los juristas del Humanismo Tiberius Decianus de 1590 y Petrus Theodoricus de 1618 y de la Ilustración Samuel Pufendorf de 1660 y Christian Wolff de 1738.[83]

Pufendorf mantenía un concepto de imputación que consistía en captar el hecho como obra humana y delimitarlo frente a la causalidad. El primer elemento debió implicar la consideración de libertad en la actuación del sujeto activo.[84]

En 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC), se consagraron importantes derechos, como el principio de presunción de inocencia, pues el interés político era dotar a los ciudadanos de seguridad frente a medidas arbitrarias

---

df (Último acceso a las 11:40 del 09.09.2022); otros fijan los años en que se escribió entre el 1114 y el 1118, conteniendo el derecho normando y anglosajón. Ver: Black's Law Dictionary, 7ª ed., West Group, Minnesota, 1999. Pág. 909.

[80] FITZJAMES STEPHEN, JAMES, *A History of The Criminal Law of England*, Vol II, Cap. XVIII, Mc Millan and Co., London, 1883. P. 94; https://earlyenglishlaws.ac.uk/laws/texts/hn/ (Último acceso a las 12:30 del 10.09.2022)

[81] PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. Op. Cit. Pág.161. https://goo.gl/CJA6vC

[82] JESCHECK, H. H. Op. Cit. Pág.511.

[83] Ibídem. Pág.180.

[84] Ibídem. Pág.181.

impuestas por la justicia o por los gobernantes. El tema de la culpabilidad personal se veía como un asunto probatorio y no de fondo. Sin embargo, con el tiempo, aspectos procedimentales más específicos como los derechos de los imputados, fueron reconocidos como derechos humanos.[85].

En el desarrollo de la responsabilidad internacional hay que citar que durante la Guerra Civil estadounidense (1861-1865), el Presidente Abraham Lincoln promulgó el Código *Lieber* (Instrucciones para el Mando de los Ejércitos de los Estados Unidos en el Terreno, Órdenes Generales No 100, del 24 de abril de 1863)[86], estipulando que eran punibles todo acto de violencia desaforada cometido contra personas en el país invadido, toda destrucción de la propiedad , el robo, el pillaje o saqueo, la violación sexual, la lesión, la mutilación o el asesinato de dichos habitantes,[87] el incendio intencional, el homicidio, la mutilación, el asalto, el atraco en la vía pública, el robo, el allanamiento de morada, el fraude, la falsificación y la violación sexual.[88]Se consideraba para los efectos de

[85]https://adhsorbonne.com/2021/03/07/retour-sur-le-principe-fondamental-de-la-presomption-dinnocence/ (Último acceso a las 18:53 del 19.05.2022)

[86] GREPPI, profesor asociado de la Universidad de Turín, expresa que este texto, preparado por Francis Lieber, catedrático en el Columbia College de Nueva York y revisado por un consejo de oficiales, constituye el primer intento de codificar las leyes de la guerra. En los artículos 44 y 47, se mencionan esos delitos y se estipula que se considerarán como perpetrados " en nuestro propio país " y se castigarán severamente los " crímenes castigados por todos los códigos penales ", cuando son cometidos por un soldado estadounidense en territorio de un Estado enemigo. Aunque exclusivamente destinado a los soldados estadounidenses, y obligatorio sólo para ellos, el Código Lieber tuvo asimismo una gran influencia en los reglamentos militares de otros ejércitos. GREPPI, EDOARDO, «La Evolución de la Responsabilidad Penal Individual en el Derecho Internacional», Comité Internacional de la Cruz Roja, núm. 835 Págs. 531–553, 30 de octubre de 1999.

[87]"Art. 44. All wanton violence committed against persons in the invaded country, all destruction of property not commanded by the authorized officer, all robbery, all pillage or sacking, even after taking a place by main force, all rape, wounding, maiming, or killing of such inhabitants, are prohibited under the penalty of death, or such other severe punishment as may seem adequate for the gravity of the offense.

A soldier, officer or private, in the act of committing such violence, and disobeying a superior ordering him to abstain from it, may be lawfully killed on the spot by such superior". General Orders No. 100 : The Lieber Code. INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF ARMIES OF THE UNITED STATES IN THE FIELD. https://avalon.law.yale.edu/19th_century/lieber.asp#sec1 (Último acceso a las 4:04 del 01.042.022).

[88] "Art. 47. Crimes punishable by all penal codes, such as arson, murder, maiming, assaults, highway robbery, theft, burglary, fraud, forgery, and rape, if committed by an American soldier in a hostile country against its inhabitants, are not only punishable as at home, but in all cases in which death is not inflicted, the severer punishment shall be preferred." General Orders No. 100 : The Lieber Code. INSTRUCTIONS FOR THE GOVERNMENT OF ARMIES OF THE UNITED STATES IN THE FIELD.

jurisdicción perpetrados en Estados Unidos si se cometieran por un soldado estadounidense en territorio de un Estado enemigo[89].

La mención de los anteriores delitos no hace referencia explícita a la intencionalidad, sino al término *wanton*, como conducta desenfrenada o desconsiderada, probablemente porque se aplicaban subsidiariamente la jurisprudencia y las leyes penales ordinarias de Estados Unidos. En esa época encontramos casos judiciales en Estados Unidos en los cuales se afirmó que "para que constituya un delito, una persona debe tener inteligencia y capacidad suficientes para tener una intención y un propósito delictivo; y si su razón y facultades mentales son tan deficientes que no tiene voluntad, ni conciencia ni facultad mental controladora, o si, a causa de la abrumadora violencia de la enfermedad mental, su facultad intelectual queda momentáneamente aniquilada, no es un moralmente responsable"[90].

Sin embargo, existe referencia a la intencionalidad en otras conductas en el mismo Código *Lieber*. Por ejemplo, el artículo 71 que expresa: "Whoever intentionally inflicts additional wounds on an enemy already wholly disabled, or kills such an enemy, or who orders or encourages soldiers to do so, shall suffer death, if duly convicted, whether he belongs to the Army of the United States, or is an enemy captured after having committed his misdeed."[91].

Paul Robinson plantea diferentes períodos en la tradición histórica del derecho inglés, sobre la responsabilidad subjetiva: En el primer período previo a la antigua cultura anglosajona, la responsabilidad se impuso sin tener en cuenta el elemento mental o de culpabilidad del actor. En el segundo período apareció la distinción entre los daños "voluntarios" y daños "accidentales" (antigua cultura anglosajona) y fueron el primer reflejo de la preocupación por el estado de ánimo culpable de un actor. El tercer período, el *Common Law* medieval, reconoció tres categorías de culpabilidad. Los casos accidentales se distinguieron aún más en accidentes por descuido y sin faltas. Su división

[89] GREPPI, EDOARDO. Op. Cit.

[90] COMMONWEALTH vs. ABNER ROGERS, JR. http://masscases.com/cases/sjc/48/48mass500.html (Último acceso a las 13:28 horas del 01.04.2022)

[91] The Lieber Code.

representa el primer reconocimiento de una conducta puramente fortuita. En el cuarto período, del *Common Law* los comportamientos de descuido, como el *reckless* y *negligent* se distinguieron, aunque de nuevo la transición de tres categorías a cuatro no era tan claro como una simple subdivisión de la categoría del descuido. En el quinto período, el de la historia reciente, propósito y conocimiento, como formas de intención fueron distinguidas.[92]

En 1859 Carrara concibió la teoría de las fuerzas del delito, separando el resultado y su causa, afirmando que el delito es el producto del choque al que concurren dos fuerzas: la fuerza moral subjetiva, que consiste en la voluntad inteligente del hombre que obró y la fuerza física subjetiva representada por la acción corporal, de naturaleza externa y cuyo resultado equivale a la ofensa del derecho agraviado, o dicho en otra forma, al daño material del delito. [93]

El delito imprudente sólo era un *quasi delictum*, más afín al derecho civil que al penal propiamente dicho, pero el proceso de industrialización que comienza con la revolución industrial en el siglo XIX y que continuó y aumentó en el siglo XX, supuso actividades para las que la doctrina no estaba preparada para resolver técnicamente los problemas jurídicos que planteaba, así que había que hacer distinciones precisas entre las actuaciones dolosas e imprudentes.[94]

Uno de los significativos momentos del desarrollo del principio de culpabilidad, a nivel práctico, al menos dentro del derecho continental europeo, ocurrió con el planteamiento de la doctrina clásica a principios del siglo XX, cuando Von Liszt y Beling, influidos por el naturalismo del siglo XIX, distinguieron fundamentalmente dos partes en el delito: una parte externa y una parte interna. La parte externa u objetiva quedaba conformada por el tipo objetivo y la antijuricidad. La parte interna o subjetiva comprendía la culpabilidad,

---

[92] ROBINSON, PAUL H., «A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability», *The Hastings Law Journal*, Vol.31, 1980. Págs. 815 y sigs.

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1630&context=faculty_scholarship (Último acceso a las 15:00 horas del 11.05.2022)

[93] PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. Op. Cit. Pág. 161.

[94] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*. 7ª. Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004. Págs.267-268.

concebida desde el punto de vista psicológico. Dentro de esta última se reconocieron, a su vez, las formas de comportamiento subjetivo.[95]

La teoría sicologista del delito planteada por Beling y Liszt fue el primer planteamiento en donde quedaba claramente reconocido un esquema bipartito, en el que el elemento interno constituía la parte subjetiva. Un nexo sicológico entre el hecho y su autor, la voluntad del autor es causal del hecho ilícito, Bajo esta teoría son especies de la culpabilidad el dolo y la culpa, las cuales buscaban la relación psicológica entre el sujeto activo de la infracción y el hecho punible.[96]

La interpretación psicológica de la culpabilidad fue sustituida por una concepción normativa, la que se le atribuye a Reinhard Frank. Para él la culpabilidad es un juicio de valor sobre una situación psíquica apoyado en el orden normativo. Era "la reprochabilidad del hecho."[97] Se señala que para entonces ya la culpabilidad con carácter normativo o valorativo de la culpabilidad, como juicio de reproche elevado al autor y vinculado a la idea de libertad del hombre, tenía antecedentes en Italia, en Carrara (1859); y, en Alemania, en la doctrina idealista de la libertad de voluntad como presupuesto de la imputación subjetiva, en la teoría de la acción de los hegelianos, en las teorías «eticistas», y, ya habiendo asumido la diferenciación de la categoría de culpabilidad en forma autónoma, en Beling (1899).[98]

Se afirma que el principal mérito de Frank fue advertir la estructura del concepto de culpabilidad, superando el dogma o idea de que la culpabilidad se agota en sus dos especies, de dolo o la culpa. Esto lo deduce Frank, del uso ordinario de la palabra culpabilidad en la vida cotidiana, pues para atribuir culpabilidad se consideran factores ajenos al puro dolo o imprudencia. [99]

---

[95] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traducción de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1997. Págs.198 y 200.

[96] Ibídem. Pág. 579.

[97] JESCHECK, HANS-HEINRICH. Op. Cit. Págs.187, 378 y 379.

[98] COUSO SALAS, JAIME, *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant Lo Blanch, 2005. Enlace: https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/8484564509?showPage=1

[99] Ibídem. Págs.87-88.

Así la culpabilidad se compone, según Frank, de tres elementos: imputabilidad, dolo o imprudencia, y la normalidad de las circunstancias concomitantes. La culpabilidad se resume en la idea de reprochabilidad, esto es, que un comportamiento prohibido debe imputarse a la culpabilidad de una persona cuando puede hacérsele un reproche por haberlo realizado. [100]

Dado que Frank fue el primero en darle una estructura coherente a los contenidos de culpabilidad, de acuerdo a una noción normativa; para Claus Roxin, el escrito de Frank de 1907 fue de trascendental importancia sobre la estructura del concepto de culpabilidad.[101]

Hacia finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX se fijan como el nacimiento de la moderna ciencia penal en Alemania, influenciada por la filosofía de la Ilustración y se concibe la culpabilidad de voluntad, pues solo la voluntad humana puede ser objeto de censura ética o jurídica.[102]

"La *teoría del Finalismo* representa en *Alemania* una evolución distinta de la concepción normativa de la culpabilidad. La fundamentación ontológica del concepto de delito llevada a cabo por *Hans Welzel* condujo al consabido resultado de que el dolo típico y la lesión objetiva del deber de cuidado en el caso de la imprudencia fueron extraídos del concepto de culpabilidad y atribuidos al tipo de injusto, de tal modo que en aquel concepto permanecieron únicamente auténticos elementos normativos –conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta adecuada a la norma- Para *Welzel* la culpabilidad es ya sólo "la parte de responsabilidad del autor por su determinación antijurídica"[103]

[100] Ibídem. Pág.89.

[101] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traductor Diego Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1997.Pág.196.

[102] GUANAIS DE AGUIAR FILHO, OLIVEIROS, *Imprudencia Inconsciente y Derecho Penal de la Culpabilidad*, Tesis doctoral. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2015. https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/374243/togaf.pdf?sequence=1 (Último acceso a las 06:23 del 06.06.2022)

[103]JESCHECK, HANS-HEINRICH. Op. Cit. Pág.511.

En los inicios de las concepciones sobre la culpa, esta era concebida como un delito particular, no como forma de culpabilidad o actuación típica. Feuerbach sostenía la existencia de una voluntad criminal, una decisión voluntaria. Los hegelianos concibieron la culpa como momento voluntario al conocer y querer las condiciones de las que surge el resultado antijurídico. Binding al respeto sostenía que la acción como proceso es querida. [104]

En el derecho anglosajón, un precedente de los tribunales de Estados Unidos que se refirió al requisito de que los delitos deben realizarse con voluntad, fue el caso *Martin v. State* (31 Ala. App. 334, 17 So. 2d. 427, 1944), de la Corte de Apelaciones de Alabama, en el que se revirtió el fallo de condena de un acusado por encontrarse borracho en lugar público, al haber sido arrestado en su hogar y llevado por la Policía a la autopista. La Corte consideró que la ley presupone que el acusado se encuentre en el lugar público por su voluntad.[105]

Después para el desarrollo de la culpabilidad en el DCE, vendría el pensamiento neoclásico, entre 1930 y 1950, basado en la filosofía de los valores neokantiana, que por un lado introdujo el elemento de valoración de la antijuricidad, según su dañosidad social y por otro sustituyó el concepto psicológico de culpabilidad por uno normativo, en el que se valora desde la reprochabilidad.[106]

El penalista alemán Engisch destacó, en 1930, que entre la pura conexión causal de la acción imprudente con el resultado y la culpabilidad (elementos que eran los únicos que se exigían entonces) había un tercer elemento: el deber objetivo de cuidado.[107]

---

[104] Idem.

[105] KADISH, SANFOR H. and SCHULHOFER, STEPHEN J., Criminal Law and its Processes, 5th edit., Little Brown and Company, Boston, 1989. Págs.188-189.

[106] Idem.

[107] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal Parte* General, 11ª edición Tirant lo Blanch, España, 2022. Pág. 268.

2. Evolución posterior a la Segunda Guerra Mundial

El mayor desarrollo conceptual del principio de culpabilidad surge en esta época, sin perder de vista que las doctrinas contrarias que niegan su existencia, también avanzan en sus postulados conceptuales. Es este un tiempo en el que los derechos humanos universales son reconocidos y se crean los primeros tribunales penales internacionales. El principio de culpabilidad como derecho constitucional y humano alcanza reconocimiento, pero algunas concepciones de la dogmática ignoran o rechazan el mismo.

Los medios de prueba arbitrarios de otros tiempos, que incluían la tortura, son rechazados por el reconocimiento de los derechos humanos en favor de todas las personas, incluidas las que son imputadas por delito. Los derechos humanos universales impulsados políticamente por la Revolución Francesa, la Independencia de Estados Unidos de América, las primeras declaraciones y tratado sobre derechos humanos, así como la creación de organismos universales de protección, control y sanción de las personas; son fuente obligatoria de la justicia mundial y de los sistemas jurídicos domésticos.

El que el principio de culpabilidad no formara parte de las declaraciones de derechos humanos se explica por Bacigalupo, por el hecho de que el concepto culpabilidad como presupuesto de la pena es obra de los dogmáticos posthegelianos, como Merkel, Ihering, Halshener, etc. Además, la concepción de la culpabilidad estaba fundada en elementos sintomáticos del autor, influida en la teoría preventivo especial de la pena, que dependía de las necesidades de defensa social frente al autor.[108] Es decir, que la reacción mundial contra el nazismo también se expresaba en la exclusión del aporte de la cultura jurídica alemana, en declaraciones de derechos humanos que no tenían solo un carácter técnico sino también político. En ese tiempo además el término culpabilidad era uno solo, el de ser un elemento de la estructura del delito y con concepciones que pudieran resultar contradictorias con las ideas de libertad y dignidad del ser humano, sin haber construido la doctrina una configuración de la culpabilidad como derecho humano.

[108] BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hamurabi, Buenos Aires. Pág.143.

No es una época en la que hayan desaparecido los gobiernos absolutistas, las confesiones provocadas por tortura, los procesos amañados de la falsa justicia, los abusos contra la dignidad de las personas y los conceptos que niegan la esencia del ser humano, pretendiendo alcanzar eficacia contra el delito; pero es un tiempo en que la consciencia universal reconoce la libertad y la dignidad del ser humano.

No es comparable este momento histórico, en el que las diferentes ciencias, los modelos políticos más influyentes y la cultura en general, permitieron tener mayor claridad en la definición de la responsabilidad subjetiva y una aplicación procesal más justa, con respecto a otras épocas de la historia, en las que aun aquellos avances para reconocer los elementos de la culpabilidad, quedaban incompletos por tener concepciones formales o meramente morales, que daban paso a la arbitrariedad o sistemas de prueba inaceptables para los estándares de derechos humanos actuales.

La primera manifestación del principio de culpabilidad, en los tribunales penales internacionales surgió en el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg que expresó que uno de los más importantes principios es que la culpabilidad penal es personal y que el castigo masivo debe ser evitado.[109] Las decisiones de los tribunales se fundamentaban en el artículo 6 de la Carta de Nuremberg de 1945, que exigía la responsabilidad individual por crímenes contra la paz, violaciones de las leyes o costumbres de la guerra y crímenes contra la humanidad.

Se sostiene que el principio de culpabilidad, como concepto de la teoría del delito en el DCE, surgió después de los cientificistas y positivistas, como reacción a sus concepciones que privilegiaban la voluntad del legislador y que dejó abierto el campo a la arbitrariedad nazi. Precisamente la culpabilidad emergió, terminada la Segunda Guerra Mundial, cuando en los años posteriores a 1945 el derecho a la dignidad había alcanzado un grado de mayor de reconocimiento.[110]

[109] Sentencia del 01 de octubre de 1946. The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of The International Military Tribunal Sitting at Nüremberg, Part. I, 1947. Págs. 189 y 287.

[110] BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE. Op. Cit. Págs. 144 y 145.

Uno de los casos más importantes en la definición del *mens rea* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, es el caso Morissette Vs. United States, 342 U.S. 246 (1952)[111]. Los hechos son explicados en la sentencia, haciendo mención de que existía un campo de prácticas de bombardeo, en el que la Fuerza Aérea lanzaba bombas simuladas, consistentes en un cilindro de metal lleno de arena y suficiente pólvora negra para provocar una bocanada de humo mediante la cual se podía localizar el impacto. En varios lugares del polígono había letreros que advertían: "Peligro - Manténgase alejado - Polígono de bombardeo". [112]

Sin embargo, en el lugar había presencia de abundantes ciervos y se cazaba extensamente por los escasos habitantes de los alrededores. Los casquillos de las bombas gastadas eran retirados por personal del ejército lejos de los objetivos y arrojados en montones sin ningún orden, "para que no estorbaran". Algunos de los cuales se habían estado acumulando durante cuatro años o más, expuestos a la intemperie y se oxidaban.

El acusado, Morissette, en diciembre de 1948 fue a cazar a esta zona, pero no consiguió un venado. Pensó cubrir los gastos del viaje rescatando algunos de estos casquillos. Cargó tres toneladas de ellos en su camión y los llevó a una granja cercana, donde fueron aplastados al pasar un tractor sobre ellos. Después de gastar en mano de obra y transportarlos en camión al mercado de Flint, obtuvo 84 dólares. Morissette, por ocupación, era operador de puesto de frutas en verano y camionero y recolector de chatarra en invierno. Un veterano dado de baja con honores de la Segunda Guerra Mundial, gozaba de un buen nombre entre sus vecinos y no había tenido en su expediente mancha más deplorable que una condena por conducción temeraria. La carga, trituración y transporte de estos casquillos se realizó a plena luz del día, a la vista de los transeúntes, sin el menor esfuerzo de ocultamiento.

Cuando se inició una investigación, Morissette voluntariamente, con prontitud y franqueza contó toda la historia a las autoridades, diciendo que no tenía intención de robar, pero pensó que la propiedad estaba abandonada, no deseada y considerada sin valor

[111] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/246/ (Consultado a las 13:50 del 02.04.2022)

[112] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/246/ (Último acceso a las 13:52 del 02.04.2022)

para el Gobierno. Sin embargo, fue acusado formalmente del cargo de que "robó y convirtió ilegalmente, deliberadamente y con conocimiento" propiedad de los Estados Unidos, en violación al Código 18 parágrafo 641, que establece que "quien desfalque, robe, hurte o convierta a sabiendas" propiedad del gobierno será sancionado con multa y prisión.

Morissette fue declarado culpable y sentenciado a dos meses de prisión o al pago de una multa de 200 dólares. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia, con un juez en desacuerdo. En su juicio, Morissette, como les había dicho en todo momento a los oficiales de investigación, testificó que según las apariencias creía que los casquillos habían sido desechados y abandonados, que no tenía la intención de robar la propiedad y la tomó sin creer que actuaba ilegalmente o con propósito criminal.[113]

La SC sostuvo que los elementos del estado mental en el sistema de derecho consuetudinario (*Common Law*), siempre fueron componentes de los crímenes; por ese motivo la ausencia de ese elemento en una ley que define el mismo delito, no significa que la Fiscalía ya no necesite probarlo. Se excluye el caso de la responsabilidad estricta que se origina en los estatutos o normas escritas y no en el derecho consuetudinario. En consecuencia, al convertir un delito tradicional de derecho consuetudinario en un delito estatutario, la legislatura no puede imponer una responsabilidad objetiva por una conducta que habría requerido que un estado mental fuera punible.[114]

El juez de la SC Robert Jackson, quien fue fiscal especial durante los juicios de Nuremberg escribió en 1952 en el caso Morissette v. United States: La afirmación de que

[113] Idem.

[114] "Mental state elements always were inherent components of crimes under the common-law system, which was comprised entirely of mala in se crimes. An intentional act that resulted in a forbidden outcome was not criminalized by itself or used to presume a mental state element. When legislatures have integrated common-law crimes into statutes but failed to include a mental state element, it has been presumed and read into the statute by courts. Conversion was a crime under the Common Law, and it always contained a mental state element, so that element's absence from a statute defining the same crime does not mean that the prosecution no longer needs to prove it. However, strict liability may be appropriate for crimes that are *mala prohibita*, which means that they originate from regulatory statutes rather than the Common Law". "By converting a traditional common-law crime into a statutory crime, the legislature cannot impose strict liability for conduct that would have required a mental state to be punishable". https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/246/ (Último acceso a las 13:50 del 02.04.2022).

una lesión puede constituir un delito, sólo cuando es infligida por intención no es una noción provincial o transitoria. Es tan universal y persistente en los sistemas maduros de derecho como la creencia en la libertad de la voluntad humana y la consiguiente capacidad y deber del individuo normal de elegir entre el bien y el mal. [115]

En el derecho inglés se destaca la obra Castigo y Responsabilidad, de H.L.A.Hart, que en el año 1968 estudió los principios que justifican la selección de las personas que deben ser castigadas y quien expresó que los ciudadanos odian la responsabilidad objetiva.[116]

También en el derecho inglés en el caso Haughton v Smith (1975 AC 476), se retomó la frase latina *actus non facit reum nisi mens sit rea*, para afirmar que un acto no convierte a un hombre en culpable de un delito, a menos que su mente también sea culpable. Sin embargo, se admite ahora la responsabilidad objetiva o estricta en determinados casos en los que la necesidad de una mente culpable es innecesaria y, a menudo, se refieren a delitos menores o delitos que son de naturaleza reglamentaria. [117]

En el DCE, la determinación general del concepto de imprudencia apareció por primera vez en la legislación penal de Alemania, de acuerdo a Jescheck, en el Derecho Territorial General para los Estados Prusianos de 1974, en su Parte II, Título 20, Parágrafo 28.[118]

En los años inmediatos al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando surgieron las primera normativas escritas y universales de los derechos humanos[119], como se dijo antes, el principio de culpabilidad se entendía como un simple requisito del derecho penal, lo que trajo por consecuencia que quedara sujeto al criterio o decisión amplia de los legisladores, sin que nadie entendiera necesario convertir al principio en una categoría de

[115] 342 U.S. 246, 250 (1952).

[116] KADISH, SANFOR H. and SCHULHOFER, STEPHEN J. Op. Cit.Pág.197

[117] THOMAS, MARK, *Criminal Law*, Hall & Stott, Second Edition, Saltford, UK, 2020.

[118] JESCHECK, HANS HEINRICH y WEIGED, THOMAS. Op. Cit. Pág.511

[119] La Declaración Universal de Derechos Humanos, se propuso en septiembre de 1948 y más de 50 Estados Miembros participaron en la redacción final. En su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de Naciones Unidas, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ver: https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration#:~:text=El%20primer%20proyecto%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20se%20propuso%20en%20septiembre,Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos.

derecho humano o constitucional para brindarle una protección autónoma, quizás entendiendo que otros derechos podían asegurar su protección.

Los tribunales regionales de derechos humanos, dado que no existe uno de carácter universal, han reconocido el principio de culpabilidad. Así lo hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Sud Fondi SRL y otros V. Italia, afirmando que el artículo 7 de la Convención no menciona expresamente el vínculo moral entre el elemento material del delito y la persona a la que se considera autor. Sin embargo, la lógica de la pena y del castigo, así como la noción de culpable -*guilty*- en la versión inglesa- y la noción correspondiente de persona culpable - *personne coupable*, en la versión francesa- van en la dirección de una interpretación del artículo 7 que exige, para sancionar, un vínculo de carácter intelectual (conciencia y voluntad) que permita detectar un elemento de responsabilidad en la conducta del autor material del delito. De lo contrario, la sanción no estaría justificada. También el TEDH en el caso de G.I.E.M. S.R.L. And Others V. Italy aseguró que los requisitos del Art.7 de la Convención no descartan la existencia de ciertas formas de responsabilidad objetiva derivadas de las presunciones de responsabilidad, siempre que se ajusten al Convenio. Es también relevante la sentencia del caso Varvara v. Italy - 17475/09, del 29 de octubre de 2013.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido, en el caso Hilaire, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago, del 21 de junio de 2002, que no cumplen con las exigencias impuestas por la Convención Interamericana las normas penales que impiden al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de pena. En el caso Boyce y otros v. Barbados, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, se sostuvo la ley tiene que distinguir sustancialmente entre diferentes grados de culpabilidad del acusado para que una ejecución no sea considerada arbitraria.

En el caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, la CIADH, sostuvo en la sentencia de 28 de noviembre de 2018, párrafo 298, que la Corte no propugna ninguna forma de responsabilidad penal objetiva contraria a los principios generales de responsabilidad penal contemporáneos y, por ende, en consonancia con esos principios universalmente reconocidos, reafirma que sólo incurre en delito quien opera con dolo o

con imprudencia o negligencia. Así también se pronunció en la sentencia del 23 de mayo de 2022, del caso Moya Chacón y Otro Vs. Costa Rica.

El principio de culpabilidad ha sido tratado en diferentes sentencias de los tribunales penales internacionales. El primero de ellos fue el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg que expresó que uno de los más importantes principios es que la culpabilidad penal es personal y que el castigo masivo debe ser evitado.[120]

También lo ha sido en las sentencias ICTY. Prosecutor v. Tadić, AC, 15.07.1999, TPIY, Prosecutor v. Kordiç y Čerkez, TC, párrafo 364, 26.02.2001 y las del Tribunal Especial para Sierra Leona, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párrafo 387.

La primera sentencia que elevó al rango constitucional el principio de culpabilidad en Alemania, fue la del Tribunal Constitucional Federal alemán, del 25 de octubre de 1966 - 2 BvR 506/63, basándose en el Estado de derecho, en el cual se encuentran la seguridad jurídica y la justicia material.

El Tribunal Constitucional español, ha calificado de correcto el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988 -EDJ 1988/535-) y ha expresado que la Constitución española consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991 -EDJ 1991/7287-).

Ni la CPI, ni los tribunales ad hoc de la Ex Yugoslavia y Ruanda, han recogido expresamente en sus estatutos, el principio de culpabilidad. Únicamente el ER se refiere al sub principio de responsabilidad personal o individual del artículo 25 ER y a las formas o modalidades de actuación mental con respecto al delito, en el artículo 30 ER. Dichas

[120] Sentencia del 01 de octubre de 1946. The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of The International Military Tribunal Sitting at Nüremberg, Part. I, 1947. Págs. 189 y 287.

cuestiones, al menos, al ser una consecuencia del principio de culpabilidad, evidencia la aplicación de este.

La jurisprudencia ha reconocido en diferentes sentencias el principio de culpabilidad, aunque de forma indirecta. [121] Se ha referido a las manifestaciones del principio, como la exigencia de responsabilidad individual o personal y el requisito mental del delito, con la determinación de cualquiera de las modalidades de la responsabilidad subjetiva.

En la evolución del principio de culpabilidad a nivel internacional, revela que el reconocimiento del principio de culpabilidad por parte de los tribunales de derechos humanos, como el TEDH y la CIADH, así como los tribunales constitucionales de muchos países, han sido pasos trascendentales en la consolidación del principio, pues ya no puede ser concebido de cualquier manera, sino bajo unos estándares definidos desde el rango de los derechos humanos o fundamentales.

La normativa de la CPI ha sido importante en el reconocimiento implícito del principio de culpabilidad, pero falta un peldaño más, que es el reconocimiento expreso del principio y de todos sus subprincipios en el Estatuto de Roma.

En virtud de que la parte general del del DPI, se encuentra bajo construcción, el principio de culpabilidad como derecho humano, debe ser fundamento en la elaboración de los conceptos de culpabilidad en la teoría del delito internacional. Se trata de alcanzar también consensos y para ello, como ha sido una práctica del derecho internacional, muchas veces se renuncia a la precisión o la coherencia de las teorías domésticas, para encontrar puntos de apoyo conceptuales comunes entre diversos entendimientos jurídicos. El principio de culpabilidad es, precisamente, un concepto universal que debe fundamentar la teoría del delito en el DPI.

[121] CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr.447; CPI, Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, Decisión sobre la Confirmación de Cargos, No. ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007, Párr. 351; CPI, Prosecutor v Bemba et al., TC VII, No. ICC-01/05-01/13-1989, 19.10.2016. Párr. 29; CPI, Prosecutor v Katanga, TC, No. ICC-01/04-01/07-3436, 07.03.2014. Párr. 774.

CAPÍTULO II
DERECHOS HUMANOS Y RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

Se ha planteado en esta tesis la necesidad de encontrar conceptos compartidos de la responsabilidad subjetiva en los principales sistemas de derecho, que permitan ofrecer un sentido de aplicación uniforme para el DPI, enmarcando todos los conceptos dentro de los parámetros de Derechos Humanos. Aquellos conceptos que no se concilien con estos parámetros, deben ser descartados.

Resulta entonces importante evidenciar los puntos de conexión de la responsabilidad subjetiva internacional penal con los derechos humanos.

En esta parte se sostiene que la responsabilidad subjetiva o *mens re*a, tiene categoría de derecho humano, el cual ha sido formulado como un principio derivado de otro más extenso, que en el derecho europeo continental –*Civil Law* o *Roman Law*- se denomina principio de culpabilidad. Este a su vez procede de otros principios y derechos más generales.

El haber adoptado la forma de un principio, no lo convierte en una afirmación filosófica abstracta o vacía de contenido práctico. Así como los valores y principios que conceden derechos en los textos constitucionales o se extraen implícitamente del contexto constitucional, son normas;[122] también en la normativa de derechos humanos, ya sea procedente del derecho consuetudinario, declaraciones, convenios o tratados internacionales, los principios que contienen derechos, garantías y libertades,[123] expresa o implícitamente, son normas y por lo tanto obligatorias.

[122] CAMPOS, BIDART, *Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A. Ediar, Buenos Aires, 2000. Págs.352-353

[123] Cuando se habla de derechos humanos en general, el término abarca, tanto derechos en sentido estricto, así como libertades y garantías. PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Págs. 570-578, expresa que el derecho a la seguridad personal es el fundamento de las garantías constitucionales. Las garantías individuales o subjetivas son instrumentos que la Constitución pone a disposición del individuo para que pueda reaccionar frente a una posible vulneración de un derecho.

Si conceptualmente las normas jurídicas son reglas de la conducta que atribuyen derechos y obligaciones correlativas, siendo de carácter coercible[124], el principio referido cuenta con sujetos derecho habientes y obligados por estas normas.

La naturaleza de normas públicas, como son los derechos fundamentales[125], justifica que los sujetos del deber de asegurarlos sean los Estados y el reconocimiento de los derechos humanos por la comunidad internacional en su conjunto –*ius cogens*- y con carácter universal[126], origina que los obligados sean todos los individuos, las personas jurídicas nacionales, los sujetos del derecho internacional y las comunidades nacionales. Pero cuando se trata de asegurar derechos humanos en los contenidos de las leyes y en los procesos penales, esos sujetos obligados deben tener una característica adicional: detentar poder para legislar y para imponer sanciones o tener atribuido el *Ius Puniendi*.

Son garantías jurisdiccionales; STOLLER, ENRIQUE ALBERTO, «Las garantías constitucionales», en *Garantías y Procesos Constitucionales*, SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO (director), EJC, Argentina, 2003. Págs. 123-131, afirma que las garantías son las seguridades jurídico institucionales que la propia ley señala para posibilitar la vigencia de los derechos y libertades, teniendo carácter de derecho subjetivo y límites al Estado, distinguiéndose entre garantías generales, garantías institucionales y garantías especiales con respecto al ejercicio del poder. Para el autor en estas últimas residen las garantías individuales o de defensa ante la actividad jurisdiccional, ubicando el principio de culpabilidad en la garantía del juicio previo; THOMPSON, JOSÉ, «Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y Administración de Justicia», *Revista IIDH*, 1989, 65-84. Artículo de la CIADH. Pág.67 https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06858-4.pdf (Consultado a las 19:49 del 16052022), sostiene como concepto de derechos humanos la descripción de contenido de las normas obligatorias y como garantías, los mecanismos de protección establecidos en caso de incumplimiento. Las libertades, desde hace mucho tiempo se han entendido, como facultades inviolables que al ser humano corresponden y que el Estado garantiza en forma negativa, como la libertad de pensamiento, de prensa, asociación, de culto, etc. Es decir, el Estado se abstiene o restringe su campo de actuación, para permitir o facilitar el ejercicio de la libertad. Se clasifican por algunos en libertades civiles, públicas y políticas. Ver SEIX, FRANCISCO, (Editor) *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, Barcelona, 1910. Págs.348, 349, 357, 410 y 411. Esta clasificación de ningún modo excluye los deberes actuales del Estado para respetar, promover y proteger derechos, libertades y garantías.

[124] PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Introducción al estudio del Derecho*, Tirant lo Blanch, México, 2021

Enlace: https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413977256?showPage=1Pág.198

[125] Se hace referencia a los derechos humanos en general que son expresados en las constituciones. Ver por todos: PÉREZ ROYO, JAVIER. Op. Cit. Págs.249 y sigs. "Estos derechos establecidos o reconocidos a favor de las personas en un primer nivel normativo conjuntamente con la constitución del poder instituido, que surgen como límites a su actividad estatal, son en su etapa originaria los derechos fundamentales": DE SILVA GUTIÉRREZ, GUSTAVO, *Derechos Fundamentales y Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2021. Pág.77.

[126] SALVIOLI, FABIÁN, *Introducción a los Derechos Humanos* ,Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.Pág.212

Si bien la obligatoriedad de respetar los derechos humanos tiene un carácter *erga omnes*, de manera que deben acatarse por cualquier otra persona, no todos los sujetos pueden hacerlos efectivos, excepto aquellos que como el Estado tienen el poder de castigar. En particular los tribunales penales internacionales, como organismos delegados por los Estados para ejercer el *Ius Puniendi*, son sujetos obligados por esas normas y no solo deben abstenerse de realizar conductas violatorias, lo que impone comportamientos de defensa, sino también aplicar y garantizar el cumplimiento de esos derechos y principios asumiendo conductas de ataque en favor de los derechos humanos.

Kai Ambos considera que los derechos humanos se han movido desde un carácter defensivo- negativo, como límite del *ius puniendi*, a una posición ofensiva-positiva de justificación del *ius puniendi*. Para tener claro todo el panorama de la situación actual del derecho a castigar por el Estado y de los derechos humanos, es necesario abordar la cuestión de si debe y cómo puede existir un poder punitivo a nivel supranacional sin un soberano, la función o finalidad general de DPI y los propósitos del castigo en el DPI. [127] Sostiene que la mayoría de los teóricos parten de la posición clásica de que no existe un *ius puniendi* flotante sin algún respaldo institucional; es decir, si no hay Estado no existe *ius puniendi*. El sistema de justicia penal internacional carece de un poder punitivo consolidado o supranacional; pues no se ha configurado un Estado mundial.[128]

Contra ese enfoque centrado en el Estado existen dos razones que lo contradicen: Primero, desde una perspectiva formal, el *ius puniendi* puede basarse en la idea de delegación estatal. Los Estados pueden delegar su poder punitivo a una CPI por medio de un tratado o por medio de una Resolución bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU (ICTY, ICTR). En segundo lugar, desde una perspectiva normativa, por la fuerza potencial de las normas en lo que respecta a su legitimidad normativa material, así se puede inferir un *ius puniendi* supranacional a partir de un razonamiento colectivo-individualista. La perspectiva colectiva justificaría la defensa del orden internacional normativo (basado en valores) donde los intereses comunitarios prevalecen sobre los intereses unilaterales o bilaterales del Estado. Desde la perspectiva individualista, existe una sociedad mundial

[127] AMBOS, KAI, ALEXANDER HEINZE, PETER RACKOW, and JACOPO GOVERNA, *Treatise on international criminal law*, 2th Edition, Oxford University Press, New York, 2021.Pág.95 y sigs.

[128] Idem.

compuesta por ciudadanos del mundo cuya ley, se deriva de los derechos humanos universales, indivisibles e interculturalmente reconocidos.[129]

Normalmente los Estados como sujetos del derecho internacional y las personas jurídicas a las que dan nacimiento (por ejemplo, Naciones Unidas), son actores universales y siguen creando más personas, instituciones y normas internacionales; por esta razón no se trata de un poder de castigo internacional carente de sustrato institucional. El origen está en la actividad de los Estados. La delegación del poder deja de ser un *ius puniendi* doméstico de cada Estado, para convertirse en un poder colectivo que se entrega por una pluralidad, para crear algo nuevo y mucho más extenso, un *ius puniendi* mundial.

Por otro lado, el poder para castigar se fundamenta en los derechos humanos, pues la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, han entendido que existe la obligación de garantizarlos y remediar sus violaciones, con la obligación de sancionar a los responsables.

Sobre la función del derecho penal se hace referencia a lo que puede y debe prohibirse al ciudadano. El derecho continental europeo lo ha justificado desde la perspectiva de protección de bienes jurídicos y el derecho anglosajón en la prevención de daños reales. La primera teoría llega a admitir como objeto de protección conceptos que pueden considerarse abstractos, prevaleciendo el interés general; mientras la segunda entiende necesaria la protección material, aunque se ha ampliado al riesgo, dentro de una concepción más individualista. Así se puede construir una teoría combinada colectivo-individualista para el DPI.[130]

En cuanto a los propósitos del castigo, mientras que el derecho penal interno sirve a la convivencia pacífica de las personas dentro de un Estado, el DPI persigue este propósito más allá de las fronteras estatales y solo en casos de graves violaciones de los derechos humanos y amenazas masivas a la paz y la seguridad de la humanidad. Para ello se debe crear conciencia mediante objetivos de prevención positiva general e integradora que

[129] Idem.

[130] Idem.

reclama reconciliación y reparación y un efecto negativo de prevención general, es decir, de disuasión general. [131]

Bassiouni interpretaba la función del derecho penal internacional como un derecho de última ratio, encargado de proteger los derechos humanos cuando los demás instrumentos de protección han fallado[132]. En el mismo sentido se pronuncia Werle, para quien el derecho penal internacional ofrece una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos humanos.[133]

En cuanto a los derechos subjetivos derivados de las normas de derechos humanos que contienen el principio de culpabilidad, el individuo imputado penalmente tendrá derecho a que se le atribuya responsabilidad personal, solo si se comprueba su responsabilidad subjetiva y el sujeto con *Ius Puniendi* tendrá facultad para castigar o imponer la sanción, solo cuando se establezca la responsabilidad subjetiva del imputado; debiendo asegurar al imputado que el principio se haga efectivo en los diversos niveles de la investigación y el proceso. Así, no podrá iniciarse la investigación contra una persona si no existe algún elemento que indique su participación en el delito con responsabilidad subjetiva, no podrá promoverse la acción en tribunales si esa responsabilidad no se ha establecido al menos con un grado de probabilidad; tampoco podrá continuarse con el proceso, decretar medidas cautelares contra el imputado o pasar a juicio sin esa comprobación. Consecuentemente, en la sentencia solo podrá haber condena cuando exista certeza de la responsabilidad subjetiva del imputado.[134]

---

[131] Idem.

[132] The Proscribing Function of International Criminal Law in the Processes of International Protection of Human Rights, citado por LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, *El Crímen Contra la Humanidad*, Dykinson, Madrid, 2015. Pág. 173; Ver también: ORENTLICHER, DIANE, «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», *Yale Law Journal*, No 100, Vol IV. Págs. 2537-2615. https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1709 (Último acceso a las 11:23 del 20.05.2022)

[133] WERLE, G. and JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.115.

[134] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, diciembre 2013. Pág. 56: "El contenido de la presunción de inocencia exige que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden estar fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado". http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf (Último acceso a las 12:00 del 20052022). Para una diferenciación de los estados ontológicos –verdad y posibilidad- y los estados gnoseológicos frente a la verdad –duda, probabilidad y certeza- y el estado gnoseológico frente a la

Adicionalmente existen derechos subjetivos de las víctimas, de sus sociedades y de la comunidad internacional, relacionados con estos principios; pues ellos están interesados en que se identifique a los sujetos que intervinieron con alguna manifestación de voluntad y que de acuerdo con el grado de esa voluntad asumida, se aplique la pena correspondiente.

1. Principio de culpabilidad

En la búsqueda de conceptos comunes entre los diversos sistemas jurídicos, los derechos humanos son un punto de contacto necesario y que no se puede obviar en las democracias y estados de derecho. Ya se trate de un derecho penal con una Parte General desarrollada, como el que corresponde al continental europeo, o de un derecho más casuístico en la elaboración de tipos penales, con ausencia de una teoría del delito extensamente sistematizada, como el derecho anglosajón; ambos requieren de principios básicos enraizados en las constituciones y que las normas internacionales funcionen como conceptos límites al ejercicio del poder.[135]

posibilidad –credibilidad-, ver la obra clásica: FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, Vol. I., traducida por Carrejo, Simón y Guerrero, Jorge, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997. Págs.11-71.

[135] BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS, *Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011. Pág.34, sostiene que los principios del derecho penal continental no son creaciones antojadizas, sino que responden a exigencias de las constituciones y las normas internacionales que imponen deberes de protección de los derechos fundamentales o humanos, así como los tratados relativos a la cooperación de los Estados en la lucha contra la delincuencia. Citando a FLETCHER sostiene que esa es una deficiencia del derecho anglosajón; ROBERSON, CLIFF y O´REILLEY, MICHAEL D., *Principles of Criminal Law*, seventh edition, Pearson, Boston, Massachusetts, 2020. Pág.5, expresan sobre el derecho criminal de Estados Unidos, que los principios forman parte del derecho penal, que ayudan a decidir bajo qué circunstancias un individuo puede ser considerado responsable penal y cuando es justo imponerle una sanción. Dentro de los principios están los requerimientos de *mens rea-state of mind-*. En general una persona es responsable solo de los actos voluntarios, pero por excepción se admiten casos en los que el sujeto actúa involuntariamente- *strict liability-*; BASSIOUNI, M. CHERIF, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd rev. ed., International and Comparative Criminal Law Series, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013. Pág.304, manifiesta que el elemento mental o subjetivo se requiere en los delitos mayores y en algunos menores en casi todos los sistemas legales del mundo. Se considera la base esencial para la determinación de la responsabilidad o culpabilidad penal, dependiendo de si los ordenamientos jurídicos nacionales consideran el elemento

Tampoco debe entenderse, en ese esfuerzo de unificación de conceptos en el derecho penal internacional, que debe adoptarse la Parte General del DCE sin más. Ya lo dijo Ambos[136], refiriéndose a la posibilidad de crear un derecho penal sustantivo común en el derecho europeo[137]: se debe producir una dogmática sencilla, sin complicaciones, con las reglas generalmente aceptadas.

El principio de culpabilidad es un derecho humano y proviene de otros derechos humanos más generales y dadas sus características de interdependencia, se interconecta con un sistema amplio de derechos.

Si nos preguntamos por qué el principio de culpabilidad es un derecho humano o cuál es su justificación si ya otros derechos humanos protegen el mismo objeto, las respuestas son evidentes. Hasta ahora es el único fundamento jurídico universal de primer rango, que asegura de mejor manera tratar al ser humano con dignidad en los contenidos de las leyes penales que lo gobiernan y en la aplicación de la misma. La dignidad y la libertad son derechos demasiado amplios que se convierten en abstractos frente al *Ius Puniendi*, mientras el principio de culpabilidad es un derecho más concreto que dados sus contenidos, obliga al poder público a comprobar la responsabilidad personal, a tipificar y sancionar conductas voluntarias que se manifiesten en reconocidas formas de responsabilidad subjetiva, comprobar la capacidad de culpa de los sujetos, imponer penas proporcionales y excluir la responsabilidad objetiva. Las propuestas de eliminación de la culpabilidad o la reducción de sus contenidos no es nada nuevo, es volver al pasado, en sociedades en las que la ignorancia, la adivinación, la irracionalidad y la creencia en la infalibilidad del rey o juzgador, partían de la idea de que los astros o los dioses colocaban a los culpables en el lugar que merecían, de tal suerte que no tenía sentido distinguir entre actos fortuitos y voluntarios. El que se veía involucrado en un delito era por su destino y los jueces solo debían hacer cumplir la ley, si los dioses o el destino no lo impedían. El ser humano era objeto y no un sujeto con capacidad de dirigir sus actos.

---

mental como un elemento de responsabilidad o culpabilidad. Pero en todos los sistemas se basa en una serie de supuestos o presunciones legales, en particular la libertad de voluntad, la capacidad mental y el conocimiento de la ley.

[136] Citado por BERNAL DEL CASTILLO, J. Op. Cit. Pág.34.

[137] La referencia a Europa se hace en su contexto geográfico, pues hay países como Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte, Irlanda, etc., con un sistema de derecho distinto al europeo continental.

El problema de fondo que debe resolverse, es como atribuir al autor un delito y sus consecuencias como un hecho realizado bajo su responsabilidad, sancionable de modo racional y justo, de forma que el Estado no asuma un carácter arbitrario y opresor. La sanción no puede imponerse solo por motivos de interés social, desconociendo el valor del individuo. El Estado que tiene esencia democrática no debe emplear su poder por medio de sus representantes, para aplicar sanciones a un ser humano por estar involucrado causalmente con un hecho, se requiere conocer su voluntad directa (la intencional) o indirecta (oblicuidad, dolo eventual y culpa) hacia el resultado delictivo. Ante este desafío el principio de culpabilidad es, por hoy, la alternativa más viable.

Dentro de los principales derechos humanos que sustentan el principio, están los de libertad, dignidad y presunción de inocencia. El llamado *principle* of fault, precisamente, tiene dentro de sus funciones asegurar que los sujetos no sean arbitrariamente perseguidos o sancionados por el titular del *Ius Puniendi*. Esto supone la prevalencia del Estado de derecho –*Rule of Law*- en el que se respeten los principios de legalidad y seguridad jurídica, así como otros subprincipios derivados de aquellos: determinación o taxatividad, prohibición de retroactividad, etc.[138] Por supuesto, el Estado democrático exige el respeto pleno a los derechos humanos.

La libertad ha sido expresada en los Arts. 1 y 3 de la DUDH, 7 1., de la CADH, 1 y 9 1. PIDCP, 5 CEDH, 6 CDFUE, 1 PIDESC, I y XXV DADH y 6 CADHP.
La dignidad ha sido recogida en el Art. 1 de la DUDH, 5 CADHP, Preámbulo y Art. 1 CDFUE, en el Preámbulo de la DADH, Preámbulo y Art. 10.1 PIDCP, 5 2., 6.2 y 11 1. CADH.

La presunción de inocencia se cita en los Artículos 11 1. DUDH, 14.2 PIDCP, 6.2 CEDH, 48 CDFUE, XXVI DADH, 8.2 CADH y 7.1.b) CADHP.

[138] CHAN, WINNIE- SIMESTER, A.P., «Four Functions Of Mens Rea», *Cambridge Law Journal*, 70(2), July 2011, Págs. 381–396 https://www.cambridge.org/core/journals/cambridge-law-journal/article/abs/four-functions-of-mens-rea/659D256E2DC5419A4567D98770F941E2; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 7ª. Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004. Págs.66 y sigs.; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Págs.69, 99-108; HIRSH, HANS JOACHIM, *Derecho Penal. Obras Completas*, Tomo I, Rubinzal- Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999. Págs. 149 y sigs.: JESCHECK, HANS HENRICH, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª edición, Traducción de Manzanares Samaniego, José Luis, Editorial Comares, Granada, 1993. Págs.19-20.

El principio de legalidad ha sido expresado en los artículos 11 2. DUDH, 15 PIDCP, 7 CEDH, 49 CDFUE, 9 CADH y 7.2 CADHP.

La seguridad jurídica está estrechamente vinculada a la legalidad, pues fundamentalmente de ella procede la certidumbre, pero se proyecta a diferentes expectativas del ser humano. A ella se opone la arbitrariedad y el abuso. Por lo tanto, la seguridad jurídica está recogida en las normas que establecen la protección del Estado y la disposición de recursos efectivos para quien haya sido privado arbitrariamente de sus derechos: Art. 2 ,7 y 8 DUDH, Art. 2 PIDCP, Art. 1,13 y 14 CEDH y Arts. 1, 2, 24 y 25 CADH.

Particularmente en el artículo 49.3 CDFUE, se menciona el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de personalidad de las penas en el Art. 5.3 CADH así como en el Art. 7.2 CADHP.

Atribuyéndole o no el carácter de derecho humano, se ha sostenido que el principio de culpabilidad es una protección de los ciudadanos frente a la intervención estatal. Una forma de contribución es a través de lo que los académicos a menudo llaman el principio de "advertencia justa" y tanto este principio como el de legalidad involucran valores de estado de derecho. [139]

La libertad en sentido jurídico ha sido concebida por algunos como “derecho de hacer cuanto las leyes permiten y todo lo que no prohíben”[140]. Para otros, presenta dos dimensiones: carencia de impedimentos personales para la actuación y deseo del individuo de ser su propio dueño; es libertad de actuación sin la interferencia de otras personas.[141]En sentido amplio es la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar”[142]; en virtud de lo cual el sujeto realiza un proceso interno o mental para valorar sus decisiones, abstenciones y actos, no bastando la

[139] CHAN, W.- SIMESTER, A.P. Op. Cit. Págs.381-396.

[140] CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, *Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Heliasta, Buenos Aires, 2006.Pág.111.

[141] GIL IBAÑEZ, JOSÉ LUIS, *Temas de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional*, Colex, Madrid, 2007. Pág. 269.

[142] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, 2021. https://dle.rae.es/libertad?m=form (Último acceso a las 05:41 del 02.06.2022)

conducta exterior para definir su responsabilidad. Esto es, que solo los actos realizados por el sujeto dentro de su libre voluntad, son los que deben generar consecuencias jurídicas.

La voluntad de un sujeto, como base de la responsabilidad penal, no puede tener una consideración de menor o eventual importancia, pues se trata de un elemento cardinal dentro de los principios reconocidos en el derecho penal y derivado de normativas internacionales y nacionales de los derechos humanos. Esa voluntad no se reduce a la intención, sino que se trata de un concepto más amplio, para el caso la libertad de decisión del ser humano[143], que abarcaría conductas dolosas o imprudentes.

El ser humano no puede ser concebido como un ser autómata, un objeto, que solo es parte de las interacciones de la realidad y donde su voluntad no influye en las consecuencias. Aplicar sanciones a un sujeto por estar involucrado en la causación material de los hechos delictivos, sin valorar su voluntad, es una manifestación de desprecio a su dignidad humana.

La dignidad personal como fundamento del principio de culpabilidad, se comprende como aquel derecho que atiende la dimensión finalista del ser humano, rechazando su cosificación y consideración utilitaria o instrumental.[144]

[143] JESCHECK, H,H. Op. Cit. Pág.562.

[144] En palabras de Kant: "…el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas". Ver: KANT, INMANUEL, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2008. Pág.335. Ver también: AMEZCUA, LUIS, «Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en la *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 8. Editorial Porrúa, México, D.F., 2007. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r24334.pdf (Último acceso a las 7:15 del 21.06.2022).

Un Estado de derecho no puede admitir vulneraciones a la dignidad humana de forma arbitraria, aunque se trate de personas con un bajo grado moral. "Está vedado al Estado distinguir entre los individuos en función de su presunto valor moral".[145]

Se ha entendido por algunos autores que la dignidad conlleva la protección de la autodeterminación de cada persona y que la "dignidad desde el punto de vista jurídico demanda necesariamente el principio de autonomía o autodeterminación de las personas, siempre y cuando la persona esté en posibilidades de decidir sus actos (libertad de voluntad)". [146] De ahí que si la dignidad fuese el único derecho humano que sustenta la responsabilidad de un sujeto, tendríamos que examinar la libertad de decidir y de obrar de este, que se traduce en examinar el libre albedrío.

Dado que el principio de culpabilidad se ha fundamentado tradicionalmente en el libre albedrío o indeterminismo, existen opiniones contradictorias sobre las bases de su existencia. Se han pronunciado sobre este punto, expertos de todo el mundo en el campo de la psicología, que han afirmado que el libre albedrío no existe, que es una ilusión del cerebro. Muchas de estas afirmaciones se basan en los resultados de los experimentos realizados por el Centro Bernstein de Neurociencia Computacional de Berlín, expuestos por John-Dylan Haynes en la revista Nature Neuroscience de mayo de 2008 y otros anteriores como el de Libet en 1983. [147]

El neurólogo Benjamin Libet, en la Universidad de California, observó que los actos voluntarios venían precedidos por una carga eléctrica específica en el cerebro, llamada potencial de disposición o preparación *–readiness potencial-*, que empezaba cientos de milisegundos antes de que el voluntario examinado mostrara consciencia de la decisión que iba a tomar. El experimento consistía en que los voluntarios señalaban con un dedo

[145] BENDA, ERNESTO, «Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad», en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Págs.124-125.

[146] PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *Culpabilidad e Imputación Penal*, Tirant lo Blanch, 2019. Pág.38 https://tirantonline.uca.elogim.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413135

[147] RUBIA, FRANCISCO J., El *Fantasma de la Libertad: Datos de la Revolución Neurocientífica*, Editorial Crítica, Barcelona, 2009, interpreta los experimentos sosteniendo que la sociedad deberá siempre apartar a los que no cumplan con las reglas, pero debe cambiar la imagen que tenemos de los que las transgreden, ya que no han de ser vistos como culpables. El libre albedrío es sólo una construcción del cerebro y el hombre no es dueño de la voluntad.

cualquier punto de una esfera que iba girando. Al mismo tiempo el investigador medía con un electrograma, la actividad bioeléctrica del cerebro y en el momento exacto en que los nervios transmitían la orden motora al aparato muscular. Posteriormente los voluntarios debían anotar en qué posición se hallaban las agujas de un cronómetro, cuando tomaban la decisión de mover un dedo. [148]

En los ensayos de Haynes se utilizaron técnicas modernas de imagen cerebral para demostrar que el inicio de la actividad y la conciencia de la misma pueden llegar a tener un desfase todavía mayor de los encontrados por Libet. Haynes observó en el escáner de resonancia magnética la actividad cerebral de una persona, pudiendo predecir en un 60% cuál sería su próximo movimiento antes de que dicha persona lo decidiera conscientemente -entre 350 milisegundos y 10 segundos antes-.[149]

Las conclusiones que se pueden extraer de estos experimentos no parecen muy seguras, a juzgar por las múltiples críticas que se han formulado al respecto, pues los resultados pueden variar según se interpreten.

En el experimento de Libet, el sujeto ha sido advertido que debe tomar una decisión, por tal motivo antes de decidir y presionar un botón hay una reflexión anticipada. Como consecuencia de ello, si un aparato capta actividad cerebral antes de que exprese su decisión y presione el botón, existe una captación previa o anticipada de la ejecución, que muestra la actividad bioeléctrica de la reflexión milisegundos antes de la decisión y ejecución.

Los experimentos no descartan la existencia del libre albedrío, simplemente presentan nueva información de cómo puede operar el cerebro para actuar. En todo caso los experimentos solo predijeron movimientos, no una elección más compleja como cometer

---

[148] ROMERO SÁNCHEZ, VÍCTOR MANUEL, «Do Libet's experiments deny the existence of free will?» En *Signos Filosóficos*, vol. XVIII, no. 36, July-December, 2016, 88-117 http://www.scielo.org.mx/pdf/signosf/v18n36/1665-1324-signosf-18-36-00088.pdf

(Último acceso a las 03:47 del 29.06.2022)

[149] SOLER GIL, FRANCISCO JOSÉ, «Relevancia de los Experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el Debate en Torno a la Libertad Humana en los Procesos de Decisión», en *Thémata. Revista de Filosofía*, número 41, 2009. Pág. 543.

un delito. Se parte no de los resultados de la experimentación, sino de una interpretación de los experimentos que no es segura.

Precisamente el filósofo Alexander Batthyany, critica las conclusiones sobre el experimento de Libet, pues se les dijo a los sujetos que esperaran pasivamente el deseo de presionar el botón, en esta espera, un impulso subconsciente podría manifestarse primero como actividad eléctrica cerebral antes de alcanzar el nivel de la consciencia. Por su parte Daniel Dennett, sostiene que hay un cambio en la atención de un estado interno a uno externo, cuando se pasa de sentir las ganas de presionar el botón a anotar la hora mostrada en el reloj. Debido a que lleva tiempo reasignar los recursos neuronales para este cambio de atención, la brecha de 350 milisegundos se puede explicar así.[150]

También se han formulado señalamientos a los experimentos sobre tres puntos: El porcentaje de aciertos en el experimento de Haynes, por ser muy bajo, la libertad de decisión no está reñida con el hecho de que la mayoría de las acciones sean dirigidas inconscientemente y los experimentos descartan la deliberación, por esa razón no estudian acciones potencialmente libres.[151]

Michael Gazannniga, director del Centro SAGE para el Estudio de la Mente de la Universidad de California en Santa Bárbara, sostiene que el desfase está causado por las diferencias de velocidad de reacción de cada capa del cerebro. Así aparecen los instintos y las emociones con anticipación a la reflexión racional, pero esto no impide la actuación racional en muchas ocasiones. Precisamente en la decisión de estimular o frenar los instintos, emociones o impulsos radica nuestro verdadero albedrío."[152]

Otros autores sostienen que "la cuestión no es tanto si un experimento concreto refuta la idea de libre albedrío, sino que los conocimientos científicos convierten en inverosímil una voluntad libre e indeterminada como origen de todos nuestros comportamientos y,

[150]FROHLICH, JOEL. «¿Existe el libre albedrío?», en *Knowing Neurons*. https://knowingneurons.com/es/existe-el-libre-albedrio/ (Consultado a las 5:03 del 01.07.2022)

[151] SOLER GIL, FRANCISCO JOSÉ. Op. Cit. Págs.543-545.

[152] GAZZANIGA, MICHAEL, *¿Quién manda aquí? El libre albedrío y la ciencia del cerebro*, Paidós Ibérica, Madrid, 2012.

por consiguiente, como objeto o fundamento de censura, reproche, reprobación o castigo". [153]

Al negar los procesos conscientes, entienden que las "decisiones vienen motivadas en gran medida por procesos inconscientes que racionalizamos a posteriori y esos procesos, que están determinados en gran medida por nuestro sistema límbico (ganglios basales, amígdala, etc.), están conducidos por nuestras emociones o nuestra memoria emocional. Cognición y afectividad son procesos interactivos e integrados. Como afirma el científico Eric Kandel (2018, pág. 231), «la percepción consciente depende en su totalidad de procesos inconscientes»" [154]

Con las afirmaciones anteriores no se podría fundamentar una verdad científica, como la que se pretende, sino una opinión o especulación; pues al rechazar la experimentación se niega la ciencia. No obstante que se citen "conocimientos científicos", eso no ocurre, pues la verdadera ciencia los concretaría después de haber obtenido dichos conocimientos por la aplicación del método de la ciencia. Lo inverosímil es entonces una actitud subjetiva que toman dichos autores para no creer en la voluntad libre. Consecuentemente, las ideas sobre la falta de libertad sobre comportamientos humanos, podrían ser hipótesis a comprobar. Como hipótesis se podría plantear, por el contrario, que las decisiones tienen manifestaciones físicas previas anteriores a la plena actividad bioeléctrica cerebral y que por ello no aparecen registros en las imágenes de resonancia magnética en el tiempo real.

También algunos especialistas en neuroética sostienen que la conducta humana está determinada biofísicamente por el cerebro y no por la mente. Niegan el libre albedrío, pues hasta ahora no se puede sortear el problema de como una entidad no física (el libre albedrío) interactúa con una entidad física (el material del cerebro) Atribuyen a factores neurobiológicos, genéticos, experiencias psicológicas y sociales del entorno, los procesos

[153]FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO J. «Neurociencias y Derecho Penal de un sistema de libertades Derecho Penal y Comportamiento Humano», en *Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, (director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Pág. 129, citando a Cortina, Damasio; Fuster; Haidt y Mora Teruel. Agrega que las neurociencias han ido demostrando como es difícil asumir una escisión entre cerebro y mente o conciencia ya que la mente es el conjunto de operaciones que realiza el cerebro.

[154] FEIJOO SÀNCHEZ, B. J. Op. Cit. Págs. 129 y 130.

inconscientes y conscientes de lo que se ha llamado voluntad humana; por consiguiente, si la consciencia es producto de la actividad cerebral las acciones no tienen origen en la conciencia libre. [155]

Con tales posturas los autores pretenden descartar todo aquello que no pueda ser aprehendido por los sentidos; sin embargo, existen productos no físicos como los pensamientos y los sueños que se manifiestan diariamente en nuestra vida, interrelacionándose con nuestro cerebro y nuestro cuerpo, por lo tanto, no podemos negar su existencia en la consciencia o la inconsciencia, aunque no existan en el mundo exterior, a menos que la ciencia demostrara que son distintos a nuestras experiencias internas. Lo que de todas maneras no impide probar vía indiciara, según nuestros actos, cuales fueron esos pensamientos internos.

Llorenç Aguilera acepta las interpretaciones que ha hecho la neurociencia a partir de los experimentos de Libet y Haynes, pero llega a conclusiones diferentes. Afirma que la conciencia llega cuando ya hemos tomado la decisión. Las decisiones se producen inconscientemente antes de que nuestra conciencia las perciba. Sostiene que no ha habido "premeditación" consciente. La respuesta biológica ha sido automática y anterior a la toma de conciencia "meditada" de que estamos conformes con la acción ya ejecutada. Pero la "premeditación" puede haber sido de días o años antes, pues nuestras conductas obedecen en buena medida a los hábitos y costumbres adquiridos. Y aquí interviene el libre albedrío.[156]

Hay que aceptar que los avances de la neurociencia son importantes y transcendentales para el derecho penal del futuro, pero por ahora hace falta mucho camino por recorrer y es probable que en el corto plazo vayamos advirtiendo avances en la precisión de los diagnósticos, para establecer quienes han actuado con inimputabilidad[157]. Sin embargo,

[155] EAGLEMAN citado por FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO J. Op. Cit. Págs. 130,131 y 132.

[156] LLORENÇ, AGUILERA AGÜERA, «El libre albedrío, ¿una ilusión del cerebro?», en *Revista Cuerpo Mente*. https://www.cuerpomente.com/psicologia/cerebro/libre-albedrio-ilusion-cerebro_1690 (Último acceso a las 12:32 del 20.06.2022)

[157] SÁNCHEZ VILANOVA, MARÍA, «Primeros pasos de la neuroimagen en el proceso penal estadounidense», en *Política Criminal* Vol.15, no.29, Santiago, 2020.

pasar a cambios radicales en el derecho de culpabilidad, con el nivel de avance de la ciencia actual, es muy prematuro.

Resulta llamativo como las interpretaciones de los análisis y experimentos de la neurociencia no son unánimes, muchas veces por la existencia de apreciaciones erróneas sobre el significado de los ensayos científicos. Bajo la idea de que las tesis de la Neurociencia han probado la capacidad de tomar decisiones, particularmente con respecto al experimento de Libet, Ferrerira Dias, sostiene la culpabilidad como elemento del delito, partiendo de la teoría de Welzel, sobre el análisis jurídico filosófico de la acción finalista o acción dirigida hacia un propósito, que advierte que los impulsos del ser humano emergen de los estímulos internos, controlados por la propia voluntad del agente y de los estímulos externos, que deben ser modulados en la forma por las propias aspiraciones del sujeto y luego tomando en cuenta las experiencias de la Neurociencia, afirma que existe la libertad necesaria y suficiente de los seres humanos para la toma de decisiones sobre actuar o no actuar, de tal suerte que se justifica la teoría finalista para comportarse de otro modo y se configura así el fundamento material de la culpabilidad. Al existir un concepto de libertad que sustenta y justifica el juicio de censura penal-legal como fundamento de una pura teoría normativa del derecho penal, es posible sustentar la Teoría Neofinalista o Teoría de la Culpabilidad Jurídico-Penal basada en las Neurociencias.[158]

Recientemente, partiendo de la tesis de que existen cuatro estados mentales en el CPM que se castigan de forma diferente, se afirma que deben corresponder a diferentes estados cerebrales. Para comprobar empíricamente si las actividades cerebrales durante los estados mentales de conocimiento y *reckless* pueden ser distinguidos confiablemente se realizó un experimento con imágenes cerebrales y aplicando un algoritmo de aprendizaje automático. El experimento demostró según los autores, que es posible predecir con gran precisión, en qué estado se encuentra un sujeto utilizando solo datos de imágenes

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992020000100230 (Último acceso a las 16:00 del 20.06.2022)

[158] FERREIRA DIAS, DAISON NELSON, *Culpabilidade Normativa e Neurociências*, Tirant Lo Blanch Brasil, 2023. Págs. 27, 28, 60, 176 y sigs. Disponible en: https://tirantonline.uca.elogim.com/cloudLibrary/ebook/info/9786559085200

cerebrales, lo que podría suponer el primer paso para reflejar estados mentales reales y detectables basados en la actividad neuronal dentro del cerebro.[159]

Algunos autores, convencidos de que los científicos han probado que no existe una voluntad libre e indeterminada como origen de los comportamientos, pasan a negar el libre albedrío y consideran necesario cambiar los contenidos de la culpabilidad. Para el caso sostiene Feijoo que la culpabilidad tiene que ver con "la libertad como institución social, no como hecho bruto o neurobiológico. Un Derecho Penal de la libertad no puede renunciar como principio a la culpabilidad por el hecho. Pero debe quedar claro que se trata de la libertad como ciudadano o persona en el Derecho, no de una libertad natural ajena a determinación. Por esta razón los aspectos más positivos de un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho, ya no pasan por la defensa de un libre albedrío ajeno a determinación, sino de un Derecho Penal de la libertad entendida como institución social."[160] Tal postura convertiría a la culpabilidad en un concepto formal, atribuido ampliamente al Estado, para que llene sus contenidos bajo criterios sociales, no como un límite individual ante el *Ius Puniendi*.

Se cita también en la concepción de culpabilidad la postura denominada Coculpabilidad, que con fundamento en la Criminología Crítica propone incorporar a la sociedad dentro del análisis, haciendo responsable no solo al individuo sino también al Estado, por ello el reproche se puede dirigir a este cuando no ha cumplido sus obligaciones, entre ellas, el asegurar a los grupos vulnerables las condiciones que debía brindar. Así en cada caso particular se debe analizar si debe reprochársele el hecho al individuo o al Estado. Si éste ha incumplido sus deberes, no podrá considerarse culpable al individuo.[161] Una visión como esta termina por banalizar los contenidos de la culpabilidad como concepto límite al *Ius Puniendi*, pues estos dejan de ser útiles para reprochar la conducta de los sujetos.

---

[159] JONES, OWEN D., MONTAGUE, READ and YAFFE, GIDEON *†, «*Detecting Mens Rea in the Brain», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 169, No.1, 2020.

[160] FEIJOO SANCHEZ, B. J. Op. Cit. Pág.141.

[161]CÁRDENAS ARAVENA, CLAUDIA MARCELA, «El Principio de Culpabilidad: Estado de la Cuestión», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 15- N° 2, 2008. Págs. 67-86; CUNEO NASH, SILVIO, «El Neorrealismo Italiano y la Co-Culpabilidad», en PERIN, ANDREA (Edit.), *Imputación penal y culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Pág.301. https://tirantonline.uca.elogim.com/cloudLibrary/ebook/info/9788413551623.

Jakobs, por su parte, afirma que la culpabilidad deriva de un ámbito de autodeterminación, no de libre albedrío. Esto es, de la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para cumplir el sujeto sus actos de organización o el rol que le ha asignado la ley. [162]

Con ello tampoco logra evadir la discusión sobre libre albedrío y su enfrentamiento con el determinismo, pues tanto para una autodeterminación fijada por el legislador por las necesidades generales de la sociedad o por sus propias metas personales, sería siempre discutible si sus decisiones fueron causadas por su libre voluntad o por factores hereditarios, de la naturaleza, pertenecientes a la voluntad de otros o por el azar.

La reformulación de la culpabilidad para dotarla de contenidos sociales, es a final de cuentas un vaciamiento del concepto, para utilizar argumentos en los que la libertad dependería de las necesidades sociales o necesidades del Estado. En realidad, tanto la libertad individual como la libertad de la vida en sociedad se encuentran inseparablemente relacionadas, al eliminar una de ellas se pone en cuestión el fundamento de los derechos humanos y del Estado mismo. "La libertad del individuo solo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esa libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la de la sociedad públicamente constituida como comunidad".[163]

Es oportuno citar aquí la tesis de Claus Roxin [164], que sin negar la culpabilidad como concepto límite, entiende que para que un sujeto sea culpable debe comprender o ser influenciado por la norma prohibitiva, es decir, que sea motivable por la norma. No será motivable quien padezca de una enfermedad mental o se encuentre en un estado de ebriedad en condiciones que le impidan actuar normalmente. Para determinar si efectivamente se trata de estos casos debe realizarse una investigación con la ayuda de un

[162] JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal Parte General*, 2ª. Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997. Pág.585.

[163] HESSE, CONRADO. Op. Cit. Págs.89-90.

[164] ROXIN, CLAUS, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, traductor Miguel Ontiveros Alonso, Editorial Ubijus, México, D.F., 2009. Pág. 31; ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traductor Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, Madrid, 1997. Pág.204.

psiquiatra. Con ello el autor sostiene que su concepto de culpabilidad "no depende de la eterna disputa del libre albedrío del ser humano." Teniendo en cuenta que el libre albedrío se puede definir sencillamente para los efectos jurídicos, como libertad de elección (sin que tengamos que hacer referencia al control del destino personal), lo que fundamenta la capacidad de actuar o no actuar, en el concepto de culpabilidad para el finalismo; Roxin propone solo preocuparnos por la capacidad del sujeto, para saber si es o no motivable por la norma. Sin embargo, parte de la premisa de que el sujeto es libre[165], con lo cual no abandona el libre albedrío. Adicionalmente, en la categoría de responsabilidad agrega el autor una condición para imponer la pena: que la misma sea necesaria para los fines de prevención.[166]

Asimismo, aunque se examine al sujeto por un psiquiatra para determinar su capacidad de culpabilidad, no significa que se pueda prescindir del enfrentamiento libre albedrío versus determinismo. Tanto para quienes siguen una u otra doctrina filosófica, el examen psiquiátrico no despeja el panorama. Si se sostiene que los seres humanos están regidos por el determinismo, aunque se demostrara que la persona era motivable por la norma desde el punto de vista médico, entenderíamos que una razón muy poderosa distinta a la libertad del sujeto le impuso esa motivación. El libre albedrío también podría invocarse aunque intervenga un profesional psiquiátrico.

Como se había apuntado antes, el tradicional soporte del principio de culpabilidad ha sido el libre albedrío, en consecuencia, la mayor parte de las críticas se han enfilado en negarlo; sin embargo, no se ha comprobado que las acciones están principalmente determinadas por otras causas que no sean nuestras decisiones.

No parece ser la vía indicada para encontrar el fundamento de la culpabilidad, evadir el histórico enfrentamiento de las doctrinas filosóficas del determinismo y libre albedrío, más bien, se requiere optar por aquella que tenga un sentido más consecuente con la realidad. La discusión de los autores parte de un argumento común de falta de demostrabilidad, el cual es falso ya que nuestra conciencia o nuestra presunta conciencia, nos permite reconocer en qué casos tomamos decisiones libres. Así lo creemos los seres

[165] CÁRDENAS ARAVENA, C. M. Op. Cit.

[166] Idem.

humanos. Si esto no es cierto, es decir, lo que suponemos nuestra libertad para decidir, entonces todo en la vida humana sería falso. El tratarse de una experiencia personal o fenomenológica no le quita realidad a lo que se piensa y decide, porque en el mundo exterior también todo lo que se evalúa por el ser humano se basa en experiencias personales. El juez que practica una inspección lo hace evaluando los datos obtenidos con sus sentidos y reflexionando y tomando decisiones.

El hecho de que un tercero no pueda constatar directamente la capacidad de un individuo para actuar o no actuar, no le quita su realidad. En todo caso la prueba de estos hechos es un asunto procesal, que podrá resolverse con diferentes medios probatorios como la prueba indiciaria e incluso, dado que para algunos la Neurociencia ya demostró que el ser humano tiene capacidad de actuar o no actuar, mediante prueba pericial científica.

El principio de legalidad, que como veremos tiene en el derecho internacional penal una configuración especial en el que la costumbre internacional y los principios generales universalmente aceptados son fuente del crimen internacional, está relacionado también con el principio de culpabilidad, pues se exige una legalidad en sentido no solo formal sino también material, en el que la ley u otra fuente del derecho penal internacional en la configuración de los tipos penales, atribuya a los sujetos activos responsabilidad personal, impute responsabilidades subjetivas, reproche a personas capaces y distinga entre diferentes grados de culpabilidad para designar la pena.

Otro derecho humano interconectado al principio de culpabilidad es el derecho a la seguridad jurídica, que requiere que las disposiciones penales o procesales ya sean nacionales o internacionales, se entiendan correctamente y todo el orden jurídico, produzcan confianza de que serán aplicadas en la forma prevista. La certidumbre o certeza de que el derecho se cumplirá conforme lo advertido. Esto incluye que las normas que regulan la *mens rea* produzcan confianza de que serán aplicadas en la forma prevista.

El principio de culpabilidad integrado en los derechos humanos, implica que este derecho es uno más perteneciente al sistema de derechos humanos, que aseguran el respeto a su condición, desarrollo y una vida plena bajo condiciones justas y armoniosas en las relaciones con los demás individuos y el Estado.

La jurisprudencia de algunos tribunales, incluso de derechos humanos, como el del TEDH, ha sido clara y categórica en reconocer el principio de culpabilidad[167]; no obstante que al mismo tiempo admite la responsabilidad objetiva –*strict liability*-[168], aunque reconduciéndola a un asunto procesal relativo a la inversión de la carga de la prueba. Esto último considerando que ciertos casos, por el interés público que subyace en ellos, podrían tener una presunción de responsabilidad que requiere que el acusado demuestre su inocencia. Una elaboración argumental que parece trastocar los cimientos del principio de inocencia, por lo cual estas resoluciones pretenden no entrar en plena contradicción frente a la abundante y tradicional legislación construida por muchos países, cuya eliminación fulminante podría tener enormes costos económicos, administrativos y políticos.

Reconducir los casos de responsabilidad objetiva, a un asunto de prueba en que la carga probatoria se traslada al imputado, parece ser que solo se trata de cambiar el derecho objeto de la violación; pues debemos recordar que dentro de los derechos humanos interconectados al principio de culpabilidad, está la presunción de inocencia, el cual también aparece como derecho fundamental recogido en diferentes constituciones del mundo y se proyecta tanto en el proceso penal como indirectamente en el derecho

[167] El Tribunal Constitucional Federal alemán, elevó a rango constitucional el principio de culpabilidad, basándose en el Estado de derecho, en el cual se encuentran la seguridad jurídica y la justicia material. Ha sostenido que el principio de culpabilidad individual es parte de la identidad constitucional. Ver sentencias: 25 de octubre de 1966 - 2 BvR 506/63 - y 15 de diciembre de 2015 - 2 BvR 2735/14 - . El Tribunal Constitucional español, ha calificado de correcto el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988 -EDJ 1988/535-) y ha expresado que la Constitución española consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991 -EDJ 1991/7287-). Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Sud Fondi SRL y otros V. Italia, sostuvo que el artículo 7 de la Convención no menciona expresamente el vínculo moral entre el elemento material del delito y la persona a la que se considera autor. Sin embargo, la lógica de la pena y del castigo, así como la noción de culpable -*guilty*- en la versión inglesa- y la noción correspondiente de persona culpable - *personne coupable*- en la versión francesa, van en la dirección de una interpretación del artículo 7 que exige, para sancionar, un vínculo de carácter intelectual (conciencia y voluntad) que permita detectar un elemento de responsabilidad en la conducta del autor material del delito. De lo contrario, la sanción no estaría justificada.

[168] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de G.I.E.M. S.R.L., and Others V. Italy aseguró que los requisitos del Art.7 de la Convención no descartan la existencia de ciertas formas de responsabilidad objetiva derivadas de las presunciones de responsabilidad, siempre que se ajusten al Convenio. Es también relevante la sentencia del caso Varvara v. Italy - 17475/09, del 29 de octubre de 2013.

material, de tal manera que se exige una actividad probatoria mínima, como garantía de un proceso configurado constitucionalmente y conforme la normativa de derechos humanos.

La culpabilidad de un sujeto se debe probar tanto para establecer que la conducta material se produjo y que internamente el sujeto tomó decisiones que permiten atribuirle tales hechos como autor o partícipe.

La falta de actividad probatoria del *mens rea*, implicaría tratar como culpable a una persona, sin la debida actividad del Estado que asegure un trato digno como ser humano.

En esa actividad probatoria, es necesario que la responsabilidad subjetiva sea un presupuesto del delito que hay que establecer. Es decir, se convierte en un *thema probandum*. En estos casos la violación de la presunción de inocencia puede dar lugar a que se ignore la dirección de la voluntad del sujeto y también dejar de cumplir un deber necesario para establecer la participación de un sujeto en un delito. También podría ocurrir que en otros casos se tome en cuenta la dirección de voluntad del sujeto, pero la actividad probatoria sea insuficiente o dicha actividad sea impertinente, como cuando para probar la intención de una persona se recurre a establecer antecedentes penales del sujeto o el número de casos abiertos previamente contra él. A final de cuentas esto conduciría a tratar como cosa a los hombres y mujeres sometidos a proceso, como meros eventos del azar y piezas disponibles.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido categórica en sus pronunciamientos sobre el principio de culpabilidad como derecho humano, pero ha ofrecido suficientes argumentos para que se reconozca su procedencia.[169] En el caso Hilaire, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago, del 21 de

[169] Existen resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la del caso Boyce y otros v. Barbados, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Párr. 57, en la que se sostuvo que no es suficiente que el principio de legalidad en sentido formal sea respetado, sino que además la ley tiene que distinguir sustancialmente entre diferentes grados de culpabilidad del acusado para que una ejecución no sea considerada arbitraria. Igualmente, en el caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia, la Corte afirmó que todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la Convención. Asimismo, cita el principio de proporcionalidad de la pena, de tal forma que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión

junio de 2002, la CIADH ha afirmado que no cumplen con las exigencias impuestas por la Convención Interamericana las normas penales que impiden al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de pena.[170] La CIADH en el caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México, sostuvo en la sentencia del 28 de noviembre de 2018, párrafo 298, que la Corte no propugna ninguna forma de responsabilidad penal objetiva contraria a los principios generales de responsabilidad penal contemporáneos y, por ende, en consonancia con esos principios universalmente reconocidos, reafirma que sólo incurre en delito quien opera con dolo o con imprudencia o negligencia.[171]

En una sentencia del 23 de mayo de 2022, del caso Moya Chacón y Otro Vs. Costa Rica, la CIADH en el párrafo 83, considera que el establecimiento de una responsabilidad penal objetiva vulnera el principio de la culpabilidad en materia penal. En la misma decisión el Juez Rodrigo Mudrovitsch, en su voto concurrente haciendo referencia al principio penal *nullum crimen sine culpa*, afirma que la responsabilidad objetiva está desligada del principio de culpabilidad: "No cabe la presunción de dolo por ficción legal ni la responsabilidad penal meramente objetiva en el Sistema Interamericano".[172]

El principio de culpabilidad ha sido tratado en diferentes sentencias de los tribunales penales internacionales, aunque en forma parcial como principio de responsabilidad individual. El primero de ellos fue el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, que expresó que uno de los más importantes principios es que la culpabilidad penal ha de ser personal y que el castigo masivo debe ser evitado.[173]

---

sea proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos.

[170] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf (Último acceso a las 20:00 del 16.05.2022)

[171] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf (Último acceso a las 9:00 del 07.09.2022)

[172] https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf (Último acceso a las 09:13 del 07.09.2022)

[173] Sentencia del 01 de octubre de 1946. The Trial of German Major War Criminals, Proceedings of The International Military Tribunal Sitting at Nüremberg, Part. I, 1947. Págs. 189 y 287.

En la sentencia del caso del ICTY Prosecutor v. Tadić, del 15 de julio de 1999, la Sala de Apelaciones reconoció el principio de culpabilidad afirmando en el párrafo 186, que nadie podía ser responsabilizado criminalmente por actos en los cuales no estaba involucrado personalmente o que de algún otro modo hubiere participado. Son también relevantes sobre este punto, las sentencias del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, caso Kordiç y Čerkez, TC, párrafo 364, del 26 de febrero de 2001 y las del Tribunal Especial para Sierra Leona, caso Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párrafo 387.

La idea de requerir al lado de la parte material del delito, el elemento mental para responsabilizar penalmente a un sujeto, ha sido asumida por la jurisprudencia internacional penal. Podemos recordar afirmaciones al respecto, del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, [174]

Sin embargo, la legislación y jurisprudencia del DPI, todavía no reconoce expresamente la vinculación de la responsabilidad subjetiva a un principio o derecho humano. Al igual que sucede en muchas legislaciones o jurisprudencias domésticas del CL, la responsabilidad subjetiva no tiene una vinculación expresa a derecho fundamental alguno en la Constitución y la jurisprudencia tampoco los ha derivado implícitamente de otros derechos.

En el ER no se hizo referencia al principio de culpabilidad como derecho humano, pero se reconocieron algunos de sus contenidos. Por ejemplo, en el numeral 2 del Art. 25 se expresó la necesidad de establecer la responsabilidad individual y en el Art. 30 se reconocieron como formas de actuación la intención y el conocimiento. Por una construcción jurisprudencial y de la doctrina de los autores del derecho penal internacional también se ha agregado la imprudencia.

[174] *"It is apparent that it is a general principle of law that the establishment of criminal culpability requires an analysis of two aspects. The first of these may be termed the actus reus – the physical act necessary for the offence… The second aspect of the analysis of any homicide offence relates to the necessary mental element, or mens rea"*. ICTY, Zejnil Delali, Zdravko Muci, Hazim Deli, Esad Landzo, TC, Sentencia No. IT-96-21-T, 16.11.1998. Párrs. 424 y 425.

En el DCE, aun cuando las constituciones más relevantes no citan expresamente, el principio de culpabilidad es reconocido en muchos países, el cual se deduce ya sea legislativamente, por jurisprudencia o por ambas vías.[175]

En la jurisprudencia constitucional de diferentes estados, sobre todo de los países hispanoamericanos, como veremos, existen muchas referencias al principio de culpabilidad como un derecho fundamental.[176]

Pero más allá de todos estos debates que pueden ayudar a la transformación de conceptos, la comunidad internacional debe seguir trabajando por medio de sus académicos, jueces e instituciones con base en criterios unificados. Por ello, una vez definido con detalle el contenido del principio de culpabilidad por los tribunales internacionales o por las normativas internacionales de los derechos humanos, debería asumirse una sola visión.

Dada esta trascendencia de la *mens rea*, el DPI no puede optar por ignorar su procedencia como un principio de la normativa de derechos humanos y conculcar el mismo por medio de sus decisiones judiciales o mediante creaciones normativas. Los creadores de la normativa internacional y sus jueces deben hacer valer ese rol protector de la dignidad humana, aunque ello implique una aparente aplicación del derecho penal europeo, desatendiendo concepciones tradicionales del derecho penal anglosajón. En realidad, dentro de los autores anglosajones hay quienes reconocen la *mens rea* - (en sentido

[175] El párrafo 1 del Artículo 27 de la Constitución italiana establece que la responsabilidad criminal es personal. También el Tribunal Constitucional sostiene que no puede aplicarse la responsabilidad objetiva en materia penal (*Constitutional Court judgment* no. 1 of 10 January 1997). El artículo 5 del Código Penal español expresa: No hay pena sin dolo o imprudencia, lo que hace referencia al principio de responsabilidad subjetiva. El Art. 46 del Código Penal alemán manifiesta que la culpabilidad del infractor provee la base sobre la cual la pena es fijada. Como veremos más adelante la jurisprudencia constitucional de España y Alemania se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre el principio.

[176] ARROYO ZAPATERO, LUIS, «Principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», *Rev. Penal. Ed. Praxis*, Barcelona, 1999; JESCHEK, HANS- HEINRICH. «Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (trad. Esquinas Valverde, Patricia), 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-01.pdf "A la culpabilidad como tal requisito se ha referido precisamente el Tribunal Constitucional Federal en su famosa cita: al principio de culpabilidad "le corresponde un rango constitucional. Su fundamento está en el mismo principio del Estado de derecho" (BVerfGE 20, 323, 331).

amplio) como principio - *principle of fault, culpability o blameworthiness*- y han tenido algunos avances en su conceptualización.[177]

Algunos autores anglosajones utilizan el principio de justicia y proporcionalidad para fundamentar algunos contenidos del principio de culpabilidad, al afirmar que bajo aquel principio en la interpretación del delito, se realzan los valores constitucionales de legalidad y estado de derecho, asegurando a los ciudadanos que solo podrán ser sancionados únicamente si intencionalmente, a sabiendas o por imprudencia, etc., causan o corren el riesgo de causar un daño prohibido.[178]

A pesar de la distinta evolución de los sistemas anglosajón y continental queda suficientemente claro que el principio de culpabilidad, con diferencias de contenido, es fundamento de la imputación de la responsabilidad penal personal en cualquier sistema de derecho penal europeo;[179] pero se advierte que en el ámbito internacional el principio de culpabilidad resulta más controvertido que el principio de legalidad, pues algunos

---

[177] JESCHECK, H. H. Op. Cit. Pág. 20, sostiene que fuera de Alemania se respeta el principio de culpabilidad y cita autores europeos, de Inglaterra y de Estados Unidos; THOMAS. MARK, *Criminal Law*, second edition, Hall & Stott, Saltford, 2020. Pág.6, autor inglés, (citando a Horder -Ashworth's Principles of Criminal Law, 9th edn., OUP, 2019) se refiere al principio de etiquetado justo-*fair labelling*- el cual consiste en velar porque la ley respete y señale las distinciones generalizadas entre tipos de delitos y grados de maldad y que los delitos se subdividan y etiqueten de manera que representen fielmente la naturaleza y la magnitud de la infracción de la ley. En otras palabras, el principio de etiquetado justo establece a grandes rasgos, que las distinciones entre delitos deben reflejar distinciones en la naturaleza y la gravedad de los delitos que tipifican y que el único fundamento plausible para el principio es el deber de asegurar que la culpa expresada a través de la condena penal se asigne de manera justa. Ver: CORNFORD, ANDREW, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 42, Issue 4, Winter 2022, Pages 985–1011, https://doi.org/10.1093/ojls/gqac007. KADISH, SANFORD H. and SCHULHOFER, STEPHEN J, *Criminal Law and its processes*, Fifth Edition, Little, Brown and Company, Boston, 1989, Pág.188, expresan que existen tres principios que funcionan para limitar la distribución del castigo: culpabilidad, proporcionalidad y legalidad, que corresponden a tres propósitos generales enunciados en el párrafo 1.02 del Código Penal Modelo de Estados Unidos.https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=2570192&lang=es&site=ehost-live

[178] HORDER, JEREMY, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford,2016. Pág.175.

[179] MARTÍNEZ, CUSTODIA JIMÉNEZ, «Derecho Penal Comparado. La Definición del Delito en los Sistemas Anglosajón y Continental», en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2012. Págs: 521-533.https://login.bucm.idm.oclc.org/login?url=https://www.proquest.com/scholarly-journals/derecho-penal-comparado-la-definición-del-delito/docview/1459143639/se-2?accountid=14514 (Último acceso a las 16:22 del 06.05.2022).

países no lo han asegurado dentro de los pronunciamientos de su jurisprudencia constitucional ni mucho menos la reconocen jurídicamente, como si sucede en algunos países del DCE. [180]

En el derecho penal anglosajón se advierte desde hace años una tendencia a construir reglas generales en las que se incluyen principios, uno de esos ejemplos paradigmáticos es el Código Penal Modelo de Estados Unidos, asumido por una gran cantidad de estados dentro de la Unión Americana, que ha servido para unificar doctrinas y contenidos de conceptos superando el casuismo.[181]

Teniendo en cuenta el concepto de derecho humano del principio de culpabilidad, es que deben coincidir las diferentes legislaciones y jurisprudencias nacionales para construir la estructura del delito y especialmente en el derecho penal internacional.

En concreto, el principio de culpabilidad como derecho humano, exige que solo se responsabilice a aquellos que han cometido una infracción en la medida de su responsabilidad con voluntad, discernimiento y libertad de decisión que debe darse por reconocida, pues el ser humano no es autómata y no debe ser tratado como cosa o cuerpo desprovisto de una mente que guía sus decisiones y actos. Ya la Neurociencia y otras disciplinas, a pesar de las contradicciones, ha aportado claridad para afirmar que el ser humano puede optar entre hacer o no hacer algo.

1.1 Contenido del principio de culpabilidad

Ahora debemos concretar la totalidad de contenidos del principio de culpabilidad. A este, también llamado principio de responsabilidad (*mens rea-in broad sense-*, *principle of blameworthiness, principle of culpability, principle of fault, principle of responsability*, *principle of guilty*, etc.), lo vamos a entender en sentido amplio, contentivo de los

[180] Idem.

[181] La misma autora, citando a Jesús Bernal del Castillo, sostiene que este, basándose en autores como Fletcher, Robinson, Husack, Halpin y Ashworth, expone la necesidad de superar el particularismo y el casuismo en la determinación y concreción de los requisitos del *actus reus* y de la *mens rea*: Idem.

siguientes elementos: a) responsabilidad subjetiva, b) responsabilidad personal o individual, c) capacidad de culpa o de responsabilidad y; d) proporcionalidad. No obstante que en el derecho anglosajón y en el derecho penal internacional su contenido no ha sido claramente definido.[182] Debe expresarse que en el CL y el DPI algunos contenidos del principio, como la responsabilidad personal y la proporcionalidad ya gozan de indiscutible reconocimiento.

Los elementos del principio de culpabilidad que hemos mencionado, tienen calidad de subprincipios con categoría de derechos humanos. Así por ejemplo, el de responsabilidad subjetiva impone el deber a los jueces de atribuir responsabilidad solo en los casos en que se haya actuado dentro de las modalidades de *mens rea*.

Por lo tanto, el principio de culpabilidad teniendo en cuenta todos sus subprincipios, significa que el sujeto solo debe ser responsabilizado por sus propios actos y no por hechos ajenos (responsabilidad individual); debe de realizar los hechos delictivos con voluntad o por decisión interna (responsabilidad subjetiva); [183]debe tener la capacidad

[182] MIR PUIG, S. Op.Cit. Págs. 132-133, sostiene que el principio de culpabilidad en sentido amplio es un límite al *Ius Puniendi*, conformado por otros límites: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y principio de imputación personal; WERLE, G. and JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.313, citando la jurisprudencia del TPIY, afirman que se ha reconocido como principio general del derecho que junto a la realización de los elementos externos del hecho, debe concurrir un elemento subjetivo; precisa que el principio de culpabilidad individual abarca el principio de responsabilidad individual y el principio de proporcionalidad, pues según el primero la responsabilidad solo puede surgir de la atribución de actos o contribuciones específicas, excluyendo la responsabilidad fortuita y conforme el segundo principio, la responsabilidad personal requiere que la pena asignada sea proporcional a la responsabilidad individual del condenado; HERRING, JONATHAN. *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, Great Britain, 2016.Págs.11,14 y 34, sostiene que el "*principle of responsability*" o "*principle of fault*" impide que una persona sea culpable de hechos sobre los cuales no tiene control y el "*principle of proportionality*, determina que la pena debe aplicarse conforme la seriedad del delito, de acuerdo al daño o a la pérdida de oportunidades; RAIMONDO, FABIAN, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, University of Amsterdam, 2007. Pág. 120, afirma el principio de culpabilidad citando el caso del ICTY Prosecutor v. Tadić, Judgment, la Sala de Apelaciones que reconoció el principio. La referida sentencia del TPIY es del 15 de julio de 1999, que en el párrafo 186 expresa que nadie podía ser responsabilizado criminalmente por actos en los cuales no estaba involucrado personalmente o que de algún otro modo hubiere participado.

[183] Para Arroyo Zapatero el principio de culpabilidad viene a responder a la censura histórica del Antiguo Régimen con estos dos principios: principio de personalidad de las penas y el principio de exigencia de dolo y culpa, a los que en esta tesis se designan como principio de responsabilidad individual y principio de responsabilidad subjetiva. Estima que las manifestaciones del principio de culpabilidad, esto es, responsabilidad personal, exigencia de dolo o culpa y atribuibilidad o imputabilidad del autor, son principios que deben tener rango constitucional, para vincular al juez y al legislador: ARROYO

necesaria para motivarse por la norma (capacidad de responsabilidad), y la pena aplicable debe graduarse de acuerdo a su responsabilidad (proporcionalidad).[184] Por lo tanto, el principio de culpabilidad debe contener lo necesario para fundamentar la imputación personal, excluyendo la responsabilidad objetiva, fundamentar la pena y ajustar la sanción al hecho cometido en forma justa.

Gimbernat sostiene que el principio de culpabilidad tiene un doble significado: por un lado, que al imputado no se le debe imponer una pena si no ha cometido el hecho con libre decisión de voluntad y por otro la exclusión de responsabilidad por el resultado, es decir, no imponer pena cuando el resultado típico causado no era previsible.[185]

Es evidente que el principio de culpabilidad se ha concebido en sentido plurívoco y multidimensional, es decir, tiene varios significados y además es trascendente en diferentes ámbitos, tales como en materia de derechos humanos, en la justicia constitucional, en la teoría del delito y en los procesos penales. Entre los diversos sistemas de derecho y países que le otorgan algún reconocimiento a su existencia, el concepto y sus significados tienen diferenciaciones importantes, pero destaca la regla general más importante, que es la necesidad de tomar en consideración la responsabilidad subjetiva para sancionar a una persona.

A pesar de la existencia de abundante doctrina de los expositores del derecho y la facilidad para deducir el rango de derecho humano del principio de culpabilidad, la normativa de derechos humanos ha avanzado poco en reconocer categóricamente y con detalle el principio de culpabilidad. Esto ha originado la percepción en algunos, de que la responsabilidad subjetiva es un asunto meramente legislativo, que dependerá de la

---

ZAPATERO, L. y GÓMEZ DE LA TORRE, BERDUGO, *Curso de Derecho Penal: Parte General* (3a. ed.), Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016. Págs.154 y 156.

[184] Sobre el principio de proporcionalidad se ha dicho que responde a las ideas de razonabilidad o prohibición de exceso en el actuar de los poderes públicos, existente como principio general de proporcionalidad garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española, que se refiere a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se distingue entre el principio de proporcionalidad en sentido amplio y el principio de proporcionalidad de las penas. Ver: ARROYO ZAPATERO, L. y GÓMEZ DE LA TORRE, B. Op.Cit. Págs.143 y 149.

[185] GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Pág.143.

formulación de los tipos que haga el legislador y que cualquier construcción dogmática al margen de la ley que integre dicho principio, solo puede ser objeto de una discusión académica que no tiene aplicabilidad práctica. De parte de ciertos autores hay una idea de que el principio de culpabilidad, *mens rea* en sentido amplio, es una cuestión filosófica o psicológica de un derecho antiguo[186]. Otros en cambio, advierten la necesidad de la existencia de principios constitucionales y de derechos humanos, desarrollados en los conceptos del derecho penal para que sea moderno.[187]

Las discusiones sobre las diferencias de contenido del principio de culpabilidad entre los autores del derecho penal europeo continental, no ha sido pacífico, así que no hay que sorprenderse de las variadas visiones de los sistemas de derecho, ni deben ser una dificultad para reconocer su rango de derecho humano.

Otros propugnan por la desaparición de la culpabilidad sosteniendo que un "reproche moral" no es conciliable con el sentido común, tampoco la "imputación que aísla individualmente al sujeto", ya que ésta oculta la contribución de la sociedad al surgimiento de la criminalidad y critica la discriminación sufrida por el sujeto, quien no posee la libertad que en el principio de culpabilidad se presupone.[188] Asimismo, en el derecho penal europeo, por ejemplo, el contenido de la culpabilidad ha sido objeto de debate con respecto a su función como fundamento y determinación de la pena[189]; pero

[186] ROBINSON, P.H. «Mens Rea», en *The Encyclopedia of Crime and Justice*, de DRESSLER, JOSHUA, (Ed. In chief), 2nd Edition, USA, 2002. Págs. *995-1006.*

[187] FLETCHER, GEORGE P., *The Grammar of Criminal Law*, volume one: Foundations, Oxford University Press, Nueva York, 2007. Págs.298 y sigs.

[188] WALTER KARGL citado por JESCHECK, HANS-HEINRICH, «Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (trad. Esquinas Valverde, Patricia), 2003, núm. 05-01, p. 01:1-01:19: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-01.pdf Otros autores que se pronuncian en contra de la culpabilidad son: Callies, al sostener que detrás del principio de culpabilidad se esconde el principio de proporcionalidad, por tal razón este sería suficiente para limitar la pena; Bauman, quien se opone a los reproches morales del juicio de culpabilidad o contra el indeterminismo y Scheffler, quien pretende sustituir el principio de culpabilidad por un sistema de derecho penal fundado de modo exclusivamente criminológico, creando un principio del ser objetivamente responsable que se vincula con el principio de proporcionalidad. Citado por ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*., Tomo I, traducida por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997. Págs.102, 8012 y 813.

[189] Ver: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Págs. 86-87.

ello no ha impedido aceptar el principio como fundamento de exigencia de la responsabilidad individual y la responsabilidad subjetiva con jerarquía constitucional.

En cuanto a la naturaleza multidimensional, en el campo de los derechos humanos el principio de culpabilidad es límite frente a la acción del Estado y debe provocar medidas de promoción, respeto y protección. [190] En la Constitución es derecho fundamental y al pertenecer al catálogo de derechos habilita interponer acciones constitucionales o recibir protección mediante dichos procesos. En el ámbito de la teoría del delito el principio puede convertirse en tipo subjetivo como acto voluntario doloso o culposo y como culpa o responsabilidad como categoría de la estructura del delito. En el proceso penal es fundamento de la procedencia del proceso y la pena.

Constituyendo derechos humanos el principio de responsabilidad subjetiva y el principio de culpabilidad, el concepto culpabilidad (*guilty mind*, *moral blame*, etc.) en sentido mucho más limitado y concretizado, es una categoría de la estructura del delito en el derecho penal europeo continental.

Por lo general, en el derecho anglosajón el contenido de la culpabilidad como elemento del delito se reduce a la parte mental del hecho delictivo, pero no existe una categoría de culpabilidad adicional en la que se examine la imputabilidad o reprochabilidad. Esto es que el tipo subjetivo y algunos elementos de la culpabilidad, como se conocen en el derecho continental europeo, son vistos como parte mental del delito.

La exigencia de responsabilidad subjetiva y la prohibición de responsabilidad objetiva, son dos caras de la misma moneda, derivados del principio de culpabilidad o principio de responsabilidad, concebido éste como conjunto de ideas y doctrinas que aseguren que la responsabilidad penal o las sanciones, no solo se imputen individualmente teniendo en cuenta los hechos materiales, sino también valorando si se trata de actos[191] voluntarios y las modalidades de la conducta, ya sean intencionales o descuidadas.

[190] Ver: WERLE, G. JESSBERGER, F. Op. Cit. Págs.115, 116, 118,119 y 120.

[191] Inmanentes, según la filosofía, como los actos intelectuales. Lo que se hace por el ser humano. Ver: FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Tomo I, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964. Pág. 49.

El principio de responsabilidad subjetiva expresaría la relación intelectual del autor con la conducta prohibida o mandada por la ley (ilícito penal o *actus reus*), lo que es lo mismo que referirse al contenido mental o intelectual de la conducta penal, o aquellos elementos psíquicos del hecho[192] que en un ordenamiento jurídico se exigen como presupuestos de la imputación subjetiva. La responsabilidad subjetiva, al ser derivada del principio de culpabilidad, debe ser entendida como expresión del principio de dignidad que rechaza la responsabilidad por el resultado. [193]

Tanto en su aspecto formal o material, es decir, no solo como particularmente sea tratado en una legislación, sino como se justificaría un tratamiento correcto de la responsabilidad subjetiva, lo que debiera entenderse cuando se da cumplimiento a los derechos humanos.

Lo cual excluye la responsabilidad objetiva. Pero el principio de culpabilidad contendría además de ello, otros elementos necesarios para fundamentar y medir la pena, la totalidad de condiciones para establecer la imputación subjetiva. El principio debe ser aceptado como un postulado esencial, para asegurar un proceso penal con todas las garantías. Las manifestaciones del principio pueden ser diversas en los sistemas penales nacionales y el derecho penal internacional, pero lo esencial es que deben reconocerse los contenidos.

El principio de responsabilidad subjetiva no puede estar desvinculado del principio de legalidad, porque solo serán relevantes jurídicamente las decisiones del sujeto que estén asociadas con hechos descritos en la ley como delitos. Lo cual no significa que es el individuo el que tiene que categorizar sus conductas en las figuras delictivas establecidas por la ley. En un delito de asesinato de civiles en el contexto de una guerra, el individuo fundamentalmente debe saber que está matando, si es un comportamiento intencional o doloso, y que está realizando la conducta descuidada, no queriendo cometer las muertes, tratándose de una modalidad imprudente consciente.

[192] Debe aclararse que no estamos haciendo referencia a la categoría de culpabilidad dentro de la teoría del delito en el derecho penal continental europeo y no se pretende hacer referencia a la teoría psicológica de la culpabilidad.

[193] MAYER, MAX ERNST, *Derecho Penal Parte General*, (trad. de Sergio Politoff Lifschitz), B de F, Montevideo, 2007. Pág.284 y JESCHECK, H.H. Op. Cit. Págs.380-381.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha relacionado en el caso Boyce y otros v. Barbados, párrafo 57, el principio de legalidad con el de culpabilidad, afirmando que para respetar no solo formalmente a aquél, la ley tiene que distinguir entre diferentes grados de culpabilidad. Es decir, considera que la graduación de la responsabilidad es una forma de cumplimiento material o sustancial del principio de legalidad.

Cuando nos referimos al acto voluntario[194] en el principio de responsabilidad subjetiva, dentro del contexto de los derechos humanos, hacemos referencia al significado en sentido amplio, que puede comprenderse en los diferentes sistemas. Esto es la conducta que nace de la decisión o elección de una persona, sin estar sujeta a la determinación[195] de terceros o de la naturaleza. Son los comportamientos gobernados o controlados por la persona, por eso deben excluirse también aquellos fortuitos y los totalmente inconscientes, así como los hechos cometidos por personas incapacitadas.[196]

Se trata de conductas activas u omisivas, ya sea con propósitos específicos o sin intenciones definidas, que tendrán efectos jurídico-penales por las redacciones legales

[194] La voluntad tiene diversas acepciones, pero vinculada a las conductas penales cobra relevancia la visión psicológica de la misma. Desde este punto de vista podemos describir que en los actos voluntarios puede concurrir una mayor o menor conciencia, una mayor o menor intensidad o una mayor o menor profundidad. La forma básica de la voluntad son los impulsos, es decir, aquella actuación sin finalidad previamente establecida o comprendida. "Los instintos son como impulsos que han experimentado un proceso de mecanización o que se originan directamente de la vida psicofísica sin haber pasado por el plano de la conciencia. Cuando al impulso se agrega la conciencia del fin aparece la tendencia o la inclinación, que puede tener diversos grados según el conocimiento de la finalidad. Por último, la plena conciencia aparece en lo que se llama voluntad propiamente dicha, esto es, en aquel fenómeno en el cual tiene lugar una previa representación o, mejor dicho, la aprehensión de un pensamiento, a la cual sigue una acción de acuerdo con el fin propuesto": FERRATER MORA, J. Op. Cit. Tomo II. Pág. 919. Concibiendo la voluntad solo como acto con finalidad e identificándola como deseo o intención: ANDER-EGG, EZEQUIEL, *Diccionario de Psicología*, 3a. edición. Editorial Brujas, Córdoba, 2016. Pág.139. CONSUEGRA ANAYA, NATALIA, *Diccionario de Psicología*, ECOE Ediciones, Bogotá, 2022. Pág. 229, entiende la voluntad como facultad de elección y está sujeta al deseo o intención de realizar el acto.

[195] Nos referimos a situaciones en que la voluntad de terceros no es capaz de imponer sus decisiones a otros, ni las fuerzas de la naturaleza producen el hecho al margen de la decisión del sujeto. No hacemos referencia a la discusión entre las doctrinas filosóficas del determinismo e indeterminismo. En todo caso rechazamos el determinismo, ya que no haría posible el derecho, que se sustenta en la misión de justicia. Si todo estuviese predeterminado no tendría sentido hacer normas porque el legislador no tendría influencia en el futuro y las penas tendrían que aplicarse por criterios desconocidos.

[196] Las que en el derecho penal europeo continental son llamadas inimputables o carentes de capacidad de culpabilidad. Ver: MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. 2022 Pág.94.

que constituyen los tipos penales en cada sistema, pero que no pueden reducirse a visiones dogmático-penales. Por ejemplo, será acto voluntario cuando la persona intencionalmente mata a otros y el hecho está tipificado como un crimen. Con el concepto de intención, nos referimos a una modalidad de la conducta, que como decían Platón y Aristóteles no es igual que el deseo.[197] Además el concepto voluntad es más amplio que la intención, pues ésta forma parte de aquella.

Asimismo, será acto voluntario una manifestación de la imprudencia consciente, pues el sujeto conociendo el riesgo, decide libremente realizar el comportamiento.

Pero también serán actos voluntarios, los cometidos con culpa inconsciente. Así el sujeto que ignora un riesgo, pudiendo conocerlo, consistente en la probabilidad de la muerte de otros, actúa voluntariamente – y conscientemente-, cuando decide libremente no actuar como debiera para conocer el peligro de muerte y consecuentemente evitar crearlo o incrementarlo, ya sea que tenga el propósito de ocuparse de otro asunto de menor importancia o no hacer nada; siempre que la ley haya descrito ese peligro o resultado de muerte y su falta de actuación como delito.[198]

Por ejemplo, si A, piloto militar, identifica de acuerdo con información de inteligencia artificial instalada en su avión, que dos camiones con personal militar enemigo se desplazan por el territorio que defiende el ejército de su país y decide disparar un misil para destruir y matar a los objetivos; no hay duda de que es un acto voluntario. Sin embargo, las consecuencias legales van a definirse tomando en cuenta todos los hechos, incluidos los resultados y la descripción legal de su conducta. Si se podía confirmar la

[197] Sobre la relación entre voluntad y deseo Platón advertía que mientras el deseo pertenece al orden de lo sensible, la voluntad pertenece, en cambio, al orden del intelecto y Aristóteles señalaba explícitamente que si bien deseo y voluntad son, por igual, motores, la voluntad es de índole racional. FERRATER MORA, J. Op. Cit. Tomo II. Pág. 920.

[198] Ya en el capítulo relativo a la evolución del *mens rea,* citábamos las concepciones de Feuerbach, que sostenía sobre la culpa, la existencia de una voluntad criminal, una decisión voluntaria; los hegelianos concibieron la culpa como momento voluntario al conocer y querer las condiciones de las que surge como posibilidad real el resultado antijurídico y Binding al respeto sostenía que la acción como suceso es querida. Ver: JESCHECK, H. H. Op. Cit. Pág.514. También en MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág. 291, el autor sostiene que la parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro o sin él, además del elemento negativo de no haber querido cometer el hecho.

realidad a simple vista, si los aparatos de identificación del avión no eran certeros, si los objetivos militares son en realidad civiles con implementos de labranza y no armas, con cascos de trabajo y no cascos militares, con una máquina agrícola en la cama del camión y no un cañón, etc.; al ignorar el riesgo de muerte de civiles no combatientes, siendo previsible, infringiendo la norma de cuidado e incrementando el riesgo no permitido, el aviador actuaría según el derecho continental europeo con culpa inconsciente. No obstante que se trate de culpa inconsciente según el derecho, sigue siendo un acto voluntario. Caso distinto sería si se trata de una decisión automática tomada por el sistema de inteligencia artificial o de un centro de mando fuera del control del piloto, que telemáticamente envía instrucciones al avión para el uso de las armas; pues en tal caso la conducta voluntaria sería de otros, si el piloto no tenía la posibilidad de intervenir en la conducta criminal y no habría realizado acto voluntario para los efectos penales. Otra cuestión es que el hecho será impune para el DIP, si se establece que la conducta es culposa sin participación de un superior y solo corresponderá la responsabilidad del Estado en otras instancias.

Cuando nos referimos a la exclusión de conductas inconscientes, lo relacionamos con situaciones en las cuales el sujeto no es capaz de dirigir su conducta por ocurrir un impedimento mental para percibir y darse cuenta de la realidad. Son situaciones que según el derecho penal continental europeo constituyen exclusiones de la acción.[199]

[199] También en el derecho anglosajón hay referencias sobre el tema. Por ejemplo, MCDIARMID, CLAIRE, *Scottish Criminal Law Essentials*, Third Edition, EUP, Croydon, London, 2018. Págs. 5 y 6, sostiene que el derecho penal solo busca sancionar actos voluntarios o conductas que el acusado tendría capacidad de evitarlas. En algunos casos el acusado nominalmente ha cometido un acto, pero no tenía control de su ocurrencia. Si el acto es involuntario la ley no lo sanciona. En el derecho penal de Escocia se reconocen tres tipos de conducta involuntaria: fuerzas de la naturaleza, actos de otra persona y actos reflejos; BOTTERELL, ANDREW, «Understanding The Voluntary Act Principle», en TANGUAY-RENAUD, FRANCOIS AND STRIBOPOULOS, JAMES, *Rethinking Criminal Law Theory: New Canadian Perspectives in the Philosophy of Domestic, Transnational, and International Criminal Law*, 17a Ed., Hart Publishing, Oxford, 2012. Pág.97, expresa que la Corte Suprema de Canadá, ha dicho que un principio fundamental del derecho penal es que ningún acto puede ser un delito a menos que se realice u omita voluntariamente; que un acto debe ser el acto voluntario del acusado para que exista el *actus reus* y que no puede haber *actus reus* a menos que sea el resultado de una mente dispuesta en libertad para tomar una elección o decisión definida. El acto voluntario es una condición necesaria para la responsabilidad penal. En consecuencia, donde no hay acto, o donde hay un acto que no se realiza voluntariamente, no puede haber responsabilidad penal.

El acto jurídico penal es un proceso intelectual, mental o interno, que se proyecta en la realidad, en la producción de los hechos que se han descrito como delito y voluntario en la medida en que exista una decisión y ejecución gobernadas por el sujeto. Las diferencias de las diversas teorías de la dogmática europea continental, entre acción final y comportamiento exterior evitable o manifestación de la personalidad, así como las concepciones detalladas de dolo e imprudencia, son temas que corresponden a la ley secundaria y a la doctrina o teoría del delito.[200] Por ello el carácter de voluntario del acto, para efectos de reconocerlo en el principio de culpabilidad como derecho humano, no puede estar definido por la ley penal, sino por la realidad psíquica. Lo que no significa que se prescinda de la ley penal al evaluar el cumplimiento del principio, pues esta es relevante para definir las conductas prohibidas y sobre las cuales se establecen formas de conducta típicas para realizar el hecho.

Lo esencial para el cumplimiento del principio de responsabilidad subjetiva, dentro de un contexto de visiones legales de diferentes sistemas penales, como ocurre en el derecho penal internacional, es que se trate de una decisión interna tomada por el sujeto que tenga relevancia jurídico penal o que el mismo ejerza control sobre los hechos tipificados criminalmente, diferenciando tales actos por sus diversos grados de la dirección de su voluntad; en atención a lo cual se deberán descartar hechos fortuitos o sin autocontrol de la persona, realizados con inconsciencia absoluta, fuerza física irresistible o actos reflejos[201]. Esto constituiría el cumplimiento de estándares de derechos humanos, como el de observancia de la dignidad.

[200] Las diversas teorías de la dogmática y la jurisprudencia europeo continental han construido y desarrollado conceptos de dolo e imprudencia, lo cual ha ido precisando los mismos para efectos práctico-procesales. El derecho penal internacional también deberá desarrollar sus conceptos de intención, conocimiento e imprudencia, con mayor esfuerzo, quizás sacrificando precisión, para encontrar concepciones comunes en los diversos sistemas. Además, la configuración de conceptos deberá contener referencia a actos voluntarios, en los que se distingan los actos intencionales o con conocimiento del agente activo y conductas descuidadas, que no se traduzcan en responsabilidad objetiva. Así una concepción de culpa o imprudencia según las ideas de la imputación objetiva, en la que se requiere la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, cognoscibilidad del riesgo y ausencia de conocimiento, podrá adoptarse, solo si subsiste una apreciación de la conducta de carácter subjetiva.

[201] Ver: MAURACH, REINHART- ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal Parte General*, (trad. Bofill Genzsh, Jorge- Aimone Gibson, Enrique), Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994. Págs.622 y sigs. Sobre la ausencia de acción, Cfr. MIR PUIG, S. Op.Cit. Págs.66 y sigs.

Si los hechos realizados no constituyen acto, consecuentemente no son voluntarios y no pueden ser atribuidos subjetivamente. No existe acto si este es fortuito y el acto no es voluntario por faltar consciencia o capacidad para desplegar su voluntad. Aunque los hechos realizados por el sujeto activo hayan materialmente causado el resultado, pero no pueden ser atribuidos subjetivamente, ello impide la posibilidad de sanción ya que se excluye la responsabilidad objetiva.

La atribución subjetiva requerirá, en primer lugar, que se trate de un acto voluntario. En segundo lugar, que la conducta conforme el derecho penal, haya sido configurada en una modalidad de comportamiento que evidencie la dirección mental del sujeto hacia el delito, lo que sucede en las formas ya reconocidas en la doctrina como intencionalidad y conocimiento previsible del resultado o del riesgo.

Desde el punto de vista procesal y por el principio de inocencia, deberán comprobarse mediante una actividad probatoria adecuada los elementos anteriores. Todo ello conforme los parámetros de los derechos humanos.

En cuanto al carácter del principio de responsabilidad subjetiva[202], podemos afirmar en sentido general que es un derecho humano, pero en sentido estricto es una garantía. Si partimos de la idea de que los derechos son naturales, porque surgieron para personas libres en la anarquía sin que fueran limitados por el Estado[203], este principio no podía haber surgido; dado que solo tiene relevancia cuando existe el Estado y aplica su derecho a castigar. No habría inconveniente en sostener que se trata de un derecho en sentido estricto, pero la consecuencia sería aceptar que a toda persona se le debe reconocer el derecho a ser sancionado en cualquier situación, solo cuando se le compruebe responsabilidad subjetiva en los hechos; lo cual conduciría a proscribir la responsabilidad objetiva-*strict liability*-, no solo en los ámbitos en los que tradicionalmente se ha aplicado por mucho tiempo, especialmente por los países con sistemas del derecho anglosajón, sino en general en todos los procedimientos y en las diferentes actividades de la sociedad.

[202] GIL IBAÑEZ, J. L. Op. Cit. Pág. 268; haciendo una diferencia entre valores y principios, citando a Peces Barba, sostiene que los valores situándose en un plano de totalidad son el límite y el objetivo al que tienen que acoplarse las demás normas, y los principios solo contemplan aspectos o parcelas del ordenamiento que sirven para interpretar las normas de esas parcelas, afirmando que "sin duda son normas".

[203] PÉREZ ROYO, J. Op. Cit. Págs.252-253.

Por ejemplo, las sanciones disciplinarias de una organización privada, los castigos en ejercicio de la autoridad parental, las sanciones en todos los deportes, las penitencias sugeridas por una iglesia a un fiel que confiesa su pecado, etc., solo podrían tener procedencia si se establece la responsabilidad subjetiva.

1.2 Exclusión de la responsabilidad objetiva

Ya expresamos que la responsabilidad objetiva implicaría tratar como culpable a una persona, sin tener en cuenta la orientación de su conducta. Ignorar la dirección de su voluntad sería tratar como cosa a los hombres y mujeres sometidos a proceso, como meros eventos del azar y piezas disponibles. El ser humano es un fin en sí mismo, no un instrumento u objeto.[204]

Si bien parece que por ahora la responsabilidad objetiva se mantiene en el derecho anglosajón dentro del campo de las infracciones menores, pero masivas, que atienden a los intereses de la administración pública, los riesgos de que avance a otros ámbitos de los crímenes graves no deben descartarse.

Se dirá que la responsabilidad objetiva solo se ha desarrollado ampliamente en los países de la *Commonwealth* y escasamente es utilizada en otros sistemas. No obstante, puede imponerse sigilosamente en el DCE y el DPI, ante las dificultades de prueba de ciertos hechos o para ahorrar esfuerzos a las instituciones de justicia. Recordemos cómo la autoría de las personas jurídicas en el derecho penal, muy común en el derecho anglosajón, terminó por instalarse en el sistema continental europeo.

El fundamento en que suele basarse la responsabilidad objetiva del derecho penal anglosajón, es que se pretende alcanzar mejores niveles de eficacia de la justicia, presumiendo que la actuación de un sujeto conlleva un riesgo de producción de un

[204] BENDA, E. Op. Cit. Pág.141, sostiene que "nunca deberá el hombre ser reducido a mero objeto de la acción estatal, aquél está legitimado a configurar a su libre albedrío, su existencia; es decir, a exigir su derecho de autodeterminación."

resultado que debió ser reconocido por el sujeto. Con lo cual no hay que probar la dirección de su voluntad.

Algunos casos son auténticamente situaciones en las cuales solo se toma en cuenta la realización del hecho descrito por la ley o *actus reus*; pero otros casos terminan por reenviar el análisis de *mens rea* a la interpretación de un término legal en el tipo delictivo. Así se sostiene que quien conduce peligrosamente un vehículo causando una muerte, debe ser responsabilizado sin necesidad de *mens rea*[205]. En este caso la responsabilidad subjetiva se reconduce a establecer si el sujeto condujo peligrosamente, con lo que el riesgo existiría. Esto también requeriría prueba de que el sujeto conducía peligrosamente y elementos personales internos de la conducta del sujeto, como por ejemplo la velocidad a la que conducía, la observancia de las señales de tránsito, las condiciones en que el sujeto ha mantenido su vehículo, etc. y esto termina evaluando también sus decisiones o la actuación subjetiva del sujeto.

Un caso particular de responsabilidad objetiva en el DCE, fue el de la responsabilidad por el resultado sin dolo ni imprudencia y que se manifestó en los delitos preterintencionales. Teniendo en cuenta la historia del derecho continental europeo, la responsabilidad por el resultado sería una vuelta al pasado medieval. La *versari in re illicita*, es un principio creado por juristas medievales y canonistas, legitimador de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva, derivada de actos ilícitos en su origen, según el cual, el que despliega una conducta ilegal responderá por cualquier resultado, aunque su actuación haya sido fortuita o imprevisible.[206]

---

[205] **"**…in the offence of dangerous driving causing death, there is no need to show *mens rea* in respect of the occurrence of death. Death is a strict liability element: none the less, culpability lies in respect of the entire offence. One who causes death by driving dangerously is normally culpable in respect of that death – because it is precisely such risks that make it wrong to drive dangerously in the first place**".** CHAN, WINNIE- SIMESTER, A.P., «Four Functions of Mens Rea», *Cambridge Law Journal*, 70(2), July 2011, pp. 383–384. Cfr. http://dx.doi.org/10.1017/S0008197311000547 (Último acceso a las 14:04 del 17.11.2022).

[206] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Cfr. https://dpej.rae.es/lema/versari-in-re-illicita (Último acceso a las 12:36 del 23.06.2022); MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.302-303.

Por ahora, no hay riesgo inmediato de que la responsabilidad objetiva tenga aplicabilidad en el derecho penal internacional, dado que en el DA las infracciones de naturaleza objetiva son conductas de menor gravedad y en el ámbito internacional solo se trata de delitos graves. Además, hay coincidencia en la jurisprudencia del derecho penal internacional para rechazar la responsabilidad objetiva.[207]

1.3 Aplicación del principio en los elementos del delito

Como derecho humano, el principio de culpabilidad debe tener una expresión concreta en el derecho penal. Así el principio de subjetividad se manifiesta en las modalidades de la conducta penal, por ejemplo, dolosas y culposas. En los sistemas de derecho en que se divide el delito en una parte material (*actus reus*) y una parte mental (*mens rea*), como el derecho anglosajón, este principio tiene obvia aplicación en ésta última parte. La exigencia de capacidad de motivación personal es tratada en las excepciones o defensas y en algunas ocasiones en la graduación de la pena. El principio de proporcionalidad se proyectará procesalmente, en las condiciones de imposición de la sentencia por parte del juez.

En los sistemas de derecho con una teoría del delito más desarrollada, como el *Roman Law*, el subprincipio de subjetividad además de tener expresión en el tipo subjetivo se expresa en el elemento personal de la categoría de culpabilidad (causas personales, no causas sociales, colectivas o ajenas), cuando se valora la capacidad de motivación del individuo y la graduación de la pena implica considerar aspectos de su conducta personal. El subprincipio de proporcionalidad también se manifiesta en la culpabilidad para imponer una pena justa que corresponda a la gravedad del hecho, tomando en cuenta aspectos subjetivos y objetivos.

[207] Ver las siguientes sentencias de la Corte Penal Internacional: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Sala de Cuestiones Preliminares, "Decisión sobre la Confirmación de cargos", Nº ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007. Párrafo 926; Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, PTC, "Decisión sobre la Confirmación de Cargos", Nº ICC-01/04-01/07-717, 01.10.2008. Párrafo 530; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, "Decisión en aplicación del art.61(7)(a) y (b)ER", Nº ICC-01/05-01/08-424, 15.06.2009. Párrafo 362.

El principio de culpabilidad tiene relevancia al manifestarse en los elementos de la estructura del crimen internacional. Así es necesario determinar la modalidad típica en que se realiza la conducta, como la intención, el conocimiento o la imprudencia, contenidas en el Estatuto de Roma y conforme la jurisprudencia internacional. Asimismo, el principio se expresa en la exclusión de responsabilidades y en la imposición de la pena correspondiente.

En otra parte se mencionará la culpabilidad como categoría del delito y su tratamiento particular en los sistemas de derecho europeo continental y anglosajón, así como en el derecho penal internacional, solo adelantaremos aquí algunas ideas con el objeto de fijar postura sobre las características de la culpabilidad, para que sea concebida dentro del alcance del principio de culpabilidad como derecho humano.

Si bien el término culpabilidad dentro del derecho europeo continental no es unánime, dado que algunos prefieren la expresión responsabilidad, imputación individual o imputación subjetiva o personal,[208] la mayoría de los autores están de acuerdo en su existencia.

Precisamente la teoría del delito más moderna en el DCE, la del racional funcionalismo, en la tesis de su principal exponente Claus Roxin, si bien propugna por cambiar la culpabilidad por una teoría de la responsabilidad, basándose en la función de la pena, que tiene una doble función: preventivo general, para que los ciudadanos se inhiban de cometer delitos y preventivo especial, para que quienes cometieron delito no vuelvan a incurrir en él, lo que se logra mediante la resocialización; el autor sostiene que la pena tiene como límite el grado de culpabilidad. [209] Esto es, que no se puede imponer pena al que no tiene culpabilidad, ni la pena puede superar el grado de culpabilidad.

Este límite lo convierte Roxin en el principio de culpabilidad, afirmando que constituye uno de los fundamentos del derecho penal alemán y retomado en la jurisprudencia a partir

[208] MIR PUIG, S Op.Cit. 2004. Pág.133.

[209] ROXIN, CLAUS, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, traductor Miguel Ontiveros Alonso, Editorial Ubijos, México, 2009. Pág.28.

de la garantía de dignidad humana.[210] Con ello afirma que el "autor culpable debe ser sancionado tan solo en la medida en que esto sea indispensable desde el punto de vista social". Dicho de otra forma, debe partirse primero del reconocimiento de la culpabilidad del sujeto, para examinar si es necesario imponer pena conforme las finalidades de prevención general y especial.[211]

El respeto al principio de culpabilidad se logra en la teoría de Roxin al reconocer una tipicidad subjetiva, la capacidad de culpabilidad, conocimiento potencial de antijuricidad y el principio de culpabilidad como límite la pena. Desde este punto de vista, el principio de culpabilidad como derecho humano, se encuentra reconocido en la teoría racional final o funcionalista.

Hay autores que han optado por promover un contenido vacío de culpabilidad al reducirla a las exigencias de la prevención general y no a la responsabilidad personal. Así Jakobs al igual que enfoca el bien jurídico como todo lo que a los "ojos de la ley" sea "valioso", concibe la culpabilidad como un déficit de motivación jurídica dominante, denominándola infidelidad al derecho, siendo un concepto determinado normativamente.[212] Jakobs, niega el carácter de garantía individual del concepto de culpabilidad, para entenderlo como la necesidad de la pena por motivos de prevención general. Las voluntades del legislador y del juez, con amplio margen de decisión, por lo tanto, sustituyen al principio de culpabilidad como concepto límite al *Ius Puniendi*.

Como plantea Cuello Contreras, Jakobs en su obra *Sociedad, Norma y Persona* desde su concepción funcional del derecho penal, que concibe al sujeto inmerso en lo social, entiende que la imputación penal no lo es al sujeto sino a la persona que constituye el sujeto mediado por lo social. De ahí su concepción de la imputación objetiva como imputación por el *rol* que la persona tiene asignado en la sociedad; en tanto que la imputación subjetiva, no es subjetiva sino *personal*, para poner de relieve que el sujeto es

[210] Idem.

[211] Ibídem. Pág.30

[212] JAKOBS, GHUNTER, *Derecho Penal Parte General*, (trad. Cuello Contreras, Joaquín-Serrano González, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1997. Págs.566-567, sostiene que se puede prescindir de la culpabilidad y aplicar la pena por necesidades preventivo generales para mantener la confianza en el sistema.

insondable y no interesa al derecho en su peculiaridad, impropia de un sistema social donde la mayor parte de los contactos son anónimos, obligando a valorarlos conforme a *estándares objetivos*. Consecuentemente Jakobs cuestiona la relevancia del dolo, poniéndola bajo el signo de interrogación, postulando la llamada normativización del dolo, en la que éste es la representación de un peligro cualificado, que permite prescindir de cualquier consideración de carácter psicológico. La voluntad se normativiza en función de lo elevado del riesgo creado por autor del comportamiento doloso. Con base en ello algunos consideran que la tipicidad solo está formada por el tipo objetivo, y el tipo subjetivo tiene una mínima incidencia a nivel de culpabilidad para imponer la pena. A partir de ahí algunos expresan que la "tipicidad agota al completo el tipo objetivo, quedando el tipo subjetivo relegado a un segundo plano, innecesario para configurar la tipicidad, relevante sólo para la culpabilidad mayor o menor; mayor en el delito doloso y menor en el imprudente".[213]

Muñoz Conde, con referencia a la teoría normativa tradicional que establece que actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera, considera que esta concepción es científicamente insostenible ya que se basa en argumentos racionalmente indemostrables: la capacidad de poder actuar de un modo distinto a como realmente se hizo, algo en lo que se puede creer, pero que no se puede demostrar. Tampoco considera suficiente entender esa capacidad de un modo puramente vivencial o fenomenológico, como resultado de nuestra propia experiencia y observación, teniendo la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos libres de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen, pues este presupuesto es puramente descriptivo. [214]

Se debe recordar sobre esto que el argumento de indemostrabilidad se utiliza recíprocamente entre deterministas y seguidores del libre albedrío; pero no parece resolver el tema de fondo, que es cómo los conceptos de culpabilidad deben observar el principio de culpabilidad como derecho humano. Además, como arriba se expuso, la Neurociencia ha demostrado la capacidad del ser humano para tomar decisiones.

[213] CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, «¿Tipicidad sin Tipo Subjetivo? Sobre lo Inescindible del Tipo Objetivo y el Tipo Subjetivo en Teoría del Delito», en Cuadernos de Política Criminal, Número 132, III, Época II, 2020. Págs. 25-66.

[214] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Pág.325.

También Muñoz Conde afirma que "realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social."[215] Con ello sigue la tendencia de algunos autores de vaciar de contenido la culpabilidad y asimilar antijuricidad con culpabilidad. La sustitución de la realidad individual del ser humano por lo social, está en contradicción con el principio de culpabilidad.

Al argumento de que la culpabilidad es un evento fenomenológico, ya se hizo referencia arriba, dado que esto va contra la realidad del ser humano que vive según su propia percepción. Las apreciaciones personales que colectivamente se comparten, sirven como parámetros para confirmar la realidad o para evaluar y controlar las decisiones. Así el sujeto que decide tirar o no una piedra, sabe que puede tomar esa decisión y actuar o no actuar, lo que está compartido en el aprendizaje social en el que se puede haber experimentado u observado que se tiene ese poder de levantar y tirar piedras, pudiendo causar daños a las personas, los animales y las cosas, lo que conlleva a realizar una conducta positiva o negativa para la sociedad, que puede o no reaccionar. Con esa conciencia de la realidad actuará o no. Por supuesto admitimos diferencias como lo hace la psicología entre impulsos, tendencias y plena consciencia, pero todas ellas son formas de voluntad que difieren en el tiempo y nivel de intensidad.[216] De tal manera que si el sujeto de nuestro ejemplo tiene poca socialización o las emociones prevalecen sobre sus procesos racionales, actuará por impulso (instinto) o si ha asumido permanentemente una conducta antisocial actuará por tendencia. La falta de constatación externa de como un sujeto percibe la realidad, no le quita existencia a la misma, es un problema procesal, que debe ser resuelto mediante la prueba idónea.

En cuanto al delito culposo se plantea por algunos que carece de sentido diferenciar entre tipo objetivo y subjetivo, lo que no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos cuando se trata de culpa consciente, pero con relación a la culpa inconsciente la postulación de un tipo subjetivo es una ficción.[217]

---

[215] Ibídem. Pág.327.

[216] FERRATER MORA, J. Op. Cit. Tomo II. Pág. 919.

[217] BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal Parte General*, Akal Iure, Segunda Edición, Madrid, 1990. Pág.242.

Otros autores sostienen que la culpabilidad puede reducirse o desaparecer, pero sin que dejen de diferenciarse las responsabilidades por dolo e imprudencia. Al respecto Gimbernat sostiene que la dogmática penal tiene futuro, aunque desaparezca la culpabilidad. No obstante que considera que la diferenciación de dolo y culpa, así como la graduación de las penas se mantiene, pero no ligadas a dicho concepto.[218] Con ello se niega al principio de culpabilidad, el carácter de derecho fundamental o humano.

La propuesta consistiría en sustituir la culpabilidad por la aplicación de criterios que correspondan a las necesidades sociales; con lo cual la discusión se trasladaría más allá de los jueces, al campo de lo políticamente conveniente para el Estado según las legislaturas y gobiernos de turno, que se sentirían libres para crear una política criminal prescindiendo de consideraciones personales de los ciudadanos. Lo cual es ya una decisión que trastoca la esencia del Estado democrático y de derecho.

En realidad, ningún principio ni siquiera el de culpabilidad puede evitar la existencia de estados totalitarios, pero su violación sistemática evidenciaría ante los ciudadanos y la comunidad internacional la transformación de un Estado democrático en uno totalitario, cuestión significativa en los procesos políticos de defensa de la democracia y el estado de derecho. Un Estado al que en aplicación de la ley solo le interesa la sociedad y no el individuo, deja de ser un Estado Democrático.

Conservar el principio de culpabilidad, desde luego, cuando se le dota de contenidos insustanciales o arbitrarios contra el ser humano no tiene sentido. Pero sostener el principio como derecho humano con contenidos fijados por la conciencia humana universal, permite identificar y medir a los estados totalitarios. El principio de culpabilidad se convierte en un estándar para promover y proteger derechos humanos.
Estos estándares nos posibilitan identificar la actuación incorrecta – totalitaria y antidemocrática- de un Estado en materia de derechos humanos. La legislación y la jurisprudencia internacionales han construido conceptos compartidos universalmente que se extraen de experiencias históricas y sociales y se devuelven a la misma comunidad internacional que las absorbe cultural y políticamente. Así el principio de culpabilidad es

[218] GIMBERNAT ORDEIG, E. Op. Cit. Pág. 158.

una herramienta de la sociedad para identificar y exigir responsabilidades a los estados arbitrarios y anti democráticos. Esos conceptos incluso sirven de fundamento a la construcción de indicadores y facilitan la observación internacional, necesaria para tomar decisiones en el campo de las obligaciones internacionales de los derechos humanos.

Gimbernat señala que si en un Estado se cometen crímenes en forma de leyes penales, es porque se ha negado todo valor a la dignidad humana y a las ideas fundamentales de libertad, de seguridad jurídica y de igualdad. [219] Con lo cual se puede estar plenamente de acuerdo, en sentido general. Sin embargo, el autor no concibe un principio de culpabilidad basado en la autodeterminación, que sirva de límite al *Ius Puniendi* del Estado, sino que considera suficiente un principio más amplio como el de dignidad para cumplir esa función.[220] Como se ha expresado *supra* en esta tesis, el principio de culpabilidad como derecho humano se justifica por la necesidad de concretar con mayor precisión los límites al Ius Puniendi. Además, tiene precedentes históricos muy importantes que sirven de vínculo entre los diferentes sistemas, para seguir construyendo una teoría del delito internacional común y ha recibido reconocimiento universal en muchas legislaciones, así como en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos.

Se reitera, como objeción a las posturas que rechazan el principio de culpabilidad como garantía del derecho penal o como derecho humano, que el derecho a la dignidad personal es insuficiente para sustituir al principio de culpabilidad, porque carece de la especificidad necesaria para facilitar su aplicación práctica, mientras el principio de culpabilidad sí está dotado de mayor precisión. Además, este principio tiene una tradición y unos contenidos que no obstante las discusiones existentes, reúne con mayor seguridad todos los elementos necesarios para funcionar como límite del Ius Puniendi.

Ya decía Larenz que determinar que comportamientos lesionan la dignidad de otro, es algo que solo puede esclarecerse en un constante proceso de concreción y de forma temporal. [221] De ahí que en términos de aplicación al ámbito jurídico, el principio de

[219] GIMBERNTA ORDEIG, E. Op. Cit. Pág. 146.

[220] Ibídem.Pág.140.

[221] LARENZ, KARL, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas, Madrid, 1993. Pág.60.

dignidad es mucho más general y el principio de culpabilidad tiene una mayor concreción preestablecida, con subprincipios o contenidos precisos.

Hay que decir en favor de los sistemas distintos al *Roman Law*, que no reconocen el principio de culpabilidad, que también se han aplicado fórmulas en la teoría del delito europea continental que contradicen el referido principio. Para el caso, todavía hoy en la configuración del delito culposo o imprudente se pretende por algunos autores, atender únicamente la infracción objetiva del deber de diligencia prescindiendo de la infracción subjetiva o considerar la sola existencia de un riesgo objetivo, que en función de lo elevado del peligro para la producción del daño se determinará si es doloso o culposo.

Si algunas concepciones relativas al *mens rea* en el derecho anglosajón, hicieran referencia a valoraciones morales para definirla, como si de algún modo la reprochabilidad del delito se proyectara en ese elemento, ésa forma de estructurar el crimen no la podríamos calificar de incorrecta, sino como una visión diversa. Así también en el sistema europeo continental sucede con las opiniones de algunos autores, pues se cuenta con una diversidad de opiniones, con base en las cuales se deben elegir los criterios más razonables o convincentes. [222]

El punto central que planteamos es que la estructura del delito en las diversas legislaciones y en el DPI, podrán configurarse legal o jurisprudencialmente, con los elementos que consideren adecuados los legisladores y jueces, para aplicar la ley penal a los hechos; pero sin violar el principio de culpabilidad recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
En esa idea, no es procedente aceptar la sanción de crímenes internacionales amparados dentro de las figuras de la responsabilidad objetiva, muy utilizadas en algunas jurisdicciones como la australiana, inglesa, estadounidense[223] y francesa, para sancionar

[222] HERRING, J. Op, Cit. Pág..140, sostiene que las cortes en Inglaterra han tratado de separar los conceptos "*blameworthiness*" en sentido de culpa moral y "*mens rea*"; porque esta última no requiere que el acto sea inmoral.

[223] ROBERSON, C. y O´REILLEY, M. D. Op. Cit.Pág.9, expresan que en Estados Unidos existen infracciones penales – *infractions or petty misdemeanor*-, que son el más bajo nivel de la actividad criminal

conductas de poca gravedad y muchas veces masificadas en interés del trabajo de las administraciones. No solo porque en el DPI se trata de conductas muy graves, sino porque los organismos internacionales penales tienen un mayor grado de responsabilidad, al ser constituidos por una pluralidad de Estados. Los casos deben configurarse dentro del contexto de respeto a los principios de derechos humanos, particularmente el respeto al principio de culpabilidad y sus subprincipios. Igualmente, en la adopción de teorías o leyes en los sistemas de DCE tampoco sería admisible conculcar los derechos humanos aplicando concepciones que se reduzcan a cumplir la voluntad del legislador o a obtener la eficacia del sistema, eliminando la prueba de la responsabilidad subjetiva.

Lo relevante para el principio de culpabilidad como derecho humano es que la conducta sea realizada por un sujeto capaz y atribuible a la voluntad del sujeto y que la pena se imponga por una causa aportada por éste y de manera proporcional.

En conclusión, el principio de culpabilidad es un derecho humano que deriva de un Estado democrático de derecho, en el que se respetan la libertad del sujeto y su dignidad personal; lo que solo puede lograrse rechazando la responsabilidad objetiva del imputado y exigiendo conforme el principio de inocencia, comprobar su responsabilidad subjetiva. Su carácter universal vigente en la conciencia de los habitantes del mundo, por ser reconocido por muchas legislaciones de infinidad de países, así como en la jurisprudencia, especialmente, de los tribunales de derechos humanos y la necesidad de su existencia para asegurar una protección más concreta para los sujetos, le dotan de esa naturaleza de derecho humano imprescindible. En el caso de los tribunales penales internacionales, estos asumen las responsabilidades de los Estados que los crearon y teniendo el principio rango de derecho humano, y por lo tanto perteneciente al derecho público internacional existente en la conciencia de la comunidad internacional –*ius cogens*-, son obligados todos los individuos y particularmente los que tienen el *Ius Puniendi*. El principio además

castigados sin prisión, como las conductas indebidas en el tráfico que son sancionadas con multas. Además, existen los delitos administrativos –*administrative crimes*- que son delitos creados por agencias del gobierno federal o de los Estados, por ejemplo, regulaciones de la administración federal de aviación, que imponen sanciones penales por violación a esas reglas. Esta última clase de delitos se crean por delegación del Congreso o de las legislaturas estaduales, siguiendo una guía específica. Está respaldada por la sentencia de la Corte Suprema en el caso U.S. v. Grimaud, que sostuvo que el Congreso podía delegar a una agencia administrativa, el poder para hacer regulaciones e imponer su cumplimiento mediante sanciones penales.

permite a las víctimas obtener de los tribunales su derecho de protección y derecho a la verdad.

2. Obligaciones de respetar, promover y proteger los derechos humanos en el derecho penal internacional

Aunque las obligaciones que tienen los Estados, organismos y sujetos que ejercen poder equivalente, se resumen en estos conceptos de respetar, promover y proteger (R2P), en realidad se está haciendo referencia a más deberes, como son, promover, prevenir, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

El respeto a estas normas en términos generales es tener en consideración o aplicar los derechos humanos, pero se traduce en el cumplimiento de las normas mediante conductas positivas para otorgar la prestación de determinado derecho humano o absteniéndose de poner en peligro o causar perjuicio a los derechos.[224] El respeto consistiría en el compromiso del Estado de no violar por acción o por omisión, directa o indirectamente los derechos humanos. [225]

En términos ordinarios, promover significa "impulsar el desarrollo o la realización de algo"[226], pero las obligaciones del Estado y demás obligados no se limitan a realizar conductas propias para mejorar los derechos humanos, también deben inducir, estimular o fomentar acciones de terceros para favorecer esos derechos y además están obligados a "desarrollar las acciones que remuevan los obstáculos que impiden el desarrollo de los

[224] NASH ROJAS, C., *El Sistema Interamericanos de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos*, Editorial Porrúa, México, 2009. Pág.30.

[225] GROS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991. Pág.65.

[226] https://dle.rae.es/promover?m=form (Último acceso a las 18:45 del 09.05.2022)

derechos, por todos los medios que están a su alcance dentro de su ámbito competencial".[227]

La protección de los derechos humanos significa que el Estado u otro sujeto internacional obligado, debe evitar ante una amenaza o riesgo que las personas bajo su tutela sufran perjuicios o se les impida disfrutar de sus derechos humanos.[228] Lo que resalta en el concepto es la situación de amenaza que existe, para diferenciarlo de la prevención a la que nos referiremos adelante en que la amenaza todavía no ha ocurrido. La protección puede ocurrir en favor de víctimas, combatientes, heridos, enfermos, náufragos, población civil, etc. También dentro de las obligaciones de proteger está la colaboración para capturar, extraditar o ejecutar la pena.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, implica organizar toda la estructura del ejercicio del poder público, para que sea eficaz en su propósito.[229] Sobre el deber de garantía, se ha dicho que en el plano jurisdiccional consiste en brindar recursos efectivos, si son violados, esto es, mecanismos para investigar, juzgar, sancionar y reparar.[230] Pero la garantía también implica crear medios no judiciales, apropiados para alcanzar la realización de los derechos.

Cuando se habla de las obligaciones de garantizar, se puede entender que se trata de acciones de aseguramiento, estableciendo los mecanismos que más allá de una protección formal, se trate de esfuerzos serios y efectivos para el cumplimiento de los derechos

---

[227] NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, México, 2010. Pág.91. http://public.ebookcentral.proquest.com/choice/publicfullrecord.aspx?p=3190431. (Último acceso a las 9:00 del 07.05.2022)

[228] NIKKEN, PEDRO, «La Protección De Los Derechos Humanos: Haciendo Efectiva la Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010. Pág.78, entiende por protección de los derechos humanos en la jurisdicción interna la actividad de los órganos del Estado enderezada a atender las violaciones o amenazas de esas violaciones. En ese ámbito, a su vez, puede distinguirse entre la protección judicial de los derechos humanos y su protección por medios no judiciales.

[229] RODRIGUEZ PINZON, DIEGO, MARTÍN, CLAUDIA y OJEA QUINTANA, TOMÁS, *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*, BID, Washington, 1999. Pág. 24.

[230] OLLÉ SESÉ, MANUEL, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008. Pág.253.

cuando son perjudicados. Dentro de tales acciones de garantía están las de vigilar, investigar, someter a proceso, sancionar, reparar, evitar efectos ulteriores, etc.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que para garantizar los derechos humanos, se deben remover los obstáculos que impidan su cumplimiento. Dentro de las obligaciones específicas de los Estados están las de asegurar la vigencia de las normas internacionales en su territorio. [231]Asimismo, en diferentes sentencias ha establecido que el Estado, conforme el artículo 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tiene la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno para garantizar los derechos en ella consagrados.[232] Esta obligación, *mutatis mutandis*, puede aplicarse a los creadores de la normativa penal internacional, según la cual deben promover y aprobar normas que hagan efectivos los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, así como remover cualquier obstáculo material o jurídico, lo que incluye proveer de recursos materiales a las instituciones de justicia, suscribir convenios internacionales para facilitar la aplicación de normas conforme los derechos humanos, promover educación en la materia, informar adecuadamente sobre el respeto de los derechos humanos en los procesos, etc.

La obligación de prevenir consiste en realizar las acciones necesarias para que no se produzcan amenazas o riesgos a los derechos humanos. Las tareas a realizar pueden consistir tanto en medidas educativas, informativas, normativas, de aplicación de la ley o de cumplimiento de condenas.

De los Artículos 1 y 55 (3) de la Carta de Naciones Unidas se deriva el propósito de dicha organización para realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del

[231] Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de noviembre de 2015, 12 Casos Guatemaltecos. Supervisión de cumplimiento de sentencias respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. El Estado "debe remover todos los obstáculos y mecanismos de hecho y derecho que mantienen […] la impunidad" en los casos Blake, Bámaca Velásquez, Panel Blanca; Molina Theissen, Mack Chang, Maritza Urrutia, Carpio Nicolle, Tiu Tojín, Masacre de las Dos Erres, Chitay Nech y Niños de la Calle. Se declaró que es fundamental que el Estado tome en cuenta los criterios indicados por la Corte y remueva todos los obstáculos normativos, institucionales y fácticos que mantienen la impunidad en estos casos. Párrafo 40 a).

[232] Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, Caso Contencioso. Fondo, Reparaciones, Costas. Sentencia del 29/05/2014. Serie C. N. 279, párrafo 175.

respeto a los derechos humanos y la promoción de estos; lo que implica que los organismos creados por la misma sirvan a tales propósitos.[233] Dentro de esas instituciones creadas por la ONU están los tribunales penales internacionales, los cuales por extensión deben asumir las responsabilidades en esta materia. [234]

El Art. 56 de la misma CNU dispone que todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55. De ahí se entiende que las actividades de desarrollo y estímulo del respeto y la promoción de los derechos humanos son obligaciones de los Estados que deben desarrollar conjunta o separadamente con la ONU. La creación de organismos bajo una normativa respetuosa y garantista de los derechos humanos es entonces un compromiso de los Estados y de la ONU.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos se evidencia que las obligaciones de respetar los derechos humanos no corresponden solo a los Estados[235], pues el artículo 30, dirige su mensaje de prohibición de actos tendientes a la supresión de derechos humanos también a grupos o personas.[236] Esto es demostrativo del carácter *erga omnes* que tienen los derechos humanos y las responsabilidades personales que asumen los involucrados en sus violaciones y, entre otros, los miembros de organismos de la justicia penal universal.

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, reitera los compromisos para los organismos internacionales además de los Estados, cuando en el punto 3 de la Parte II A, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos expresa que reconoce que los

---

[233] https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text (Último acceso a las 04:00 del 09.05.2022)

[234] Sobre la responsabilidad internacional de sujetos distintos a los Estados, consultar CLAPHAM, ANDREW, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, New York, 2006.

[235] La "Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos", adoptada por la Asamblea General en 1998, por medio de la Resolución A/RES/53/144 de la Asamblea General, expresa que todos tenemos una función que desempeñar como defensores de esos derechos, y destaca la existencia de un movimiento mundial en el que todos estamos inmersos. https://www.ohchr.org/es/special-procedures/sr-human-rights-defenders/declaration-human-rights-defenders (Último acceso a las 17:05 del 09.05.2022)

[236] https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights (Último acceso a las 04:02 del 09.05.2022)

organismos especializados, órganos del sistema de la ONU y organizaciones intergubernamentales que trabajan en el campo de los derechos humanos, desempeñan un papel esencial en la promoción de los de los derechos humanos.[237]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en sus considerandos, que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos. Asimismo sostiene que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.[238]

El PIDCP plantea el deber de los individuos frente a otros y la sociedad, para que se hagan efectivos los derechos. Los individuos deben ser entendidos en sentido amplio, como aquellas personas naturales o jurídicas y grupos que tengan capacidad de actuación. En la medida en que su poder o competencias sean amplias, sus obligaciones serán mayores.
Además el Artículo 2 del PIDCP obliga a los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos y a adoptar las medidas para hacer efectivos tales derechos. Particularmente atribuye a los Estados el deber de garantizar un recurso efectivo para las personas cuyos derechos hayan sido violados.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Art.1 (1) establece la obligación de respetar los derechos humanos. Esto se cita en el caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia del 29 julio de 1988, serie C, No 4, Párrafo 164. También en el caso Masacre del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador, sentencia del 25 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), se expresó que en lo que se refiere al artículo 7 de la Convención, consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. Esos límites se aplican a los instrumentos de control estatales, uno de los cuales es la detención. Dicha medida debe estar en concordancia con las garantías reconocidas en la Convención, siempre y cuando su

[237] https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement (Último acceso a las 19:45 del 05.06.2022)

[238] https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf (Último acceso a las 06:08 del 09.05.2022)

aplicación tenga un carácter excepcional y respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 1 lleva por título **"**Obligación de respetar los derechos humanos", prescribiendo que las partes del convenio reconocen a toda persona los derechos y libertades definidos en el Título 1 del presente Convenio.

La Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos plantea en su preámbulo, que los derechos humanos derivan de los atributos de los seres humanos, lo cual justifica su protección internacional, y que la realidad y el respeto de los derechos de los pueblos, deberían necesariamente garantizar los derechos humanos. Asimismo el disfrute de derechos y libertades también implica el cumplimiento de deberes por parte de todo y que están firmemente convencidos de su deber de promover y proteger los derechos y libertades humanos El Artículo 1 de dicho instrumento determina que los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, reconocerán los derechos, deberes y libertades contemplados en esta Carta y se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otra índole con el fin de llevarlos a efecto.

No obstante que en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, la Declaración de El Cairo de los Derechos Humanos en el Islam, la Carta Árabe de Derechos Humanos 2004 y otras normativas internacionales, no hay una referencia expresa a la necesidad de comprobar la responsabilidad subjetiva o respetar el principio de culpabilidad de las personas sujetas a proceso penal, se han ido desarrollando los principios por los autores de derecho y excepcionalmente por una parte de los Estados, que en su legislación y jurisprudencia interna o doméstica, exigen establecer la responsabilidad subjetiva para poder imponer penas.

Pero las obligaciones internacionales no solo derivan de normas generales de derechos humanos, también proceden de normativas específicas. Todas las normativas, tanto generales como específicas, tienen trascendencia en el derecho penal internacional, cuando en el caso concreto existen sujetos de protección u obligaciones que debieron ser cumplidas por los sujetos acusados, sus Estados o deben ser observadas por los tribunales.[239]

[239] Sin que agotemos la lista, podemos mencionar como normativas específicas las siguientes: La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, suscrita en París, el 9 de diciembre de 1948; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, firmada en Nueva York, el 7 de marzo de 1966 y su Enmienda al artículo 8 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, suscrita en Nueva York, el 15 de enero de 1992; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmada en Nueva York, el 10 de diciembre de 2008; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966; la Convención sobre la no Aplicabilidad de las Limitaciones Legales a los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad, suscrita en Nueva York, el 26 de noviembre de 1968; la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, firmada en Nueva York, el 30 de noviembre de 1973; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, firmada en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979; la Enmienda al artículo 20, párrafo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, suscrita en Nueva York, el 22 de diciembre de 1995; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, firmado en Nueva York, el 6 de octubre de 1999; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrito en Nueva York, el 10 de diciembre de 1984; las Enmiendas a los Artículos 17 (7) y 18 (5) de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmado en Nueva York, el 8 de septiembre de 1992; el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, suscrito en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002; la Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes, firmada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1985; la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989; la Enmienda al artículo 43 (2) de la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada en Nueva York, el 12 de diciembre de 1995; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados, suscrito en Nueva York, el 25 de mayo de 2000; el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, firmado en Nueva York, el 25 de mayo de 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones., suscrito en Nueva York, el 19 de diciembre de 2011; el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Destinado a la Abolición de la Pena de Muerte, firmado en Nueva York, el 15 de diciembre de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, suscrito en Nueva York, el 18 de diciembre de 1990; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, suscrito en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006 y; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, firmada en Nueva York, el 20 de diciembre de 2006.

Además, hay que anotar que existen una serie de órganos encargados de asegurar el cumplimiento de las normativas internacionales de derechos humanos y mecanismos de denuncia, supervisión y control.

Dentro del sistema universal o el sistema de Naciones Unidas, existen órganos como el Consejo de Derechos Humanos, comités, relatores especiales y grupos de trabajo, a los que se les atribuyen ciertas áreas de control. Asimismo, existen mecanismos establecidos normativa e institucionalmente para darle curso a denuncias, un Examen Periódico Universal (EPU)[240] y procedimientos para las actividades de los relatores y grupos de trabajo.

Los órganos de los tratados o comités son los siguientes: Comité de Derechos Humanos (CCPR), con competencia sobre violaciones de derechos civiles y políticos reconocidos en el PIDCP; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR); Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD); Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW);Comité contra la Tortura (CAT) y Subcomité contra la Tortura; Comité sobre los Derechos del Niño (CRC); Comité sobre Trabajadores Migratorios (CMW); Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD) y Comité contra la Desaparición Forzada de Personas (CED).

En el sistema europeo, son órganos de protección el Tribunal Europeo de DDHH (TEDH), el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) y la Comisión Europea.

El sistema interamericano tiene como órganos de protección a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
Por su parte, el sistema africano ha creado los siguientes órganos: la Corte Africana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos.

[240] El Grupo de Trabajo designado por el Consejo de Derechos Humanos se reúne anualmente en Ginebra, por un período de aproximadamente seis semanas, para considerar su agenda para el año y evaluar la situación de los derechos humanos en todo el mundo. Las resoluciones son aprobadas durante la reunión de la CDH que reflejan la opinión de la comunidad internacional sobre estos asuntos. Ver: https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/upr/upr-main (Último acceso a las 11:00 del 23.06.2022)

Toda esta estructura internacional y regional permite no solo tomar medidas en favor de las víctimas, sino ayudar a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, por medios pacíficos.

Derivadas de la normativa internacional de los derechos humanos, surgen obligaciones generales para los Estados y para cualquier ciudadano u organismo que ejerza poder delegado o consentido por los Estados, y grupos con poder equivalente a los Estados, como son Promover, Respetar, Proteger y Garantizar los derechos humanos.

Adicionalmente existen obligaciones específicas. Ante violaciones a los derechos humanos existen los siguientes deberes: Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar. Estas obligaciones específicas imponen deberes al Estado para prevenir e investigar crímenes internacionales, que constituyen al mismo tiempo violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos, sancionarlos y reparar los perjuicios a las víctimas y a la sociedad. Cuando el Estado obligado internacionalmente no tiene capacidad o voluntad de cumplir esas obligaciones, se entiende que la intervención de los tribunales penales internacionales son medios pacíficos para auxiliar a los Estados en sus deberes. Este tema se tratará en el siguiente apartado.

Particularmente todas estas obligaciones deben cumplirse por los Estados y organismos internacionales para crear la normativa e instituciones de la justicia universal. Dentro de los deberes está la obligación de respetar y proteger el principio de culpabilidad, el cual deriva de otros derechos que son también responsabilidad de los Estados o aquellos que ejercen poder equivalente o delegado.

Así la introducción de delitos de responsabilidad objetiva en el Estatuto de la CPI, sería contrario a la obligación de respetar el principio de culpabilidad como derecho humano. Incluso una violación al deber de promover este principio, sería la omisión de crear la normativa adecuada para que el concepto tenga aplicabilidad en la justicia de los tribunales penales internacionales.

Para proteger y garantizar los derechos humanos, como el de acceso a la justicia y reparación para las víctimas es obligación de los Estados y organismos internacionales correspondientes, crear o modificar la normativa e instituciones correspondientes, con el

objeto de brindar protección efectiva a las potenciales personas afectadas por los delitos y que se asegure su cumplimiento en la realidad. Igualmente, las potenciales personas naturales sometidas a proceso, deberán ser protegidas en su derecho a la responsabilidad subjetiva y culpabilidad con una normativa adecuada y garantizar que tales derechos se cumplan en la realidad o sean efectivos. Como ya habíamos afirmado en el primer número de este capítulo, las víctimas también son beneficiarias del cumplimiento del principio de culpabilidad.

Los derechos humanos no tienen un solo destinatario y deben garantizarse a todos los intervinientes en la justicia universal, aunque a primera vista solo percibamos al imputado como sujeto preponderante de la aplicación de sus normas.

Una normativa adecuada y un proceso justo que aseguren los derechos de las víctimas y acusados, son medios de protección y prevención de futuras conductas violatorias de los derechos humanos. Particularmente el respeto al principio de culpabilidad asegurará que los responsables sean los que realizaron los actos voluntarios y que las víctimas encuentren satisfacción en la verdad judicial comprobada y sanción de los verdaderos responsables.

En los procesos penales, tanto las víctimas como la sociedad en general están interesadas en que se identifique a los autores y partícipes, no solo como causantes materiales del delito, sino como los sujetos que intervinieron con alguna manifestación de voluntad y que de acuerdo con el grado de esa voluntad asumida, se aplique la pena correspondiente. Esto tiene importancia para el cumplimiento de los derechos humanos. Lo primero se enmarca dentro del derecho a la verdad y lo último con respecto a la tutela judicial efectiva.

La creación de normativas que promuevan, respeten y garanticen los derechos humanos, es entonces un compromiso de los Estados y de organismos internacionales como la ONU.

En la tarea de proteger a las poblaciones en sus derechos humanos, no es admisible la utilización de conceptos relativos a la *mens rea* que constituyan una violación de Derechos Humanos, bajo el pretexto de que la adopción de esos criterios, permiten encontrar ideas comunes entre diversos sistemas de derecho en el mundo, facilitando la

acción de la justicia. Aunque por razones prácticas esas concepciones aparentemente permitan alcanzar mayor número de casos resueltos, su utilización no es permisible a los sujetos que detentan el *Ius Puniendi.* Por ejemplo, si se adoptara una idea de responsabilidad subjetiva en la que se presume la intención o se aplica la responsabilidad objetiva, puede ocurrir que muchos casos sean resueltos o condenados, pero con menos eficacia en cuanto a determinar la responsabilidad y el grado de la misma, lo que en todo caso sería a costa de sacrificar el principio de culpabilidad.

Menos justificación podrá tener para los países suscriptores del Estatuto de Roma o los organismos internacionales con *Ius Puniendi*, legislar o mantener normas en las que se rechace el principio de culpabilidad; pues si existe una serie de disposiciones específicas en el Estatuto de Roma sobre la obligación de interpretar y aplicar el mismo, conforme a las concepciones de derechos humanos (Art.21 3), practicar pruebas respetando los derechos humanos (69 7) y exigir que los jueces tengan competencia en materia de derechos humanos (36 3 b ii), no sería coherente actuar de manera distinta en otros ámbitos internos o internacionales.

Es cierto que entre los juristas de los diversos sistemas existen muchas diferencias de criterio y que no siempre es fácil llegar a puntos de encuentro; pero sus conceptos deben ser coherentes con respecto a la observancia de los Derechos Humanos.

El *Ius Puniendi* que corresponde no solo a los aplicadores de la ley, sino a los creadores de la misma, entraña responsabilidades de promoción, protección y garantía de los derechos humanos; de modo que quienes están encargados de legislar sobre la normativa penal internacional, deben observar los derechos humanos, particularmente el principio de responsabilidad subjetiva y de culpabilidad. De ahí que deberán construir reglas generales, principios y tipos penales en los que la responsabilidad subjetiva sea desarrollada conforme esas pautas o estándares de los Derechos Humanos.

En consideración a las características de los derechos humanos[241], el titular del *Ius Puniendi* debe abordarlos en su conjunto, respetando la totalidad de tales derechos,

[241] VÁSQUEZ, LUIS DANIEL y SERRANO, SANDRA, *Los principios de universidad interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.https://pensamientopenal.com.ar/doctrina/36367-

debiendo integrar como beneficiarios al mayor número de sujetos y avanzar en su fortalecimiento y amplitud. Recordemos que la indivisibilidad de los derechos humanos, consiste en que están unidos como un conjunto que no puede ser fragmentado. Conforme su interdependencia, están entrelazados o interconectados entre sí, de tal manera que el perjuicio a uno de ellos provoca la afectación de otros. La universalidad de los derechos humanos consiste en el reconocimiento igualitario de los derechos humanos a todas las personas sin discriminación y la progresividad exige la evolución de los derechos y su mejoramiento para incluir mayores contenidos en beneficio de los individuos.[242]

Desde luego que tal relación de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, no debe causar la pérdida de la identidad propia de cada derecho, ni desnaturalizar su contenido o inhabilitar la aplicabilidad y alcances específicos que pueda tener.

Como expresamos atrás, existen una serie de derechos especialmente interconectados al principio de culpabilidad, tales como la seguridad jurídica, inocencia, legalidad, libertad y dignidad.

Para que los legisladores del derecho penal internacional cumplan con el derecho a la seguridad jurídica se requiere que respeten las reglas de derechos humanos preexistentes, para dar confianza a las personas de que sus derechos les serán reconocidos tal y como se ha previsto por las diversas fuentes del derecho penal internacional. Los elementos que componen una infracción penal deben redactarse con claridad, de modo que una persona pueda predecir las acciones por las que se le puede exigir responsabilidad penal y produzcan confianza de que le que serán aplicadas en la forma prevista.

---

principios-universalidad-interdependencia-individualidad-y-progresividad-apuntes-su (Consultado a las 02:30 del 05.06.2022)

[242] La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, en el punto 5 de la Parte I, expresó: "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".

El principio de inocencia requiere que exista actividad probatoria mínima pero adecuada, a cargo de la acusación y particularmente establecer la responsabilidad personal y subjetiva.

El cumplimiento del principio de legalidad tiene algunas particularidades en el derecho penal internacional, en el que las expresiones normativas normalmente no son leyes secundarias formales del derecho interno[243], sino tratados internacionales, resoluciones internacionales, costumbre internacional u otras como los principios del derecho internacional. Como es natural, el derecho internacional no tiene una autoridad legislativa central, sino que diferentes sujetos del derecho internacional crean las normas. Así un conjunto de Estados, a través de sus representantes crean un tratado o convenio internacional que contiene normas penales internacionales. Como así sucedió en el Estatuto de Roma. También puede suceder que se tome una resolución por sujetos del derecho internacional, que constituyen órganos creados por una pluralidad de Estados, que tenga trascendencia para el derecho penal internacional. Por ejemplo, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas acordó crear los tribunales internacionales de la Ex Yugoslavia y Ruanda.

Cuestión que se descarta es la posibilidad de que los creadores de normativas internacionales, creen delitos mediante simples declaraciones, acuerdos, reglamentos u otras expresiones normativas que no tengan un grado superior de formalidad, que por sus características carezcan de la representatividad necesaria, carácter obligatorio o que tengan escasa difusión internacional. Otro tipo de efectos será posible reconocerlos en estas normas, como pruebas de reconocimiento oficial, interpretaciones, etc.

Tradicionalmente por el principio de legalidad se ha requerido que la ley sea previa, escrita, cierta y estricta. El carácter previo requiere que la ley sea anterior a los hechos, por lo tanto se prohíbe la retroactividad de la ley; escrita significa que se haya expresado mediante símbolos escritos que tengan significados comprensibles en un soporte material;

[243] Excepcionalmente el derecho interno podría tener relevancia como fuente de creación de normas del derecho penal internacional, por ejemplo, cuando aquél contiene una expresión normativa doméstica que reconoce hechos, derechos u obligaciones que tienen relevancias internacionales.

cierta, que sea taxativa o determinada[244] en sus contenidos expresando con precisión todo lo necesario para explicar la conducta y estricta, que la ley solo se aplique dentro de un alcance determinado, para específicos hechos, prohibiendo la analogía.

Sin embargo, en el derecho penal internacional se pueden presentar ciertas diferencias, especialmente con respecto a la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional.

La costumbre internacional, a diferencia de lo que ocurre en el derecho interno, puede dar origen a normas penales internacionales. [245] Si bien en los Estados se requiere que la ley sea previa, escrita, cierta y estricta, en el derecho penal internacional el requisito de ser escrita no es condición para cumplir con el principio de legalidad, al admitir la costumbre internacional. En lo que respecta al requisito del surgimiento anterior a los hechos de la normativa y la determinación de la conducta prohibida, toda vez que temporalmente la costumbre sea previa y se describa lo suficientemente clara para tener certeza de su contenido, será aceptada como fuente del derecho penal internacional. De ahí que existe una formulación diferente entre el principio de legalidad interno, para el derecho doméstico de cada Estado y el principio de legalidad internacional, aplicable en la legislación penal universal.[246]

En el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el principio de legalidad en el numeral 1. Al expresar que "Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional" y aclara en el numeral. 2, que nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por conductas que fueran delictivas según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad

[244] En el derecho anglosajón se habla del *fair warning* o advertencia justa, para indicar que la ley penal debe contener todo lo necesario para dejar claro a los sujetos el contenido de la conducta y sus consecuencias. El subprincipio de taxatividad o *fair warning*, referido al carácter cierto de la ley, en que debe definirse con claridad y adecuada exhaustividad la conducta prohibida o mandada penalmente y su consecuencia, con el objeto de que el destinatario pueda definir su conducta frente a la misma y tener certeza de los efectos legales, tendría también conexión con el principio de seguridad jurídica.

[245] Ver: OLLÉ SESÉ, MANUEL. Op. Cit. Pág. 151.

[246] Ibídem. Pág.165.

internacional. Es decir, se plantea que puede enjuiciarse y castigarse cualquier hecho reconocido por el derecho interno o internacional, lo que con respecto al derecho penal internacional amplía a diversas fuentes la tipificación de delitos, incluyendo la costumbre internacional.

En el Estatuto de Roma al regular lo referido al principio de legalidad, el Artículo 22 determina que nadie será penalmente responsable a menos que la conducta constituya, un crimen de la competencia de la Corte y que nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del Estatuto. Con ello además de los delitos tipificados en el ER se incluye cualquier otro reconocido por las diversas fuentes del derecho penal internacional.

En cuanto al derecho a la libertad, se debe asegurar por parte de los titulares del *Ius Puniendi* internacional, el respeto a la capacidad de decisión del ser humano, estableciendo delitos en los que la responsabilidad subjetiva sea considerada para aplicar una sanción.

La dignidad como fundamento del principio de culpabilidad requiere considerar al ser humano como un fin y no como un instrumento, por este motivo la ley penal debe redactarse reconociendo el valor de ser humano del posible infractor, no pueden establecerse conductas que solo atiendan al *actus reus*, prescindiendo del *mens rea*, desconsiderando la calidad de persona ni prescribirse penas que socaven la consideración de persona o fijar las penas únicamente por justificaciones de necesidad social.

Para resumir las obligaciones de promover, prevenir, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, en los círculos académicos surgió una expresión que facilita recordarlas: "R2P" que significa "*Responsible to Protect*".[247] Lo cual no significa que a partir del uso de esta frase se consideraba responsable al Estado para cumplir sus obligaciones internacionales. No obstante, la frase comunicaba mejor la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional, pero ya eran conocidas las responsabilidades del Estado frente a su población, demás Estados y la comunidad

[247] La expresión se atribuye a DENG, FRANCIS M. y OTROS. Ver su obra colectiva: *Sovereignty as Responsibility. Conflict Management in Africa*, Brookings Institution Press , Washington DC, 1996.

internacional, sin que aquél pueda alegar que otros sujetos del derecho internacional, están impedidos de realizar actos de injerencia sobre sus decisiones soberanas o su territorio, pues las obligaciones derivadas de las normativas de derechos humanos, también competen a la comunidad internacional o a otros Estados, en caso de incumplimiento.

Precisamente, el 16 de septiembre de 2005, los jefes de Estado y de Gobierno, reunidos con motivo de la Cumbre Mundial 2005 en el marco de la Asamblea General, aprobaron por unanimidad los principios que conforman la Responsabilidad de Proteger (R2P, según sus siglas en inglés). En el párrafo 138 del documento final de la Cumbre Mundial 2005 (A/RES/60/1), se enfatiza que cada Estado es responsable de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad. Esto conlleva medidas apropiadas de prevención. En el documento final también se reafirma que la comunidad internacional debe alentar y ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad. En el párrafo 139, se reconoce la responsabilidad de la comunidad internacional con respecto a la utilización de los medios diplomáticos, humanitarios y otros medios pacíficos apropiados, por medio de las Naciones Unidas, de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta, para ayudar a proteger a las poblaciones de los crímenes internacionales. Si los medios pacíficos resultan inadecuados, estas actuaciones pueden consistir en medidas coercitivas, como las sanciones y, en última instancia, el uso de la fuerza militar.[248]

2.1 Obligación de respetar y proteger los derechos humanos por los tribunales penales internacionales

El deber de garantizar los derechos en el campo jurisdiccional también se entiende como una obligación de los tribunales penales internacionales. Así como los Estados tienen la obligación de investigar seriamente, enjuiciar y sancionar a los responsables, los órganos jurisdiccionales internacionales una vez se hayan cumplido los requisitos que lo facultan

[248] OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y UNIÓN PARLAMENTARIA, *Manual para Parlamentarios*, N° 26., Ginebra, 2016. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf (Último acceso a las 5:41 del 10.05.2022)

para actuar, deben tomar las acciones necesarias para combatir la impunidad y descubrir la verdad. Por ejemplo, en el caso de la Corte Penal Internacional, dado su carácter de intervención complementaria, deberá intervenir una vez se demuestre en un plazo razonable la incapacidad o falta de voluntad del Estado competente.

Esos tribunales asumen los deberes mencionados, desarrollando todas las acciones que estén a su alcance para prevenir los delitos internacionales, lo que podría hacerse a través de conductas ejemplares de investigación y sanción de los responsables, que cumplan con las funciones de prevención general, al causar inhibición psicológica en los ciudadanos o prevención especial que evite que los condenados vuelvan a cometer tales delitos.

Los tribunales penales internacionales como organismos creados o avalados por Naciones Unidas y teniendo obligaciones equivalentes a los Estados en materia de derechos humanos, deben prevenir delitos, lo que dentro de sus competencias se logra mediante una investigación efectiva y una aplicación correcta de la justicia. Además, estos tribunales son medios de solución pacífica para prevenir, proteger o reparar conductas que atenten contra la paz, el derecho internacional humanitario y los derechos humanos
También las actuaciones de los tribunales promueven el cumplimiento de los derechos humanos, ya que al observar la experiencia ocurrida en los tribunales en diferentes casos, se alienta a su respeto por parte de otros potenciales violadores y al ejercicio de acciones por otras víctimas para hacerlos cumplir. La información proporcionada por las instancias judiciales y el correspondiente seguimiento informativo de los casos, fomenta los derechos humanos al educar sobre los mismos a las poblaciones de los Estados y a la comunidad internacional en general.

La investigación y la aplicación de justicia a los hechos sometidos a conocimiento de las instituciones nacionales e internacionales, debe hacerse bajo un compromiso serio, en el que se evidencie una voluntad verdadera por alcanzar la verdad y sancionar a los que resulten responsables.

No solo deben interpretarse las normas sustantivas o de procedimiento penal conforme los parámetros de derechos humanos, sino también aplicar y hacer efectivos los derechos humanos. Por ello éstos deben observarse en la construcción de los conceptos de responsabilidad subjetiva y en la aplicación práctica de los mismos. Remarcamos la

obligación de respetar los derechos humanos, derivada del Estatuto de Roma[249], en atención a lo cual la Corte Penal Internacional debe cumplir con esa atribución con respecto a la responsabilidad subjetiva, tanto en la conceptualización como en su puesta en práctica.

Así por ejemplo, por el principio de culpabilidad se debe establecer la responsabilidad subjetiva del acusado conforme los actos voluntarios que ha realizado y por el principio de presunción de inocencia debe producirse prueba mínima, para comprobar esa actuación subjetiva en un crimen internacional.

Los derechos humanos no solo deben ser inspiradores, sino que deben estar presentes en toda elaboración o interpretación de conceptos jurídicos, debiendo descartarse aquellos que no cumplan con esta perspectiva. Por ejemplo, cuando en la concepción del derecho anglosajón, la prueba de las *defences*[250]está a cargo de la defensa, se viola con ello el derecho de presunción de inocencia y esta concepción debe ser descartada en la resolución de casos de delitos internacionales.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció el alcance de esta garantía, expresándola en tres elementos: 1) La suficiencia de prueba para fundar cualquier tipo de restricción a derechos; 2) El principio acusatorio, según el cual, la carga de la prueba corresponde a quien acusa, así que se viola la presunción de inocencia cuando en una sentencia presume la culpabilidad del imputado al requerir que sea éste quien demuestre que era inocente; y 3) La búsqueda de la verdad de los procesos, por eso aquellos casos en los que el imputado ya es tratado como culpable antes de la sentencia, y el proceso sólo se encamina a demostrar la responsabilidad del acusado, violan el Pacto.[251]

---

[249] Art. 21 número 3 del Estatuto de Roma: "La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición".

[250] HERRING, J. Op. Cit. Pág,117, con referencia al derecho inglés, relata que el acusado tiene la carga de la prueba para aportar evidencia sobre alguna causa que excluya su responsabilidad.

[251] FERRER ARROYO, FRANCISCO JAVIER, «El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Jurídica*, año 2014 número 1, Universidad de Palermo.

El TEDH en diferentes sentencias ha reiterado que el principio de presunción de inocencia exige que los miembros del tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito imputado: la carga de la prueba recae en la acusación y cualquier duda será favorable para el acusado. No puede invertirse de la acusación a la defensa, la carga de la prueba. Corresponde a la acusación indicar al encausado las pruebas en su contra, para preparar y presentar su defensa. La acusación también debe proporcionar pruebas suficientes para fundar una declaración de culpabilidad. El principio se deriva de la noción general de proceso equitativo en el sentido del artículo 6.1 del CEDH y debe tenerse en cuenta en cualquier evaluación de la equidad de los procedimientos en su conjunto. Los comentarios o expresiones prematuras por parte del tribunal o de otros funcionarios públicos de la culpabilidad de un acusado viola el principio de inocencia.[252] No obstante, el TEDH considera que este derecho no es absoluto en un sistema jurídico que prevea presunciones de hecho o de derecho, que no estén prohibidas, en principio, por el Convenio. [253] Asimismo, los Estados parte pueden, en ciertas condiciones, penalizar un hecho material u objetivo, ya proceda o no de una intención delictiva o de una negligencia[254]. El artículo 6.2 obliga a los Estados a utilizar estas presunciones dentro

Buenos Aires, 2015. Pág. 172. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N1_06.pdf (Último acceso a las 23:00 del 14.03.2022). Ver también los siguientes casos de la CIADH: García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2005, párr. 160; Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 184 (Párr. tomado por la Corte de su par europea en el caso del TEDH Barberá, Messegué y Jabardo Vs. España); Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 119; Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77; López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 128 y; Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No 111, Párrafo 204.

[252] Barbera, Messegué y Jabardo c. España, párrafo 77; Telfner c. Austria, párrafo 15, Janosevic c. Suecia, párrafo 97, Capeau c. Bélgica, párrafo 25, Phillips c. Reino Unido, párrafos 39-40; Grayson y Barnham c. Reino Unido, párrafos 37 y 39, Navalnyy y Ofitserov c. Rusia párrafo 96, Karaman c. Alemania párrafo 41, Doorson v. the Netherlands, parráfo 70, Gäfgen c. Alemania, párrafos 162 y 175, Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido párrafo 118, Khodorkovskiy y Lebedev contra Rusia, párrafo 743, Daktaras c. Lituania, párrafo 41, Janosevic v. Sweden, párrafo 96, Allen v. the United Kingdom, párrafo 93 y Butkevičius c. Lituania, párrafo 49 .

[253] Falk c. Países Bajos (declaración de inadmisibilidad.).

[254] Salabiaku c. Francia, párrafo 27 y Janosevic c. Suecia, párrafo 100.

de unos límites razonables, teniendo en cuenta la gravedad del caso y preservando los derechos de defensa. [255]

En los países europeos hay además pronunciamientos que tienen relevancia jurídica y que se han referido al principio de culpabilidad. Tal es el caso de la "Resolución del Parlamento Europeo, del 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal (2010/2310(INI)) (2013/C 264 E/02"[256], en la que se expresa que cada Estado miembro tiene sus propias particularidades, y que los aspectos fundamentales del derecho penal deben seguir siendo competencia de los Estados miembros; considerando que la armonización del derecho penal en la UE debe contribuir al desarrollo de una cultura jurídica europea común, en lo relativo a la lucha contra la delincuencia, generando confianza mutua, para constituir un derecho penal con un sistema legislativo coherente dirigido por un conjunto de principios fundamentales y normas de buena gobernanza en un marco de pleno respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros convenios internacionales sobre derechos humanos y tomando en cuenta que "la legislación penal de la UE solo debería, como norma general, fijar penas para actos que se hayan cometido intencionadamente o, en circunstancias excepcionales, que impliquen negligencia grave, y que debe basarse en el principio de culpabilidad individual (*nulla poena sine culpa*), aunque en determinados casos puede estar justificado contemplar la responsabilidad de las personas jurídicas para determinados tipos de delitos.." [257]

En dicha resolución el Parlamento Europeo indicó que las propuestas de disposiciones de derecho penal sustantivo de la Unión Europea deben adecuarse al pleno respeto de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad; que el derecho penal debe respetar los derechos fundamentales de personas sospechosas, acusadas o condenadas y reconoce la importancia de los principios generales que rigen el derecho penal, como el principio de culpabilidad individual (*nulla poena sine culpa*) por el que solo se fijan penas para actos

[255] Salabiaku c. Francia, párrafo 28, Radio Francia y otros c. Francia, párrafo 24, Klouvi c. Francia, párrafo 41, Janosevic c. Suecia, párrafo 101 y Falk c. Países Bajos, declaración de inadmisibilidad.

[256] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012IP0208&qid=1651678045164&from=ES (Último acceso a las 10:43 del 04.05.2022)

[257] Idem.

que se han cometido intencionadamente o, en casos excepcionales, para actos que impliquen negligencia grave.[258]

Los legisladores europeos, a pesar del respeto expresado para el ámbito de regulación del derecho penal doméstico de cada Estado, evidencian un objetivo definido de armonizar las normas del espacio europeo, respetando los derechos humanos. Lo que probablemente parece ser la forma más adecuada para abordar en el futuro la construcción de un código penal europeo; dado que se ha cimentado una política criminal europea[259] y en la medida en que se produzcan avances en la armonización de las leyes penales de los Estados europeos, se reducen las diferencias de visión en la adopción de instrumentos comunes y solo quedan en el plano de la discusión, los ámbitos de ejercicio de poder de las instituciones.

Por su parte la Comisión Europea en la Directiva 2016/343 declara en su art. 3, capítulo II, que "Los Estados miembros garantizarán que se presuma la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley".

Además, el Art. 6 prescribe sobre la carga de la prueba: "1. Los Estados miembros garantizarán que la carga de la prueba para determinar la culpabilidad de los sospechosos y acusados recaiga en la acusación"[260]. No obstante, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, admitía años antes, ciertas excepciones a la carga de la prueba, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (a) infracciones relacionadas con la responsabilidad objetiva, (b) infracciones en las que se ha invertido la carga de la prueba, y (c) cuando se ha dictado una orden de incautación.[261]

---

[258] Idem.

[259] *EU, Strategy on Criminal Justice*. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/eu-strategy-criminal-justice_en (Último acceso a las 19:20 del 16.07.2022). Para una exposición del tema, consultar: CORRAL MARAVER, NOELLIA, *La política criminal de la Unión Europea*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid, 2020.

[260] UE, *Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo*, de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=ES (Último acceso a las 11:00 del 07.10.2022)

[261] COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Libro Verde: La presunción de inocencia, Bruselas, 26.4.2006 COM (2006) 174. Págs. 6-7 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0174 (Consultado a las 11:05 del 07.10.2022)

Consecuentemente, los tribunales penales internacionales deben garantizar los derechos humanos, investigando los hechos para alcanzar la verdad y sancionando a los responsables. Particularmente la coincidencia entre la Directiva de la Comisión Europea y la CADH, en el reconocimiento de la obligación de garantizar la presunción de inocencia, supone hacer esfuerzos porque en el derecho interno y en el derecho internacional se consoliden la obligación de probar los hechos materiales y la responsabilidad subjetiva, removiendo los casos de responsabilidad objetiva.

Examinando la experiencia de los tribunales internacionales, podemos recordar que en los Estatutos de los tribunales de Núremberg y de Tokio, si bien se expresa que se harán juicios justos, no hay referencia a la obligación de respetar los derechos humanos dentro de los procesos, no obstante que ya en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, había menciones escritas sobre los derechos de los acusados. Probablemente influyó mucho la concepción anglosajona de que los derechos de las personas se reconocen mientras no exista ley que los restrinja y porque el concepto de derechos humanos y su aplicación no habían alcanzado la connotación que se produjo después que se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Antes de que esta fuera publicada, todavía no había una consideración de sujeto internacional de los derechos humanos, sino más bien de sujetos nacionales con derechos humanos, pero protegidos por cada Estado de acuerdo a las particularidades de cada realidad doméstica.

En particular, el principio de culpabilidad únicamente estaba asociado a una concepción del derecho penal continental europeo y no a los derechos humanos.

Actualmente se reconocen los deberes de respeto y protección del principio de culpabilidad como derecho humano, por un gran número de países, además de que el principio de culpabilidad se reconoce como un principio general del derecho penal, distinguiéndose en el DCE la culpabilidad como categoría del delito. En términos de obligaciones internacionales, el principio de culpabilidad y otros derechos humanos están a cargo de todos los Estados y los diferentes sujetos internacionales con poder equivalente

a éstos, pero falta mucho camino por recorrer en el desarrollo del concepto como derecho humano.

La falta de desarrollo de ese principio como derecho humano no justificaría la ausencia de acciones de respeto, protección y garantía del mismo por parte de las instituciones de la justicia penal universal; pues los derechos humanos son inalienables, no pueden ser negados a una persona. En todo caso los tribunales penales internacionales han evidenciado en su jurisprudencia el reconocimiento de requisitos de responsabilidad subjetiva y graduación de las penas, congruente con el principio de culpabilidad.

Asimismo, la normativa internacional como sus Estatutos, evidencian las obligaciones existentes en materia de derechos humanos.

El Estatuto del TPIY en el artículo 13 establece dentro de las condiciones que deben reunir los magistrados y su elección, que para integrarlos en las salas se debe considerar su experiencia en derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos.[262] Por su parte el Estatuto del TESL en su artículo 13 prescribe que en la composición general de las Salas se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los jueces en derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos.[263] Asimismo en el artículo 7, se hace referencia a la exclusión de la responsabilidad para menores de 15 años y el tratamiento especial para los menores entre 15 y 18 años conforme a los estándares de derechos humanos.[264]

---

[262] **Artículo 13**

Condiciones que han de reunir los magistrados y elección de los magistrados

1. Los magistrados serán personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países respectivos. En la composición general de las Salas se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los magistrados en derecho penal, derecho internacional, inclusive derecho internacional humanitario, y derecho de los derechos humanos.

[263] Artículo 13

Calificación y nombramiento de los jueces

2. En la composición general de las Salas se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los jueces en derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, el derecho penal y la justicia de menores.

[264] **Jurisdicción sobre las personas de 15 años de edad**

El Estatuto del TPIR, en su artículo 12 determina que en la composición de las Salas se tendrá en cuenta la experiencia de los magistrados en derecho internacional humanitario y derecho de los derechos humanos.[265]

En todas las regulaciones de los estatutos de diferentes tribunales penales internacionales, últimamente citadas, existe coincidentemente la exigencia de tomar en cuenta la experiencia de los magistrados en el derecho de los derechos humanos. Probablemente la redacción suponga que solo se toma en cuenta esta experiencia para repartir a los juzgadores en salas; sin embargo, esta interpretación no tendría sentido, si todas las salas deben conocer de la materia de derechos humanos y además se entiende que la experiencia no excluye el dominio teórico de la materia. En consecuencia, para cumplir adecuadamente con las funciones asignadas a dichos organismos es necesario contar con jueces conocedores del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo más común es que se hace referencia a los Estados como sujetos obligados a asegurar y respetar los derechos humanos, pero la naturaleza de estos derechos también exige a otros sujetos del derecho internacional como los organismos internacionales políticos o los tribunales penales internacionales garantizar y observar los derechos humanos. Ese carácter *erga omnes* que poseen éstos, se traduce en que ninguna persona, ya sea natural o jurídica nacional o internacional, privada o pública, puede irrespetar, violentar o ignorar tales derechos y que existe un deber de garantizarlos, cuando se ejerce un poder como el del *Ius Puniendi*.[266]

---

1. El Tribunal Especial no tendrá jurisdicción sobre ninguna persona menor de 15 años en el momento de la supuesta comisión del delito. Si comparece ante la Corte una persona que en el momento de la presunta comisión del delito tenía entre 15 y 18 años de edad, será tratada con dignidad y sentido de valía, teniendo en cuenta su corta edad y la conveniencia de promover su rehabilitación, reinserción y asunción de un papel constructivo en la sociedad, y de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, en particular los derechos del niño.

[265] Artículo 12

Condiciones que han de reunir los magistrados y elección de los magistrados

1. Los magistrados serán personas de gran estatura moral, imparcialidad e integridad que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus países respectivos. En la composición general de las Salas se tendrá debidamente en cuenta la experiencia de los magistrados en derecho penal, derecho internacional, inclusive derecho internacional humanitario, y derecho de los derechos humanos.

[266] La locución latina *erga omnes* significa “para, frente o contra a todos, o ante todos. Se utiliza al referirse a la generalidad o a la totalidad, por ejemplo, en la aplicación de una norma o en la validez de un acto, en

Además, siendo las organizaciones internacionales creaciones inmediatas de Estados o mediatas -cuando intervienen otros organismos a su vez creados por los Estados-, se vuelven extensivas las obligaciones estatales de respetar los derechos humanos para las organizaciones internacionales, como los tribunales penales internacionales.

En cuanto a las normas de derechos humanos que deben aplicarse, partimos de la idea de que estos derechos no requieren codificación, dado que son inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables[267] y forman parte del derecho internacional consuetudinario, al ser una práctica generalmente aceptada como derecho.[268]

cuyo caso será aplicable para todos. En el derecho internacional público se traduce como una característica de las normas, bajo la cual su aplicación es general para los Estados, sean o no parte del instrumento de que se trate. La justificación se basa en que contienen valores esenciales para la comunidad internacional, los cuales son tan importantes que rebasan el consentimiento de los Estados." DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, JESÚS y CONTRERAS BUSTAMANTE, RAÚL, Diccionario Jurídico, Tirant Lo Blanch, México, 2019.

Enlace: https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413364995?showPage=1Pàg.815

[267] ANDREU GALVEZ, MANUEL y DÍEZ SPELZ, JUAN FRANCISCO, «Los derechos humanos libertarios: un producto de la modernidad», en *Derechos Humanos: Perspectivas de Juristas Iusnaturalistas*, HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN A., (coordinador), *Sustento Histórico, Antropológico y Filosófico de los Derechos Humanos*, Tomo I, Tirant lo Blanch, México, 2022. Pág.141, sostiene que las reflexiones que se desprenden de la DUDH reflejan a un nuevo humanismo como despliegue para revalorizar a la persona como bien supremo, en el contexto del derecho internacional y de los derechos nacionales, definiendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como "…aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad". SANTA MARÍA D´ANGELO, RAFAEL, «La persona humana como sujeto y objeto del Derecho Internacional de los derechos humanos», en *Derechos Humanos: Perspectivas de Juristas Iusnaturalistas*, HERRERA FRAGOSO, A. A. Op. Cit. Págs. 257 y 270, también expresa que "lo jurídico no es únicamente el dinamismo formal que se expresa en el derecho positivo, requiere de un complemento necesario que es el derecho natural, el mismo que con sus matices propone unidad y nos permite mayor luz en torno a la justicia, su conexión con el Estado y la Comunidad Internacional". Los derechos humanos pertenecen al derecho natural y algunas de sus características son las siguientes: "i) Lo "natural" comprende una visión integral de la persona humana; ii) Es un derecho no escrito e inherente al ser humano; iii) La ley natural es la medida del Derecho natural; iv) El Derecho Natural es anterior al Estado; v) Es un derecho razonable; vi) Es un derecho con historia y siempre presente en el tiempo". Págs. 257 y 270; GIL RENDÓN, RAYMUNDO, *El control Constitucional y los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2021. Pág.37, afirma que los derechos humanos son aquellas facultades o atributos que poseen todos los seres humanos sin excepción alguna, por razón de su sola pertenencia al género humano.

[268] Así se dispone en el artículo 38, párr. 1, apdo. b), del Estatuto de la CIJ.

Por lo tanto, no es indispensable aplicar el cúmulo de declaraciones y convenciones escritas de esta materia. No obstante, la aplicación de las normas escritas es el mínimo de reconocimiento de derechos, al que están obligados los sujetos que ejercen algún poder sobre las personas.

En el Estatuto de la CPI, se establece en el artículo 36 3 b) lo siguiente: Los candidatos a magistrados deberán tener: ii) Reconocida competencia en materias pertinentes de derecho internacional, tales como el derecho internacional humanitario y las normas de derechos humanos, así como gran experiencia en funciones jurídicas profesionales que tengan relación con la labor judicial de la Corte.

Esta disposición es mucho más clara que la de otras normativas de los tribunales penales internacionales, pues no hace mención a una simple experiencia en derechos humanos ni tampoco parece reducir el objetivo de esa experiencia a una ubicación de los jueces en las diferentes salas. El artículo en comento exige competencia de los candidatos a magistrado, entre otras, en materia de derechos humanos. Además, está planteado como un requisito previo de acceso al cargo.

La exigencia del artículo 36 número 3 b) ii) es también un requisito esencial que ayudará a unificar criterios entre magistrados de diversas formaciones jurídicas, con respecto a la *mens rea* y otros conceptos que deben enmarcarse en la normativa internacional de los derechos humanos.

Por ello, la norma en comento no solo debe ser entendida como un requisito formal de elección, sino también como un atributo que deben tener los jueces que sean parte de la CPI, para que juzguen bajo estándares reconocidos de justicia. Derivaría en un proceso nulo la participación de juzgadores que evidencien, al momento de aplicar o interpretar el Estatuto de Roma, un desprecio, ignorancia o contradicción patente con las normas de los derechos humanos.

A los imputados se les violaría su derecho al Juez Natural, si quien les juzga es un magistrado que desconoce o rechaza aplicar las normas de los derechos humanos, pues no sería un juzgador idóneo, además de no cumplir con los requisitos legales para su nombramiento.

Por su parte las víctimas, no tendrían una tutela efectiva de sus derechos, si quien juzga su caso no tiene competencia en materias pertinentes a las normas de derechos humanos, que le hayan permitido aplicar e interpretar las normas del derecho penal internacional y consecuentemente, estaríamos también frente a un proceso nulo.

Adicionalmente el artículo 21 del Estatuto de Roma, que trata sobre el derecho aplicable, establece los órdenes de aplicación de la normativa que rige a la Corte y particularmente ordena que la CPI aplique e interprete el derecho de conformidad con el presente artículo en compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.[269]
Si bien es doctrina obligada en el derecho internacional, [270] que las normas de derechos humanos, aun las que no aparecen contenidas en los convenios internacionales, tienen preeminencia sobre las constituciones nacionales y los tratados u otras normas

[269] 1. La Corte aplicará:

a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba;

b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados;

c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

2. La Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

3. La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los Derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición" https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf (Último acceso a las 23:32 del 16.03.2022)

[270] MORÁN NAVARRO, SERGIO ARNOLDO, *Manual de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2022. Pág., 169; también recordamos la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, que reafirma el compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas. Los derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf (Último acceso a las 06:37 del 01.07.2022)

internacionales, o al menos deben ser admitidas con el mismo rango normativo de las normas constitucionales, en el ER no forman parte de las normas que deben aplicarse prioritariamente.

La redacción del artículo en comento, deja por fuera la realidad jurídica internacional, en la que los derechos humanos ocupan la más alta posición. Como prescribe la doctrina internacional, estos se deben aplicar directamente y a veces en contradicción con otras normas, particularmente frente a disposiciones del ER, cuando estas supongan restricciones indebidas a los derechos humanos.

Si bien podría entenderse que se hace relación a la posibilidad de aplicar las normas de derechos humanos contenidas en los tratados aplicables y en el derecho internacional, conforme el numeral 1 letra b del Art. 21, esa es una posición secundaria que no es compatible con la condición preferente de los derechos humanos. Además, no todas las normas de derechos humanos están expresamente contenidas en los tratados o convenios internacionales y no obstante ello, deben ser aplicadas dado su carácter universal.

En realidad, la redacción del artículo expresa órdenes de aplicación de la normativa que no responden correctamente con el derecho internacional. A los derechos humanos se les da en el ER un papel conexo. Aparecen en el numeral 3 como referentes de interpretación.

Una fórmula que aunque no siendo correcta puede ser aceptable, entendiendo que la interpretación de todas las normas aplicables que cita el artículo 2 deben ser compatibles con los derechos humanos universalmente reconocidos y además que sin necesidad de que un tratado o ley lo reconozca expresamente, los derechos humanos deben ser protegidos y garantizados.

Este requisito de compatibilidad o conformidad mencionado en el artículo 21 del ER, significa que las disposiciones de los instrumentos jurídicos no pueden entenderse y aplicarse por la CPI contradiciendo las normas de derechos humanos, por eso toda eliminación de los mismas, en la interpretación y aplicación de la normativa de la CPI es prohibida y cualquier afectación, limitación, restricción o injerencia indebidas, de esos derechos debe ser revertida y reparada. Lo indebido ocurrirá cuando se altere la esencia

de esos derechos o se modifiquen de tal manera que se desnaturalicen. [271] Dado que los derechos humanos no son absolutos, es posible limitarlos, pero bajo reglas estrictas y excepcionales, para determinar los casos en que es posible limitar o intervenir estos derechos humanos, por vía de interpretación, se deberá recurrir a las normativas, jurisprudencia y prácticas del derecho internacional de los derechos humanos; pero un primer requisito es que la interpretación sea razonable. Tanto para reglamentarlos como para interpretarlos debe tenerse en cuenta la finalidad del pleno goce y ejercicio del derecho en sociedad. [272]Existen algunas restricciones específicas para ciertos derechos, por ejemplo, para la libertad física por medio de una sentencia judicial dictada bajo estándares del debido proceso, para la libertad de expresión limitando el acceso a las audiencias judiciales por orden de un juez en un proceso con todas las garantías, etc.

En la interpretación doméstica normalmente existe una tensión entre los derechos humanos internacionalmente reconocidos y las Constituciones nacionales, en las que debe reconocerse que los derechos humanos tienen igual o superior jerarquía. Por lo tanto, las colisiones de derechos deben resolverse sin otorgar preeminencia a la normativa interna que los restrinja.[273] En el ambiente de la CPI las normas del ER y otras aplicables por el tribunal, no pueden prevalecer sobre los derechos humanos, dado el carácter de normas obligatorias y además porque la mayoría de ellos han sido reconocidos por los Estados en tratados internacionales o prácticas consuetudinarias internacionales, motivo por el cual no pueden incumplir sus obligaciones internacionales, creando tribunales y normativas que no los cumplan.

En general, la interpretación de las normas que contengan derechos humanos debe cumplir ciertas reglas, como son: hacerse siempre en el sentido más favorable al destinatario; no restringir los derechos so pretexto de acudir a otras normas; limitar derechos solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos; el goce de los derechos debe interpretarse de una forma amplia y dinámica; las restricciones a derechos

[271] RODRÍGUEZ PINZON, D. Y OTROS. Op. Cit. Págs.64 y sigs.

[272] Ibídem. Págs.65-66.

[273] ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Pág. 267 y sigs.; BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Tesis doctoral, UCM, 2015. Págs. 62 y sigs., 145 y sigs. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/53798/1/5317380350.pdf (Último acceso a las 6:50 del 11.07.2022)

deben interpretarse restrictivamente; la limitación debe tener por objeto promover el bienestar general en una sociedad democrática, etc.[274]

Así, por ejemplo, cuando en la interpretación y aplicación del artículo 77 1(b) del ER se condena al imputado a prisión perpetua, la sanción deberá ser entendida de forma que no lesione la dignidad del ser humano con una pena cruel, inhumana o degradante, aplicando para el caso la reducción de la condena perpetua, según el artículo 110 3 ER, con una perspectiva de derechos humanos.

Otra cuestión relacionada con el carácter no absoluto de los derechos humanos es la posibilidad de que algunos de ellos puedan suspenderse excepcionalmente y por períodos limitados por Estados concretos. Tal situación deberá ser evaluada por la CPI en determinados casos, ya que no obstante que en general los derechos humanos se siguen aplicando incluso durante los conflictos armados, algunas normas pueden suspenderse, cumpliendo ciertos requisitos en situaciones excepcionales. Para la CPI no existe la posibilidad de suspender ciertos derechos en el ejercicio de sus actividades, partiendo de la idea de que no se trata de una institución nacional bajo un Estado concreto del cual depende y considerando que el funcionamiento estable del tribunal debe ser uno de sus atributos más importantes.[275]

La redacción del artículo 21 3 del ER podría parecer semejante a la del artículo 10 (2) de la Constitución española, que ordena interpretar los derechos fundamentales y libertades conforme la normativa internacional de derechos humanos; pero hay una diferencia de fondo y es que la referida Constitución ya ha fijado un extenso catálogo de derechos fundamentales y medios de protección. Además, en el Estatuto de Roma hay una limitada mención de los derechos de imputados y víctimas y una ausencia de medios de protección más allá de lo que otorga el proceso mismo y sus recursos ante instancias superiores.

[274] RODRIGUEZ PINZON, D. Y OTROS. Op. Cit. Págs.54 y sigs. Ver los artículos 29.2 de la DUDH, 4 de PIDESC, 18 del Convenio Europeo, 32.2 de la Convención Americana de DH y 27.2 de la Carta Africana de DH.

[275] El Art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exigen que la suspensión no sea incompatible con las demás obligaciones del derecho internacional.

Debe reconocerse que el artículo 21 1 (b) del ER, sobre el derecho aplicable, prescribe que para resolver los casos a falta de regulación del asunto en el Estatuto, los Elementos de los Crímenes y Reglas de Procedimiento y Prueba, aplicará los principios y normas del derecho internacional, con lo cual se advierte la necesidad de acudir a las normas internacionales de derechos humanos.

En cuanto a los principios, se ha afirmado que estos cumplen diversas funciones y particularmente ante lagunas de derecho en el Estatuto del TPIY se sostuvo que cuando el mismo no regulara un determinado asunto y el Informe del Secretario General no demuestre ser de alguna ayuda en la interpretación del Estatuto, corresponde al tribunal internacional tomar su decisión teniendo en cuenta: (i) las normas de derecho internacional consuetudinario o (ii) los principios generales del derecho penal internacional. Careciendo de tales principios, el tribunal debería recurrir a (iii) los principios generales de derecho penal común de los principales sistemas jurídicos del mundo; y en ausencia de tales principios a (iv) los principios generales del derecho en consonancia con los requisitos básicos de justicia internacional.[276]

Pero a pesar de estas provisiones, se corre el riesgo de que los derechos humanos y particularmente el principio de culpabilidad, podrían ser tratados como normas supletorias, en vez de normas de aplicación primaria. Por esta razón es deseable que el ER y otros estatutos de tribunales penales internacionales, hubieran sido más extensos en esta materia y no se hubiera limitado a considerar a los derechos humanos como referente de interpretación o aplicación supletoria. Sin embargo, hay que recalcar que por la naturaleza de las propias normas de derechos humanos, éstas son obligatorias, sin que la ausencia de mención o la consideración conexa de los mismos en las normativas de los tribunales penales internacionales, afecten la preeminencia de los derechos humanos y sus principios en los procesos penales internacionales.

La Parte III del Estatuto de Roma contiene los Principios Generales de Derecho Penal Internacional, de los artículos 22 al 33, dentro de los cuales se expresan asuntos que

[276] RAIMONDO, FABIAN O, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, University of Amsterdam, 2007. Pág.175, citando el caso del ICTY, Prosecutor v. Kupreskić et al., Judgment, TC II, No. IT-95-16-T, 14.01.2000. Párr. 591.

corresponden a los derechos humanos contenidos en la legislación internacional y del ámbito nacional de diversos países.

Como se ha manifestado antes, los derechos humanos, incluido el principio de culpabilidad, forman un todo sistemático y el principio de legalidad es uno de los más importantes mencionados en el Estatuto de Roma que se interconecta con aquel principio.

El principio de legalidad está expresado en los artículos 22, [277]23[278] y 24[279] del Estatuto de Roma. En el numeral 1 del artículo 22 se exige que la conducta criminal sea previa a los hechos, en el numeral 2 de la misma disposición aparece la exigencia de taxatividad o determinación, que se interpreta corresponde al *fair warning* del DA. El principio de taxatividad o determinación requiere una descripción exhaustiva de la conducta prohibida y la consecuencia, para comprenderlas adecuadamente, de tal suerte que permita reconocer por sujetos de nivel medio de comprensión o nivel estándar, en que consiste la actuación u omisión contraria al derecho penal internacional y cuál es la consecuencia de actuar contra la norma. [280]

Ya se hizo mención de que no es requisito para los crímenes internacionales, que la ley sea escrita, pues se admite la costumbre internacional, con tal que precise las conductas

[277] Artículo 22 *Nullum crimen sine leg*e

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto.

[278] Artículo 23 *Nulla poena sine lege*

Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

[279] Artículo 24 Irretroactividad *ratione personae*

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor.

2. De modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena.

[280] HERRING, J. Op. Cit. 10; QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª Edic., Aranzadi, Navarra, 2002. Págs. 68 y sigs.

prohibidas y sea anterior a los hechos sometidos a conocimiento de la CPI. Al exigir que la ley solo se aplique dentro de un alcance determinado para específicos hechos, se prohíbe la analogía, coincidiendo con la característica del *lex stricta* del DCE.

Conforme el artículo 23 ER las penas se aplican de acuerdo a lo que dispone el ER. Lo cual no deja en claro, si es posible aplicar la técnica de la ley penal en blanco al revés, complementando con las disposiciones de otros tratados internacionales, aspectos sobre la pena. Tampoco existen reglas para fijar la pena en los delitos extraídos del derecho consuetudinario. Dadas las cualidades del DPI, ambas situaciones deben considerarse admisibles, toda vez que hubiera sido posible para el encausado tener claridad, precisión, accesibilidad y previsibilidad sobre las penas.

En el numeral 1 del artículo 24 ER se prohíbe la retroactividad de la ley, como consecuencia de que el ER o la tipificación de los crímenes por otras fuentes del DPI, sea posterior a los hechos y en el numeral 2 del mismo artículo se aplica la norma más favorable al encausado.

El principio de legalidad está contenido en el artículo 15 del PIDCP[281], artículo 7[282] del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

[281] *Artículo 15*

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

[282] Artículo 7. *No hay pena sin ley*.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas.

Fundamentales, el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[283] y el artículo 9[284] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre el principio de legalidad encontramos algunos casos relevantes en la jurisprudencia europea de los derechos humanos. Por ejemplo, en una solicitud de opinión consultiva del Tribunal Constitucional de Armenia al TEDH, con referencia al artículo 7 CEDH y al uso de determinadas técnicas de ley penal en blanco para definir un delito y la aplicación de ley posterior a los hechos, el tribunal sostuvo sobre la primera cuestión, que el uso de la ley penal en blanco no es por sí misma una violación al artículo 7; sin embargo, la ley que tipifica el delito debe ser suficientemente precisa, accesible y previsible en su aplicación, permitiendo que junto con la ley complementaria permitan al interesado prever, en su caso con la ayuda de un asesoramiento jurídico apropiado, qué conducta haría él o ella penalmente responsable. Para garantizar la claridad y la previsibilidad la referencia debe ser explícita y la ley de referencia o incompleta debe establecer los elementos constitutivos del delito.

Para establecer si, a los efectos del artículo 7, una ley dictada después de los hechos era o no favorable deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas del caso. Si la ley posterior es más severa que la vigente en el momento de los hechos, no debe aplicarse.[285]

---

[283] Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas.

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho interno o el Derecho internacional. Del mismo modo, no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que en el momento en que haya sido cometida, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.

3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.

[284] Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

[285] Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDHGC], Opinión Consultiva del Tribunal Constitucional de Armenia, del 29 de mayo de 2020, No. P16-2019-001104. Otras sentencias sobre el principio de legalidad del mismo tribunal son: Norman v. the United Kingdom, sentencia del 6 de julio de 2021, No. 41387/17; Baldassi and Others v. France, 11 June 2020, Nos. 15271/16 and others; G.I.E.M. S.r.l. and

La prohibición de analogía requiere descartar la aplicación de normas semejantes al comportamiento del sujeto, que no hayan sido redactadas para resolver el caso concreto o que no contengan expresamente todos los elementos típicos requeridos para que la conducta encaje en la prohibición. La norma que se aplique debe ser la que esté destinada al caso y no una parecida o semejante, aunque esta haya tenido las mismas razones que se refieren a la conducta que se juzga, pero que carece de norma específica o *ad hoc*.

Sobre la prohibición de retroactividad se considera que la norma en materia penal sustantiva ha de aplicarse hacia el futuro, esto es, que la norma que resuelva el caso exista antes de aplicarse a la conducta sospechosa de constituir delito.

Si bien como hemos señalado antes, el principio de culpabilidad no ha sido mencionado expresamente en el ER, al menos existen dos manifestaciones parciales del principio: en el artículo 25 ER sobre el principio de la responsabilidad individual y en el artículo 78 1 ER con respecto al principio de proporcionalidad.[286]

Others v. Italy [GC], nos. 1828/06 and 2 others, 28.6.2018, y; Ilnseher v. Germany [GC], nos. 10211/12 and 27505/14, 4.12.2018.

[286] Art 25 Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

El numeral 2 recoge un elemento del principio de culpabilidad: la responsabilidad penal individual, lo que además de excluir las penas colectivas, genera una exigencia de comprobación de la actuación individual tanto en la investigación como en el respectivo proceso. Ello es importante en la medida que no se permite evadir el deber de investigar y sancionar conductas que deben estar claramente establecidas. La realidad jurídica de diversos países nos presenta expedientes con múltiples acusados, en los que la investigación, la promoción de la acción del fiscal o la responsabilidad estimada por el juez, no tienen la separación debida de conductas. Ante tal realidad, la norma pretende evitar dichas prácticas perniciosas.

Adicionalmente el artículo 30 ER[287] contiene expresiones del principio de responsabilidad subjetiva, exigiendo intención y conocimiento de los elementos

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Artículo 78 Imposición de la pena

1. Al imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba, factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado

[287] Artículo 30

Elemento de intencionalidad

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por "conocimiento" se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras "a sabiendas" y "con conocimiento" se entenderán en el mismo sentido.

materiales del crimen. Adicionalmente se reconoce vía jurisprudencial la actuación imprudente de los superiores derivada del artículo 28 ER[288]

El artículo citado, en su numeral 1, parte de una excepción sobre la regla que proporciona. Es decir, el estándar es que solo habrá responsabilidad si el delito se realiza con intención o conocimiento; pero si hay otra norma que trate esta situación de manera distinta, se debe aplicar ésta. Con lo cual deja abierta la puerta para otras consideraciones de responsabilidad.

Podríamos entender la frase *"Salvo disposición en contrario"*, con respecto a la *strict liability*, en dos formas: i) que el Estatuto no niega la posibilidad de que una norma específica del derecho internacional penal, pueda establecer responsabilidad sin requerir responsabilidad subjetiva; aceptando la responsabilidad objetiva, y ii) que el Estatuto alude a la posibilidad de que otras normas regulen la responsabilidad imprudente u otras que evidencien *mens rea*, con lo que no se admite la responsabilidad objetiva.

Por el desarrollo de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, es la segunda opción de interpretación la que se sigue. Existe la posibilidad de que otras disposiciones regulen casos de responsabilidad imprudente. Incluso es posible que se creen otras figuras de responsabilidad, sin abandonar la exigencia de responsabilidad subjetiva. Por ejemplo, admitir casos de "recklessness" del derecho anglosajón en alguna de sus concepciones originales del DA, al lado de la imprudencia.

Para algunos autores del derecho anglosajón, la *recklessness* ya se admite para determinados y específicos casos en el DPI, en el espectro de *mens rea* para los crímenes de guerra en contextos específicos y limitados. El primero es el crimen de guerra de asesinato en el contexto de la detención cuando un detenido muere como resultado de lesiones corporales graves infligidas con "desprecio imprudente"- *reckless disregard*- de la vida humana El segundo caso es el de la JCE cuando el imputado participa

[288] Los casos Hostages y Roechling del Tribunal Penal Militar Internacional de Núremberg, así como el caso Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, de la CPI de 21 de junio de 2016, se citan como fundamento de esta afirmación, por GARROCHO SALCEDO, ANA MARÍA.« Imprudencia y Derecho penal internacional», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017. Págs. 4 y 11. Ver: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-14.pdf (Último acceso a las 5:25 del 13.07.2022)

voluntariamente en la empresa delictiva comprometiéndose al plan común, en que se comete por otro un hecho delictivo distinto del pactado pero previsible por el acusado y este voluntariamente tomó ese riesgo. El tercer caso es en la responsabilidad de mando cuando una persona quien ordena una acción u omisión lo hace con conocimiento de causa, reconociendo la probabilidad sustancial de que se produzca una infracción grave.[289] No obstante que los casos presentados puedan ser abarcados por otras figuras, como el *dolus eventualis*, la idea central es que la *recklessness* puede ser considerada como otra modalidad del *mens rea*, siempre que se cumplan los dos requisitos que *supra* mencionamos: que se trate de un acto voluntario y que la conducta conforme el derecho penal, haya sido configurada en una modalidad de comportamiento que evidencie la dirección mental del sujeto hacia el delito. Sobre el punto de si la *recklessness* equivale al dolo eventual o a la imprudencia del DCE, nos pronunciamos adelante en otro capítulo.

Con lo anterior advertimos que la responsabilidad de respetar y proteger los derechos humanos por los tribunales internacionales, incluye la obligación de aplicar el principio de culpabilidad, debiendo dichos tribunales investigar seriamente los hechos, enjuiciar y sancionar a los responsables estableciendo la responsabilidad subjetiva personal e imponer penas proporcionales al comportamiento delictivo del acusado. Este principio ya se encuentra reconocido categóricamente por la jurisprudencia del TEDH y con algunas manifestaciones en la jurisprudencia de la CIADH. Por lo tanto, es norma de derecho humano reconocida por el derecho internacional consuetudinario, pero se requiere un desarrollo jurisprudencial más detallado o mucho mejor aún, una reforma normativa en el ER para que se expresen sus subprincipios, como se plantea en esta tesis.

[289] COX, BRIAN L., «Recklessness, Intent, and War Crimes: Refining the Legal Standard and Clarifying the Role of International Criminal Tribunals as a Source of Customary International Law», in *Georgetown Journal of International Law*, Vol.52, Cornell Law Faculty Publications, Cornell University, 2020. https://scholarship.law.cornell.edu/facpub (Último acceso a las 16:04 del 20.04.2023):

3. El principio de culpabilidad en las constituciones nacionales

En algunos países se ha dotado al principio de culpabilidad de rango constitucional, atribuyéndole un carácter de derecho fundamental y derivándolo de otros derechos humanos e insertándolo en un sistema de interacción de derechos. Con ello el derecho penal y en general el derecho sancionador, que incluye al derecho administrativo sancionador, están supeditados a restricciones que impiden no solo a los jueces, sino también al legislador, la imposición o la creación de sanciones sin responsabilidad subjetiva, debiendo establecer en la formulación de los tipos penales y en la actividad probatoria y consecuentemente en la motivación de las resoluciones, una dirección de la voluntad del sujeto activo encaminada a realizar el delito o a infringir una norma de cuidado.

La aplicación de responsabilidad objetiva se considera así, no solo una infracción a los principios de derecho penal, sino también una violación a derechos fundamentales consagrados en la Constitución y que corresponden a un conjunto sistematizado de derechos humanos.

Hay que precisar que el principio de culpabilidad y por tanto la exigencia de responsabilidad subjetiva, con reconocimiento constitucional, ha tenido mayor desarrollo en los sistemas constitucionales pertenecientes al derecho europeo continental o *Roman Law*. Por el contrario, en el derecho anglosajón hay menos referencias al principio, no obstante que dentro de la práctica legal normalmente se exige comprobar la *guilty mind*. Sin embargo, como vimos antes, el carácter de derecho humano que tiene la exigencia de establecer la responsabilidad subjetiva, para poder condenar a un imputado de delito, tampoco ha sido recogido expresamente en las normativas internacionales escritas de derechos humanos y ello implica una labor de inferencia a partir de principios y normas. El reconocimiento del principio ha sido por parte de la jurisprudencia producida por los tribunales regionales de derechos humanos de Europa y del continente americano.

Dentro del ámbito constitucional europeo encontramos variados ejemplos del reconocimiento constitucional del principio de culpabilidad.

Si consideramos los países con más desarrollo del principio de culpabilidad y precursores del rango constitucional, Alemania es el primero de la lista, influyendo a otros Estados europeos. El principio al haber sido asumido constitucionalmente queda reconocido como derecho fundamental, dentro de un sistema en el que resulta más influido por los principios de dignidad, estado de derecho, libertad y justicia.

En Alemania, si bien la Constitución no lo menciona expresamente, una temprana sentencia del Tribunal Constitucional Federal del 25 de octubre de 1966, le otorgó rango constitucional al principio de culpabilidad.[290] El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, como lo cita Günther Jakobs, "derivó el principio de culpabilidad no solo de los principios generales del Estado de derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana".[291]

También el TCA sostiene el principio de proporcionalidad o principio de prohibición de exceso, no solo como obligación del juez, sino como obligación del legislador para considerar la gravedad de la falta y el grado de culpabilidad al momento de regular la sanción de ciertas conductas, reduciendo la obligación de los órganos penales de perseguir el delito. El tribunal ha afirmado que a "… la hora de determinar la sanción aplicable, el legislador debe buscar no sólo certeza y seguridad jurídicas, sino que debe también tomar en consideración adecuadamente el principio de culpabilidad, propio del estado de derecho; de este modo, la determinación de la sanción debe permitir al juez aplicar en cada caso concreto una pena justa y proporcional". [292] Adicionalmente se ha hecho

[290] También en la sentencia del 15 de diciembre de 2015 2 BvR 2735/14, el TCA ratifica el rango constitucional del principio, cuyas raíces son el principio de dignidad humana y el principio de Estado de derecho. El principio de "No hay sanción penal sin culpa" ("*Keine Strafe ohne Schuld*"–"*nulla poena sine culpa*") presupone la responsabilidad de la persona, que puede decidir sobre sus actos por sí misma, y que en virtud de su libre albedrío, puede distinguir entre el bien y el mal y actuar en consecuencia. La protección de la dignidad humana se basa en la idea del ser humano como ser espiritual y moral, quien está predispuesto a definirse y desarrollarse libremente. Otras sentencias referidas al principio son BVerfGE, 6, ps.389 y 439; 9, ps. 167 y 169; 20, ps. 323 y 331; 28, ps. 386 y 391; 45, 187 <227>; 50, ps. 125 y 133; 54, 100[108]; 123, 267 <413>; 133, 168 <197 parágrafo 54>.

[291] JAKOBS, GÜNTHER, *El principio de culpabilidad*, título original: <<Das Schuldprinzip>> (texto ampliado de la conferencia pronunciada por el Profesor Jakobs el día 13.05.1992 en la Universidad Complutense de Madrid, traducción de Cancio Meliá, Manuel). Cfr.: BVerfGE 74, 358, 370 et seq. and 82, 106, 114 et seq.

[292] Ver: BVerfGE 50, 205 [213 y ss.] y BVerfGE 105, 135.

referencia también al principio de justicia, al afirmar que en un sistema jurídico-penal caracterizado por el principio de culpabilidad, la amenaza de la penal debe ser justa o adecuada al tipo penal y debe estar en sintonía con el juicio de valor o el reproche de la conducta antijurídica contenido en el tipo penal.[293]

En España la jurisprudencia y los autores de derecho penal reconocen este principio con carácter constitucional, al igual que Alemania, con una larga tradición. Algunos autores sostienen que el principio de culpabilidad es un límite al *Ius Puniendi*, derivado del derecho a la dignidad personal y éste como expresión de un Estado Democrático.[294]

Al no encontrarse mencionado expresamente en la Constitución, el principio de culpabilidad se ha fundamentado en el derecho a la libertad personal, el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso. La libertad se conecta con la idea de responsabilidad personal por el acto voluntariamente ejecutado. El TCE desarrolló el principio en diferentes sentencias, considerándose ahora como un principio consolidado. [295] El principio se deriva de la dignidad humana, siendo la responsabilidad penal de carácter personal y subjetiva. La pena solo debe imponerse al sujeto responsable, quien hizo uso de su autonomía personal. El resultado sin consideración a su actuación personal no puede fundamentar la pena.

Una referencia al principio de culpabilidad en su función limitadora, se hizo en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La sentencia del 5 de julio de 1991 sostuvo que el referido principio más allá de la exigencia de dolo y culpa, tiene un alcance más amplio derivado de la consecuencia constitucional del principio de dignidad que prohíbe tratar a las personas como medios y no como fines en sí mismos, siendo la dignidad fundamento del orden político y de la paz social".[296]

---

[293] BVerfGE 86, 288 [313].

[294] BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS y ROCA DE AGAPITO, LUIS, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Pág. 10.

[295] 65/1986, 44/1987 de 9 de abril, 14/1988, 150/1989 25 de septiembre de 1989, 76/1990 de 26 de abril de 1990, 150/1991 de 4 de julio de 1991, 246/1991 de 19 de diciembre, 146/1994 de 12 de mayo de 1994, 92/1997 de 8 de mayo, 164/2005 de 20 de junio de 2005 y 59/2008, de 14 de mayo de 2008.

[296] CHOCLÁN MONTALVO https://www.bufetechoclan.com/Documentos/Blog/El-principio-de-culpabilidad-en-la-jurisprudencia-del-Tribunal-Supremo-espan%C3%8C%C6%92ol_2004.pdf (Último acceso a las 10:00 del 20.04.2022)

Bacigalupo agrega que los fundamentos constitucionales del principio de culpabilidad además de la dignidad de la persona, también es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. [297] Este último expresa el derecho que tiene toda persona para autodeterminarse o gobernarse a sí mismo, definiendo sus objetivos de vida en el contexto de respeto a los derechos de los demás. De tal manera que el concepto de culpabilidad estaría fundamentado en el libre albedrío.

El contenido del principio penal de culpabilidad se plasma en dos consecuencias fundamentales: "no hay pena sin culpabilidad y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. En primer lugar, solo puede castigarse a quien es responsable personalmente de su conducta y, en segundo lugar, la pena ha de ser proporcional al grado de responsabilidad."[298] Lo cual coincide con los principios de personalidad, subjetividad y proporcionalidad, que hemos propuesto como contenidos del principio de culpabilidad.

En Italia el Artículo 27 parágrafo 1 provee que la responsabilidad penal es personal. No hay referencias al principio de culpabilidad, pero el Tribunal Constitucional se ha referido al mismo y ha afirmado en varias ocasiones que no puede existir responsabilidad objetiva en materia penal. [299].

En la Constitución francesa no hay una mención del catálogo de derechos, pero en el preámbulo de la misma se expresa lo siguiente: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y

[297] BACIGALUPO, ENRIQUE. Op. Cit. 1999. Pág.157, sostiene que son tres los puntos de apoyo constitucional en España que fundamentan el principio de culpabilidad: la justicia como valor superior del orden jurídico (Art.1º CE), la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (Art.10 CE). Estos dos últimos son los que el Tribunal Constitucional Alemán ha considerado como fundamentos del principio de culpabilidad; por tal razón habiendo una notoria similitud con el derecho constitucional español, señala que deben tomarse en consideración los precedentes del tribunal alemán.

[298] ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, 7ª Edición 2017, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Pág. 156.

[299] Ver la sentencia del Tribunal Constitucional No. 1, del 10 de enero de 1997.

deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003".[300] Con dicha referencia la Constitución reconoce como parte de sus contenidos dichos derechos. Desde este punto de vista, el principio de culpabilidad tendría reconocimiento constitucional.

Sin embargo, el artículo 34 prescribe que el Parlamento fijará normas sobre derechos cívicos y garantías fundamentales concedidas a los ciudadanos para el ejercicio de las libertades públicas; así como la tipificación de los delitos y penas aplicables, procedimiento penal, amnistía, creación de nuevas clases de jurisdicción y estatuto de los magistrados y fiscales. Con ello se deja en manos de los legisladores el alcance de los derechos fundamentales.

Francia cuenta con un modelo distinto de control constitucional en el que hay un Consejo Constitucional cuyos integrantes son nombrados por el Presidente, el Senado y la Asamblea General, que inicialmente solo revisaba *a priori* la constitucionalidad de las leyes antes de que entraran en vigor, pero desde el 1 de marzo de 2010 y tras la revisión constitucional de 23 de julio de 2008, el Consejo Constitucional, por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, controla también *a posteriori* si una disposición legislativa que ya está en aplicación vulnera los derechos y las libertades garantizados por la Constitución. [301] En el *control a priori* el Consejo Constitucional ejerce el control constitucional de oficio de las leyes orgánicas y los reglamentos de las cámaras parlamentarias, antes de la promulgación de las primeras y la entrada en vigor de los segundos. Cuando se trata de instrumentos internacionales o leyes ordinarias, antes de su aprobación y promulgación, respectivamente, el Consejo es requerido, según modalidades variables en función del precepto controlado, sea por una autoridad política (presidente de la República, primer ministro, presidente de la Asamblea Nacional o del Senado), sea por 60 diputados o 60 senadores como mínimo. El sistema francés realiza un control abstracto, por el cual decide sobre la constitucionalidad de una ley sin haber

[300] https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/constitucion-de-4-de-octubre-de-1958 (Último acceso a las 6:00 del 22.06.2022)

[301] https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/presentacion-general (Último acceso a las 11:00 del 14.06.2022)

antes conocido un caso que haya surgido bajo el supuesto de dicha ley. Se emiten también opiniones consultivas solicitadas por autoridades políticas.[302]

Si bien las decisiones del Consejo Constitucional deben ser obedecidas por todas las autoridades incluyendo las judiciales, el alcance de sus decisiones sigue siendo incierto, dependiendo de la aceptación del juez que se reserva su decisión con fundamento en la independencia judicial y teniendo en cuenta que el Consejo Constitucional no tiene superioridad jerárquica sobre las demás autoridades públicas.[303]

Sobre el principio de responsabilidad personal, el Consejo Constitucional, con motivo de la revisión de las normas sobre la competencia de la Corte Penal Internacional se pronunció sobre la responsabilidad penal individual, afirmando que el requisito de intención y conocimiento que acompaña al elemento material, respeta el principio de legalidad de las infracciones y las penas de los artículos 7 y 8 de la DDH. Sin embargo, esta decisión no confirió valor constitucional a este requisito (CC 98-409 DC del 22 de enero de 1999). Posteriormente el Consejo Constitucional consagró dos principios (CC 99-411 DC del 16 de junio de 1999): 1) nadie es *punible* sino por su propio hecho, con fundamento en los artículos 8 DDH relativo al principio de legalidad y 9 DDH relativo a la presunción de inocencia; 2) La tipificación de una incriminación, en materia penal debe incluir además del elemento material del delito, el elemento moral, doloso o no, al combinar el principio de legalidad del artículo 8 de la DDH y el principio de presunción de inocencia del artículo 9 de la DDH.[304] Con la posibilidad de aplicar otras formas de elementos morales, además del dolo, se abre la puerta, como veremos, a otras formas de actuación que constituyen casos de responsabilidad objetiva.

---

[302] https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/presentacion-general (Último acceso a las 10:00 del 15.05.2022)

[303] BÜCK, VALENTINE, « El Consejo Constitucional y las reformas penales recientes», en *Documentos del Consejo Constitucional*, No. 10 - mayo 2001. https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-et-les-reformes-penales-recentes#b_%3C%3C_la_definition_dune_incrimination_en_matiere_delictuelle_doit_inclure_lelement_moral_intentionnel_ou_non_%3E%3E (Último acceso a las 18:07 del 19.05.2022). También se cita que el Tribunal de Casación había expresado que nadie es punible sino por su acto personal, por lo que excluye la responsabilidad por actos ajenos (Cass. Crim. del 16 de diciembre de 1948, *Bol. crim.*, No. 291).

[304] BÜCK, VALENTINE. Op. Cit.

No obstante, el requerimiento del elemento moral al lado de los hechos, el derecho francés acepta la responsabilidad objetiva en las infracciones *purement matériels* o *contraventionnels*[305]

En Iberoamérica hay muchos países que comparten una redacción más o menos común con el DCE respecto a la culpabilidad, aunque las interpretaciones conceptuales presenten diferencias.

En la República Dominicana la Constitución reconoce en el artículo 38 la dignidad humana[306]; pero existe una disposición en la que se refiere al principio de responsabilidad personal, el artículo 40 sobre el derecho a la libertad y seguridad personal, en el que se establece que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal, por consiguiente nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho y nadie es penalmente responsable por el hecho de otro.[307]

El principio de responsabilidad de las penas o de personalidad de las penas, ha sido retomado por la jurisprudencia constitucional, como fundamento de la imputabilidad penal, lo que ya tiene una amplia manifestación en el derecho penal de aquella nación.

En la sentencia del Tribunal Constitucional TC/0162/13, Referencia: Expediente número TC-01-1998-0005, relativo a la acción directa de Inconstitucionalidad incoada por

---

[305] JESCHECK, HANS HEINRICH. «El Principio de Culpabilidad como fundamento y límite de la Punibilidad», en Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1995. Pág.28.

[306] Artículo 38.-Dignidad humana.

El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos.

https://www.tribunalconstitucional.gob.do/transparencia/base-legal-de-la-instituci%C3%B3n/constituci%C3%B3n-de-la-rep%C3%BAblica-dominicana/ (Último acceso a las 03:07 del 08.05.2022)

[307] Artículo 40.-Derecho a la libertad y seguridad personal.

Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. Por lo tanto: 8) Nadie puede ser sometido a medidas de coerción sino por su propio hecho;

14) Nadie es penalmente responsable por el hecho de otro.

Fuentes y Negocios, C. por A. y/o W.N. en contra del artículo 211 del Código de Trabajo, se sostuvo: "Nuestra actual Constitución… fundamenta la imputabilidad penal en el principio de la personalidad de las penas. Tal aseveración es patente al examinar el mandato que ella contiene de que nadie pueda ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa. En este precepto que únicamente permite la pena por los actos que cometa la persona y descarta que se castigue por su condición o por lo que desee, sienta o piense, se percibe claramente que el principio de culpabilidad está fundamentado en la voluntad, o sea, en la facultad de ordenar y decidir la propia conducta… De la adopción del principio de culpabilidad como condición para la imputación penal, se desprende el principio de la personalidad de las penas, consagrado en el numeral 14 del artículo 40 de la Constitución y que expresa que "nadie es penalmente responsable por el hecho del otro."[308]

La Constitución de Costa Rica determina en el inciso primero del artículo 39 que, "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad"[309].

La Sala Tercera en el voto 486-97 del 23-5-1997, sostuvo que el fundamento del principio de culpabilidad radica en la capacidad del sujeto de escoger, actividad que depende también de lo que él pudo comprender para realizar esa elección. Esta base subjetiva de la culpabilidad es una conquista democrática, ya que un reproche sin subjetividad o reconocimiento de tales circunstancias sería negarle al sujeto su calidad de persona humana y su dignidad. "Nuestro Código Penal recoge… la estructura de un Estado democrático y republicano, que ya se encuentra claramente delineado en los artículos 1, 28 segundo párrafo y 39 de la Constitución Política, que integrados en nuestro sistema constitucional establecen los requisitos para una aplicación de un derecho penal que sepa determinar no sólo la realización de una determinada conducta, sino también de su contrariedad con el sistema y del reproche personal que deba realizarse". Otras

[308] http://do.vlex.com/vid/664409285 (Último acceso a las 18:08 del 07.05.2022)

[309] https://n9.cl/hrch5 (Último acceso a las 17:33 del 06.05.2022)

resoluciones sobre el punto se pueden encontrar en la Sala Tercera, votos 561-F-93 del 15-10-1993 y 166-F-93 del 16-4-1993[310]

La Constitución de El Salvador prescribe en el inciso primero del Art. 12 que: "Toda persona a quien se le impute un delito, se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público, en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa".[311]

La Sala de lo Constitucional de El Salvador, mediante la Sentencia de Inconstitucionalidad de Ref.3-92 acumulada AC 6-92,[312]reconociendo el principio de culpabilidad derivado del artículo 12 de la Constitución, distinguió entre la responsabilidad objetiva de la subjetiva en el derecho administrativo sancionador.

Por su parte la Sentencia de Inconstitucionalidad ref. 52-2003[313], desarrolló el contenido del principio de culpabilidad en materia penal, confirmando su fundamento en el Art 12 de la Constitución, afirmando el principio de personalidad de las penas, que no permite concebir como responsable a un sujeto por hechos ajenos; el principio de responsabilidad por el hecho, que impide calificar y por tanto castigar como delito las formas de ser, personalidades o apariencias, puesto que la configuración de su responsabilidad es de difícil determinación, distinto a los hechos o conductas plenamente verificables, y la consecuente proscripción de un derecho penal de autor; la exigencia de dolo o culpa pues es preciso que el hecho constitutivo de delito sea doloso o imprudente, y; el principio de imputación personal o culpabilidad en sentido estricto, que solo permite considerar culpable a una persona cuando el hecho sea atribuible a su autor, como producto de una motivación racional normal , ello sucede cuando el sujeto del delito es imputable.

---

[310] LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Derechos Humanos y Justicia Penal*, Poder Judicial, Heredia, Costa Rica,2007.Pág.61, citando la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

[311] https://n9.cl/gcnfr (Último acceso a las 9:00 del 15.07.2022)

[312] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, sentencia de las 12 horas del día 17121992, No. 3-92 Ac. 6-92.

[313] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, sentencia de las 15 horas del día 01042004, No. 52-2003/56-2003/57-2003.

Posteriormente, en la Sentencia de Inconstitucionalidad 65-2007 del 20-01-2009[314], ratificó la jurisprudencia sobre el principio de culpabilidad en materia penal y en el derecho administrativo sancionador.

En la sentencia de Inconstitucionalidad 54-2005, del 5 de octubre de 2011[315], se consolidó la jurisprudencia y se formuló con mayor amplitud y precisión el principio, distinguiéndolo del de inocencia. En esta resolución la Sala de lo Constitucional, derivó el principio constitucional de culpabilidad de su contrapartida procesal, es decir, del principio de presunción de inocencia contemplado en el art. 12 Cn.

Se consideró que hay un esquema fundamental de nuestra cultura jurídica: la idea de que las personas producen y pueden dirigir resultados en el mundo externo, así como que ante una lesión de intereses relevantes es lícita y discutible la cuestión de quién es el causante de esa lesión. Por ello, el Derecho Penal debe partir del dogma del hecho propio.

Se sostuvo que el principio de culpabilidad adopta al menos tres significados: *(i)* como un principio limitador del *ius puniendi* estatal, y que prohíbe la imposición de una pena sin la existencia de dolo o culpa; *(ii)* la sanción penal no puede sobrepasar la correspondiente proporción con las formas de responsabilidad; *(iii)* la culpabilidad supone la reprochabilidad del sujeto por la realización de un ilícito penal, como una circunstancia que debe ser acreditada por los órganos acusadores dentro del proceso penal, y desvirtuar con ello la situación de inocencia de la que goza el imputado hasta la existencia de una sentencia condenatoria firme.

El principio *nullum crimen sine culpa* impone que para que alguien pueda ser castigado con una pena, es necesario que la realización del hecho injusto le sea personalmente reprochable, esto es, que se le pueda reprochar la formación de voluntad que le condujo a la resolución delictiva; lo cual reporta cuatro dimensiones: Posibilitar la imputación

[314] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, sentencia de las 9 horas del día 20.01.2009, No. 65-2007.

[315] Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad, sentencia de las 8 horas y 20 minutos del día 05.10.2011, No.54-2005.

subjetiva; excluir la responsabilidad por el resultado; diferenciar grados de participación interna y la medición de la pena se efectúa de acuerdo con los diferentes grados de atribución subjetiva.

Lo primero excluye sancionar lo que no sean hechos atribuibles al sujeto, como simples manifestaciones del pensamiento o formas de vida, ya que se deben tomar en consideración las condiciones psíquicas del autor. Lo segundo es que no basta el resultado delictivo, dado que es necesario establecer dolo o culpa relacionado con el hecho, no pudiendo sancionar a una persona por el mero azar de los acontecimientos. En cuanto a la tercera dimensión, se requiere jerarquizar los grados de atribución subjetiva. Lo último es que la pena ha de imponerse de forma diferenciada según su actuación dolosa o culposa.[316]

En Colombia el artículo 1º de su Constitución declara que el Estado es social de derecho, república unitaria, democrática y fundada en el respeto a la dignidad humana.[317] El artículo 29 contiene el debido proceso y la presunción de inocencia.[318]

Estos artículos han sido el fundamento para que la jurisprudencia constitucional colombiana se pronuncie a favor del principio de culpabilidad. Para la Corte Constitucional la culpabilidad debe concurrir como elemento necesario para la imposición de una sanción. La exigencia que la conducta sea culposa como presupuesto

[316] Otra sentencia relevante de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, respecto del principio de culpabilidad, es la sentencia de Inconstitucionalidad de las 11 horas del 30.03.2016, No.110-2015.

[317] https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf (Último acceso a las 5:48 del 07.05.2022)

[318] "Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso." https://n9.cl/flyw (Último acceso a las 6:00 del 07.05.2022)

para la imposición de una sanción se debe a consideraciones de dignidad humana y de culpabilidad, contempladas en la Carta Magna (arts. 1º y 29). [319]

Se ha expresado también que está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora. (C- 597/1996).

La sentencia de Constitucionalidad nº 093/21 de la Corte Constitucional, de 15 de Abril de 2021, reconoce los principios de legalidad y culpabilidad derivados del Art.29 de la Constitución, considerando que el elemento subjetivo – principio de culpabilidad- se exige para la configuración del tipo penal y existe un mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del principio constitucional de culpabilidad penal. Sostiene que "el dolo o la culpa son aquello que obliga a una u otra adecuación típica ya que de conformidad con el principio constitucional de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva demarca el camino de la acción del fiscal y del juez, para efectos de la escogencia de la tipicidad y de la pena consiguiente, una vez se determina, además, que el hecho es antijurídico. Dicho de otro modo, la conexión subjetiva –voluntad– del agente del delito, signada como dolo o culpa, enfatiza la existencia de una exigencia sine qua non –la responsabilidad subjetiva– como elemento del principio de culpabilidad."[320]

"En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado — entendido éste en su dimensión normativa — o por la sola infracción del deber funcional, según el caso.

Y ello tiene sentido pues con razón se ha dicho que el contenido subjetivo de la imputación es una consecuencia necesaria de la dignidad del ser humano. Tan claro es ello que en aquellos contextos en que constitucionalmente no se consagra la culpabilidad como elemento de la imputación, se entiende que ella está recogida implícitamente en los preceptos superiores que se refieren a la dignidad humana como fundamento del sistema constituido. De acuerdo con esto, asumir al hombre como ser dotado de dignidad impide cosificarlo y como esto es lo que se haría si se le imputa responsabilidad penal o

[319]Corte Constitucional [SP], sentencia del 6 de agosto de 2002, No. C- 616/2002.

[320] http://vlex.com.co/vid/876684602 (Último acceso a las 17:56 del 07.05.2022)

disciplinaria sin consideración a su culpabilidad, es comprensible que la responsabilidad objetiva esté proscrita"[321]

La Constitución Política del Perú no hace una mención expresa del principio de culpabilidad, pero en la jurisprudencia se hacen referencias al estado de derecho y al principio de legalidad, como fundamentos del mismo. El artículo 1° de la Constitución prescribe que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.[322]

El Artículo 2° 24 establece, entre otras cosas, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, por lo que no se permite la restricción a la libertad, salvo los casos previsto por la ley; nadie será procesado ni condenado por conducta que no esté previamente calificada en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionada con pena no prevista en la ley y toda persona es considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.[323]

La Constitución peruana en el artículo 3º también adopta dentro del bloque de constitucionalidad los derechos humanos universalmente reconocidos, dada su referencia a la dignidad que los caracteriza. [324]

---

[321] Confrontar Corte Constitucional, sentencia SU-901 de 2005, M.P Jaime Córdoba Triviño.

[322] Constitución Política Del Perú (Actualizado 2022) www.constitucionpoliticadelperu.com (Último acceso a las 23:00 del 14.07.2022)

[323] Art. 2o. Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

[324] Artículo 3°. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los

En Perú, en el caso Marcelino Tineo Silva y otros, el Pleno del Tribunal Constitucional sostiene que "interpretar la acción solo como objetiva viola el principio de culpabilidad que es exigencia de una cláusula del estado de derecho, un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva o sancionadora del Estado. No basta dañar o poner en peligro bienes jurídicos. El principio "no hay pena sin dolo o culpa" "exige que el autor haya actuado con voluntad de afectarlos".[325]

En el caso convocado por el Movimiento Popular de Control Constitucional, representado por Walter Humala, el Tribunal Constitucional se pronunció sosteniendo que la reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado. También se afirmó que el principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos: que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad) y que en el momento de la individualización de la pena, la sanción sea proporcionada al hecho cometido. [326]

También el tribunal sostuvo en el caso Jesús Belisario Esteces Ostolaza y Santos Orlando Sánchez Paredes, que el principio de responsabilidad personal y la proscripción de responsabilidad por hecho ajeno, constituyen una manifestación del principio de culpabilidad. Este principio, si bien no goza de reconocimiento constitucional expreso, puede ser derivado del principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal,

Así se justifica la imposición de penas cuando la realización del delito sea reprochable a quien lo cometió, quedando proscrita la responsabilidad objetiva. [327]Además, se sostuvo

principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

[325] Tribunal Constitucional [P], Proceso de inconstitucionalidad del 030120023, Expediente N°. 010-2002-AI/TC.

[326] Tribunal Constitucional, [P], inconstitucionalidad del 09/08/2006, N° 003-2005-PI/TC-Lima. En igual sentido *STC caso: Colegio de Abogados de Lima Norte. Demanda de Inconstitucionalidad, del 19/01/2007, Exp. N° 14-2006-PI/TC-Lima.*

[327]Tribunal Constitucional, [P], Inconstitucionalidad del 13102010, N° 03245-2010-PH/ TC-Lima.

que los principios de legalidad, tipicidad y culpabilidad (principio constitucional implícito) son parte de la cláusula del Estado de derecho. [328]

En su Constitución, Chile se declara en el artículo 4º [329]como una república democrática. El Art. 19 3º establece que la Constitución asegura a todas las personas que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

El Tribunal Constitucional, se ha pronunciado de manera reiterada sobre el principio de culpabilidad, considerándolo uno de los principios fundamentales del Derecho Penal, con base constitucional en el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental. Con ello se consolida el principio de dignidad humana, "en la medida en que, en un sentido amplio, bajo la expresión Principio de Culpabilidad, pueden incluirse diferentes límites del Ius Puniendi, que tienen de común exigir, como presupuestos de la pena, que pueda "culparse" a quien la sufra del hecho que la motiva."[330]

Efectivamente, la sentencia Nº Rol 3052-16 del Tribunal Constitucional, de 20 de diciembre de 2016, reconoció el principio de culpabilidad derivado del artículo 19, N° 3°, inciso séptimo de la Constitución y la prohibición de responsabilidad objetiva, aunque no apreció la vulneración en el caso sometido a su conocimiento.[331] Otro caso semejante es la sentencia Nº Rol 4767-18 de Tribunal Constitucional, 23 de mayo de 2019.[332]
En Argentina su Constitución prescribe en el Art.1º que adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal[333]. El Artículo 18 trata de las garantías de los

[328] Tribunal Constitucional, [P], Inconstitucionalidad, del 16042003, expedientes N° 00010-2002-AI/TC y N° 02050-2002-AA/TC. La sentencia del 25042018 confirmó que "los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador". Relacionó las sentencias emitidas en los expedientes 02050-2002-AA/TC, 02192-2004-PA/TC y 00156-2012-PHC/TC.

[329] https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302 (Último acceso a las 13:20 del 14.07.2022)

[330] NÚÑEZ, JOSÉ FERNANDO, «El principio de culpabilidad: ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia», en *Revista Jurídica Digital*, Universidad de los Andes, 2019. Págs.147-163. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8153365.pdf (Último acceso a las 18:14 del 06.05.2022)

[331] http://vlex.cl/vid/671558285 (Último acceso a las 17:02 del 07.05.2022)

[332] http://vlex.cl/vid/787330913 (Último acceso a las 17:20 del 07.05.2022)

[333] https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24430-804/texto (Último acceso a las 05:18 del 07.05.2022)

procesados, entre las que se mencionan la necesidad de ley anterior al hecho para poder penar a una persona.[334] Para no limitar los derechos a los expresamente mencionados en la Constitución, el Artículo 33, advierte que las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de los no mencionados, que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.[335]

Adicionalmente, el Artículo 75 otorga jerarquía constitucional a los instrumentos normativos de derechos humanos que se mencionan[336], sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Si bien la Constitución argentina no hace una referencia expresa al principio de culpabilidad, existe un reconocimiento del mismo por parte de los autores más relevantes de dicho país [337]y su jurisprudencia constitucional.

---

[334] Idem.

[335] Idem.

[336] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

[337] Ver: CAMPOS, B. Op. Cit. Pág.133; STOLLER, E. A. Op. Cit., Pág. 131; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALIAGA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, Pág. 139; LASCANO, C. J., director, *Derecho Penal Parte General*, Advocatus; Córdoba, 2002. Pág. 120; CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 5ta. Edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi - José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2006, Pág. 511; DONNA, EDGARDO ALBERTO, «Capacidad de Culpabilidad o Inculpabilidad», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, abril 1998. Cfr. https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica04.pdf

En el caso llamado "Antiñir," (CSJN, Fallos 329:2367, 2006) la Corte Suprema sostuvo que el principio de culpabilidad es parte de la Constitución y que este principio prohíbe la responsabilidad objetiva.[338]

Un caso relevante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es Nuñez Maximiliano s/Causa N° 12.183 N. 125. XLVI, Recurso de Hecho, de 24/09/2013, en el que el presidente del tribunal y uno de sus magistrados, en disidencia, afirmaron que la responsabilidad objetiva es incompatible con la Constitución Nacional, al violar el principio de culpabilidad; la falta de valoración del dolo, al no examinar la cuestión del desconocimiento del agente activo sobre la edad de la víctima, pasó por alto el requerimiento de tipicidad subjetiva (dolo), abriendo el camino al *versari in re illicita*, o sea a la punición de una conducta por su objetividad típica, prescindiendo de la voluntad concreta del agente en el hecho.[339]

En la sentencia proveída el 11 de Noviembre de 2021 en el recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal en la causa Chukwudi, Anthoni s/ incidente de recurso extraordinario, se reconocen por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los principios de lesividad (*nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*), culpabilidad y proporcionalidad de las penas, expresamente reconocidos en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad consagrado en su art. 75 inciso 22[340].

Como hemos advertido con el panorama constitucional de algunos países pertenecientes al sistema continental europeo, el principio de culpabilidad tiene un tratamiento bastante amplio y que en líneas generales encontramos coincidente.

Dentro de los países del sistema del *Common Law* advertimos algunos reconocimientos constitucionales al principio de culpabilidad. Si bien, la jurisprudencia constitucional no

[338] FERRANTE, MARCELO, «Argentina», en *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford Law Books. Heller, Kevin Jon & Dubber, Markus, Stanford University Press, California, 2011.Pág.24

[339] http://www.saij.gob.ar (Último acceso a las 05:42 del 08.05.2022)

[340] http://www.saij.gob.ar (Último acceso a las 04:00 del 08.05.2022)

tiene un desarrollo abundante y reiterado que dote al principio de culpabilidad o conceptos equivalentes, de un lugar preponderante en los derechos fundamentales reconocidos a los ciudadanos y pobladores, el concepto o sus manifestaciones con sus propias particularidades, han tenido alguna atención.

Canadá, al igual que Bahamas, Guyana, Belice y Santa Lucía, no ha suscrito ni ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José; pero si lo ha hecho con respeto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, en su derecho interno, particularmente por medio de la Constitución en el decreto de 1982 y posteriores enmiendas,[341] desarrolló lo relativo a los derechos fundamentales, en la Parte I que contiene la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. En el artículo 1 expresa que se garantizan los derechos dentro de los límites razonables que establezca la ley y se encuentren justificados en una sociedad libre y democrática.[342]

Esta condición del artículo 1 para que los límites impuestos a los derechos y libertades sean razonables, fundados en derecho y justificados en una sociedad libre y democrática, podrían fundamentar el impedimento para aplicar responsabilidad objetiva, porque solo puede ser sociedad libre aquella en la que existe la libertad de decisión de los individuos y sociedad democrática la que reconoce y respeta esa libertad, no siendo razonable ni justificado limitar derechos del imputado sin que se compruebe la responsabilidad subjetiva. Tampoco sería respetuoso con el estado de derecho, aplicar sanciones arbitrariamente solo por declaración de la ley, sin que se considere la orientación de la conducta del sujeto.

Con respecto a los derechos de los imputados, el artículo 11 de la Constitución, establece que las personas acusadas de delito tienen derecho a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad y a no ser declarados culpables por ningún acto u omisión a menos que en el momento del mismo, constituía un delito según el derecho canadiense

[341] https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/index.html (Último acceso a las 15:41 del 03.05.2022)

[342] ***1.*** *La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en ella sujetos únicamente a los límites razonables prescritos por la ley que puedan demostrarse justificados en una sociedad libre y democrática.*

o internacional o era un delito de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones. [343]

Las referencias del artículo 11 a la necesidad de comprobar la culpabilidad (*guilty*) del acusado, para descartar la presunción de inocencia, dado que la culpa está concebida en la jurisprudencia como *guilty act* correspondiente al *actus reus* y como *guilty mind* respecto al *mens rea*, nos indica que la comprobación de culpabilidad está referida tanto a la parte material como a la parte mental.

En cuanto a la configuración de los delitos conforme el principio de legalidad según el artículo 11, existe una aceptación expresa de los delitos internacionales formalizados y también los del derecho internacional consuetudinario (no escrito). La mención de acto u omisión puede entenderse como un requisito para establecer tanto el hecho como la voluntad del sujeto, con respecto al hecho prohibido u ordenado por la ley.

En la jurisprudencia se han trazado algunas ideas que nos muestran que la *mens rea* en Canadá, tiene derivación constitucional.

La Corte Suprema de Canadá, en el caso Reg. v. Sault Ste. Marie (1978), [344] se sostuvo que cuando un delito es verdaderamente criminal -*true criminal*-, la acusación debe establecer un elemento mental, y la negligencia no es suficiente para ese propósito. Sin embargo, se sostuvo que existe una posición intermedia entre los casos en los que se requiere plena *mens rea* y los casos de responsabilidad absoluta -*absolute responsability*: los casos en los que es una defensa para el acusado y tiene la carga de la prueba, sobre la base de las probabilidades, que no fue negligente. Los "delitos contra el bienestar público" o los "delitos reglamentarios" pertenecen a esta última clase. Se sostuvo, que los delitos

---

[343] ***11.*** *Toda persona acusada de un delito tiene derecho*

(d) a que se presuma su inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en una audiencia justa y pública por un tribunal independiente e imparcial;

(g) no ser declarado culpable por ningún acto u omisión a menos que en el momento del acto u omisión, constituía un delito según el derecho canadiense o internacional o era un delito de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones;

[344] https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2605/index.do (Último acceso a las 11:00 del 16.07.2022)

pueden clasificarse en tres categorías: 1. Los delitos en los que el *mens rea*, que consiste en algún estado de ánimo positivo, como dolo, conocimiento o imprudencia, debe ser probado por la acusación, ya sea como una inferencia de la naturaleza del acto cometido, o mediante pruebas adicionales; 2. Los delitos en los que no es necesario que la acusación pruebe la existencia de *mens rea*; la realización del acto prohibido constituye el delito, dejando abierta la posibilidad de que el acusado eluda la responsabilidad probando que tomó todas las precauciones razonables. Esto implica la consideración de lo que un hombre razonable habría hecho en las circunstancias. El acusado podría invocar una causa de defensa o exclusión de la responsabilidad, si el mismo creyó razonablemente en hechos erróneos, que de ser ciertos, acarrearían la inocencia del acusado sobre el acto u omisión, o si tomó todas las medidas razonables para evitar el evento en particular. Estos delitos pueden denominarse con propiedad delitos de responsabilidad objetiva, y; 3. Los delitos de responsabilidad absoluta en los que el imputado no pueda exculparse demostrando que estuvo libre de culpa.

En una decisión del 18 de junio de 2020, la Corte Suprema[345], afirmó en un caso sobre la naturaleza del delito de incumplimiento de una condición de libertad bajo fianza, que para ser culpable de un delito una persona debe hacer algo que va en contra de la ley penal. Esto se llama "*actus reus*", que significa "acto culpable" -*"guilty act"*. En este caso, el *actus reus* consiste en que el obligado no se acerca a la puerta al ser requerido por el oficial -para que comprobara su presencia en el lugar-. Pero lo que hace a la persona responsable de lo que ha hecho, se llama "*mens rea*", que significa "mente culpable"- *"guilty mind-"*. Para muchos delitos, una persona es responsable si tuvo la intención – *"intended"*- , sabía – "*knew"*-, o estaba al tanto – *"were aware"*, de lo que podría suceder. *Esto es mens rea* "subjetiva". Pero también hay delitos en los que se puede responsabilizar a una persona incluso si no tiene la intención de hacer nada incorrecto. Esto es *mens rea* "objetiva", cuando los tribunales analizan si la persona acusada hizo algo muy diferente de lo que habría hecho una persona normal y sensata en la misma situación. En el caso concreto, los jueces dijeron que el *mens rea* por violar una condición de fianza era subjetivo, porque los tribunales tenían que analizar lo que la persona realmente sabía o sabía que podría suceder. El derecho penal se basa en el

[345] https://scc-csc.ca/case-dossier/cb/2020/38540-eng.aspx (Último acceso a las 10:00 del 15.07.2022)

principio de que una persona moralmente inocente no debe ser castigada y por eso se asume que el *mens rea* de los delitos es subjetivo. La excepción es si el Parlamento dice algo diferente en el Código Penal; pero en los hechos objeto del conocimiento del tribunal el Parlamento, por medio de la ley, no dijo eso.

El referido tribunal parece extraer del principio de inocencia, la exigencia de la responsabilidad subjetiva, al afirmar que el derecho penal se basa en el principio de que una persona moralmente inocente no debe ser castigada. No obstante, admite dos tipos de *mens rea*: una subjetiva y otra objetiva. La primera es la regla general, debiendo exigirse en todos los delitos en los que se requiera expresamente o no se haya dicho nada al respecto y la segunda, la *mens rea* objetiva, es la excepción, solo cuando el Parlamento canadiense expresamente haya incluido en el tipo penal respectivo esta clase de responsabilidad.

En realidad, debe entenderse que la referencia a *mens rea* objetiva tiene relación con la prueba empleada para establecer su existencia, esto es, aplicando reglas de comprobación objetiva. Si de lo que se trata es de analizar si un sujeto realizó la conducta prohibida por la norma con intención o imprudencia, ya sea comprobando indiciariamente que tenía esa intención de cometer el delito o tenía voluntad de realizar la conducta imprudente, o cuando se comprueba lo que hizo el sujeto y lo que hace una persona razonable; en ambos casos no deja de considerarse la responsabilidad subjetiva del sujeto. Pero si el delito consiste en realizar un hecho sin importar la responsabilidad subjetiva del sujeto, no podría sostenerse que se trata de un *mens rea* objetivo, sino de responsabilidad objetiva, aunque el legislador haya tomado en cuenta lo que normalmente hacen las personas razonables.

Por ejemplo, si la ley establece responsabilidad penal por el hecho de portar una navaja y no se admite ninguna prueba sobre el elemento mental, sancionando incluso a aquél que sin saberlo porta la navaja en su mochila (porque otra persona que iba a ser registrada por la Policía como sospechoso, la introdujo en uno de los compartimentos de la misma, sin que lo advirtiera el dueño de la mochila), sería un caso de responsabilidad objetiva; por más que se trate de creer que una persona sensata estaría revisando su mochila cada minuto o que la *backpack* debería usarse colgada al pecho. Pero si el delito requiere que la Fiscalía compruebe que el sujeto sabía que portaba la navaja y en el proceso la misma

hace uso de pruebas para establecer lo que sucede en el comportamiento de otras personas, como practicar huellas digitales sobre la navaja y con ello demuestra que el sujeto que alega inocencia había introducido la navaja en su mochila, sabiendo lo que hacía, es un caso en el que se ha considerado adecuadamente la *mens rea*.

Otro tema será determinar en qué circunstancias se viola el principio de inocencia, como cuando se presume culpable a una persona de portar una navaja y se le obliga a comprobar que lo desconocía o no tenía voluntad de portarla.

En Estados Unidos la Constitución no hace ninguna referencia al principio de culpabilidad, tampoco a la dignidad, la seguridad jurídica ni legalidad. Pero en la Enmienda V se establece el debido proceso, prescribiendo que una persona no será "privada de su vida, su libertad o sus bienes sin el debido procedimiento legal"[346] Tradicionalmente se ha seguido la idea del derecho inglés de que los derechos son amplios para los ciudadanos, mientras no exista una ley que los regule. Precisamente la Enmienda IX expresa: "No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo".[347]

En el debido proceso, se entiende que reside la presunción de inocencia,[348] la cual desaparece cuando se prueba más allá de la duda razonable la responsabilidad.

Estados Unidos no ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, pero ha suscrito y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La jurisprudencia de los tribunales expresa las diferencias entre delitos que requieren *mens rea* y los que no. En el caso Estados Unidos contra Greenbaum (1943),[349] se

---

[346] https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constiution.pdf (Último acceso a las 12:15 del 15.05.2022)

[347] Idem.

[348] FLETCHER, GEORGE P., The Grammar of Criminal Law, Volume One: Foundations, Oxford University Press, Oxford, 2007. Pág. 6.

[349] Tribunal de Apelaciones del Tercer Circuito de EE. UU. - 138 F.2d 437 (3d Cir. 1943) https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/138/437/1481615/ (Último acceso a las 13:22 del 15.05.2022).

reconoció a la responsabilidad objetiva, sosteniendo que la prueba de *mens rea* no siempre es un requisito para una condena por un delito de pena elevada, pues ello depende de la intención legislativa evidenciada por la ley que define y castiga el delito en particular. El requisito constitucional del debido proceso no se viola simplemente porque el *mens rea* no sea un elemento requerido de un delito prescrito. Se ha sostenido además, que la exclusión del requisito de *mens rea* no solo se aplica para delitos menores o policiales, sino también cuando los delitos sean capaces de infligir un daño generalizado, y cuando el requisito de la prueba del conocimiento de la culpabilidad y la intención ilícita del delincuente haría difícil, si no imposible, la aplicación de la prohibición (es decir, tendería a anular la ley). La intención legislativa de prescindir del *mens rea* como elemento del delito tiene una base justificable. Entre esos delitos se destacan los negocios con alimentos y drogas adulterados. En determinados delitos antes de que se inicie un proceso penal, la persona contra la cual se contempla dicho procedimiento tendrá la oportunidad de presentar sus puntos de vista. La investigación puede estar diseñada para buscar la posible mente inocente del delincuente, estableciendo antes del juicio, su buena fe o el alcance de su conocimiento y voluntad reales.

En su jurisprudencia la Corte Suprema de Estados Unidos le ha dado relevancia constitucional a la *mens rea*, pero también ha aceptado casos de responsabilidad objetiva.

En Shevlin-Carpenter Co. contra Minnesota, 218 US 57 (1910)[350] la Corte Suprema sostuvo que en la ley de Minnesota que sanciona la tala y remoción de madera, ya sea que el delito sea deliberado o no, no es inconstitucional según la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda, ya sea por imponer una pena adicional o porque se le impongan las sanciones independientemente de su intención.

En el caso Staples v. Estados Unidos, 511 US 600 (1994)[351], se estableció que como regla general del derecho consuetudinario se requiere *mens rea* en todos los delitos, excepto en aquellos en los que el Congreso expresa o implícitamente prescinde del elemento mental.

[350] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/218/57/#tab-opinion-1923705 (Último acceso a las 13:32 del 16.07.2022)

[351] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/511/600/ (Último acceso a las 11:33 del 16.07.2022)

Una sanción severa del delito, es un factor adicional que tiende a sugerir que el Congreso no tuvo la intención de eliminar el requisito de *mens rea*.

En el caso de Rogers v. Tenessee 532 U.S. 451 (2001)[352], relacionó el concepto con el debido proceso (*Due Process of Law*), presunción de inocencia, previsibilidad y la *fair warning*[353]. Estos dos últimos los podríamos equipar al derecho a la seguridad jurídica, legalidad y taxatividad.

En el caso Clark v. Arizona No. 05-5966 (2006)[354], se discutió sobre la capacidad de formar el *mens rea* y la carga de prueba, con relación a la presunción de inocencia y el debido proceso; estimándose que los Estados pueden legislar sobre la presunción de cordura o capacidad de responsabilidad del acusado, eligiendo una definición de locura y colocando la carga de la prueba en quien alega incapacidad como excusa. Más allá del fondo del asunto discutido en este caso y lo justo o coherente que la decisión nos parezca con respecto a los derechos del acusado, es relevante la vinculación que se hace al derecho fundamental del debido proceso contenido en la Constitución de Estados Unidos. Esto nos indica que la capacidad de formar el *mens rea* y el propio *mens rea*, son dos elementos que requieren prueba, para que se cumpla el debido proceso. Si bien el primero solo podrá ser probado según lo admitan las regulaciones estaduales, cuando el acusado alegue falta de cordura, se entiende que el segundo elemento no puede ser anulado por las leyes de los Estados, cuando pertenece a la definición del delito y debe ser probado en juicio.

En el caso Xiulu Ruan v. United States No. 20–1410 (2022)[355], la Corte sostuvo que el derecho penal generalmente busca castigar las malas acciones conscientes, así, al interpretar las leyes penales, la Corte parte de una presunción de larga data de que el Congreso tiene la intención de exigir que un acusado posea un estado mental culpable. Cuando la ley requiere que el sujeto actúe a sabiendas o intencionalmente, pero también menciona "excepto según lo autorizado", significa que una vez que el acusado cumple

[352] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/451/ (Último acceso a las 12:25 del 16.07.2022)

[353] https://www.merriam-webster.com/dictionary/fair%20warning#legalDictionary (Último acceso a las 17:00 del 04.05.2022)

[354] https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-5966.ZS.html (Último acceso a las 4:51 del 05.05.2022)

[355] https://supreme.justia.com/cases/federal/us/597/20-1410/case.pdf (Último acceso a las 14:10 del 16.07.2022)

con la carga de producir evidencia de que su conducta fue "autorizada", el Gobierno debe probar más allá de toda duda razonable que el acusado actuó de manera no autorizada a sabiendas o intencionalmente. Este estado mental de culpa, conocido como *scienter*, se refiere al grado de conocimiento necesario para convertir a una persona en responsable penal de sus actos.

En realidad, la existencia amplia de las figuras de infracciones penales con responsabilidad objetiva, pretende facilitar la aplicación de justicia en conductas masificadas, a los que algunos autores asocian a los llamados delitos de *malum prohibitum*, que no son intrínsecamente malas conductas y su negatividad o naturaleza incorrecta nacen de la prohibición legal. Por el contrario, los delitos *malum in se* son conductas incorrectas, aunque no las haya prohibido la ley y en las que se exige *mens rea*.[356] En realidad, estos casos de responsabilidad estricta más allá del argumento de si incrementan o no la eficacia de las políticas o permita alcanzar un bienestar público, son contrarias a las normas de derechos humanos.

En Australia no hay referencias en la Constitución a los derechos fundamentales y son los Estados los que han legislado al respecto. Por ejemplo, la *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006*, de Victoria y la *Human Rights Act* 2004, del Territorio de la Capital Australiana.[357]

El Art.25 del primer cuerpo de leyes prescribe: "Derechos en procedimientos penales (1) Una persona acusada de infracción penal tienen el derecho a ser presumida inocente hasta probarse su culpabilidad conforme la ley".

La Corte Suprema de Australia -*High Court of Australia*- es el tribunal de más alta jerarquía. Trata casos de competencia original como apelativa y posee la facultad de

[356] MALCOLM, JOHN G., «Morally Innocent, Legally Guilty: The Case for Mens Rea Reform», *Federalist Society Review*, Volume 18, Sep. 7, 2017.

https://fedsoc.org/commentary/publications/morally-innocent-legally-guilty-the-case-for-mens-rea-reform (Último acceso a las 17:21 del 04.05.2022)

[357] https://www.humanrights.unsw.edu.au/news/human-rights-acts-around-australia (Último acceso a las 11:00 del 17.07.2022)

revisión judicial sobre las leyes aprobadas en el Parlamento de Australia y en los parlamentos de los estados australianos.

En el caso *He Kaw Teh v. The Queen (1985)*[358], se sostuvo por la HCA que al decidir si la presunción de la necesidad del *mens rea* había sido desplazada por la norma sometida a conocimiento y si el Parlamento tenía la intención de que el delito creado por esa disposición no tuviera un ingrediente mental, hay una serie de cuestiones a considerar.

Primero se debe tener en cuenta las palabras de la ley que crea el delito; segunda cuestión a considerar es, la materia de la que trata el estatuto, por ejemplo, si el Parlamento aborda un grave mal social que se propone suprimir rigurosamente o que los hechos no son crímenes en sentido real, pero hay un interés público en sancionarlos, o por la gravedad del hecho (importación y posesión ilegales de estupefacientes), es pertinente indagar si someter al demandado a una responsabilidad estricta ayudará a hacer cumplir las normas. Tercero, es pertinente preguntar si someter al acusado a una responsabilidad estricta ayudará a hacer cumplir las normas. Eso significa que debe haber algo que él pueda hacer, directa o indirectamente, que promueva la observancia de las normas.

También se cita en la sentencia, que se ha desarrollado un principio según el cual un error de hecho honesto y razonable será motivo de exculpación en los casos en que no se requiera el conocimiento real como elemento de un delito. La carga de la prueba para establecer honestidad y error razonable recae en primer lugar en el acusado y debe probar que tenía motivos razonables para creer en la existencia de un estado de hechos que de ser cierto, haría que su acto estuviera fuera de la aplicación de la ley. Es posible que finalmente no recaiga sobre él la carga de satisfacer al tribunal en casos de duda. Se afirma que si se sostiene que el conocimiento culpable no es un ingrediente de un delito, no se sigue que el delito sea de responsabilidad absoluta u objetiva. Un camino intermedio, entre imponer responsabilidad absoluta y exigir prueba de conocimiento o intención de culpabilidad, es sostener que un acusado no será culpable si actuó bajo un error honesto y razonable en cuanto a la existencia de hechos que de ser ciertos, habrían convertido su acto en producto de su inocencia.

[358] https://jade.io/article/67208?y=1958 (Último acceso a las 23:00 del 17.07.2022)

El caso CTM v The Queen [2008][359], se reitera jurisprudencia que sostiene que para interpretar una ley que crea un delito estatutario, se deben considerar los principios generales según los cuales la sociedad y la ley se han alejado de la primitiva respuesta de castigo solo por el *actus reus*. También evita lo que se ha llamado el escándalo público de condenar por un delito grave a personas que no son en modo alguno reprochables-*blameworthy*-.

Ahora está firmemente establecido que el *mens rea* es un elemento esencial en todo delito legal a menos que teniendo en cuenta el lenguaje de la ley y su objeto, se excluya expresamente o por una implicación necesaria.

En el Reino Unido no existe una Constitución escrita en la que se reúnan todas las normas principales, que rigen para el Estado su sistema constitucional y derechos fundamentales.

Toda la normativa se encuentra en la jurisprudencia y en leyes de diferente rango.[360] El derecho británico reconoce la posibilidad de crear derechos mediante las sentencias judiciales; pero tradicionalmente no admite contradicción con las leyes del Parlamento, pues prevalecen estas. [361]Es decir, los derechos son amplios para los ciudadanos mientras no exista una ley que los regule y pueden crearse expresamente por los tribunales o el Parlamento, pero esos derechos creados por un juez no pueden contradecir una ley del Parlamento. Esta tradicional prevalencia de la ley del Parlamento, cambió a partir de la preeminencia de la normativa europea y probablemente tenga mayores transformaciones debido a la pérdida de los enormes poderes del Ministerio de Justicia -*Lord Chancellor*- y a la existencia de un nuevo modelo de justicia constitucional en el que un tribunal con mayor independencia, la Corte Suprema, adquiere las funciones de control constitucional.[362]

---

[359] https://jade.io/article/78774 (Último acceso a las 11:30 del 16.07.2022)

[360] BOMBILLAR SÁENZ, FRANCISCO MIGUEL, «El Sistema Constitucional del Reino Unido», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE). Año 8. Núm. 15. Enero-junio/2011. Págs. 139-183. http://www.ugr.es/~redce/REDCE15pdf/03_Bombillar.pdf (Último acceso a las 12:53 del 04.05.2022)

[361] Idem.

[362] FERNÁNDEZ RIVEIRA, ROSA MARÍA, «El Modelo Británico de Nombramientos Judiciales: Judicial Independence In Law», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 44, 2019, Págs. 453-482. Ver: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7144184.pdf (Último acceso a las 9:30 del 17.07.2022)

La ley más relevante en materia de derechos humanos es la *Human Rights Act*, de 1998,[363] en la que se mencionan algunos derechos como la presunción de inocencia citada en el artículo 6 número 2, de la Parte I: Todo acusado de infracción penal se presumirá inocente hasta que se compruebe su culpabilidad de acuerdo a la ley, y el principio de legalidad del artículo 7: Ningún castigo sin ley. 1 Nadie será considerado culpable de delito por un acto u omisión que no constituya una infracción penal con arreglo al derecho nacional o internacional en el momento en que se cometió. Tampoco se impondrá una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió el delito. 2. Este artículo se entenderá sin perjuicio del juicio y castigo de cualquier persona por cualquier acto u omisión que en el momento en que se cometió, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

En el sistema legal del Reino Unido, además de admitir la responsabilidad objetiva para casos menos graves, también existen casos especiales como los delitos de violaciones en menores de edad, en los cuales no se requiere *mens rea*.[364]

La Corte Suprema ejerce el control constitucional desde octubre de 2009, cuando reemplazó al Comité de Apelaciones de la Cámara de los Lores como el tribunal supremo del Reino Unido. Se trata de 12 jueces que se encuentran explícitamente separados tanto del Gobierno como del Parlamento, con la intención de alcanzar mayor independencia.[365]

En el caso Sherras v. De Rutzen (1895) [366] se afirmó el elemento mental para los delitos, pero reconoció el poder de los legisladores para definir en la configuración de los delitos, si tal elemento se exigía o no, al expresar lo siguiente: “Existe la presunción de que el *mens rea,* una mala intención, o el conocimiento de la ilicitud del acto, es un ingrediente esencial de todo delito; pero esa presunción puede ser desplazada ya sea por las palabras de la ley que crea el delito o por el tema del que trata, y ambos deben ser considerados".

[363] https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents (Último acceso a las 13:12 del 04.05.2022)

[364] https://www.britannica.com/topic/criminal-law/The-elements-of-crime (Último acceso a las 05:35 del 11.05.2022).

[365] https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html (Último acceso a las 9:00 del 16.07.2022)

[366] http://www.e-lawresources.co.uk/Sherras-v-De-Rutzen.php (Último acceso a las 11:00 del 17.07.2022)

El principio de este caso fue reafirmado posteriormente por el Comité Judicial y la Cámara de los Lores en los casos Lim Chin Aik v. The Queen (1963); Reg. v. Warner (1969) y Gammon Ltd. v. A.-G. of Hong Kong (1984).[367]

En el caso R v Sally Lane and John Letts (2018), la Corte Suprema del Reino Unido, reconoce que es un principio bien establecido de que cada vez que una sección estatutaria crea un delito penal, pero no se refiere al estado mental del delincuente ("*mens rea*"), existe una presunción de que para dar efecto a la voluntad del Parlamento, el tribunal debe interpretar que se requiere *mens rea*. Pero no faculta al tribunal para que sustituya las palabras claras utilizadas por el Parlamento por una disposición diferente sobre la base de que el tribunal lo habría hecho de manera diferente al prever un *mens rea*, o un elemento mayor de *mens rea*.[368]

En lo referente al continente africano, se han adoptado tanto tratados internacionales regionales de derechos humanos como mecanismos de protección. El más significativo de los instrumentos regionales es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de junio de 1981 en el marco de la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana (OUA), organización que a partir de 2001 se ha transformado en la Unión Africana (UA). De acuerdo al artículo 30 de dicha Carta, el órgano específico para promover y proteger los derechos humanos es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[369]. Además, mediante un Protocolo adicional aprobado en 1998 se creó el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos.[370]

En la República Federal de Nigeria la Constitución protege la dignidad de la persona en el artículo 21. Además, se refiere a los principios de inocencia, legalidad,

[367] Otras sentencias relacionadas con el tema son: Sweet v. Parsley, Clegg v C.O.P., R v. Hilbert, R v. Prince, R v. Tolson, R v., Wheat and Stocks, R v. Gould y Curdy v. Lecocq.

[368] https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0080-press-summary.pdf (Último acceso a las 12:25 del 17.07.2022).

[369] African Commission on Human and Peoples' Rights (achpr.org) (Último acceso a las 03:33 del 08.05.2022)

[370] https://www.african-court.org/wpafc/jurisdiction/ (Último acceso a las 03:30 del 08.05.2022)

proporcionalidad y carga de la prueba de la acusación en el artículo 36.[371] El sistema legal nigeriano ha tenido una enorme influencia del sistema anglosajón, al haber sido colonia británica, debido a lo cual la doctrina del *mens rea* ha quedado asimilada en su jurisprudencia.

La Corte Suprema de Nigeria está compuesta por el jefe de Justicia y no más de 20 magistrados nombrados por el presidente después de ser propuestos por el Consejo Judicial Nacional y sujetos a confirmación por el Senado. [372]

En el caso Abeke v. State[373], la *mens rea* fue definida simplemente como mente culpable. Es el estado mental que debe poseer el acusado en el momento de realizar los elementos de conducta establecidos en el *actus reus*. También se reconocen los casos de responsabilidad objetiva.

En la República Árabe de Egipto, la Constitución [374] inicia con los principios entre los cuales menciona la dignidad, la democracia, la libertad, la igualdad y el estado de derecho.

En la Parte I sobre el Estado y la Sociedad, establece principios políticos tales como los siguientes: El Islam es la religión del estado. Los principios de la sharía islámica son la principal fuente de legislación. Los principios canónicos de los cristianos y judíos

[371] "36. (5) Toda persona acusada de un delito se presumirá inocente hasta que se pruebe su culpabilidad; disponiéndose que nada en esta sección invalidará cualquier ley por la sola razón de que la ley impone a dicha persona la carga de probar hechos particulares. (8) Ninguna persona será considerada culpable de un delito penal por cualquier acto u omisión que en el momento en que tuvo lugar, no constituía tal delito, y no se impondrá ninguna pena por cualquier delito penal más grave que la pena vigente en el momento de cometerse la infracción. (11) Ninguna persona que sea juzgada por un delito será obligada a aportar evidencia en el juicio. (12) Sujeto disposición en contrario por esta Constitución, una persona no será condenada por un delito penal a menos que ese delito y la pena estén definidos en una ley escrita, y en esta subsección, una ley escrita se refiere a una Ley de la Asamblea Nacional o una Ley de un Estado, cualquier legislación subsidiaria o instrumento en virtud de las disposiciones de una ley." https://www.constituteproject.org/constitution/Nigeria_1999.pdf (Último acceso a las 12:55 del 17.07.2022)

[372] https://supremecourt.gov.ng/about/history-of-the-court (Último acceso a las 10:30 del 17.07.2022)

[373] Abeke v S (SC 271 of 2005) [2007] NGSC 197 (30 March 2007); | NigeriaLII (Último acceso a las 11:00 del 17.07.2022)

[374] https://www.sis.gov.eg/newvr/theconistitution.pdf (Último acceso a las 12:00 del 17.07.2022)

egipcios son las principales fuentes de legislación para sus leyes de estado personal, asuntos religiosos, y la selección de sus líderes espirituales.

En la parte II sobre derechos y libertades enumera una larga lista de los mismos como la dignidad, igualdad, libertad personal, inocencia, debido proceso, reforma y rehabilitación digna para los sometidos a prisión, etc.

En el Código Penal egipcio se establece que la sanción será personalizada, que no habrá delito ni pena excepto de conformidad con la ley. Ninguna sanción podrá infligirse sino por sentencia judicial. La pena sólo se aplicará por hechos cometidos después de la entrada en vigor de una ley.

Se prescribe al final de este apartado, que tales derechos y libertades se ejercerán de manera que no entren en conflicto con los principios relativos a la parte de Estado y Sociedad incluidos en la Constitución.

En el Art. 7 del Código Penal se establece que las disposiciones de la ley penal en ningún caso derogarán los derechos personales prescritos en la sharía islámica.

Se establecen dentro de las penas más graves la muerte y la prisión permanente. No hay referencia al principio de culpabilidad, pero diferentes disposiciones del Código Penal hacen mención de los delitos con propósito o deliberados y con error, debido a negligencia, imprudencia, falta de cuidado o inobservancia de leyes, decretos o reglamentos. Por ejemplo, el artículo 234 sobre el homicidio intencional o el artículo 238 sobre el homicidio imprudente.

No obstante, el artículo 60 parece que contiene un principio parcialmente cercano al de culpabilidad, que prescribe: Las disposiciones del Código Penal no se aplican a ningún acto cometido de buena fe, en virtud de un derecho determinado en virtud de la sharía.

Con esta referencia es posible que la buena fe sea entendida como un acto en que la intención no es causar daño, una concepción parecida a la exclusión del *dolus malus*, que incluiría tanto una parte del elemento mental del delito como su reprochabilidad.

Otros casos relacionados con el principio de culpabilidad son los artículos 61 y 62. El primero determina que no se impondrá pena alguna al autor de un delito en el que su voluntad no tuvo nada que ver con la ocurrencia del hecho y estaba fuera de su poder impedir su ocurrencia por otro medio. El Artículo 62 hace referencia a los casos de exclusión de culpa, al expresar que no se impondrá pena al que pierda el conocimiento o la facultad de elección en su actividad al tiempo de cometer el hecho: ya sea por locura o incapacidad mental, ya sea por inconsciencia a causa de drogas, cualquiera que sea su especie, si las toma por la fuerza o sin saberlo.

Si bien hay una referencia específica a algunos derechos humanos, no hay una mención de ellos de manera general. Asimismo, al asumir el Estado una religión oficial las normas no pueden entrar en conflicto con la misma y el vínculo entre las normas del Estado y los ministros de la religión, que tradicionalmente en la historia ha sido muy recurrente, no es una práctica respetuosa de la diversidad ideológica.

En Uganda la Constitución expresa sobre la protección y promoción de los derechos humanos fundamentales y otras libertades, en el número 20 del Capítulo cuatro, lo siguiente: "(1) Los derechos y libertades fundamentales son inherentes a la persona y no otorgados por el Estado. (2) Los derechos y libertades del individuo y de los grupos consagrados en este Capítulo será respetada, defendida y promovida por todos los órganos y organismos gubernamentales y por todas las personas".[375]

En el artículo 22 se refiere al juicio justo y legalidad en procesos con aplicación de pena de muerte y el artículo 28 (1) trata del derecho de audiencia, en el (3) (a) del mismo artículo al principio de inocencia y en el 28 (12) al principio de legalidad en general.

En el caso llevado por la Alta Corte de Uganda, identificado como Uganda contra Kinene y Annor, apelación número 17 de 2019 (11.12.2020), se sostuvo que un principio cardinal del derecho penal está incorporado en la máxima *actus non facit reum, nisi mens sit rea*. Para la Corte, la frase significa que un acto no hace que un hombre sea culpable

[375] https://www.statehouse.go.ug/sites/default/files/attachments/Constitution_1995.pdf (Último acceso a las 16:52 del 11.05.2022)

de un crimen, a menos que su mente también sea culpable. Por lo tanto, no es el *actus* el que es culpable, sino el hombre y su mente.[376]

En cuanto a la responsabilidad objetiva, esta fue citada en el caso Uganda v Dr Richard Ndyomugyenyi & 2 Others CR.SC 003 OF 2010 (31082010), afirmando que "excepto en los casos de responsabilidad estricta (objetiva), nuestro sistema de justicia penal requiere que además del acto, *actus reus*, debe haber una mente culpable que es *mens rea"*. Por lo general, la responsabilidad estricta se encuentra en la legislación que trata con asuntos tales como infracciones de tránsito, salud y seguridad, control de la contaminación, posesión de artículos peligrosos como armas y drogas y moneda.[377]

A diferencia de otros continentes, la regla general es que en Asia y Oceanía no existen tratados de derechos humanos ni mecanismos de protección en el ámbito regional. Únicamente tienen aplicación las normas universales de derechos humanos y los mecanismos de protección que provee la ONU.

Hay que aclarar que si bien existe la Declaración de los Derechos Humanos en el Islam de 1990[378], conocida como Declaración de El Cairo[379], es una normativa de alcance mundial, promovida por los estados miembros de la Organización de la Conferencia Islámica, los cuales pertenecen a diferentes continentes (Asia, África, Oceanía y América), ofreciendo su enfoque sobre los derechos humanos bajo la ley islámica (*fiqah* o sharía), compuesta de tres fuentes religiosas: el Santo Corán, la Sunnah y el Hadiz.[380]

---

[376] https://ulii.org/ug/judgment/hc-anti-corruption-division-uganda/2020/4 (Último acceso a las 21:00 del 17.07.2022)

[377] https://ulii.org/ug/judgment/high-court-uganda/2010/49 (Último acceso a las 21:15 del 17.07.2022)

[378]https://www.refworld.org/cgibin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=50acbf1c2&msclkid=696f252bcecf11ec94637a371b51c406 (Último acceso a las 06:45 del 08.05.2022)

[379]https://www.ahmadiyya-islam.org/es/articulos/el-islam-los-derechos-humanos-universales-y-la-declaracion-de-el-cairo/?msclkid=e27ab1c3cecc11ec979c60763755edda (Último acceso a las 6:50 del 08.05.2022)

[380] https://www.ahmadiyya-islam.org/es/islam/fuentes-del-sharia/ (Último acceso a las 06:55 del 08.05.2022)

En India la Constitución contiene los derechos fundamentales en la Parte III. Dentro de ellos se menciona el principio de legalidad en el artículo 20.[381]

Al ser una nación perteneciente al *Commonwealth* su jurisprudencia sigue algunas líneas de pensamiento del derecho inglés sobre la *mens rea*, considerándolo un asunto legislativo sin que se viole algún derecho fundamental, es decir, derivado de la Constitución. Si bien la regla general es que debe haber responsabilidad subjetiva al lado del *actus reus*, se considera que la distinción entre infracciones de *mala in se* y *mala prohibitum*, permiten fundamentar la exigencia de *mens rea* solo para la primera clase de delitos y los casos de responsabilidad objetiva para los segundos.[382] Siendo estas últimas infracciones penales menos graves (*statutory offences*) y por interés público, las que el legislador excluye del elemento subjetivo. Hay también otras excepciones, como en el resto de países del sistema del *Common Law*.

En el caso Sunil Bharti Mittal Versus Central Bureau Of Investigation, No. 34 OF 2015, [383]la Corte Suprema de India sostuvo que las personas jurídicas pueden ser responsabilizadas de delitos que requieren *mens rea*, pues aunque no tienen intención criminal, son sus agentes representantes quienes tienen el *mens rea* y a las personas jurídicas que representan se les imputa o atribuye tal actuación. Citando jurisprudencia de Inglaterra, el tribunal recordó que se ha rechazado la idea de que una persona jurídica no podía cometer un delito, que fue el resultado de un acto de voluntad que necesita un estado mental particular. Al haberse adoptado la doctrina de la atribución y la imputación, se entiende que la intención criminal del "*alter ego*" de la entidad corporativa, es decir, la persona o grupo de personas que guían los negocios de la empresa, sería imputada a la corporación.

---

[381] "*Protección con respecto a la condena por delitos. (1) Ninguna persona será condenada por delito, excepto por la violación de una ley vigente en el momento de la comisión del hecho imputado como delito, ni podrá ser objeto de una pena superior a la que hubiera podido infligirse con arreglo a la ley vigente en el momento de la comisión del delito. (2) Ninguna persona será procesada y castigada por el mismo delito más de una vez. (3) Ninguna persona acusada de delito será obligada a ser testigo contra sí mismo"* Ver: https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI...pdf (Último acceso a las 21:51 del 17.07.2022)

[382]FASIH, FAISAL, *Strict Liability*, The West Bengal National University of Juridical Sciences. India http://epgp.inflibnet.ac.in/epgpdata/uploads/epgp_content/S001608/P001744/M022142/ET/1504249669STRICTLIABILITY.pdf (Último acceso a las 13:05 del 11.05.2022)

[383] https://main.sci.gov.in/judgments (Último acceso a las 23:00 del 17.07.2022)

Se ha citado en su jurisprudencia el caso MacNaghten, J. en Director of Ministerio Público v. Contratistas de Kent y Sussex Ltd. 1972 AC 153: (AC p. 156), en el que se dijo que una persona jurídica es una "persona" a quien, entre los diversos atributos que puede tener, se le debe reconocer la cualidad de una mente capaz de conocer y formar una intención. Sólo puede conocer o formar una intención a través de sus agentes humanos, pero las circunstancias pueden ser tales que el conocimiento del agente debe imputarse al organismo corporativo.[384]

En el caso Vohra Sadikbhai Rajakbhai & Others Versus State Of Gujarat & Others, [385]la Corte Suprema afirmó que *'absolute liability'*, *'strict liability*' y '*fault liability*' no son lo mismo. La Corte explicó la jurisprudencia de la responsabilidad extracontractual y también los principios de responsabilidad objetiva- *strict liability* -, responsabilidad culposa-*fault liability*- y responsabilidad absoluta, considerando que esta última se utiliza ante casos de creación de mayores peligros para otros. La responsabilidad por culpa requiere la presencia de un elemento mental, el incumplimiento voluntario, deliberado o malicioso. La lesión o daños resultantes sin ninguna intención aún debida a la falta de previsión, es responsabilidad estricta.

En China hay escasas referencias en su Constitución al catálogo de derechos individuales. Se hace una mención general a la obligación de respetar los derechos humanos. Es un Estado que no ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, en el artículo 37 reconoce expresamente el principio de inocencia.[386]

En China, aunque existe la Corte Suprema Popular, no funciona como un tribunal constitucional independiente, sino como institución subordinada al Parlamento (La Asamblea Nacional Popular). Además, no desempeña funciones de control constitucional, pues tal atribución corresponde al Parlamento y al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional, el cual puede definir la Constitución, derogar cualquier

[384] El principio ha sido reiterado por Lord Denning en Bolton (H.L.) (Ing.) Co. Ltd. c. T.J. Graham & Sons Ltd.

[385] https://main.sci.gov.in/judgments (Último acceso a las 11:50 del 17.07.2022)

[386] "Artículo 37.

La inocencia es el principio básico Ninguna persona es considerada legalmente culpable, excepto en los casos en que su culpabilidad esté establecida en un tribunal competente".

ley o decisión judicial que considere en contra de la Constitución, los estatutos, o normas y los reglamentos administrativos. [387]

"El artículo 67 de la Constitución china autoriza al Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional ejercitar las funciones y poderes de interpretar la Constitución y supervisar su ejecución, anular las reglas y reglamentos administrativos, decisiones y órdenes del Consejo de Estado que contravengan la Constitución o la ley". [388] También tiene facultades para anular los reglamentos locales o decisiones de los órganos de poder estatal de las provincias, regiones autónomas y municipalidades que contravengan la Constitución, la ley o las reglas y reglamentos administrativos.[389]

Por la razón de que su derecho penal en los últimos tiempos se ha construido al influjo del derecho penal alemán, hay algunas manifestaciones del principio de culpabilidad, pues se hacen referencias en la Ley Penal de la República Popular China, a la necesidad de actuar con dolo o imprudencia y al principio de proporcionalidad.[390]

En Corea del Sur la Constitución expresa reglas que evidencian los fundamentos necesarios para darle contenido constitucional al principio de culpabilidad. El hecho que se haya definido como una república democrática implica que les da validez a las normas reconocidas internacionalmente como las de derechos humanos, expresamente cita el derecho a la dignidad y el deber de garantizar los derechos humanos, principio de legalidad y principio de inocencia. [391]

---

[387] ZHAI, GUOQIANG, «La práctica del control de constitucionalidad en China», en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 71, 2013 pp. 589-602. https://t.ly/gu_B (Último acceso a las 16:16 del 08052022)

[388]Idem. Ver también la Constitución en: http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Constitution/node_2825.htm (Último acceso a las 23:55 del 17.07.2022)

[389]Idem.

[390] Artículo 5. La severidad de las penas debe ser proporcional al delito cometido por el infractor ya la responsabilidad penal que tiene.

Artículo 16. Aunque un acto produzca objetivamente consecuencias lesivas, si no resulta de dolo o negligencia sino de causas irresistibles o imprevisibles, no es delito.

https://www.fmprc.gov.cn/ce/cgvienna/eng/dbtyw/jdwt/crimelaw/t209043.htm (Último acceso a las 16:00 del 10.05.2022)

[391] Artículo 1

Mención especial merece el artículo 13 número 3 que contiene el principio de responsabilidad individual al expresar: "Ningún ciudadano sufrirá un trato desfavorable a causa de un acto que no sea de su autoría sino cometido por un pariente".[392]

La Corte Constitucional de Corea del Sur, en un caso de delito simultáneo con resultado de lesiones, consistente en la participación de dos personas (una a continuación de la otra) en las lesiones producidas en una persona y relativas a determinar si el artículo 263 de la Ley Penal, que dispone que cuando en las acciones independientes de al menos dos personas no se pueda establecer quién causó la lesión, serán tratados como coautores, tuvo una dividida discusión entre los magistrados y aunque la mayoría estaba de acuerdo en declarar inconstitucional la referida disposición, no alcanzaron el *quorum* necesario. Sin embargo, algunos de los argumentos vertidos son relevantes sobre las ideas que se tienen sobre el principio de culpabilidad y su reconocimiento constitucional. Dicho

---

1) La República de Corea será una república democrática.

2) La soberanía de la República de Corea residirá en el pueblo, y toda autoridad estatal emanará del pueblo.[391]

Artículo 6

(1) Los tratados debidamente celebrados y promulgados de conformidad con la Constitución y las normas de derecho internacional generalmente reconocidas tendrán el mismo efecto que las leyes internas de la República de Corea.[391]

Artículo 10

A todo ciudadano se le asegurará el valor y la dignidad humana y tendrá derecho a la búsqueda de la felicidad. Será deber del Estado confirmar y garantizar los derechos humanos fundamentales e inviolables de las personas.

Artículo 13

(1)Ningún ciudadano será procesado por un acto que no constituya un delito en virtud de la ley vigente en el momento en que se cometió, ni se le impondrá una doble sentencia.

Artículo 27

(4) Se presumirá la inocencia del acusado hasta que se dicte sentencia de culpabilidad.

Artículo 37

(1) Las libertades y los derechos de los ciudadanos no se desatenderán por el motivo de no estar enumerados en la Constitución.

(2) Las libertades y derechos de los ciudadanos pueden ser restringidos por ley sólo cuando sea necesario para la seguridad nacional, el mantenimiento de la ley y el orden o para el bienestar público. Aun cuando se imponga tal restricción, no se violará ningún aspecto esencial de la libertad o derecho. Ver: https://www.hrnk.org/uploads/pdfs/DPRK_Constitution.pdf (Último acceso a las 0:05 del 18.07.2022)

[392] Idem.

principio aquí es llamado *principle of responsability*. Con relación al asunto se concluye por la mayoría de magistrados, que la disposición penal sometida a su conocimiento "atenta contra el principio constitucional del estado de derecho en relación con el acto penal, así como contra el principio de responsabilidad, que puede inferirse de la intención del artículo 10 de la Constitución, y por lo tanto viola la Constitución".[393]

En la Constitución de la República de Filipinas, se contienen los derechos al debido proceso e inocencia. [394]

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Filipinas encontramos el caso Office Of The Ombudsman, Petitioner, vs. Marian D. Torres and Maricar D. Torres, Respondents, G.R. No. 168309, January 29, 2008, en el que a su vez se cita el caso Lecaroz vs. Sandiganbayan que sostuvo: "Si lo que se prueba es un mero error de juicio por parte de la persona que comete el acto, no se le puede imputar legítimamente ninguna malicia o intención criminal. Normalmente, la mala intención debe unirse con un acto ilegal para que exista un crimen. *Actus non facit reum, nisi mens sit rea*. No puede haber crimen cuando la mente criminal solo está deseando algo. Como regla general, la ignorancia o el error en cuanto a hechos particulares, honestos y reales, eximirán al hacedor de la responsabilidad criminal. La excepción, por supuesto, es la negligencia en el cumplimiento del deber o la indiferencia a las consecuencias, lo que equivale a la intención criminal, ya que en este caso, el elemento de intención maliciosa es suministrado por el elemento de negligencia e imprudencia. En el presente caso, hay claras manifestaciones de buena fe y falta de intención criminal por parte de los

[393] http://search.ccourt.go.kr/xmlFile/0/010400/2018/pdf/e2017k10_1.pdf (Último acceso a las 14:56 del 08.05.2022)

[394] "SECCIÓN 1. Ninguna persona será privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal, ni se le negará a ninguna persona la igual protección de las leyes".[394]

"SECCIÓN 14. (1) Ninguna persona será retenida para responder por un delito penal sin el debido proceso legal.

(2) En todos los procesos penales, se presumirá que el acusado es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y gozará del derecho a ser oído por sí mismo y por medio de un abogado. Ver: https://www.constituteproject.org/constitution/Philippines_1987.pdf?lang=es (Último acceso a las 0:10 del 18.07.2022)

peticionarios".[395] Las resoluciones comentadas no invocan artículos de la Constitución, pero el hecho de que el tribunal que conoce en materia constitucional haya sostenido tales argumentos, evidencia que la responsabilidad subjetiva es un asunto de relevancia constitucional.

[395] https://elibrary.judiciary.gov.ph/thebookshelf/showdocs/1/44588?msclkid=d10b1d3dceff11ecb24be63165ec6f4b (Último acceso a las 13:09 del 08.05.2022)

CAPÍTULO III
LA ESTRUCTURA DEL CRIMEN INTERNACIONAL EN LOS DIVERSOS SISTEMAS

1. Sistemas de derecho penal interno

El sistema continental europeo o *Civil Law* o *Roman Law*, es un derecho derivado del derecho griego y romano, con la influencias posteriores de diversas legislaciones y obras de juristas destacados, tales como las del derecho germánico, derecho español (Fuero Juzgo), el derecho napoleónico, y la actividad académica de las Escuelas de Bolonia y París.[396] No debe descartarse tampoco, la influencia árabe que tuvo el Mediterráneo entre los siglos VII y IX y la posibilidad de que en la vida de los pueblos se entremezclaran normas romanas, europeas y musulmanas. [397]Por su parte, el derecho del *Common Law* tiene su origen en el derecho inglés y este a su vez se basa en las tradiciones de las tribus germánicas y normandas, dado que se abandonó el derecho romano, por obra sobre todo de las decisiones de los monarcas. Así La enseñanza del Derecho Romano fue prohibida

[396] FUENTESECA, PABLO. «El Derecho romano y la historia del Derecho Europeo», en *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo*, Tomo XI, Biblioteca Jurídica Digital BOE, Ourense, 1998. Págs.303-376. Ver: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-B0036900376 (Último acceso 16:35 del 14.11.2022); ALONSO, MARÍA LUZ. «La Perduración del Fuero Juzgo y el Derecho de los Castellanos de Toledo», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 48, 1978, págs. 335-378. Ver:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1251353.pdf. (Último acceso 17:15 del 14.11.2022); MAGALLÓN IBARRA, J. M., *El Renacimiento Medieval de la Jurisprudencia Romana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2002. Págs. 15, 198, 209 y 210. Disponible en: https://elibro-net.bucm.idm.oclc.org/es/ereader/universidadcomplutense/74349?page=39 (Último acceso a las 16;32 del 04.12. 2022).

[397] PORTOCARRERO OLAVE, F. «Influencia del Derecho Musulman en el Derecho Español», en *Revista de la Universidad Católica*, Tomo 06 N°7-9 (oct-set.-dic. 1938), Pontificia Universidad Católica de Perú. Ver: https://n9.cl/w9fiv (Último acceso a las 09:15 del 17.11.2022)

por Esteban II, en el año 1151 en Inglaterra.[398] Sin embargo algunos rastros del derecho romano todavía permanecen en el sistema del *Common Law*.

El DCE requería estudiosos de la ley que se convertían en jueces, mientras en el sistema inglés predominaban los jueces *legos*, pero con experiencia en la vida de la comunidad. Mientras el poder judicial no se independizó del Rey, éste se reservaba la última palabra en la solución de los casos.[399]

Tanto el sistema anglosajón como el DCE, tienen un marco conceptual o estructura de la conducta delictiva que utilizan para aplicar la ley penal a los hechos. Se trata de elementos definidos en sus contenidos y un orden propuesto para su utilización práctica. En el derecho continental europeo la dogmática tiene un mayor grado de desarrollo, pero al mismo tiempo un alto nivel de abstracción que no siempre se traduce con facilidad a nivel procesal y en el que muchas veces la aplicación práctica supone elegir entre múltiples ideas contrapuestas. Así por ejemplo el dolo eventual no es fácil de probar en un proceso y puede ser abordado por diferentes teorías. Pero hay que señalar que en la mayoría de países que siguen este sistema, la jurisprudencia de los tribunales supremos son una fuente de corrección que reduce las dudas o contradicciones teóricas, al menos en aquellos ámbitos conceptuales que han sido abordados.

Esto no significa que el derecho anglosajón carezca de dispersión y contradicciones. Precisamente, en el derecho inglés, la existencia de leyes dispersas en materia penal y decisiones judiciales (*case law*) van aumentando las dificultades para tener certeza, accesibilidad, claridad y coherencia. Este ha sido el argumento de la *Law Comission* o Comisión Codificadora, para justificar la empresa para la que fue constituida, pero abandonada.[400] Al respecto, en el Reporte y Borrador del Código se expresa por la

---

[398] ROBLES VELASCO, LUIS MARIANO, «Breves Apuntes Sobre los Fundamentos del Derecho Europeo y el Derecho Romano», en *Revista Quaestio Iuris*, 10(1): 291-316 (2017). http://hdl.handle.net/10481/44854 (Último acceso 16:15 del 14.11.2022)

[399] MORINEAU, MARTA, *Una Introducción al Common Law*, 2ª reimp., Capítulo I, Historia del Derecho Inglés, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2792/37.pdf (Último acceso 04:15 del 15.11.2022)

[400] LAW COMISSION. CRIMINAL LAW, *A Criminal Code for England and Wales*, Volume 1, Report and Draft Criminal Code Bill. https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/Criminal_Code_177_1.pdf (Consultado a las 11:00 del 17.09.2022)

Comisión que la *recklessness* es un concepto que tiene cuatro significados diferentes, dependiendo de si se usa en el contexto de los delitos contra la persona no mortales, los daños penales y el homicidio culposo, violación o delito de conducción. A juicio de la misma Comisión, esto hace a la ley penal innecesariamente compleja e incomprensible.[401]

En el sistema del *Roman Law* los autores de derecho -equivalentes a los *scholars* del derecho anglosajón- pueden influir a los creadores de la ley, a los jueces, a los abogados y estudiantes de leyes. Van más allá de las tesis de los jueces, normalmente critican sus sentencias y según el nivel de prestigio y fuerza de sus argumentos pueden cambiar en la consciencia colectiva concepciones construidas por la judicatura. Permanentemente se citan en las sentencias argumentos de los autores o partes de los libros de estos. [402]

En el sistema anglosajón se parte de una lista de conceptos de mayor orientación práctica, más que de una teoría sistematizada, en donde la aceptabilidad de los mismos se define por su fácil posibilidad de aplicación en el proceso y con menos discusión filosófica o lógica, para lograr prevenir el crimen. Tradicionalmente los *scholars* no critican las decisiones de los jueces y es muy escasa la construcción de conceptos jurídicos que no utilizan los jueces. Como se trata de que las ideas jurídicas tengan aplicación práctica, parten del estudio de la jurisprudencia para impulsar nociones que tengan la posibilidad de aplicarse sin dificultades. Sin embargo, parece ser que en el derecho del *Common Law* hay algunos cambios en esa tradicional relación entre los autores de derecho y el mundo de la judicatura, cada vez más se utilizan conceptos filosóficos o científicos y la academia construye una realidad conceptual que no siempre es coincidente con las resoluciones judiciales. Los jueces ahora retoman esas reflexiones o estudios en sus decisiones.[403] Además, hay ya pasos importantes, incluso a nivel legislativo, para contar con una teoría sistematizada.

Una situación particular dentro del derecho anglosajón es el de Estados Unidos, en el que una organización no gubernamental compuesta por jueces, académicos y abogados, el

[401]Ibid. Pág. 7.

[402] FLETCHER, GEORGE P., *The Grammar of Criminal Law*, Volume One: Foundations, Oxford University Press, Oxford, 2007. Págs. XIV y 93.

[403] Idem.

American Law Institute, comenzó haciendo comentarios a las leyes y su aplicación, para mejorar el sistema legal, terminando por descubrir que en el área penal no bastaban las reformulaciones y era necesario elaborar un Código Penal Modelo, como propuesta de lo que debía contener un Código Penal estadual o federal. Dicho trabajo ha venido influyendo la redacción de muchos códigos penales en Estados Unidos y los comentarios elaborados en seis tomos han sido fuente de consulta por los aplicadores de la ley para abordar diferentes casos. Si bien el CPM no tiene un desarrollo amplio de la parte general, equivalente al derecho penal europeo continental, cuenta con mayores contenidos de principios y reglas generales, así como una sistematización más ordenada comparándolo con el derecho penal de otros países del sistema anglosajón.[404]

No obstante, que pueden existir algunas diferencias entre países o regiones pertenecientes al mismo sistema, no podríamos derivar de ello que deben considerarse nuevos sistemas. A pesar de que algunos autores pueden plantear distinciones, no han evidenciado esenciales configuraciones de su derecho penal.[405]

En cuanto a otros sistemas de derecho, como el sistema islámico o el consuetudinario, no parece que la estructura del delito tenga un desarrollo particular. Más bien es el enfoque bajo el cual se aplica la ley penal el que puede variar.

La elección de los sistemas continental europeo y anglosajón en la búsqueda de criterios comunes para el DPI, es por razones prácticas y en la idea de que además de ser los sistemas legales más difundidos en el mundo, cuentan con un modelo estructural del

[404] ROBINSON, PAUL H.- DUBBER, MARKUS D, *The American Model Penal Code: A Brief Overview*, Faculty Scholarship at Penn Law, 131, 2007. PP. 329- Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/131 (Último acceso a las 13:20 del 29.08.2022)

[405] KEILER, JOHANNES - ROEF, DAVID, *Comparative Concepts of Criminal Law*, Intersentia, Cambridge, UK, 2015. Págs.6 y 7, al fijar como objeto de investigación tres países europeos, plantean diferencias entre los sistemas: inglés, alemán y holandés, considerando que este último surge de una combinación de los dos anteriores y el francés. Su opinión surge de considerar que en Alemania se tiene una visión compleja y doctrinaria menos práctica y más formalista, basada en la aplicación deductiva de los principios generales de la ley penal y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, mientras en el sistema inglés se tiene un sentido más práctico basado en los casos penales resueltos por los jueces que por el método inductivo llegan a los principios generales. En el sistema holandés, de acuerdo a los autores, se asumen posiciones intermedias en donde los principios suelen ser pragmáticos y practicables y su jurisprudencia evidencia soluciones menos complejas y sofisticadas, con menos preocupación por la coherencia sistemática, pero más orientadas a la efectividad del sistema.

delito diferenciado, pero sobre los cuales es posible obtener un mayor consenso. En cuanto al número de regiones que han adoptado estos sistemas mayoritarios total o parcialmente y la población regida por ellos, resulta evidente al observar el mapa elaborado por la Universidad de Otawa que reproducimos abajo. [406]

No obstante, con ello no podemos afirmar que debe abandonarse el interés por estudiar otros sistemas legales, pues para el desarrollo del DPI es esencial para su desarrollo, la búsqueda de nuevos conceptos y soluciones frente a los problemas que surgen en su aplicación.

En todo caso, no puede dejarse de lado la importancia de ningún sistema legal cuando el ER en lo relativo al derecho aplicable establece en el artículo 21 letra c), el deber de emplear en defecto del ER, de los Elementos de los Crímenes, de los tratados, principios y normas internacionales, los principios generales de derecho, derivados del derecho interno de los diferentes sistemas jurídicos y particularmente del derecho interno de los Estados que normalmente tendrían jurisdicción para conocer del delito. La condición para aplicar estos principios derivados es que no sean incompatibles con el ER ni con el derecho internacional ni con respecto a las normas y estándares internacionalmente reconocidos.

En el derecho islámico, sus diferencias con los sistemas aquí estudiados se centran en la aplicación de principios religiosos y la creación de algunos delitos fundamentados en conductas que constituyen pecados, pero tampoco presentan una forma diferenciada de la estructura de los delitos. Por ejemplo, admiten el principio de legalidad y reconocen tanto los delitos deliberados como accidentales, estableciendo penas menores para estos últimos casos. Sin embargo, dependiendo de la facción religiosa así subclasifican algunos delitos en deliberados, cuasi deliberados, accidentales, cuasi accidentales e indirectos.[407] Esto evidencia que hay una concepción bipartita del delito, equivalente a las estructuras continental europea y anglosajona.

---

[406] Más detalles de la investigación puede ser consultados en el sitio: http://www.juriglobe.ca/esp/index.php

[407] WASTI, TAHIR, *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, Brill, Leiden, 2009. Págs. 13 y 68. https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=308276&lang=es&site=ehost-live. (Último acceso a las 10:12 del 11.09.2022)

Lo mismo sucede con el llamado sistema consuetudinario, que ha venido cediendo espacio al derecho penal escrito y ahora ya no existe ningún país con sistema consuetudinario puro.

También en el pasado se hacía referencia al sistema legal socialista, de países como China, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y sus regiones de influencia, como países de Europa Oriental, Sudeste Asiático y Cuba. Sin embargo, en tales Estados han surgido cambios importantes a nivel doctrinario, que han provocado que los referidos sistemas hayan adoptado o aplicado los modelos europeo continental o anglosajón.

Por ejemplo, en el derecho penal chino la influencia alemana es notoria en su sistema penal, aunque mantiene una sobrevalorada protección de las instituciones gubernamentales y declaraciones de interés colectivo o social, en detrimento de los derechos de los ciudadanos individualmente considerados. Sin embargo, dicha situación que también es propia del derecho penal cubano, influido por el derecho continental europeo, particularmente por la influencia de autores españoles, no producen características distintivas que puedan agregar alguna consideración para el derecho penal internacional. Particularmente la teoría del bien jurídico como dañosidad social definida por el legislador, no parece conciliarse con la teoría del bien jurídico del derecho penal continental europeo, la cual tiene una configuración más cercana a los derechos humanos.

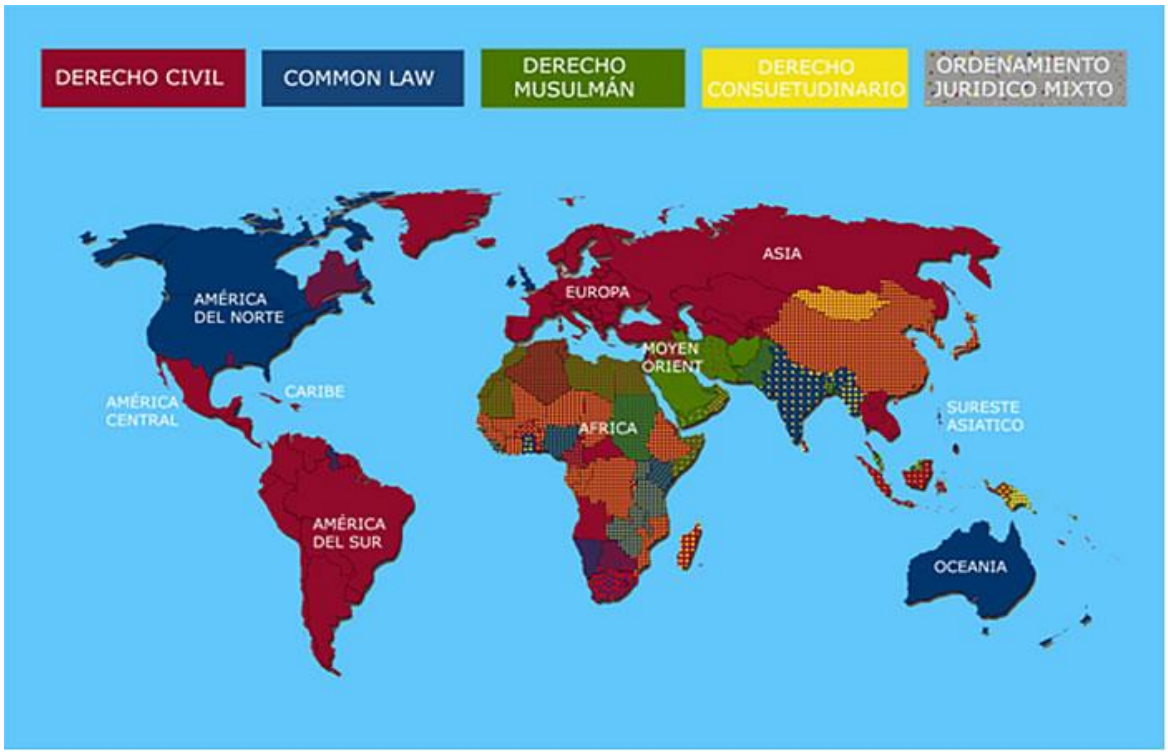

Figura 1. LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO. FUENTE: HTTP://WWW.JURIGLOBE.CA/ESP/INDEX.PHP

1.1 Sistema anglosajón o del *Common Law*

La estructura o marco conceptual del derecho penal de este sistema, concebida dentro de una Parte General, no ha sido históricamente una preocupación extendida de los autores y menos de los tribunales o legisladores; sin embargo, algunos avances en la configuración de una parte filosófica o general [408], o de principios y la investigación comparativa de los autores entre el derecho penal anglosajón y el alemán sobre todo, han permitido reconocer diferentes niveles de análisis o elementos parciales que facilita diferenciar de forma ordenada los elementos del delito. Así podemos hablar de una

[408] Si bien, entre los autores tradicionales del sistema anglosajón no hubo un interés por desarrollar una parte general o estructura del delito sistematizada, desde hace algún tiempo comenzó el interés por definir una parte general. Ver en el caso de Inglaterra: WILLIAMS, GLANVILLE LLEWELYN, *Criminal Law: The General Part, Stevens, London*, 1st ed., 1953; 2d ed. 1962; HORDER, JEREMY, Ashworth´s Principle of Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2016. Pág.101. En Estados Unidos, ver: ROBINSON, PAUL H.-CAHILL, MICHAEL T., *Criminal Law*, Wolters Kluwer, New York, 2012. Pág.28.

estructura del crimen en el que básicamente se plantean análisis que optan entre un modelo bipartito y otro tripartito o de más elementos. En lo que se refiere a la aplicación de principios derivados de los derechos humanos, ha sido el TEDH la fuente más importante de transformaciones en el derecho británico.[409]

En el derecho anglosajón existe un listado de principios, pero que no han tenido un peso semejante en la aplicación práctica como lo tiene en el DCE. Tradicionalmente no se les ha concebido como reglas estrictas que deben seguirse, sino como principios filosóficos que se aspira a cumplir. Dentro de ellos se citan el principio de legalidad, principio de responsabilidad individual y principio de proporcionalidad.[410] Sin embargo, el primero ya ha sido introducido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos con un carácter garantista y respaldado por la Ley de Derechos Humanos de 1998, consolidándose con la jurisprudencia del TEDH, aunque con una interpretación de contenido favorable al ciudadano mucho más reducida de lo que ha sido el concepto en el DCE.

El principio de legalidad está concebido en el DA como una derivación del Estado de Derecho -*Rule of Law*- , que exige claridad, razonabilidad y accesibilidad del derecho, resumido en los requisitos de previsibilidad y accesibilidad. Que la ley sea clara significa que sea entendible para que la persona pueda entenderla y ajustar su comportamiento ante la prohibición (previsibilidad), lo razonable es que la norma establezca conductas capaces de ser obedecidas y accesible que pueda ser conocida por los ciudadanos.

Dadas las características del sistema británico, la ley es solo una de las fuentes para crear conductas penales prohibidas, pues también lo pueden hacer los tribunales bajo sus facultades de interpretación extensiva o fuera de los límites fijados por la ley, justificadas por necesidades de actualización histórica. De ahí que el principio de legalidad este referido al derecho, un concepto que incluye no solo la ley sino también la jurisprudencia. En el caso SW v. United Kingdom, el TEDH reconoció cómo la atribución de cierto margen interpretativo a los tribunales puede favorecer la solución del caso en supuestos dudosos. Advirtió que en cualquier ámbito del derecho existe un inevitable elemento de

[409] BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS, *Derecho Penal Comparado. La Definición de Delito en los Sistemas Anglosajón y Continental*, Atelier, Barcelona, 2011. Pág. 58.

[410] HERRING, JONATHAN. Op. Cit. Págs.10 y sigs.

interpretación judicial para clarificar puntos dudosos, así como adaptarse a las circunstancias cambiantes de las cuestiones reguladas y en el Reino Unido, como en otros Estados del Convenio, existe el progresivo desarrollo del derecho penal mediante el arraigado principio del *case law*. Por ello, el artículo 7 de la Convención no puede entenderse de manera que interfiera con la clarificación progresiva de las normas que regulan la responsabilidad penal a través de la interpretación judicial de los casos, mientras ese desarrollo sea consistente con los rasgos esenciales del delito y pueda ser razonablemente previsto.[411]

En cuanto a la configuración del delito, si bien no existe una doctrina equivalente a la Dogmática Penal del sistema continental europeo, existe en el derecho anglosajón una concepción de la estructura del delito en la que se divide en una parte objetiva (*actus reus*) y otra subjetiva (*mens rea*); lo cual parece coincidir en parte, con los planteamientos que en su época plantearon Liszt, Beling y Radbruch, quienes entendieron que en el hacer delictivo han de separarse dos componentes: el proceso causal externo (objetivo) por una parte y el contenido de voluntad interno (subjetivo).[412]

Otros autores propios del derecho inglés, señalan que el marco conceptual consiste de cuatro elementos principales: capacidad, conducta, responsabilidad y ausencia de defensas –*defences*-. [413]

Para quienes parten de la idea de un marco conceptual bipartito, sus elementos se reducen a la conducta criminal -*offence*-y las excepciones -*defences*-. La conducta criminal puede tener una diversidad de contenidos, pero tradicionalmente se señalan el *actus reus* y la *mens rea*. En cuanto a las excepciones, su contenido se resume en las exclusiones generales de responsabilidad o se dividen entre justificaciones y excusas.

Por ello se sostiene que en realidad se trata de tres elementos los que deben existir para que pueda atribuirse responsabilidad -*liability*-: *actus reus, mens rea* y la falta de

[411] CORRECHER MIRA, JORGE, *Principio de Legalidad. Penal: Ley Formal Vs. Law in Action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Págs. 137 y 323.

[412] JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, 1997. Pág.160.

[413] HERRING, JONATHAN, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, GB, 2016.Pág.28.

defensas. Por cierto, en sentido estricto se plantea también que este concepto de *liability* no es lo mismo que el de *guilty*. Este último solo se aplica en el momento en que se declara por un juez o jurado la culpabilidad y el primer concepto indica la atribución de responsabilidades a un sujeto por la Policía o la Fiscalía.[414] Muestra de ese enfoque en el derecho anglosajón, es el planteamiento de H.L.A. Hart, para diferenciar entre la responsabilidad -*liability*- y distribución de la pena, que en la literatura castellana ha sido expuesta por Pablo Larrañaga.[415] Se plantea además que son equivalentes los concetos responsabilidad y sancionabilidad o punibilidad en muchos contextos, pero en sentido estricto se diferencian en que este último es más amplio, en el que se examinan todos los elementos necesarios para imponer una pena (tipicidad, antijuricidad, etc.), mientras que la responsabilidad es más concreta referida al cumplimiento de requisitos específicos como criterios mentales o psicológicos, conexión causal, etc. Para Hart la sancionabilidad es el concepto primario.

Existen algunas perspectivas en las que se sostiene que dentro de los elementos del delito, además de tener un acto externo -*actus reus*- y el estado mental – *state of mind o guilty mind*- del individuo en el momento del acto ("*mens rea*"); se requiere un tercer elemento: la causalidad entre el acto y el efecto, típicamente causalidad próxima o causalidad por prueba -*but for causation*-."[416] Sin embargo, no parece que esta propuesta sea la seguida por la mayoría de autores y tribunales anglosajones, pues generalmente se entiende como elemento del *actus reus*.

Solo cuando se trata de un delito que requiere un resultado se utiliza la causalidad. El concepto, como se verá, es equivalente a las concepciones del derecho continental europeo cuando se trata de delitos que requieren un nexo o vínculo fáctico y jurídico entre la conducta y el resultado; pero tiene aplicaciones prácticas diferentes. Otros preferirían una terminología distinta al *actus reus* y al *mens rea*, sustituyéndola por los conceptos de:

[414] THOMAS, MARK, *Criminal Law*, Hall & Stott, Second Edition, Saltford, UK, 2020. Págs.21-22.

[415] LARRAÑAGA MONJARÁZ, PABLO, *La Responsabilidad*, Tesis, Universidad de Alicante, Valencia, 2016. Págs.146 y sigs. http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/6709

[416] https://www.law.cornell.edu/wex/criminal_law (Último acceso a las 05:47 del 17.09.2022). La teoría de la *but for causation*, parte de un test que pregunta: "de no ser por la existencia de X, ¿habría ocurrido Y?"

elementos de la ofensa objetiva -*objective offense*- y elementos de culpabilidad -*culpability*-.[417]

El *actus reus* constituye aquello que la ley describe como comportamiento que considera peligroso y por ello sanciona. Puede referirse a un acto particular, a consecuencias o resultados particulares y a resultados producidos bajo ciertas circunstancias.[418]

En Canadá el *actus reus*, el *mens rea* y las *defences* conforman la estructura básica del crimen. Al primero se le llama también acto prohibido -*prohibited act*-, que por regla general, en cumplimiento del principio de legalidad, está definido en la ley y al segundo elemento también se le llama elemento de culpa– *fault element*-, que no tiene una clasificación general de sus grados o formas en el Código Penal, sino que cada delito tiene un elemento especial que define el *mens rea*. [419]

Si bien no existe una propuesta uniforme de estructura del delito, en el derecho penal de Estados Unidos el Código Penal Modelo y consecuentemente algunos de los códigos penales de ese país, describen la estructura del delito así: conducta prohibida, tipo de culpabilidad, y defensas -*defenses*-.[420] La conducta se define como delictiva porque amenaza o produce sustancial daño a intereses privados o públicos y el grado de culpabilidad se requiere como fundamento para poder evitar la condena de personas no culpables.

El *actus reus* en general tiene por contenido la conducta, las circunstancias y las consecuencias. [421]La primera es una acción u omisión; las circunstancias son situaciones

---

[417] PAUL H.- DUBBER, MARKUS D. Op. Cit. Pág.114. El proyecto de Código Penal de la Comisión Jurídica de 1989 (Ley No 177, 1989), utiliza el término "elementos externos"- *external elements*- en lugar de *actus reus* y "elemento de culpa"- *fault*- en lugar de *mens rea*.

[418] THOMAS, M. Op. Cit. Pág..29; HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.72.

[419] ROACH, KENT, *Criminal Law, Essentials of Canadian Law*, Irwin Law, Sixth Edition, Toronto, 2015. Pp. 169.

[420] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphia, Pa, 1985. Pp. 19-73. Ver: https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf (Último acceso a las 22:17 del 29.08.2022)

[421] SIMESTER, A.P. - SULLIVAN, G.R., *Criminal Law Theory and Doctrine*, Hart, Oxford, 2007. Pág. 63.

fácticas circundantes o asuntos que deben estar presentes para que se produzca el delito, y; las consecuencias son los resultados finales que requieren algunos delitos.[422] Sin embargo, se plantea por algunos autores que el *actus reus* es un acto contrario al derecho, así pues aquellas conductas para las que la ley concede autorización, deben verse dentro del *actus reus*, dejando dentro del examen del elemento de las excepciones aquellas para las cuáles no hay permiso del derecho. Así también dentro de las excepciones se distinguen las generales y las específicas de cada delito. Solo las primeras pertenecen a los Principios Generales.[423]

Con relación a la conducta también hay que advertir que se distingue entre acto, omisión, y responsabilidad situacional o por las circunstancias. El acto es concebido, por lo general, como una expresión de movimiento externo. Las demás formas no son consideradas dentro del concepto de acto, sino modalidades distintas de la conducta pues se sostiene que en la omisión falta la acción y en los estados situacionales (*situational liability*) se trata de circunstancias, realidades o estados en los que se encuentra el sujeto.[424]

En el caso de las ofensas de estatus o estados situacionales, se afirma que la conducta voluntaria o involuntaria por parte del acusado es irrelevante, dado que no son calificados como acciones. Por tal razón los motivos de exclusión del acto no operan en esos estados y la conducta delictiva se haya realizado o no voluntariamente, sigue existiendo.[425] Lo determinante es el lugar donde está físicamente o el estado o condiciones en las que se encuentra. Por ejemplo, mantenerse ilegalmente en territorio nacional, encontrarse en estado de embriaguez en lugares públicos, estar en posesión de drogas ilegales, etc.

[422] THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 23.

[423] HORDER, J. Op. Cit. Págs.102-103.

[424] BERNAL DEL CASTILLO, J. Op. Cit. Pág. 128; HERRING, J. Op. Cit. Pág. 73.

[425] LOVELESS, JANET, *Complete Criminal Law, Text, Cases and Materials*, Fourth Edit., Oxford University Press, Oxford, 2014. Págs. 36-37; citando el caso R. v. Larsonneur (1933) 24 CRAPP R 74 COURT OF APPEAL.

En algunas obras de los autores del derecho criminal de Inglaterra y en sentencias judiciales, el acto voluntario se explica como parte del *actus reus*. [426] De ahí que la no existencia del acto voluntario excluye el *actus reus*. Esta idea parte de la consideración de que el *mens rea* ya es una modalidad de estado mental posterior y el acto voluntario es una condición propia de los requisitos básicos de una conducta, para que exista. [427] La capacidad mental para elegir libremente conductas, determina las condiciones para que se considere que el acto es voluntario y que por lo tanto fundamente o no una conducta criminal.

Lo determinante es que la conducta tiene el significado de acto voluntario, no teniendo trascendencia para el derecho penal los actos involuntarios, los cuales deben ser excluidos. Dentro de la conducta se examinan causas de exclusión del acto como son: actos reflejos o convulsiones, inconsciencia o sueño, conducta durante hipnosis o como resultado de ella, y los actos que no sean producto del esfuerzo y determinación del actor, ya sean conscientes o habituales.[428]

El tratamiento procesal de estas causas tiene algunas particularidades, como es que si derivan de un estado de incapacidad mental, será tratado como una defensa por enfermedad mental. La jurisprudencia ha determinado que la incapacidad mental deriva de un factor interno y el automatismo de un factor externo. En la práctica, un estado de anormalidad mental derivado de la diabetes, ha dado lugar a que en algunas ocasiones sea tratado como automatismo y en otras como enfermedad mental. Lo mismo ha ocurrido con el sonambulismo.[429]

---

[426] Se cita el caso Hill v Baxter, en el que se sostiene que si un enjambre de abejas ataca a un hombre mientras conduce y ello origina una conducción peligrosa, la actuación sería involuntaria y el *actus reus* del delito no sería voluntario, dado que el acusado estaría actuando en un estado de automatismo. Ver: https://www.iclr.co.uk/document/1951000159/casereport_38161/html (último acceso: 09:19 del 21.10.2022)

[427] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.109.

[428] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes*, Philadelphia, Pa, 1985. Pp. 19-73. Ver: https://www.legal-tools.org/doc/08d77d/pdf (Último acceso a las 22:17 del 29.08.2022)

[429] MCALHONE, CHRISTINA, *Criminal Law: The Fundamentals*, Sweet & Maxwell, London, 2013. Págs.457-448.

La intoxicación por consumo de alcohol o drogas, incluida aquella que cause un estado de inconsciencia absoluta, no puede ser utilizada como defensa cuando ha sido intencional o imprudente.[430]

En el número (1) del párrafo 2.01 del CPM se regula el requisito de acto voluntario para que la conducta constituya un delito, expresando que una persona no es culpable de un delito, a menos que su responsabilidad se base en una conducta que incluya un acto voluntario o la omisión de realizar un acto del que es físicamente capaz.

En el numeral (2) del mismo párrafo se enlistan los casos de actos no voluntarios: (a) un reflejo o convulsión; (b) un movimiento corporal durante la inconsciencia o el sueño; (c) conducta durante la hipnosis o como resultado de sugestión hipnótica; (d) un movimiento corporal que de otro modo no es producto del esfuerzo o determinación del actor, ya sea consciente o habitual.

La referencia a la culpabilidad -*guilty*-, se entiende como un estado al que no se puede llegar si no tiene por base el acto voluntario. Es decir, una condición para declarar culpable al imputado es que su acto haya sido voluntario. Además, aunque expresamente no se mencionan otros casos conocidos por la doctrina, la letra (d) contiene una regla más amplia en el que caben situaciones como la fuerza o coerción de otros que anula la voluntad.

Si bien, en el derecho anglosajón se identifica el acto voluntario con el positivo, no es una regla general y existen autores que acertadamente entienden que la omisión también puede ser voluntaria. Así cuando se refieren a la conducta voluntaria incluyen actos positivos y omisiones. [431]

En el derecho inglés la omisión debe derivar de deberes específicos que impone la ley, los contratos, acuerdos voluntarios, la asunción de cuidados expresa o implícita, creación

[430] DIX, GEORGE E., *Criminal Law*, 19th edit., Gilbert, St. Paul, 2016. Pág.19.

[431] THOMAS, M. Op. Cit. Pág.34.

de una situación de peligro o la existencia de una relación. [432]No existe la división entre deberes generales y especiales.

Tradicionalmente ha habido resistencia a aceptar las omisiones generales, las relativas a la solidaridad humana. Así se cita el ejemplo del buen samaritano, planteado por JF Stephen, [433] quien en el siglo XIX sostuvo que en general no existe una "ley del buen samaritano". Además, se sostiene que una obligación de intervención general en situaciones de peligro, produciría un alto grado de inseguridad jurídica, pues no habría certeza de cuando existen situaciones de peligro o falta del mismo y los jueces no tendrían parámetros claros para examinar la conducta objetiva o subjetivamente. Ha prevalecido la idea de que no se le impone una responsabilidad social a un extraño para que actúe y salve a otro, pues los recursos del derecho penal deben enfocarse en aquellos individuos que activamente buscan dañar a otro a través de acciones positivas.[434]

No obstante, autores anglosajones, con referencia al derecho continental europeo y dentro del ambiente académico aceptan la clasificación que se hace en este sistema sobre la omisión y sostienen que hay dos formas de responsabilidad por omisión: el incumplimiento del deber de actuar y la comisión por omisión. El primero lo definen como casos en que la ley impone un comportamiento sin referirse a resultados, es decir, se trata de delitos de conducta. La comisión por omisión impone el deber de actuar para evitar resultados graves.[435]

---

[432] MOLAN, MICHAEL T., *Criminal Law*, 8th ed., OUP, Oxford, 2012, Pág.30 y sigs. (Último acceso a las 03:47 del 21.10.2022). https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=678157&lang=es&site=eds-live; THOMAS, M. Op. Cit. Págs, 41 y sigs.; HERRING, J. Op. Cit. 2016 Pág.74 y sigs.

[433] THOMAS, M. Op. Cit. Pág..39; STOREY, TONY-LIDBURY, ALAN, *Criminal Law*, Willan Publisher, Devon, UK, 2007. Pág..25; ROACH, KENT, *Criminal Law*, 3th edit., Irwin Law, Toronto, 2004. Pág.73.

[434] ASHWORTH, WILLIAM, *The Scope of Liability for Omissions*, citado por THOMAS, M. Op. Cit. Pág.40, defiende la responsabilidad social de los ciudadanos, por ello si el rescate de la víctima no representa un peligro para una persona, siempre se debe imponer responsabilidad por una falta de acción, aun cuando no exista un deber preexistente de actuar; HERRING, JONATHAN, Great Debates in Criminal Law, 2tn edit., Basingstoke: Palgrave Macmillan, Hampshire, 2012. Pág.31.

[435] FLETCHER, GEORGE P., Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, Ney York, 2000. Pág..422.

Precisamente por la manera en que se entiende la omisión, hay mucha cercanía entre los delitos de omisión del derecho inglés y la comisión por omisión del derecho continental europeo. Los requisitos del primer sistema para el sujeto activo en resumen son: que el delito realizado sea adecuado para poder cometerse por omisión (que no se requiera indispensablemente de actos positivos), su deber de actuar debe tener reconocimiento legal y el sujeto debe haber fallado irrazonablemente para cumplir el deber.[436]

Por lo tanto, aún con la resistencia tradicional a reconocer que la omisión sea actuación y se niegue la procedencia de muchos casos del derecho continental europeo, existe un reconocimiento de la omisión que abre la puerta a consideraciones doctrinales similares en el campo del DPI.

En el número (3) del párrafo 2.01 del CPM, se explica la omisión como base de la responsabilidad, estableciendo que la misma no puede basarse en una omisión no acompañada de acción a menos que: (a) la omisión sea expresamente suficiente por la ley que tipifica el delito; o (b) la ley impone de otro modo la obligación de realizar el acto omitido.

De esta manera la responsabilidad por omisión deriva de la tipificación de una conducta en que la que específicamente el modo de realizar el hecho requiere un comportamiento omisivo, o deriva de una ley que impone un deber de actuación. Muy semejante el fundamento, al menos, que recuerdan la división del derecho continental europeo entre delitos de omisión general y comisión por omisión.

Sobre el elemento de la causalidad -*causation*-, en el derecho anglosajón puede tener aplicabilidad cuando se trata de delitos de resultado. No obstante que, en la práctica, el elemento solo se integra en casos en los cuales existe discusión por las partes y debe ser resuelto por jueces y los jurados.[437] Particularmente los tribunales han concebido la causalidad más que una materia para filósofos y científicos, en una cuestión de sentido

[436] THOMAS, M. Op. Cit. Pág..41.

[437] THOMAS, M. Op. Cit. Págs. 60 y sigs.

común, por eso generalmente los jueces dejan en manos de los jurados la decisión sobre su existencia.[438]

Dos principios se aplican a la causalidad: causalidad de hecho o fáctica y la causalidad legal o imputación.[439] Es una forma similar de tratar la causalidad aplicando las teorías de la relevancia típica o de la imputación objetiva del derecho continental europeo; pues en ellas se utilizan tanto la teoría de la causalidad positiva (la causalidad natural) y el nexo normativo o jurídico.[440]

La causalidad fáctica se define en el derecho inglés, por lo general, por el test del *but for*, para significar que *si no fuera por* la conducta del presunto responsable que aportó la causa, el resultado no se hubiera producido.[441] Es bastante similar a la *conditio sine quanon* o teoría de la condición que se emplea en el derecho continental europeo, como fórmula de corrección de la teoría de la equivalencia de las condiciones.[442]

En la causalidad legal se examina valorativamente por el juez, partiendo de la idea que no toda causa material es causa del crimen en el derecho, si la conducta desplegada por el sujeto es causa para ser imputado o responsabilizado -*liable*- y después culpable -*guilty*- (esto último requeriría un examen final de todos los elementos y no solo de la causalidad, para declarar al imputado como tal).

Los criterios utilizados para determinar si un hecho es legalmente causal, son los siguientes: causa significativa, causa reprochable y causa operativa.[443] Lo significativo es

[438] HERRING, J. Op. Cit. Pág. 86.

[439] THOMAS, M. Op. Cit. Pág..61.

[440] BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, Akai/Iure, Madrid, 1990. Págs.120 y sigs.: La teoría de la relevancia típica sostiene que comprobada la causalidad natural, se debe establecer la relevancia típica del nexo causal a partir de una correcta interpretación del tipo penal. La imputación objetiva requiere también comprobar la causalidad natural (ley causal natural general del que el caso concreto es una expresión particular), para después aplicar criterios jurídicos o normativos, que son las reglas propias de la imputación objetiva.

[441] THOMAS, M. Op. Cit.Pág..62.

[442] BACIGALUPO, ZAPATER, Parte General. Op. Cit. Pág. 117.

[443] THOMAS, M. Op. Cit. Pág.64; LEVENSON, LAURIE L., *The Glannon Guide to Criminal Law : Learning Criminal Law through Multiple-Choice Questions and Analysis*, Wolters Kluwer Law & Business

que la causa aportada para el resultado delictivo, sea más que mínima. Lo reprochable consiste en establecer si la causa aportada era censurable por ser contraria al derecho. La causa operativa se refiere a que no hubo interrupción del curso causal o actos que interrumpieran la cadena de causalidad y que finalmente el resultado se pueda atribuir causalmente a los hechos aportados por el sujeto. Las interrupciones de la cadena causal pueden suceder por actos de terceros, conducta de la víctima o hechos de la naturaleza (o actos de Dios).[444]

Hay que señalar que la causalidad no deja de tener algunas inconsistencias, cuando la causa de un resultado se identifica con la causa de la declaratoria de culpabilidad. Así el criterio de reprochabilidad que citamos es utilizado para definir la causalidad, cuando en realidad es un criterio que debería servir para definir culpabilidad. Para declarar culpable a un acusado se requiere que una serie de elementos se hayan cumplido, entre ellos la causalidad, por lo que la determinación de si esta ocurre o no, debe darse conforme su ubicación en la estructura del crimen en un momento anterior. La causalidad se encuentra en el *actus reus*, por lo que en caso de no producirse dará lugar a la exclusión de esta.

El *mens rea* o elemento mental se refiere a los elementos internos del delito, la idea del sujeto activo que se manifestó en el momento de la conducta, para entender el crimen como manifestación de su pensamiento. El tema se tratará con más detalle en el siguiente capítulo.

Podemos adelantar que dentro las modalidades de *mens rea* o formas reconocidas en que un sujeto actúa para atribuirle el *actus reus* o considerar que pertenece a su conducta, están los siguientes: intencionalidad -*intent* o *purposely*-, conocimiento -*knowingly*-, la *recklessly*, que requiere de algunas explicaciones adicionales, para intentar ofrecer una traducción para el derecho del *Roman Law*, y la actuación negligente- *negligently*-, que también no deja de requerir algunas precisiones adicionales.

Austin, 2009. Pág.89 y sigs.; HUXLEY-BINNS, REBECCA, *Criminal Law : Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Pág.20 y sigs.

[444] THOMAS M. Op. Cit. Págs. 69-70; HUXLEY-BINNS, REBECCA. Op. Cit. Págs.42 y sigs.

En cuanto a las defensas, su nombre tiene una consideración procesal pues tradicionalmente se les ha considerado una forma de revertir la acusación. Por ello se incluyen en el concepto tanto causas del derecho sustantivo como del derecho procesal. La Fiscalía como acusadora, en la práctica más común, solo debe demostrar el *actus reus* y *mens rea*. Sin embargo, la Cámara de los Lores, (tribunal encargado de la justicia constitucional, antes de la creación de la Corte Suprema del Reino Unido) ha afirmado que la regla general o principio rector del derecho penal inglés, es que la responsabilidad de probar todos los elementos del delito con que se imputa al acusado, recae en la acusación; pero que este principio no es absoluto, pues algunas defensas imponen la carga legal de la prueba al acusado.

La misma Cámara sostuvo que el Parlamento no ha tenido la intención de presumir la culpabilidad de los acusados, pero que existen casos en los que hay una declaración expresa de la ley o debe derivarse de un razonamiento cuidadoso. Así se hace referencia al caso de M´Naghten (1843 10 Cl & Fin 200), que excepcionalmente ha impuesto al acusado la responsabilidad de establecer una defensa de enfermedad mental y también existen otras defensas que la ley dispone sean probadas a cargo del acusado. [445]

En el derecho escocés, en todos los casos corresponde a la Fiscalía probar su caso más allá de toda duda razonable y la carga de la prueba recae en la Corona en todo momento. Las únicas excepciones ocurren cuando el acusado alega trastorno mental o responsabilidad disminuida, en las que la carga de la prueba sobre su existencia, recae sobre el acusado para probar en un estadio de balance de probabilidades (menos exigente que más allá de toda duda razonable) la existencia de la defensa.[446]

Para algunos autores ingleses, las defensas se pueden agrupar en diferentes categorías: las que proceden de haber actuado en forma permitida por el derecho, defensas basadas en la

[445] https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd041014/gen4-1.htm (Último acceso 01:00 del 11.09.2022)

[446] MCDIARMID, CLAIRE, *Fundamentos del Derecho Penal Escocés*, 3a. edición, EUP, Edimburgo, 2018. Pág. 55.

presión ejercida sobre el imputado por otro y las que tienen por fundamento la condición mental del acusado. [447]

A la primera categoría pertenecerían la defensa privada, el estado de necesidad y el consentimiento. En el segundo grupo encontramos la coacción. En el último grupo aparecerán el automatismo -*automatism*-, enfermedad mental- *insanity*-, responsabilidad disminuida -*diminished responsability*-, pérdida de control -*loss of control*-, intoxicación, error de hecho o de derecho -*mistake of law* o *mistake of fact*- y minoría de edad -*children* o *immaturity*-[448]

También se clasifican en excusas y justificaciones, indicando que en las primeras se carece de fundamento necesario para la existencia de la responsabilidad y el acto realizado no se sanciona; mientras que en las segundas el caso es delictivo, pero se acepta una justificación para violar la ley, se refieren a actos permitidos por el derecho porque son conductas que la sociedad ha aprobado. Las excusas son comportamientos que no son permitidos legalmente, pero que no merecen ser culpabilizados, como sería el caso de una persona que padece de una enfermedad mental.

No obstante, se critica que algunas causas tratadas como defensas en realidad son situaciones que excluyen el *actus reus* o la *mens rea*, cuando por ejemplo la acción no existe por automatismo y no puede existir el elemento material del delito o cuando por enfermedad mental no es posible encontrar un grado mental de *mens rea*.

Por ello, algunos autores sugieren que estas causas se manejen verdaderamente como exclusiones del *actus reus* o el *mens rea*. Lo que provocaría que la categoría adicional de defensas en la estructura del delito fuese superflua y que sería obligatorio para la acusación demostrar la existencia de defensas como elementos del *actus reus* o *mens rea*. También se cree que en el caso de inimputables, como los menores de edad o los que no son capaces de comprender sus actos, al encontrarse sus comportamientos fuera del

[447] HERRING, J. Op Cit. 2016. Pág..626.

[448]HORDER, JEREMY, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016. Pág.. 215; HERRING, J. Op. Cit. Criminal Law.Pág..626.

derecho, deben formar parte de una categoría de excepciones, dentro de las llamadas excusas.[449]

Existe una pluralidad de casos de defensas expuestos por autores y por diferentes legislaciones. No existe una lista precisa de excusas y justificaciones, pero generalmente se acepta que el automatismo y la enfermedad mental -*insane*- son excusas; la defensa privada y el derecho de corrección -*chastisment*- generalmente se ven como justificaciones. No hay acuerdo en cuanto a los casos de pérdida de control -*loss of control*-, coacción -*duress*- y error en defensa privada -*mistaken private defense*-.[450]

En el derecho inglés las defensas que niegan responsabilidad son: *infancy, mistake, intoxication, insanity, automatism y consent*. Las defensas que justifican la responsabilidad son *private and public defence, duress y necessity*. [451]

La defensa privada o legítima defensa -*private defence o lawful defence*-, que puede ser defensa propia -*self-defence*- o defensa de otro, tiene por condición que el imputado haya actuado razonablemente ante una amenaza injusta de la víctima y se acepta también en el caso de que el sujeto actúa creyendo razonablemente que existía una amenaza injusta, cuando en realidad la amenaza no existía.[452]

El estado de necesidad -*necessity*-, también llamado elección de males -*choice of evils o choice of the lesser evil*-, es una defensa consistente en que el sujeto que se encuentre en una situación en la que deba actuar inevitablemente y tenga que elegir entre dos males, su conducta estará justificada si elige la que cause menos daño. Se exige que no se haga más que lo razonablemente necesario y que el mal causado no sea desproporcionado con respecto al mal evitado. En el derecho inglés los tribunales han sido reacios a aplicarlo.[453]

[449] HERRING, J. Op. Cit. Pág.693.

[450] HERRING, J. Op. Cit. Pág. 699.

[451] THOMAS, M., Op. Cit. Criminal Law, 2020. Pág. 302.

[452] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág. 625.

[453] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Págs. 625 y 650.

Precisamente en el famoso caso R. v. Dudley and Stephens, [454] relativo al naufragio del velero *Mignonette*, no se aplicó el estado de necesidad. Los hechos establecían que habiendo sobrevivido cuatro marineros, estos viajan como tripulantes a la deriva en un bote salvavidas sin agua ni alimentos y uno de los marineros es sacrificado, para ser devorado su cadáver por sus compañeros de desgracia. Rescatados posteriormente, el tribunal los declaró culpables al no encontrar razones para reconocer la necesidad de la muerte. Finalmente se acudió a una fórmula distinta, pues se les conmutó la pena a los acusados, cumpliendo solo seis meses de prisión y fueron liberados.

Mientras, en Estados Unidos, el CPM admite la aplicación del principio de elección de males, en casos de muerte intencional de personas que no son agresoras, para salvaguardar la vida de otro. [455] En el caso *United States v. Holmes*, 26 F. Cas 360, que juzgó a uno de los miembros de la tripulación, por el lanzamiento al mar de algunos pasajeros desde un barco en altamar en peligro de hundimiento, con la intención de disminuir el peso para salvaguardar la vida de la mayoría, el juez indicó al jurado que en una situación en que dos personas se encuentran en peligro de muerte y solo uno puede sobrevivir, no es obligatorio salvar la vida del otro sacrificando la vida propia, cuando se trate de dos personas en la misma condición, pero no entre un marinero frente a un pasajero, porque aquél tiene deberes especiales frente a éste.[456]

La coacción -*duress o coercion*- es admisible como defensa para todos los delitos, excepto el asesinato y el intento de asesinato. Requiere como condición que el imputado haya respondido razonablemente ante una amenaza de muerte o daños graves y establecer que una persona razonable habría actuado como lo hizo el imputado. Se reconocen dos formas de esta defensa: coacción por amenazas y coacción por las circunstancias. La primera ocurre cuando una persona amenaza con causarle la muerte o perjuicios graves al sujeto coaccionado para cometer un crimen y la segunda cuando ninguna persona ha amenazado al imputado, pero este cree que existe una amenaza procedente de un conjunto de hechos o situaciones contra la vida o para causar perjuicios graves contra él u otras personas.[457]

[454] Ver: https://la.utexas.edu/users/jmciver/357L/QueenvDS.PDF (Último acceso: 10:05 del 25.10.2022)

[455] Comentarios, Parte I, vol. 2, at 9.

[456] CPM; KADISH, SANFORD H. and SCHULHOFER, STEPHEN J., Op. Cit. Págs. 918-919.

[457] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Págs.625, 652 y 653.

Las órdenes superiores no tienen reconocimiento expreso en el derecho inglés como causas de justificación, a menos de ser reconducidas a casos de coacción. [458]

El automatismo se trata como una defensa, siempre que el imputado haya perdido el control total de su conducta como resultado de un factor externo, en circunstancias de las cuales no se le podía imputar el hecho. Es una afirmación de que el sujeto no ha realizado un acto, es una negación del *actus reus*; consecuentemente se admite como defensa también en los delitos de responsabilidad absoluta.[459]

Entre las causas de justificación en el derecho estadounidense, se mencionan: el estado de necesidad -*necessity* o *choice of the lesser evil*- cumplimiento de un deber público-*execution of public duty*-, la defensa propia -*self defense*-, la defensa de terceros, la defensa de la propiedad, uso de la fuerza por personas obligadas al cuidado, disciplina o seguridad de las personas.[460]

El estado de necesidad, mencionado en el artículo 3.02 del CPM, se admite cuando el imputado no tiene culpa en ocasionar o desarrollar la situación y razonablemente cree que tal conducta era necesaria para evitar un mayor perjuicio público o privado para sí mismo o para otros, que el perjuicio que razonablemente podría resultar de su propia conducta. Siempre que no aparezcan en la ley otras excepciones o defensas específicas relacionadas con la situación y no se prevea un propósito legislativo de excluir la justificación alegada.[461]

Entre las defensas, otros autores ingleses, citan las siguientes: a) Como excusas[462]: intoxicación patológica o la no autoinducida que produce incapacidad sustancial para apreciar lo ilícito de su conducta o para ajustar sus comportamiento a la ley; la coerción; las órdenes militares; el consentimiento; la falta de daño o mínimo perjuicio y las atenuaciones no previstas por la ley; algunos casos de provocación o trampa al acusado

[458] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.670.

[459] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Págs. 625 y 671.

[460] KADISH, SANFORD H. and SCHULHOFER, STEPHEN J. Op. Cit. Pág. 837 y sigs.; CPM.

[461] KADISH, SANFORD H. y SCHULHOFER, STEPHEN J. Op. Cit. Pág. 905; CPM.

[462] ROBINSON, PAUL H.- DUBBER, MARKUS D. Op.Cit. Pág.331.

realizados por un oficial de aplicación de la ley o sujeto en cooperación con éste; b) Las conductas justificadas, tales como la elección de males – *choice of evil*- o estado de necesidad, cumplimiento de un deber público, uso de la fuerza en defensa propia y de otras personas, uso de la fuerza para protección de la propiedad, uso de la fuerza para la aplicación de la ley, uso de la fuerza por personas con deberes especiales de cuidado, disciplina o seguridad de otros, justificación en crímenes contra la propiedad, c) Exclusiones de responsabilidad por enfermedad mental o defecto mental y la minoría de edad.[463]

Las defensas operan con diferentes requisitos, resultados y cargas. Con algunas defensas, el acusado sigue siendo responsable de un delito menos grave, mientras que con otras defensas el acusado escapa completamente a la responsabilidad. Las primeras son las defensas parciales, que no acarrean absolución, permiten solamente reducir la pena. *Loss of control* es una defensa que solo se admite en homicidios y que cambia la tipificación a homicidio involuntario -*manslaughter*- [464] Este es un homicidio cometido con voluntad, pero con una carga menos negativa por el estado de alteración o por tratarse de una imprudencia grave -*reckless*-. [465]

Otra clasificación de las defensas, propuesta por los autores, es la que divide estas causas en: inmunidades -*exemptions*-, negación de *actus reus* o *mens rea*, o defensas especiales. Se habla también de defensas especiales, como aquellas en las que se ha obrado con el necesario *mens rea*, bajo coacción- *duress*- o con el consentimiento de la víctima. Cuando se trate de actos ilícitos, pero el acusado ha actuado bajo una *exemption* o defensa especial no será considerado culpable.[466]

En el derecho inglés, los sujetos activos no pertenecen al *actus reus*, sino que son tratados en forma separada, pero sistemáticamente para separar actores principales e intervinientes accesorios, así como agregar especiales formas de participación.

[463] Idem.

[464] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.693.

[465]HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.272.

[466] Idem.

El término *participation* es utilizado, por lo general, en el sentido del CL como la intervención en un delito, ya sea como autor o accesorio. La participación equivalente al concepto del RL es llamada intervención accesoria, secundaria, derivada o extendida.[467]

En sentido amplio los sujetos intervinientes en un delito son, en el primer nivel, el *principal*; en segundo lugar, el cómplice – *accomplice*- que según la *Accessories and Abettors Act* de 1861, ayude -*aids*-, anime o facilite -*abets*-,[468] aconseje-*counsels*- o procure -*procures*-el delito, o que sea responsable como participante en una empresa conjunta -*joint venture*-con el *principal* o los *principals*, y en tercer lugar el que se involucra en la asistencia a los delincuentes sólo después de la comisión del delito (sin haberlo acordado previamente), como ayudando a ocultar su comisión. [469]

En el derecho penal de Estados Unidos se llama perpetrador o principal -*perpetrator or principal*- al autor. Los que tienen una intervención gradualmente menor se llaman accesorios -*accessories*-[470] y son los cómplices, instigadores, etc.

Los autores y partícipes- *accesories*- se distinguen en el derecho sustantivo, porque el autor es quien realiza los elementos del crimen y el accesorio quien interviene

[467] JONES, DAVID ARTHUR, *Crime and Criminal Responsibility*, Nelson- Hall. Chicago, 1978. Pág.250; HERRING, J. Op. Cit. Págs. 92 y 831; FISSE, BRENT, *Howard's Criminal Law*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1990. Pág.319.

[468] La complicidad consiste en formas secundarias de actividad criminal. *Aiding*, se refiere a la prestación de asistencia práctica o material para la comisión de un delito, mientras que *abetting* denota la prestación de estímulo o apoyo moral para la comisión de un delito. Algunos también entienden que el *abettor* facilita el delito. Ver: VENTURA, MANUEL J., Y OTROS, "Aiding and Abetting." Chapter. In Modes of Liability in International Criminal Law, edited by Marjolein Cupido, Manuel J. Ventura, and Lachezar Yanev, 173–256. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. doi:10.1017/9781108678957.007. Tambien, THOMAS, MARK, Criminal Law. Hall & Stott, MLA, 9.ª edición (Modern Language Assoc.), 2020. Pág..163, expresa que *abet* equivale a animar, -*encourage*-, instigar -*instigate*- o incitar -*incite*- a la comisión del delito.

[469] HORDER, J. Op. Cit. Pág.. 432.

[470] FLETCHER, GEORGE, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998. Pág.188.

influenciando, apoyando o auxiliando al principal en la comisión del delito. [471] Los participantes solo asisten o motivan al autor en su delito.

Pero las diferencias conceptuales entre autores y accesorios en el derecho inglés, en la práctica, desaparecen porque casi siempre se les trata de manera similar en delitos consumados. Debido a ello cualquier persona que ayude, instigue, aconseje o procure la comisión de un delito procesable estará sujeta a ser juzgada, acusada y castigada como delincuente principal.[472]

El principal puede actuar individual o solitariamente -*single o sole principal*-, con otro coautor -*joint principal*-, y con otro u otros accesorios -*secundary offender*-.

El principal que actúa en forma individual es el que comete el delito, sin la intervención de otros en la misma calidad. Puede estar acompañado o no de accesorios.

Los coautores -*co-principals* o *joint principals*-, son aquellos que contribuyen con su acción al cumplimiento de los elementos externos del delito y cuentan con los requisitos de los elementos mentales requeridos.[473] Para ellos la responsabilidad será conjunta -*joint liability*-.

También es importante mencionar que en el derecho anglosajón existe la responsabilidad por los actos de tercero o de otro, con dos modalidades: la responsabilidad vicarial –*vicarious liability*- y la acción inocente -*innocent agency*-[474]. La primera consiste en ciertos casos definidos expresamente por la ley o deducidos por los tribunales, que normalmente no se consideran graves, en los que se traslada la responsabilidad de los

[471]THOMAS, M. Op. Cit. Págs.149-150; HUXLEY-BINNS, REBECCA, *Criminal Law : Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Pág.120; ASHWORTH, ANDREW. Principles of Criminal Law, Clarendon Press, Oxford, 1991. Pág. 363.

[472] HORDER, JEREMY, *Ashworth's principles of criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2016. Pág. 429-430.

[473] Ibíd. Pág. 433.

[474] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Págs.96 y 721 y siguientes.

empleados o representantes a sus empleadores, atribuyendo el *actus reus* y el *mens rea* del empleado al empleador.[475]

Para imputar la responsabilidad a otros que no realizaron directamente el delito, los tribunales pueden basarse en dos principios: el principio de atribución y el principio de delegación. La atribución, también conocida como el principio de "construcción extensiva" o "acto atribuido", funciona para permitir que los tribunales impongan la responsabilidad del empleado al propio empleador, a través de la interpretación de palabras y frases claves dentro de la legislación que tipifica el delito. La atribución solo es posible cuando la persona física sería igualmente responsable, cuando el delito es de responsabilidad estricta y cuando el empleado está realizando un acto para el cual está contratado o autorizado.[476]

El principio de delegación solo es procedente cuando el delito requiere *mens rea*. Si el delito es de responsabilidad estricta, el acusado sigue siendo responsable exista o no una delegación efectiva de poder. En la delegación el empleador ha transferido la responsabilidad de gestión a su empleado. Los casos en esta área solo se han referido a circunstancias en las que el acusado ha delegado su deber, en virtud de una licencia, como titular de la licencia a otro. [477]

La figura del *innocent agency*, es cuando una persona realiza una conducta que satisface los elementos externos del delito, pero el culpable es otro que lo hizo actuar. Permite excluir de responsabilidad a las personas que realizan la conducta externa del delito, por carecer de capacidad criminal, por enfermedad mental o por minoría de edad y en los casos en que no advirtieron o conocieron la naturaleza de los hechos cometidos por el que los hizo actuar. [478]

En Estados Unidos, en el CPM se definen los casos de la responsabilidad por la conducta de otro en el número (3) de la sección o artículo 2.06, de la siguiente manera: (1) Una

[475] Idem.

[476] THOMAS, M., *Criminal Law*, second edition, Hall & Stott, 2020. Pág.275 y sigs.

[477] Idem.

[478] HERRING, J. 2004, Op. Cit. Pág.818.

persona es culpable de un delito si lo comete por su propia conducta o por la conducta de otra persona de la cual es legalmente responsable, o ambos, y (2) Una persona es legalmente responsable por la conducta de otra persona cuando: (a) Actuando con el tipo de culpa que es suficiente para la comisión del delito, causa que una persona inocente o irresponsable incurra en tal conducta; o (b) Ha sido responsabilizado por la conducta de esa otra persona por el Código o por la ley que define la ofensa; o (c) es cómplice de esa otra persona en la comisión del delito.

Asimismo, el numero (5) de la misma disposición del MPC prescribe que una persona que es legalmente incapaz de cometer un delito particular por sí mismo, puede ser culpable de ello si es cometido por la conducta de otra persona de la que sea legalmente responsable, a menos que tal responsabilidad sea incompatible con el objeto de la disposición que establece su incapacidad.

La conducta del cómplice, consiste en prestar ayuda -*aid*-, auxilio o asistencia al principal para la comisión del crimen, en forma esencial o no, prestada antes o en el momento del crimen. [479]El principal puede desconocer la existencia de la ayuda.[480] El que ayuda en forma posterior a la comisión del delito para el principal, responde penalmente como responsable de un delito calificado en los artículos 4 y 5 de la Ley de Derecho Criminal de 1967.[481] En este último caso no se trata de una figura general de responsabilidad, sino de un delito autónomo.

El CPM se refiere a la complicidad en los números (3) de la sección o artículo 2.06, determinando como casos de la misma, (a) el que con el propósito de promover o facilitar la comisión de un delito, solicite a otra persona que lo cometa, ayude, acuerde o intente ayudar a otra persona a planificarlo o cometerlo o cuando teniendo el deber legal de impedir el delito, no haga el debido esfuerzo para hacerlo, y; b) su conducta esté expresamente declarada por ley como caso de complicidad.

[479] LOVELESS, JANET, *Complete criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2016. Pág.190.

[480] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.835.

[481] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.863.

En el numeral (4) se determina que en los casos en que un resultado particular sea un elemento de un delito, un cómplice en la conducta que causa tal resultado es cómplice en la comisión de ese delito, si actúa con el tipo de culpa, si la hubiere, con respecto de aquel resultado que sea suficiente para la comisión de la infracción.

En el numeral (6) se establecen reglas generales para excluir la complicidad en ciertos casos. Una persona no es cómplice de un delito si es víctima de ese delito, cuando pone fin a su complicidad antes de la comisión del delito, privándola de eficacia en la comisión del delito, o da conocimiento oportuno a las autoridades o hace un esfuerzo adecuado para prevenir la comisión del delito.

Como se observa, no solo se considera cómplice al que ayude efectivamente, sino también al que acuerde ayudar a otra persona, además se asimila al concepto general de complicidad la acción de solicitar la comisión de delitos. En el numeral (4), la responsabilidad del cómplice es suficiente con que abarque el resultado, sin que sea necesario conocer las circunstancias correspondientes a la conducta delictiva. Las exclusiones de la complicidad son reglas generales, que tienen excepciones cuando se haya dispuesto otra cosa en la ley. Pretenden lograr uno de los propósitos generales del derecho penal, que es evitar daños a los individuos o a la sociedad. Así también evitar que la víctima sea indebidamente involucrada en el delito, en beneficio del acusado.

Existe una proximidad conceptual entre las conductas del *abettor*, *counsellor* y *procuring*, pero se diferencian entre ellas. La *abetting* se realiza cuando se fortalece o anima al principal a cometer el delito en el momento mismo de su ejecución, mientras que en el *councelling* se alienta al autor antes de la ejecución del crimen. [482] Otra diferencia podría plantearse en que el *abettor* incita a la comisión del delito sin profundizar en los medios o formas y en el *councelling* se asesora, se informa o se instruye de las condiciones o modalidades más convenientes para lograr el propósito criminal.[483]

La conducta consistente en procurar, implica que el delito se produce como consecuencia del esfuerzo del sujeto accesorio, para que el principal cometa el delito. Se trata de un

[482] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág. 836.

[483] Ver: https://www.judicialcollege.vic.edu.au/media/436/file (Último acceso 10:41 del 30.10.2022)

convencimiento sin el cual del delito no se hubiera producido.[484] Esto sería equivalente a la instigación del DEC.

También dentro de los intervinientes en el delito ha sido relevante la figura llamada empresa conjunta – *joint enterprise*- , empresa criminal conjunta -*joint criminal enterprise*- o aventura criminal conjunta -*joint criminal venture*-, que se abrevia por sus siglas en inglés como JCE o ECC, en español. Esta relevancia es actual en la justicia universal por ser precedente de la figura empleada en los tribunales *ad hoc* y tribunales híbridos, pero la figura ha sido prácticamente abolida por la jurisprudencia inglesa, como se cita adelante.

La mayoría de autores han considerado que la ECC era una modalidad de participación de especial categoría, en la que se podían advertir intervenciones de autoría o participación (si lo vemos separadamente); pero que como concepto unitario especial se asemejan y se convierten en *coautoría*. Nacida en el derecho consuetudinario inglés bajo la idea de que una actividad criminal realizada en grupo, es tanto moralmente como por el peligro que genera más grave que una conducta individual. Tradicionalmente consistía en un acuerdo entre dos o más participantes para la realización de un delito, pudiendo intervenir principales y accesorios. El acuerdo podía ser expreso o tácito. Se trataba de la decisión de dos o más personas para embarcarse en la comisión de un delito determinado, un propósito común; pero en el curso de los eventos se podía realizar por uno de los participantes delitos no acordados. Si el crimen estaba fuera del acuerdo y no era previsible con probabilidad su comisión, no había responsabilidad para los demás participantes que no cometieron el delito. Para responsabilizar a otros autores era necesario probar que realizaron conjuntamente con el principal, las conductas establecidas para la comisión del delito.[485]

En el caso de los secundarios, bastaba probar que los cómplices eran parte de la empresa y su *mens rea* sobre la pertenencia a la misma, pero no era necesario probar que se

[484] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág. 837.

[485] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.838; CLARKSON, CHRISTOPHER M. V., *Criminal Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 1994. Pág.517.

ayudaba o animaba a la realización del delito. [486]El concepto todavía es defendido por los académicos, aunque de otro lado, algunos autores sostienen la injusticia de la responsabilidad para el partícipe, pues mientras el que realiza el delito actúa con malicia y premeditación, el secundario solo lo hace con previsibilidad, atribuyéndole a ambos el mismo grado de responsabilidad.*[487]*

Los miembros de una JCEE y los accesorios o partícipes en general podían diferenciarse porque en estos últimos, el acuerdo o propósito común no era un requisito, podía existir o no; pero en la ECC era un requisito esencial. El accesorio era responsable por involucrarse en un delito que conocía en sus elementos esenciales y el que actuaba en una ECC lo era por asociarse para delitos que se acordaron o que eran previsibles. Los requisitos para responsabilizar al miembro de una ECC eran menores.

La aplicación de la ECC fue llevada a niveles de aplicación rigurosa. Los sujetos que intervenían accesoriamente en una JCE podían ser sancionados, tanto por delitos calificados individualmente como por realizar una conducta de complicidad en un delito, aunque no se consumara, así también por ser cómplices de los delitos realizados en modalidad de empresa criminal conjunta. [488]

Sin embargo, en la sentencia del caso R v Jogee [2016] UKSC 8, la Corte Suprema del Reino Unido sostuvo que el término empresa conjunta no es un término de la técnica legal y ya no tiene ningún valor como una forma separada de responsabilidad accesoria. Se dijo que no hay razón por la cual los principios ordinarios de responsabilidad secundaria, no deban ser de aplicación general. La responsabilidad del cómplice requiere que tenga la intención de ayudar al principal y que tenga la intención de que el principal cuente con el *mens rea* para el delito que se le imputa. La mera previsión en cuanto al potencial de la ofensa ya no era suficiente.[489]

---

[486] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Págs.838 y sigs. SIMESTER, A. P., *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, sixth edit., Hart Publishing, Oxford, 2016. Pág.246; LOVELESS, JANET, *Complete criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2016. Pág.224.

[487] SIMESTER, A.P. - SULLIVAN, G.R., *Criminal Law Theory and Doctrine*, Hart, Oxford, 2007. Págs.216-218; HORDER, J. Op. Cit. Págs. 429-430; THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 196.

[488] HORDER, J. Op. Cit. Pág. 433.

[489] THOMAS, M., Op, Cit. 2020. Págs.159 y 193.

Por otro lado, dentro de los delitos llamados incipientes o incompletos se mencionan la *solicitation* del derecho penal de Estados Unidos y semejante a la figura del *incitement*,[490] ya desaparecida en el derecho inglés; la conspiración, y; la tentativa -*inchoate*-.

En el CPM se define en el párrafo 5.02 la solicitud criminal -*criminal solicitation*-, como la orden, ánimo o requerimiento a otra persona, con el propósito de promover o facilitar la comisión de un crimen, para que se involucre en una conducta específica que constituiría el crimen, un intento de cometerlo o una complicidad. El delito de *solicitation* no requiere que el crimen promovido se haya ejecutado. Es un delito autónomo y que no está determinado como una modalidad general de participación en otros delitos.

En cuanto a la conspiración, el párrafo 5.03 del CPM establece que una persona es culpable de conspirar con otra persona o personas para cometer un delito si con el fin de promover o facilitar su comisión: acuerde que participarán en una conducta que constituye tal crimen o un intento o solicitud para cometer tal crimen; acepta ayudar en la planificación o comisión de dicho delito o de un intento o incitación a cometer tal delito.

El CPM define la conspiración en la sección 5.03 (a) (b) como el acuerdo con otra persona o personas para cometer un delito, una tentativa o solicitud de delito, con el fin de promover o facilitar su comisión, o la aceptación de ayudar a otra persona o personas en la planificación o comisión de un crimen o de una tentativa o solicitud para cometerlo.

Se extiende a la conspiración la que haya hecho otro participante en la misma, si aquél sabe que éste ha confabulado con otra persona o personas para cometer el mismo delito, aunque no conozca su identidad. Cuando una persona conspira para cometer una serie de delitos, es culpable de una sola conspiración siempre que tales múltiples delitos sean objeto del mismo acuerdo o relación conspirativa continua, hecho por él o por una persona con quien conspiró. La conspiración termina cuando los delitos conspirados se realizan o hay abandono de la conspiración.

[490] Ibídem. Pág..266.

La tentativa criminal, de acuerdo al numeral (1) de la sección o artículo 5.01 de CPM ocurre cuando una persona es culpable de la tentativa de cometer un delito si, (a) deliberadamente se involucra en una conducta que constituiría un delito, si las circunstancias concomitantes fueran como él cree que lo son; (b) cuando la causación de un resultado particular es un elemento del crimen y hace u omite hacer cualquier cosa con el propósito de causar o con la creencia de que causará tal resultado sin más conducta de su parte; o cuando (c) deliberadamente hace u omite hacer algo que, bajo las circunstancias que él cree que son, es un acto u omisión que constituya un paso sustancial, en un curso de conducta planeado para culminar en su comisión del delito.

Las acciones de las letras (a), (b) y (c) son alternativas, por tal razón cualquiera de ellas dará lugar a la aplicación del delito.

En el numeral (2) de la misma disposición se amplían las conductas de tentativa a estadios preparatorios, cuando se mencionan actos que pueden considerarse sustanciales para reconocer la tentativa, siempre que se compruebe el propósito criminal del actor. Algunas conductas son estar al acecho, buscando o siguiendo a la víctima prevista del delito, inducir a la potencial víctima para que vaya al lugar previsto para la ejecución del crimen, reconocer el lugar previsto para la comisión del delito, ingreso ilegal a lugares previstos para el crimen, posesión, recolección o fabricación de materiales para ser empleados en la comisión del delito, etc.

En el número (3) del artículo 5.01 se establece un caso particular para sancionar a cómplices que ayudaron a otras personas con el propósito de cometer un delito, aunque el delito no se haya realizado o intentado cometer. Los cómplices se convierten en responsables de un intento de cometer un delito. Si el delito principal se consuma los cómplices son sancionados de conformidad a las reglas generales del 2.06 del CPM, como tales.

En el número (4) de la misma disposición se incluye la posibilidad de renuncia al propósito criminal. Cuando la conducta del actor constituiría de otro modo un intento bajo la Subsección (1)(b) o (1)(c) de esta Sección, es una defensa afirmativa que abandonó su esfuerzo por cometer el delito o de otro modo impidió su comisión, en circunstancias que manifiesten una completa y voluntaria renuncia a su propósito criminal. Sin embargo, el

establecimiento de tal excepción no afecta la responsabilidad de un cómplice que no se sumó a tal abandono o prevención.

1.2 Sistema europeo continental, *Civil Law* o *Roman Law*

En este sistema, la dogmática o ciencia jurídico penal ha alcanzado niveles importantes de progreso, sobre todo en España, Alemania e Italia, que se traduce en una Parte General de los códigos penales bastante amplia y que alimenta una jurisprudencia muy fructífera. Los conceptos y doctrinas no tienen un carácter meramente académico o filosófico, sino un contenido práctico con una sistematización coherente y racional.[491]

Se opera con principios penales extraídos de los derechos humanos o con rango constitucional. Los más citados son los siguientes: principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad, principio de ultima ratio, etc.[492]

Cada uno de ellos tiene efectos en el marco conceptual del delito o teoría del delito, que a su vez se traduce en consecuencias para el caso concreto. O, dicho de otro modo, los contenidos de la ley penal, lo que incluye la interpretación conforme a la dogmática y a principios universales de derechos humanos, pueden acarrear la lesión de ciertos principios penales, impidiendo que la responsabilidad penal se imponga a un acusado o que se opere bajo ciertas modalidades sustantivas o procesales que confronten tales principios.

Así la vulneración al principio de legalidad afecta la tipicidad del delito, excluyendo en el caso concreto la aplicación a un imputado de una figura típica o delito descrito en la ley penal. Si el tipo penal creado por el legislador expresa que se sancionará con prisión al sujeto que realice actos contrarios a la buena fe, se conculca el principio de determinación o taxatividad penal y consecuentemente el de legalidad, porque la conducta

[491] BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal Parte General*, Editorial Akal-Iure, Madrid, 1991. Pág.86.

[492] MIR PUIG, S. Op. Cit. Págs. 111 y sigs.

no está suficientemente descrita como para expresar dentro de límites claros o comprensibles la conducta prohibida.

Bajo este principio, si el homicidio castiga a quien mate a otro ser humano no podría interpretarse por un juez que el delito es aplicable a quien mate a un animal, porque eso va más allá del texto legal.

Con relación al principio de culpabilidad, este impide la aplicación de penas colectivas, o la atribución de responsabilidad a un sujeto solo por su carácter o modo de ser y al sujeto que haya actuado fortuitamente, es decir, sin dolo o culpa o simplemente cuando no se haya comprobado la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad objetiva es rechazada en el sistema continental europeo, excepto cuando se trata de la responsabilidad de las personas jurídicas. Asimismo, contradice el principio la aplicación de castigos a la persona que carece de capacidad de culpa. El principio de culpabilidad se puede dividir en otros sub principios: principio de personalidad de las penas, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo y culpa (o principio de responsabilidad subjetiva) y principio de imputación personal. [493]

En el desarrollo histórico del marco conceptual del delito se ha alcanzado la opinión de que el mismo es acción típicamente antijurídica, culpable y punible. Si bien, en cuanto a este último elemento, no todos los autores creen que es un elemento estructural que debe considerarse en todos los casos, por lo que plantean su eliminación, sustitución conceptual o vaciamiento de sus contenidos tradicionales.[494]

El elemento de punibilidad raras veces es citado dentro del concepto de delito. Algunos autores plantean que muchos de estos casos se deben resolver en el ilícito penal, como son las condiciones objetivas de punibilidad que afectan el carácter penal de la antijuricidad del hecho; mientras que las excusas absolutorias y las causas personales de

[493] ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL - RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 5.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 380; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*. Págs.132-133.

[494] GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. Estudios de Derecho Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. Pág.158; JAKOBS, GHUNTER, *Derecho Penal Parte General*, (trad. Cuello Contreras, Joaquín-Serrano González, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1997. Págs.566-567.

exclusión no impiden la existencia del injusto penal, sino solo el castigo, pero que condicionan todas las categorías del delito. [495]

La punibilidad consiste en la existencia de condiciones de política criminal que determinan los casos en que una conducta típica, antijurídica y culpable será penada. Este elemento será relevante cuando el legislador defina razones político criminales para no imponer la pena. En los demás casos la aplicación de la pena estará dada por el cumplimiento de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Algunos autores sostienen que se trata de un elemento conceptual pero no un elemento estructural del delito. [496] Otros, en cambio, estiman que se trata de un elemento estructural, aunque no siempre requerido en todos los delitos. [497]

No obstante, por ahora, la mayoría de los autores y tribunales operan bajo un concepto que reconoce una estructura de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

En el sistema continental europeo existe un abundante número de teorías en las que se desarrollan diferentes enfoques para cada uno de los elementos de la estructura del delito. Tales teorías, a pesar de que se han construido evolutivamente en el tiempo, coexisten en la aplicación práctica de tribunales, según se trate de cada país perteneciente al sistema del *Roman Law*.

Las tres teorías que abordan el delito, son: la causal, la finalista y la funcionalista. Esta última es la más dominante en Alemania y la causal la que menos se aplica en otros países. La primera parte de considerar en la tipicidad una acción, como manifestación en el mundo exterior y una descripción de la conducta prohibida o mandada; la antijuricidad es la contradicción con el derecho o la falta de excepciones para infringir la conducta típica y la culpabilidad tiene por contenido la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, los elementos subjetivos del delito y la no exigibilidad de otra conducta.[498]

---

[495] MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*. Págs.151-152.

[496] COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS S., *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. Pág.236.

[497] MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.Pág.21.

[498] JESCHECK, H. H. Op. Cit. 1993. Págs.188 y sigs.

La teoría finalista, surgida entre los años 1950 y 1960, estima que la tipicidad tiene por contenido: la conducta, como acción final, el tipo objetivo y el tipo subjetivo; la antijuricidad está integrada con elementos objetivos y subjetivos, dividiéndose por algunos en antijuricidad formal y material y; la culpabilidad tiene por contenido la capacidad de culpabilidad y conocimiento potencial de antijuricidad.[499]

En la teoría funcionalista encontramos dos vertientes: el funcionalismo ortodoxo o sistémico funcional que plantea la renuncia a la protección de bienes jurídicos, sustituyéndola por la protección del sistema social como fin del derecho, sin fines político criminales, sin reconocer los límites de la culpabilidad y el funcionalismo racional, que sostiene la protección subsidiaria de bienes jurídicos como fin del derecho y fines sociales o político criminales de prevención mediante la pena, con el límite del principio de culpabilidad. La primera teoría tiene como principal exponente al autor Günter Jakobs y la segundo a Claus Roxin. [500]

En el funcionalismo racional, la tipicidad siempre tiene por contenidos la acción, los elementos objetivos y los elementos subjetivos, reformulando el concepto de acción, como manifestación de la personalidad. Asimismo, el concepto de imputación objetiva se presenta como pieza esencial de la tipicidad objetiva. La antijuricidad es contrariedad a derecho, comprobada por la ausencia de justificación.[501]

La culpabilidad en el racional funcionalismo se sustituye por responsabilidad, en la que se examina la imputabilidad, el conocimiento potencial de antijuricidad, el merecimiento de pena derivado del principio de culpabilidad y la necesidad social de responsabilizar al sujeto, según la teoría de la prevención general y especial.[502]

---

[499] BACIGALUPO, ENRIQUE. Op. Cit. Págs.90 y sigs.

[500] JAKOBS, GHUNTER, *Derecho Penal Parte General*, (trad. Cuello Contreras, Joaquín-Serrano González, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1997. Pág.36; ROXIN, CLAUS, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, traductor Miguel Ontiveros Alonso, Editorial Ubijus, México, D.F., 2009. Págs.20, 28 y sigs.

[501] ROXIN, CLAUS. Op. Cit. Págs.20 y sigs.

[502] Idem.

En la teoría sistémico funcionalista se parte de reconocer la acción como una causación del resultado individualmente evitable. [503]

A la categoría de tipicidad sigue perteneciente el dolo y la culpa. En el delito doloso se reconoce el desvalor de intención y de objetivación (lesividad social). El delito culposo se reconoce por la falta de conocimiento actual de lo que ha de evitarse.[504]

El Injusto, concepto que sustituye a la antijuricidad, se entiende como una ausencia de situación justificante objetiva y subjetiva. Un comportamiento injusto, es una frustración de un rol determinado para el sujeto en una comunidad dada. La lesión a la vigencia de la norma, es la lesión a la función.[505]

La culpabilidad deriva de un ámbito de autodeterminación, no de libre albedrío, pues se le reconoce al individuo la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para cumplir sus actos de organización o el rol que le ha asignado la ley. La culpabilidad no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada en el reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general (o función simbólica para la vigencia de la norma).[506]

Un cuadro comparativo de las teorías causalista, finalista y la teoría funcionalista más influyente, puede resumir los distintos puntos de vista.[507] Hay que advertir que las dos vertientes funcionalistas aún están en construcción, pero la teoría sistémica todavía se enfrenta con la necesidad de tener una traducción sencilla y práctica en la resolución de casos penales.

---

[503] JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal Parte General*, 2ª. Edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

[504] Idem.

[505] Idem.

[506] MIR PUIG, S. Op. Cit. Págs.527 y sigs.

[507] El cuadro se ha hecho utilizando como base el realizado por Enrique Bacigalupo Zapater, para comparar la teoría causal y la finalista, en su libro Principios de Derecho Penal. Parte General, Editorial Akal/Iure, 2ª Edición, Madrid, 1990. Pág-91. Así también se ha consultado la siguiente obra: ROXIN, CLAUS, Derecho Penal Parte General Tomo I, traductor Diego Manuel Luzón Peña y otros, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

<table>
<tr><td></td><td colspan="2">Teoría causalista</td><td colspan="2">Teoría Finalista</td><td>Teoría Racional Funcional</td></tr>
<tr><td>Acción</td><td colspan="2">Movimiento corporal + causalidad del resultado</td><td colspan="2">Dirección de la voluntad al resultado</td><td>Manifestación de la personalidad</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Tipo</td><td colspan="2" rowspan="2">Causación del resultado</td><td>Delito doloso</td><td>Delito culposo</td><td rowspan="2">Conducta prohibida + Lesión de un bien jurídico + Realización de un riesgo no permitido (Imputación objetiva).</td></tr>
<tr><td>Causación del resultado + dolo (conocimiento de los hechos)</td><td>Infracción del deber de diligencia</td></tr>
<tr><td>*Antijuricidad</td><td colspan="2">Ausencia de Justificación</td><td colspan="2">Ausencia de Justificación</td><td>Ausencia de Justificación (Actuación contraria a derecho)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">*Culpabilidad</td><td>Dolosa</td><td>Culposa</td><td colspan="2" rowspan="4">Capacidad de Culpabilidad y conocimiento potencial de antijuricidad</td><td>*Responsabilidad (Concepto sustituye a culpabilidad)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Capacidad de culpabilidad</td><td rowspan="3">Imputabilidad +Conocimiento potencial de antijuricidad + Merecimiento de la pena, como límite derivado del principio de culpabilidad + Necesidad (preventiva general y especial) de la pena</td></tr>
<tr><td>Dolo: conocimiento de los hechos y conocimiento de la antijuricidad</td><td>Infracción objetiva y subjetiva del deber de diligencia</td></tr>
<tr><td colspan="2">No exigibilidad</td></tr>
</table>

Tabla 1. Comparativo básico de los elementos del delito según 3 teorías.

En la práctica de los tribunales o en el abordaje de los autores, las teorías no siempre tienen una aplicación pura, utilizándose combinaciones de teorías en los casos en que las mismas no pierden coherencia. Por ejemplo, se suele operar en la teoría finalista con la no exigibilidad de otra conducta, perteneciente a la teoría causal.

Lo que se pretende es que esa aplicación ecléctica sea coherente con la dogmática. Perdería coherencia una aplicación combinada de los conceptos de tipicidad y culpabilidad de las teorías causalista y finalista; en las que el dolo se examine tanto en tipicidad como en la culpabilidad.

Comparando la teoría finalista y causalista, se puede advertir que la estructura del delito en el DCE presenta mayores cambios en la tipicidad y culpabilidad, cuando en el finalismo se opera con una tipicidad objetiva y subjetiva y con una culpabilidad carente del dolo.

Teniendo en cuenta una fórmula ecléctica que toma los elementos principales del finalismo y algunos de las otras teorías, la estructura del delito se puede explicar básicamente, de la manera siguiente:

El comportamiento puede ser activo u omisivo. La acción o conducta para ser tal, debe ser voluntaria y debe exteriorizarse.[508]La misma debe haber sido producto de la voluntad del sujeto hacia el resultado.

Se niega la acción cuando concurren causas de exclusión de acción, como son: *vis absoluta* o fuerza irresistible; estados de inconciencia absoluta (sueño profundo, hipnosis y embriaguez letárgica) y actos reflejos. Sin embargo, bajo la teoría de la *actio libera in causa* se permite fijar exactamente cuál es el momento en que se analiza la responsabilidad dolosa o culposa, derivada de esas causas, así se considera el momento inicial u original de la conducta.[509] Por ejemplo, en un delito cometido por quien se embriaga hasta alcanzar un estado letárgico, el sujeto en esa condición será responsable del hecho si antes de la comisión del delito, intencional o negligentemente ingirió licor.

[508] ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSSAC, J. L. Op. Cit. Pág.108.

[509] MIR PUIG, S. Op. Cit. Págs.208 y sigs.

La tipicidad es el conjunto de características, requisitos o elementos que la norma penal precisa para que una conducta sea relevante para el derecho penal.[510]

El elemento de tipicidad presenta dos partes: la objetiva y la subjetiva. La tipicidad objetiva tiene por contenido la acción, sujetos (elementos de la autoría, sujetos de la acción y sujetos pasivos) y elementos de hecho (descriptivos o normativos, tiempo, lugar, medios, modalidad de la conducta, resultado, imputación subjetiva, etc.). Se incluye en algunos casos el resultado y consecuentemente un nexo o vínculo entre la conducta y el resultado, que puede resolverse mediante teorías de la causalidad, la teoría de imputación objetiva o por ambas.

En los delitos dolosos la parte objetiva básicamente corresponde a la anterior descripción, reconociendo casos en los que no existen determinados sujetos, se trata de conductas omisivas o se exige una calidad especial de ellos o tipos en los que no es necesario la existencia de medios específicos, tiempo, lugar, resultado, etc. También se diferencian los tipos activos o de acción positiva, con respecto a los delitos de omisión y comisión por omisión.

Los delitos de acción están formulados mediante normas penales que contienen prohibiciones y lo delitos de omisión se formulan mediante mandatos o deberes. Hay que precisar que en los delitos de comisión por omisión, el tipo penal específico se formula mediante una prohibición con resultado y otras normas establecen el mandato o deber específico de intervenir para evitar el resultado.

Cuando se trata del delito de omisión los contenidos de la estructura típica difieren entre delitos de omisión general y comisión por omisión, porque en los primeros se infringen deberes generales y en lo segundos deberes especiales. En la omisión general, por ejemplo, se castiga la infracción al deber general de solidaridad, como la omisión del deber de socorro del artículo 195 del CPE. Es el caso conocido, en el derecho inglés, como del buen samaritano, planteado por JF Stephen, que se citó en la parte del derecho

[510] ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Pág. 108 Enlace: https://biblioteca-tirant-com.bucm.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413559872?showPage=1

anglosajón y que se ha rechazado su aplicación en tribunales, pero que goza de algún apoyo de los académicos para que en el derecho inglés se sancionen estos comportamientos como delitos omisivos.

Son elementos de la tipicidad objetiva del delito doloso de omisión general, los siguientes: situación generadora del deber, no realización de la acción mandada y capacidad de acción o poder de hecho para ejecutar la acción mandada.[511]

La comisión por omisión requiere cumplir con los requisitos básicos de los delitos de omisión general, esto es, la existencia de un deber jurídico de actuación, la no realización de la acción mandada, la capacidad individual de realizar la acción requerida, las condiciones especiales de autoría requeridas por el tipo, la producción mediante la conducta omisiva de un resultado lesivo o de peligro concreto, imputación objetiva del resultado a la omisión, la existencia de un deber jurídico especial de evitar el resultado típico, un deber de garantía; por ello, sólo podrá ser autor quien tenga una posición de garante, y la concurrencia de las circunstancias que permiten fundamentar el criterio de equivalencia material con la comisión activa, por la creación o aumento del riesgo o peligro por la omisión misma.[512]

En la omisión, ya sea que esa actuación consista en una abstención o en un comportamiento positivo, se trata de una elección y ejercicio de voluntad. Por ejemplo, el sujeto puede quedarse inmóvil no actuando ante el deber o puede alejarse caminando del lugar en donde debió realizar la acción omitida.

En relación a los tipos se hace una clasificación por el modo de ataque al bien jurídico, como tipos de mera actividad y tipos de lesión o de peligro, tipos con o sin el uso de medios específicos de comisión y delitos comunes y especiales. Adicionalmente hay tipos tentados o consumados, delitos instantáneos o permanentes, etc.[513]

---

[511] BACIGALUPO, ENRIQUE. Op. Cit. Págs.258 y sigs.

[512] LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia, 2016. Pág. 609.

[513] QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Aranzadi, Navarra 2002. Pág. 310.

En los sujetos nos referimos primero a los sujetos que cometen el delito, los sujetos activos, son los autores y accesoriamente los partícipes, englobándose en un concepto de concurso de delincuentes, en el que se distinguen entre los autores, el autor directo o material, los coautores y el autor mediato, y entre los partícipes, el inductor, el cómplice de ayuda necesaria y el cómplice de ayuda no necesaria.

Existen delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona, mientras que los delitos especiales requieren una calidad particular o condiciones que solo cumplen algunos sujetos. Esta última clase de delitos pueden ser especiales propios, cuando la infracción solo puede aplicarse a quien tenga determinadas características o especiales impropios, cuando la pena del delito solo puede aplicarse al que tenga esas condiciones particulares.[514]

Dentro de la Parte General no se consideran como partícipes a los encubridores y apologistas del delito, sino como autores de delitos específicos. Por ejemplo, en el artículo 451 y sigs., del CPE, se tipifican conductas de encubrimiento.

También la parte objetiva de los tipos hace referencia al sujeto material de la acción o simplemente sujeto de la acción, o sea, sobre quien recae la conducta típica. Por ejemplo, en la estafa el engaño debe recaer en el sujeto que engañado dispone de los bienes. Puede ser que el sujeto sea la misma víctima o un tercero. En los delitos de homicidio el sujeto de la acción es la persona sobre la cual recae la acción de matar.

Como sujetos pasivos se hace mención de los perjudicados y las víctimas, cuando el tipo requiera la existencia de un sujeto que reúna esa calidad. No todos los delitos requieren sujetos pasivos y en caso de requerirlo, puede tratarse de la víctima o del perjudicado o de ambos. La víctima es la titular del bien jurídico lesionado y los perjudicados son los afectados por el delito. En un delito de estafa, se requiere de la existencia de un sujeto de la acción, de un perjudicado y de una víctima, que pueden o no recaer sobre la misma persona. Serían diferentes si uno de los sujetos es el empleado de la empresa que engañado actuó bajo error, entregando bienes del empleador. Por su parte, la persona

[514] BAGIGALUPO ZAPATER, E. Op. Cit. Págs.105-106.; ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSAC, J. L. Op. Cit. Págs. 151-152.; MUÑOZ CONDE, F. Op. Cit. 2022. Pág. 239.

titular de los bienes (del patrimonio) es la víctima y la sociedad de seguros, que debe pagar las indemnizaciones correspondientes, la perjudicada.

Otros autores hacen una distinción entre sujetos pasivos y perjudicados, sosteniendo que los primeros son los titulares del bien jurídico ofendido y los perjudicados los que sufren económica o moralmente los efectos del delito.[515]

En cuanto a la parte subjetiva del tipo, se mencionan como formas de comportamiento típico: el dolo y la culpa, de los cuales se tratará en el siguiente capítulo.

La antijuricidad es la contradicción con el derecho, significa que no existan causas de justificación para excluir la responsabilidad penal en ninguna norma, ya sea penal o extrapenal. Se habla de antijuricidad material y antijuricidad formal. La primera consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La formal es la mera contrariedad a derecho. [516] Para admitir una causa de justificación se requiere tanto de elementos objetivos como subjetivos. Los primeros se refieren a los elementos típicos que conforman la causa de justificación y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los elementos subjetivos consisten en el conocimiento de que se realiza un comportamiento autorizado por el derecho.[517]

La tipicidad y antijuricidad forman el concepto que se ha dado en llamar ilícito penal o injusto, que consiste en la infracción de una norma sin autorización que se ha explicado con diversas teorías. Para la Escuela Clásica, se entiende como un acto de desobediencia a la norma, en el que no importa lo causado sino lo que quiso causarse, ante el cual el Estado debe intervenir con su *Ius Puniendi*. Mientras que para la Escuela Positivista, el

[515] QUINTERO OLIVARES, G. Op. Cit. Pág.659; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. 2022. Pág.242; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia,2022. Pág.355; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL - RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 5.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 368.

[516] MUÑOZ CONDE, F. Op. Cit. Págs.276-277.

[517] CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN Y OTROS, *Curso De Derecho Penal*, Editorial Tecnos, s/l,2022. Pág. n.d. Ver: https://bibliotecacomplutense.odilotk.es/info/00757366; MUÑOZ CONDE, F. Op. Cit. Págs. 286-287.

ilícito es un acto socialmente dañoso; lo determinante es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, importa más lo causado que lo que se quiso causar.[518]

Se tiende a dividir las concepciones del ilícito, en una concepción causal y un entendimiento personal del ilícito penal. Para la primera, basta la lesión de un bien jurídico causada por un comportamiento. El ilícito personal requiere diferenciar el hecho como suceso natural, para lo cual se toman en cuenta consideraciones personales, como la dirección de la voluntad, que permitan afirmar su contradicción con el orden social.[519] El concepto de ilícito penal, en su parte objetiva, correspondería al *actus reus* del derecho anglosajón.

La culpabilidad se refiere a las condiciones que permiten imponer una pena a un individuo. Sus contenidos son los siguientes: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento potencial de antijuricidad y se suele agregar la exigibilidad de otra conducta. La imputabilidad se refiere a las condiciones que debe llenar un sujeto para determinar que puede actuar de otro modo y que se le puede atribuir el injusto. Se debe tratar de un sujeto que tenga la edad y condiciones mentales para comprender lo prohibido del hecho y la capacidad para dirigir sus comportamientos de acuerdo a la norma. También se llama a este elemento reprochabilidad.[520].

El conocimiento potencial por los sujetos activos es la posibilidad de conocer lo prohibido del hecho, no que hayan alcanzado el conocimiento, basta que los sujetos hayan podido conocer el contenido de las normas. Si existe un desconocimiento de lo prohibido, se habla de error de prohibición, pero este debe ser razonable, pues no se admiten los errores burdos o que no recaen en los elementos esenciales de la prohibición. [521]

La exigibilidad de otra conducta examina la razonabilidad de la conducta en casos excepcionales, como el conflicto de bienes iguales, el miedo insuperable, la obediencia debida y el exceso en las causas de justificación. En determinadas situaciones estos casos

[518] BACIGALUPO ZAPATER, E. Op.Cit. Pág.93.

[519] Ibid. Págs. 94-95.

[520] JESCHECK, H .H. Op. Cit. Págs.363 y sigs. MIR PUIG, S. Op. Cit. Págs.527 y sigs.

[521] BACIGALUPO ZAPATER, E. Op. Cit. Pág..180 y sigs.

pueden generar la exclusión de la responsabilidad, a pesar de que el hecho sea típico y antijurídico.[522]

En general, dentro de las exclusiones de la responsabilidad se plantean diferentes causas en función de la categoría de la estructura del delito. La tipicidad, antijuricidad o culpabilidad pueden excluirse o dar lugar a que se aminore la pena, por diferentes causas estudiadas por la ciencia jurídico penal y definidas por la ley y la jurisprudencia. Así en la tipicidad, esta puede excluirse porque el hecho sea atípico, haya sido consentido o cuando existe error de tipo.

La atipicidad ocurre cuando los hechos no concuerdan con la hipótesis de la norma, porque falta algún elemento esencial, una parte o todos los elementos típicos de la conducta.

El consentimiento es una causa que excluye el tipo, cuando la voluntad de la víctima es condición para la existencia del delito. Por ejemplo, el tipo de allanamiento, del artículo 202 del CPE, no puede ocurrir si el morador admitió voluntariamente el ingreso o permanencia del sujeto activo.

En la antijuricidad se citan como casos que la excluyen, el consentimiento justificante, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento del deber y el ejercicio de derechos.

Casos que eliminan la culpabilidad son la inimputabilidad, el error de prohibición, el conflicto de bienes iguales, el exceso en las causas de justificación, la obediencia debida y el miedo insuperable.

Sobre los sujetos activos, se habla de concurso de delincuentes para determinar las diferentes clases de intervinientes en el delito como sujetos imputables. Estos sujetos pertenecen a la categoría de tipicidad objetiva. También en sentido amplio a autores y partícipes, se les denomina participantes o partícipes.

[522] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.591 y sigs.

Se distribuyen en dos grandes categorías: autores y partícipes (en sentido estricto). Los primeros son: a) los autores directos, físicos o materiales; b) los coautores, y c) los autores mediatos.

Para definir los autores la doctrina y la jurisprudencia ha recurrido a diversas teorías. La teoría objetivo-formal sostiene que el autor es quien hace directa realización o ejecución total o parcial del tipo. [523] El autor es el que lleva a cabo personalmente los elementos descritos en un concreto tipo de la parte especial. El que ejecuta el delito o toma parte directa en el mismo. [524] Según la teoría objetivo-formal modificada es autor aquel cuyo comportamiento es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial.[525] Según la teoría objetivo-material es autor el que realiza la contribución objetiva de mayor importancia al hecho.[526]

Actualmente, la teoría más dominante es la teoría del dominio del hecho, según la cual es autor el que tiene control final del resultado, es decir, puede finalmente evitar la consecuencia. En la teoría se distinguen tres tipos de dominio del hecho; a) Por acción; b) Por voluntad y, c) Por dominio del hecho funcional.[527]

El dominio del hecho es el control que ejerce el autor directo para poder definir el resultado del hecho. Controla el hecho conforme su voluntad, por lo que es quien puede evitar que el hecho se produzca o continúe.

---

[523] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, CUSTODIA, *Dominio del hecho y Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*, Dykinson, Madrid, 2017. Pág. 36; COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS S., Derecho Penal Parte General, 4ª edición, Valencia, 1996, Pág. 668.

[524] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C. Op. Cit. Págs. 38 y sigs.

[525] GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Sección de Publicaciones, Universidad de Madrid, Madrid, 1966. Pág. 219.

[526] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C. Op. Cit. Pág. 44; MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.371.

[527] MIR PUIG, S. Op. Cit. Págs. 372 y sigs.; AMBOS, KAI, *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad en virtud de Aparatos Organizados de Poder*, traducción Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y Artículos No 20, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Pág. 14 y siguientes; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Págs. 218 y sigs.

El dominio de la voluntad puede ocurrir por coacción al instrumento, por error del instrumento o mediante la utilización de aparatos organizados de poder.[528]

Los autores mediatos son los que dominando el hecho, no intervienen directamente o en la ejecución material de los hechos, pero actúan a través de un instrumento que no sabe lo que hace (no tiene dolo), u obra coaccionado de tal manera que ha sometido su voluntad a otro que controla la consecuencia final. En esta clase de autores, se pone de manifiesto el dominio de la voluntad.

Cuando se trata de coautores, estos lo son porque co-dominan el hecho, hay un reparto funcional en que cada uno de ellos desempeña un papel sin el cual el delito no se hubiera producido.

Sin embargo, la definición de autor no está dada solamente por la doctrina, a veces la ley penal fija los conceptos por decisiones político criminales que alteran las reglas de la doctrina. Así ocurre en el artículo 28 a) y b) del Código Penal español, que considera autores al inductor y al cooperador o cómplice necesario. Lo cual no impide al juez para que en aplicación del artículo 65 CPE, tomando en cuenta las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, imponga una pena inferior a éstos últimos.[529]

Para la doctrina de los autores de derecho, los partícipes se dividen en: a) instigadores y b) cómplices, que pueden ser de ayuda necesaria o no necesaria.

El inductor es quien crea dolo en un autor o lo convence para ejecutar un delito. El hecho debe cometerse o intentar cometerse por el autor, a consecuencia del convencimiento del instigador, para que el inductor se castigado como tal.

El cómplice de ayuda necesaria es quien presta una ayuda esencial al autor para la comisión del delito. No debe participar en etapa ejecutiva con el sujeto al que auxilia, porque si lo hace se convierte en coautor. Su actividad se debe realizar antes del hecho.

---

[528] AMBOS, K, Op. Cit. Pág. 14.

[529] https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444 (Último acceso a las 13:33 del 02.11.2022)

El cómplice de ayuda no necesaria presta una ayuda no esencial al autor, pero que permite a éste realizar más fácilmente el delito. Su ayuda se puede prestar antes del hecho realizado por el autor, durante la ejecución del delito o posteriormente, cuando se ha prometido previamente la ayuda.

Semejante a los delitos incipientes del derecho anglosajón, en el derecho continental europeo, existen otras figuras que dentro del *iter criminis* son externas, pero que corresponden a etapas anteriores a los delitos consumados que castigan el mismo bien jurídico. La justificación de su sanción, está en la existencia de cierta peligrosidad de tales conductas y que pueden dar lugar a resultados graves. Así por ejemplo, además de que se castigan los asesinatos, lesiones o secuestros, también se castigan la proposición y conspiración para esos delitos.

Los intervinientes en esos actos preparatorios no son sujetos activos de los delitos pretendidos, según las reglas generales, no son parte del concurso de delincuentes; son sujetos activos de figuras típicas específicas que califican como delitos determinados comportamientos, que son anteriores a la consumación de los delitos o posteriores. Estos son los conspiradores, los que proponen un delito, los provocadores y los apologistas. Se castigan cuando existen tipos penales específicos que excepcionalmente y expresamente sancionan esas conductas.

Cuando el delito es previo a la consumación y su figura contiene conductas que forman parte de otro delito más grave que se intenta cometer o se consuma, aquellos delitos quedan subsumidos en la tentativa o consumación del delito. La doctrina no lo entiende así en los casos de provocación y apología, por ello en algunas legislaciones expresamente se dispone la subsunción. Así el que conspira con otros para cometer un delito de asesinato y efectivamente intentan cometerlo, serán responsables solo de este delito y ya no de la conspiración.

La conspiración es el concierto de dos o más personas para ejecutar un delito determinado y resuelven ejecutarlo. [530]En ese sentido está definida en el CPE, en el número uno del artículo 17: La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición requiere que un sujeto que ha decidido cometer un delito, pero sin estar dispuesto a realizarlo directamente, propone a otro llevarlo a cabo personalmente. Si el delito sugerido no se intenta cometer, se configura la proposición; pero si el sujeto al que se le hizo la invitación delictiva convencido de la propuesta intenta cometer el delito propuesto o lo consuma, aquél será inductor y este actor directo. La pretensión por parte del sujeto de captar la voluntad de otro para la ejecución del delito, puede estar dirigida hacia una o varias personas determinadas y la invitación debe ser expresa y seria para la ejecución de un delito concreto o definido.[531]

La proposición está definida en el CPE, en el número dos del artículo 17, de la siguiente manera: La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.

Además, en el artículo 17 CPE se establece en el numeral 3, que la conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley.

La provocación debe ser directa, no por medio de otras personas, y dirigirse a una masa indeterminada de sujetos, no a sujetos determinados, incitando a la perpetración de un delito por medios que faciliten la publicidad como la imprenta, la radiodifusión o medio de eficacia semejante o ante una concurrencia de personas. [532]

[530] MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA, «Las fases de ejecución del delito», en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL Y OTROS, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág. 226.

[531] MORENO-TORRES HERRERA, M. R. Op. Cit. Pág.227.

[532] Idem.

En el caso de la apología, que es la exposición ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de expresiones que alaben el crimen o enaltezcan a su autor; solo se sanciona en los tipos penales como forma de provocación, cuando constituye una incitación directa a cometer un delito.[533]

La diferencia con la provocación es que en la apología la acción consiste en alabar el crimen o enaltecer al autor públicamente, lo que puede llegar a configurar una incitación a cometer el crimen; mientras la provocación está dirigida claramente a llamar públicamente a la realización de un delito concreto. Además, la apología puede darse ante una concurrencia determinada o indeterminada de personas, pero la provocación solo está dirigida a una masa indeterminada de personas. Habrá coincidencia de la provocación y la apología, cuando en esta última se alaba el crimen como como forma de provocación, Solo se castiga al que actúe directamente sin intermediarios, será responsable consecuentemente, el que alabe o provoque el crimen, aunque lo haya hecho actuando en nombre de otros, pues es quien realizó la conducta directamente.

La provocación y la apología están definidas en el Artículo 18 del CPE, así: 1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

En el mismo artículo se dispone que la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea y que si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

[533] Art.18 CPE; ORTS BERENGUER, ENRIQUE - GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 9ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Págs.282-283.

Con relación a la empresa criminal común, no es un concepto extraño al derecho penal doméstico de España, Alemania e Italia, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo, utilizó durante mucho tiempo hasta los años sesenta, la tesis de que autores eran los que habían tomado un acuerdo común para realizar el delito, sin importar su contribución. Si se verificaba el acuerdo de voluntades, consecuentemente existía una empresa criminal común y sus miembros era considerados autores. Posteriormente, en los años ochenta, se incorporó el requisito de un aporte mínimo al hecho delictivo. Esta doctrina del acuerdo previo tiene su remoto origen en la figura del *complot* de los juristas italianos de la Baja Edad Media y que influyó en Alemania.[534]

Sobre el encubrimiento se debe aclarar que no es un acto preparatorio, sino una conducta posterior al delito. En el pasado se le consideraba una forma de actuación en el concurso de delincuentes, pero actualmente se trata de un delito autónomo consistente en la ayuda que presta un sujeto a un autor de delito, posterior a la comisión del mismo, sin concierto previo. Se trata de conductas de quienes, sin ser cómplices, ayudan a que el autor obtenga provecho del delito, a ocultar cosas o a eludir la acción de investigación o captura. [535]

1.3 Sistema del derecho islámico

Se trata de un sistema en el que el derecho se nutre de las normas religiosas. En el islam, al conjunto de todas estas normas se les llama *sharia*, *sharía* o ley islámica y sus fuentes principales son el Corán, la *Sunnah*, el *Ijma* y la *Al Quias*. El primero es el libro más sagrado de esta religión y considerado por los musulmanes el que contiene la palabra de *Allah*. La *Sunnah* está formado por todo lo que dijeron los profetas y mensajeros como Adán, Noé, Abraham, Moisés, Jesús y el profeta Muhammad, así como las tradiciones o *hadices*. El *Ijma* es el consenso de los sabios o *ulemas*, los estudiosos del Corán y la *Sunnah* que con sus opiniones para responder a consultas establecen la forma en que se

[534] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C. Op, Cit. 2017. Págs. 32-34.

[535] El Art. 451 y sigs. del CPE, se refieren a ellos.

interpretan las normas religiosas y se van creando principios nuevos. Los jueces o *qaddi* deben aplicar esa opinión a los casos que conocen. La *Al Quias* es la analogía.[536]

Los actos delictivos se dividen en tres categorías: a) Los delitos de *hudud* son delitos contra Dios cuyo castigo se especifica y exige en el Corán y la *Sunnah*; b) Las *quesas* son delitos de agresión física y asesinato, que se castigan con represalias, como la devolución de una vida por una vida en caso de asesinato. La víctima o los herederos sobrevivientes pueden renunciar al castigo y pedir una compensación (dinero de sangre o *diyya*) o indultar al infractor, y; c) Los delitos de *ta'azir* son aquellos cuyas penas no están fijadas por el Corán o la *Sunnah* pero están dentro de la ley a discreción del *qadí*.[537]

En el derecho islámico se reconoce el *actus reus* y el *mens rea*. Ello procede de una máxima elaborada por los eruditos musulmanes: *al-Umūr bi Maqāsidihā,* en la que *umūr* es asunto físico o verbal y *al-maqãsid* es querer o hacer algo con propósito. La expresión significa que cualquier acto verbal o físico, debe ser considerado y juzgado de acuerdo a las intenciones del hechor. La máxima se extrae del Corán y la *Sunnah*. El acto puede ser positivo u omisivo. [538]

Por ejemplo, la ley islámica reconoce grados de homicidio, de acuerdo con la intención del delincuente, tales como el homicidio intencional o por negligencia. La intención se distingue por la forma en que se comete un delito, en particular el tipo de arma utilizada. La suposición es que una persona que tenga la intención de matar, usará un arma con capacidades letales. Se recurre a una medida de evidencia objetiva y visible, que facilita la prueba del elemento mental.[539]

---

[536] ORLANDO, PABLO, «El Derecho Penal Islámico y su Concepción de la Pena», en *Derecho y Humanidades*, No 16 vol. 1, 2010, pp. 209-211 https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/16012/16527/0

(Último acceso a las 14:12 del 31.03.2022)

[537]LIPPMAN, MATTHEW ROSS, MCCONVILLE, SEAN AND YERUSHALMI, MORDECHAI, *Islamic Criminal Law and Procedure: an Introduction*, Praeger, New York, 1988.Pág. 38; EBBE, OBI N.I.(Edit.), *Comparative and international criminal justice systems : policing, judiciary, and corrections*, CRC Press, Taylor & Francis Group, Boca Ratón, 2013. Págs.218 y sigs.

[538] ELEWA BADAR, MOHAMED, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, Bloomsbury Publishing, Kindle Edition, 2013. Págs. 208 y sigs.

[539] LIPPMAN, M. R., MCCONVILLE, S AND YERUSHALMI, M. Op. Cit. Pág. 50.

Adicionalmente es un sistema en el que el derecho y la moral religiosa, en muchos casos, se integran para proveer los conceptos jurídicos, lo que dificulta el consenso internacional; pues se parte de la idea de que asumir perspectivas religiosas, implica irrespetar la libertad de los seres humanos. Precisamente, para la adaptabilidad de un sistema de justicia penal es importante determinar la medida en que es capaz de liberarse de las exigencias de encarnar un orden moral o religioso[540].

Consecuentemente con lo que se ha expresado, este sistema no agregaría algo nuevo a los conceptos comunes que se pretenden encontrar para el Derecho Penal Internacional, ni tampoco aporta una estructura del delito sustancialmente diferente a la planteada por los sistemas mayoritarios. Lo que no significa que el sistema sea intrascendente, pues a mayor comunicación entre sistemas de derecho interno o uso compartido de cada experiencia y realidad, existe mayor facilidad para comprender y aceptar las instituciones y leyes del derecho penal internacional. Sin embargo, concretamente para la finalidad de encontrar una doctrina con conceptos comunes que sean comprensibles y aplicables por jueces y operadores con diferentes formaciones, bastaría concentrarse en los sistemas mayoritarios para lograr ese objetivo.

1.4 Sistema consuetudinario

Si bien se atribuye a algunos Estados o regiones un sistema consuetudinario puro como Andorra y las Islas del Canal Guernsey y Jersey bajo el gobierno de la Corona Inglesa[541], en la actualidad el derecho penal de estos lugares sigue los sistemas más influyentes en el mundo. Andorra, cuenta con un Código Penal en el que se cita el principio de legalidad, excluyendo la costumbre o la analogía para crear delitos. El principio de culpabilidad ha sido plenamente reconocido, exigiendo dolo y culpa para sancionar las conductas. El delito requiere una parte objetiva y otra subjetiva. Se reconocen las exclusiones de la

[540] AMBOS, KAI, ALEXANDER HEINZE, PETER RACKOW, AND JACOPO GOVERNA, *Treatise on International Criminal Law*, 2th Edition, Oxford University Press, New York, 2021.Pág.95 y sigs.

[541] http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/droit-coutumier.php (Último acceso a las 09:46 del 14.09.2022)

responsabilidad penal más comunes en el derecho continental europeo.[542] Sobre las Islas del Canal prevalecen las leyes y jurisprudencia inglesas, dejando para la costumbre temas sobre la responsabilidad civil, aspectos del procedimiento civil y en los fideicomisos, para los que se ha aprobado también normas escritas.[543]

Hay otros países, como Mongolia y Nigeria, a los que se les atribuye un sistema mixto en el que se sostiene que todavía se aplica el *costumary law*.[544] En Mongolia el Código Penal reconoce los principios de legalidad y culpabilidad, prohibiendo la analogía y cualquier otra forma de crear delitos que no sea la ley, así como distinguiendo entre delitos deliberados o negligentes. El delito se define por la ley y acarrea responsabilidad penal si provoca daño social. Se reconocen variadas formas para excluir la responsabilidad por la falta de daño social: legítima defensa, extrema necesidad, riesgo razonable de producción, etc.[545]

En la República Federal de Nigeria el derecho consuetudinario ha sido una tradición que ahora contradice la Constitución, pues esta establece que nadie puede ser declarado culpable de una ofensa a menos que una norma escrita contenga el castigo por ese acto. Igual mención se hace en el Código Penal.[546] Por esa razón, realmente no se trata de un sistema jurídico penal consuetudinario del Estado, sino de una práctica en algunas comunidades que tienen raíces socio políticas y culturales en la aplicación de la ley. En lo demás se siguen las estructuras del delito creadas por el sistema anglosajón. Esto nos permite reconocer que el sistema consuetudinario no aporta una nueva estructura del delito.

---

[542] https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/and/2005/penal_code_of_andorra_html/Andorra_Code_Penal_Fr.pdf (Último acceso a las 10:20 del 14.09.2022)

[543] http://www.guernseybar.com/practising-guernsey-law/sources-of-guernsey-law.aspx (Último acceso a las 10:08 del 14.09.2022)

[544] http://www.juriglobe.ca/eng/sys-juri/class-poli/droit-coutumier.php (Último acceso a las 03:55 del 15.09.2022)

[545] https://www.warnathgroup.com/wp-content/uploads/2015/03/Mongolia-Criminal-Code.pdf (Último acceso a las 10:34 del 14.09.2022)

[546] ORAEGBUNAM , IKENGA K. E., Crime and Punishment in Igbo Customary Law: The Challenge Of Nigerian Criminal Jurisprudence. https://www.ajol.info/index.php/og/article/view/57917/46285 (Último acceso a las 11:04 del 14.09.2022)

1.5 Sistema socialista

Se expresa por algunos autores la existencia de un sistema penal socialista, para hacer referencia al derecho penal que anteriormente dominaba las instituciones rusas bajo la concepción soviética y de otros países de su ámbito de influencia; sin embargo, en la actualidad al examinar la ley penal rusa y de otros países que se han proclamado socialistas como China y Cuba[547], no se advierten características que presenten una estructura diferente a los sistemas penales más relevantes.

En el caso de Rusia, como Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, había aprobado Códigos Penales en los que los principios de legalidad y culpabilidad no cumplían con los estándares de derechos humanos, pues se aplicaba la analogía, responsabilidad objetiva y sanciones por modos de ser o por mantener relaciones con personas del mundo criminal[548]; actualmente se expresa la necesidad de dar efectividad a los derechos humanos, a los principios del Derecho internacional y a los principios constitucionales jurídico-penales como el de legalidad, culpabilidad, equidad y humanidad. Se determinan reglas de autoría y participación. El delito tiene una estructura en la que se distinguen dos partes del tipo, la parte objetiva y la subjetiva, esta última, en sus manifestaciones de dolo e imprudencia, además de los casos de exclusión de la responsabilidad. No obstante, hay un aumento de los delitos y penas con relación a conductas contra el orden colectivo o social. [549]

El actual Código Penal de la Federación Rusa, ofrece la siguiente definición formal-material de delito: Se considerará delito el acto socialmente peligroso, cometido con culpa

[547] https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf (Último acceso a las 05:25 del 14.09.2022)

[548]CUELLO CALÓN, EUGENIO, «La Reforma de la Legislación Penal de la Unión Soviética», en *Dialnet. Unirioja*, 1960. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2777110.pdf (Último acceso a las 6:30 del 14.09.2022).

[549]https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9rTdQ76o3ooJ:https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/8091/2/0233586_00005_0027.pdf&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=sv (Último acceso a las 05:53 del 14.09.2022)

y prohibido por este Código bajo amenaza de pena.[550] Consecuentemente, si la conducta no causa daño social, no puede sancionarse y si el acto causa daño social pero no está tipificado como delito tampoco puede imponerse pena.

En la República Popular China, actualmente se ha descartado la analogía y se ha adoptado el principio de legalidad. En este país la estructura del delito parte de la existencia de una ley que prohíba la conducta y determine una pena, así como un contenido de *mens rea* en el que se diferencian los delitos intencionales y negligentes. Cuando el acto sea imprevisible o irresistible no puede ser considerado delito. [551]

En el caso del nuevo Código Penal cubano, sus características tampoco develan una estructura especial del delito que lo distinga. Se citan principios generales, el delito requiere estar sancionado y que haya culpabilidad, debiendo producirse por dolo o culpa (existe también la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y hay exclusiones de la responsabilidad penal basadas en justificaciones y exclusiones de la culpabilidad. Lo que es notorio es la utilización del principio de lesividad social, según el cual solo se sancionarán conductas que lesionen o dañen los bienes jurídicos, que se conceptualizan como intereses sociales tutelados por la ley, con lo que se les vacía de contenido, pues a final de cuentas se pretende sancionar los intereses sociales definidos por el legislador. Además, el Código Penal presenta una sobreprotección del Estado y la sociedad, evidenciando menos interés en la protección de los individuos. [552]

Por lo tanto, no se advierte que el sistema penal denominado socialista, tenga vigencia actual y las características que presenta el derecho criminal de esas naciones tradicionalmente socialista, actualmente no es muy diferentes en términos teóricos al sistema continental europeo. Más bien, es un sistema semejante.

---

[550] AMBOS, KAI, ALEXANDER HEINZE, PETER RACKOW, AND JACOPO GOVERNA, *Treatise on international criminal law*, 2th Edition, Oxford University Press, New York, 2021.Pág.51-52.

[551] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. Págs.173 y sigs.

[552] https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2022-o93_0.pdf (Último acceso a las 05:25 del 14.09.2022)

2. Sistemas internacionales penales

En el derecho penal internacional la estructura del delito presenta características que pretenden facilitar la comprensión y aplicación práctica de la ley penal internacional a los hechos. Han sido los académicos los que analizando la jurisprudencia del DPI, han configurado las bases de una Parte General. Sin embargo, los autores de derecho no se han limitado a seguir los conceptos de los tribunales penales internacionales, sino que han presentado nuevas ideas y han construido nuevos conceptos, así como van llenando lagunas o áreas no definidas por las fuentes legislativas del derecho penal internacional, moldeando una estructura del delito.

Precisamente las obras de los autores de DPI en idioma inglés, han facilitado la comprensión y utilización de la dogmática alemana, en el ambiente jurídico del *Common Law;* por lo que siendo aquella, típica expresión del derecho penal continental europeo, se convierte en un acercamiento a los conceptos de la doctrina española e italiana y al resto de países que comparten el sistema penal del *Roman Law*. De ahí que hay una clara aceptación de propuestas de teoría del delito, en el campo del derecho penal internacional, construida por los autores.

Lo anterior no significa que la estructura del delito internacional sea una reproducción del derecho anglosajón o del derecho continental europeo. En realidad hay un esfuerzo por construir conceptos propios y compartidos.

2.1 Corte Penal Internacional

Considerando que la CPI es la más importante de las instituciones jurisdiccionales del derecho penal internacional, en razón de que tiene una categoría universal, tanto en su creación como en su jurisdicción a diferencia de otros tribunales *ad hoc* e híbridos; es en su normativa y jurisprudencia en dónde se esperaría encontrar abundancia y claridad en todas sus reglas sustantivas. Sin embargo, no solo hay ausencia de regulaciones en ciertas áreas, sino que hay motivos para profundas discusiones doctrinarias.

Lo que se encuentra en su normativa para definir una teoría general o sus líneas principales de concepción del derecho sustantivo internacional, se expone a continuación.

Existe un listado de principios generales en la parte III del ER. En el artículo 22 se cita el principio de legalidad aplicable a los delitos, la prohibición de analogía y en caso de ambigüedad la interpretación en favor del reo. Particularmente en el numeral 3 de esta disposición se hace una excepción propia de la tradición del derecho internacional.

Cuando se manifiesta que las regulaciones del presente artículo en nada afectarán a la tipificación de una conducta como crimen internacional independiente del ER, por un lado se reconoce la posibilidad de que normas contenidas en otros tratados internacionales tipifiquen delitos, así como también el reconocimiento de delitos internacionales tipificados sin necesidad de ley, amparados en la costumbre y principios internacionales.[553]

Otros principios contenidos en el ER son los relativos al principio de legalidad de las penas (Art.23), principio de irretroactividad de la ley penal (Art.24.1), principio de aplicación favorable de la nueva ley (Art.24.2) y el principio de responsabilidad individual (Art.25).

Sobre la legalidad de las penas, debe reconocerse que si bien en el ER se han expresado las clases de penas, no se han establecido grados concretos de las sanciones para cada delito y tipo de participación, quedando un margen demasiado amplio para que los tribunales de la CPI asignen penas a autores y partícipes.

Adicionalmente se citan en los artículos 20, 66 y 67 del ER, principios de carácter procesal como son el principio de *ne bis in idem*, inocencia y el de defensa. Asimismo, se evidencia el principio de tutela judicial efectiva en el artículo 75, en lo relativo a la reparación de las víctimas.

[553] OLLÉ SESÉ, MANUEL. Op. Cit. Pág.51. El autor, refiriéndose a las fuentes del Derecho Penal Internacional, explica que la costumbre despliega efecto vinculante al derecho convencional internacional, por tal razón una norma consuetudinaria obligará, prohibirá o permitirá una conducta.

Desde luego, como ya se había apuntado en otro capítulo, los principios y derechos derivados del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario, son aplicables y existe la obligación de la CPI de asegurar su respeto y cumplimiento.

En el artículo 30 del Estatuto de Roma, el numeral 1 parte de reconocer como regla general que, salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte, únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento. Es decir, se reconoce la existencia de los elementos materiales como requisito del crimen internacional y la disposición en comento solo agrega el elemento subjetivo para completar su estructura.

Con ello se expone una relativa coincidencia en la forma en que se estructura el delito en el derecho anglosajón y en el derecho continental europeo, con obvias diferencias de contenido. El primero reconoce dos partes en el crimen: una parte externa o física, que se designa en la tradición del derecho consuetudinario, como *actus reus* y una parte interna o mental, a la que se llama *mens rea*. El derecho continental europeo concibe la estructura del delito también en forma bipartita: el ilícito penal y la culpabilidad, pero atribuye en ambas partes tanto elementos externos como internos.

Los conceptos utilizados en el Art. 30.1 en la versión en idioma castellano del ER, son los elementos materiales y los elementos mentales, que corresponden en la versión inglesa a los *material elements* y los *mental elements*. Este último concepto también es empleado en el artículo 32 del ER. A pesar de ello, la jurisprudencia de los tribunales internacionales suele utilizar diversos conceptos, tales como *actus reus* y *mens rea*, o elementos objetivos y subjetivos.[554]

[554] CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC, "Decisión en aplicación del art.61 (7)(a) y (b)ER", nºICC-01/05-01/08-424, 15.06.2009. Parr. 130; CPI, Prosecutor v. Lubanga, TC I, No. ICC-01/04-01/06, 14.03.2012. Párrs. 920, 923,925, 929, 931,938, 940, 942,943, 955, 957, 965, 983, 989, 1003, 1008, 1009, 1010, 1011,1012, 1013,1014 y1015; CPI, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana PTC I, No. ICC-01/04-01/10, 14.03.2012. Párrs. 109, 269 y sigs., 281, 287 y sigs.; CPI, Prosecutor v. Dominic Ongwen, TC IX, No. ICC-02/04-01/15, 04.02.2021. Párrs.37, 2690, 2699,2785, 2787, 2788, 2790 y 2821; CPI, Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani, PTC II, No. ICC-01/14-01/21, 09.12.2021. Párrs.123 y 124.

La redacción del Art, 30.1 del ER deja en claro que en el crimen deben existir elementos materiales a los cuáles asociar los elementos subjetivos. La disposición tiene conexión con el artículo 22 del mismo Estatuto que establece el principio de legalidad, pues la conducta o acto de relevancia penal debe constituir un crimen de la competencia de la CPI. Lo cual tampoco excluye como fuente de creación de delitos a la costumbre internacional, según lo permite el numeral 3 de la misma disposición.

En el numeral 7 de la Introducción de los EC se establece que: "La estructura de los elementos de los crímenes sigue en general los principios siguientes:

a) Habida cuenta de que los Elementos de los Crímenes se centran en la conducta, las consecuencias y las circunstancias correspondientes a cada crimen, por regla general están enumerados en ese orden;
b) Cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente;
c) Las circunstancias de contexto se enumeran en último lugar".[555]

Adicionalmente, en los tribunales de la CPI, se utilizan fórmulas de exclusión de responsabilidad, por tratarse de casos que no cumplen con los requisitos del *actus reus* o *mens rea*; por ello, una forma más amplia de expresar la estructura de los crímenes del DPI, es considerando la existencia de tres niveles: 1) Elementos materiales; 2) Elementos mentales o subjetivos; 3) Circunstancias eximentes de responsabilidad penal.[556]

Algunos autores del derecho penal internacional sostienen que no basta con una visión tradicional que se reduzca a establecer la relación causal y normativa (directa o indirecta), entre el agente y el resultado delictivo, sino también un elemento colectivo adicional, como es la atribución del respectivo hecho criminal a una entidad colectiva que a menudo, aunque no necesariamente, es el Estado. Esto implicaría construir un nuevo modelo de estructura del delito internacional, que probablemente requiera un interés y debate de los académicos, que hasta ahora no se ha producido. [557]

[555] https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf (Último acceso a las 12:12 del 16.09.2022)

[556] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Págs.304-306.

[557] AMBOS, K. Op. Cit. Capítulo III.

En el DPI el *actus reus*, parte objetiva o material del delito, será la suma de todos los elementos materiales, como son la acción o conducta material, las consecuencias y circunstancias, así como la causalidad si se trata de tipos que requieren resultado material.[558]

Cuando se habla de conducta debemos precisar que puede hacerse referencia en sentido amplio al delito, como conducta criminal que expresa todos los contenidos o referirse a la conducta en sentido estricto, como la conducta material, acción u omisión del *actus reus*. Para el caso, la letra a) el número 7 de la Introducción General de los EC al hacer mención de que los "Elementos de los Crímenes se centran en la conducta", se refiere a la conducta en sentido restringido, como conducta externa, realizada mediante actos positivos u omisión. Otro uso estricto puede ocurrir con la frase "conducta subjetiva o mental", que hace referencia al *mens rea*.

La conducta material es el acto o la omisión y se describe en forma básica en el ER y en forma más detallada en los EC. No se siguen como en el derecho anglosajón, otros conceptos que se consideran conductas del mismo rango del acto u omisión, como los estados situacionales o la tenencia o posesión de ciertos objetos. Es decir, que estas situaciones en el DPI se considerarán como conductas expresadas en actos u omisiones.

La acción normalmente tiene contenidos físicos, pero también puede contener elementos de naturaleza distinta. Por ejemplo, en un crimen de lesa humanidad, la omisión consistente en privar de alimentos a las víctimas o la acción de ejercicio de derechos de propiedad sobre una persona, aunque no se esclavice mediante actos positivos o no se ataque físicamente a las personas, daría lugar al delito.

Se admite que la acción puede ser realizada de manera activa o positiva y mediante omisión. A pesar de que no existe una disposición específica en el ER que regule la omisión, tanto los autores del DPI como la jurisprudencia la han admitido. Por regla general, se entiende que la omisión solo puede proceder de una tipificación en la que la conducta suponga formas de inactividad o se trate de delitos expresamente tipificados

[558] GIL Y GIL, ALICIA, «El Elemento Subjetivo de los Crímenes (Mens Rea)», en GIL Y GIL, ALICIA y OTROS, *Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2019. Pág. 209.

como omisivos.[559] Sin embargo, es posible considerar como sucede en el derecho anglosajón que también delitos descritos con acción positiva, pero que sean adaptables a la realización omisiva y se tenga un deber específico de actuar, derivado de cualquier fuente de derecho internacional, sean admitidos. Para lo cual no se requiere acudir a los conceptos de la comisión por omisión.

Hay algunos casos de omisión que la jurisprudencia ha construido: cuando se estimó por la Cámara del Juicio en el caso Bemba Bongo que el artículo 70 (1) ER, incluye como conducta de falso testimonio no solo las acciones positivas, sino también la omisión de proporcionar toda la verdad, reconociendo además que un testigo tiene el deber de decir la verdad.[560]En el caso Bosco Ntaganda, a quien se le acusaba entre otros delitos de un crimen de guerra de ordenar el desplazamiento de civiles, se consideró que la orden requiere instruir en cualquier forma a otra persona para desplazar a una población civil o realizar un acto u omisión como resultado del cual, tal desplazamiento ocurriría.[561]

Se considera también por la doctrina de los autores de derecho que existen disposiciones que castigan la inacción u omisión. Por ejemplo, el artículo 8.2 b xxv) del ER que castiga como crimen de guerra, entre otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, dentro del marco establecido de derecho internacional, el hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra.[562]
Otro caso de omisión es la de la responsabilidad del superior, a la que se hará referencia en otra parte.

[559] AMBOS, K. Op. Cit. Capítulo V.

[560] ICC, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, TC VII, No.: ICC-01/05-01/13, 19.10.2016. Párr. 21.

[561] ICC, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, AC, No. ICC-01/04-02/06 A A2, 30.03.2021. Párr. 543.

[562] WERLE, G. and JESSBERGER, F. Op. Cit. Págs.452 y sigs. También, el autor menciona el caso del art. 86 del Protocolo Adicional, en el que las partes se comprometen a reprimir conductas graves y a adoptar medidas necesarias para que cesen las violaciones a la Convención y el presente Protocolo, que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. Otro caso de omisión sería el de los responsables de la custodia de los prisioneros de guerra, que tienen un deber de protección, conforme el artículo 13 del III Convenio de Ginebra.

Las circunstancias determinan otros elementos relativos a lugar, tiempo, personas, modalidad, medios o instrumentos, objeto de la acción, etc.[563] En general se trata de todos los hechos, cualidades o motivos, objetivos o subjetivos, con respecto a los sujetos, intereses lesionados o cualesquiera otras modalidades de el crimen.[564]

Las consecuencias son los resultados o los estados de daño o peligro que se producen como efecto de la conducta realizada. Se retoma la división de delitos de conducta y de resultado del derecho anglosajón, para estimar que solo en estos últimos el resultado es un elemento del *actus reus*.

En la jurisprudencia de la CPI se reconoce el principio de causación o causalidad, el que requiere un vínculo causal entre la conducta del imputado y el crimen.[565] No obstante, el contenido y aplicación del principio no tiene la precisión que se requeriría. Así, en algunas decisiones los tribunales de la ICC no han explicado en que consiste el vínculo o nexo entre la conducta y el resultado, por qué el caso concreto es una *conditio sine quanon* para el resultado y cuál es el contenido de la causalidad para el autor y para un asistente o participante, más allá de limitarse a mencionar que este debe actuar causalmente.[566]

Particularmente, en cuanto a las "circunstancias de contexto" que según la letra c) del numeral 7 de la Introducción de los Elementos de los Crímenes, aparecen enumeradas en último lugar de la estructura del delito, habrá que diferenciarlas de las simples "circunstancias" de la letra a) del mismo artículo 7 que se ha mencionado. Estas últimas determinan los elementos relativos a lugar, tiempo, personas, modalidad, medios o instrumentos, objeto de la acción, etc. y las "circunstancias de contexto", agregan condiciones del entorno o situación que determinan de modo general a todo el delito.

---

[563] TRIFFTERER, OTTO, ARNOLD, ROBERTA y OTROS, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Segunda Edición, C.H.Beck- Hart- Nomos. Munich, Oxford and Baden, 2008. Pág. 852; GIL Y GIL, ALICIA. Op. Cit. Pág. 209.

[564] CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Second Edit., Oxford University Press, NY, 2008. Págs. 55-56.

[565] CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, AC, No. ICC-01/04-02/06 A A2, 30.03.2021. Párr. 20 y 1041.

[566] CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, TC VII, Nº No.: ICC-01/05-01/13, 19.10.2016, párrafo 94.

En el idioma inglés la palabra *context*, se traduce como las condiciones interrelacionadas en las cuales alguna cosa existe u ocurre, la situación dentro de la cual ciertas cosas suceden o existen y pueden ayudar a explicarlas, o las influencias y eventos relacionados con un particular evento o situación.[567]

En idioma español se entiende el contexto como un entorno físico o de situación, político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el que se considera un hecho.[568]

Así por ejemplo, el crimen de lesa humanidad de *Apartheid* del artículo 7 1) j) de los EC, requiere en lo relativo al *actus reus* como circunstancias correspondientes al delito, las indicadas en los números 1 y 2, esto es, que un sujeto haya cometido un acto inhumano contra una o más personas y que se trate de un crimen grave de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

Adicional a lo anterior aparecen las circunstancias de contexto, que requieren que la conducta se haya cometido en una situación en la que prevalezca un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y que haya sido parte de un ataque generalizado contra la población civil (Art. 7 1 j) 4 y 6 EC). De no suceder estos elementos de contexto, el delito pierde su razón de ser.

Las defensas tienen una regulación expresa en diferentes disposiciones del ER.

En el artículo 26 ER se establece la incompetencia para conocer de los delitos cometidos por cualquier persona menor de 18 años, lo cual no impide que los tribunales nacionales, de acuerdo a los estándares internacionales, juzguen a los responsables según la edad mínima que se haya fijado para permitir el juzgamiento de menores en tribunales especiales. La protección especial de los menores de edad deriva de diferentes fuentes del derecho internacional, como son, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos

[567] MERRIAM WEBSTER DICTIONARY, https://www.merriam-webster.com/dictionary/context (Último acceso a las 09:20 del 28.10.2022); CAMBRIDGE DICTIONARY, https://dictionary.cambridge.org/es/ (Último acceso a las 09:30 del 28.10.2022)

[568] REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, actualización 2021. Consultar en: https://dle.rae.es/contexto?m=form (Último acceso a las 09:20 del 28.10.2022)

del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1959, los artículos 23 y 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y especialmente de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), [569]que determina que los menores son aquellos que no han cumplido 18 años y se refiere a una serie de derechos de los menores y obligaciones de los Estados .

En cuanto al juzgamiento de menores, el artículo 40 de la CDN, establece que los Estados tomarán todas las medidas para promover leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables por tal causa y en particular se debe establecer una edad mínima, antes de la cual, se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales y adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. Adicionalmente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing,[570] imponen una serie de obligaciones detalladas para los Estados en materia de juzgamiento y aplicación de penas para menores de edad.

De ahí que el juzgamiento de menores requeriría para la CPI, al menos, la creación de tribunales, procedimientos y jueces especializados, así como un nuevo sistema de penas y centros de detención y prisión especiales. Otras obligaciones del tratamiento de menores, como el derecho de la asistencia de los padres al menor y la concesión de medidas sustitutivas a los menores, complicaría aún más el trabajo de la CPI en esta materia. Con razón, a diferencia de otros tribunales, se ha optado porque la ICC sea incompetente para estos casos.

Existen causas que no son verdaderas exclusiones de la responsabilidad, sino impedimentos procesales, pero algunos autores del derecho anglosajón suelen incluirlas en las defensas. Así, la prescripción (artículo 29) y la inmunidad de las personas que actúen en un cargo oficial (artículo 27) no pueden impedir la responsabilidad de los

[569] https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf (Último acceso a las 10:05 del 10.11.2022)

[570] http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf (Último acceso a las 10:33 del 10.11.2022)

involucrados, solo obstaculizar su persecución dentro de la competencia de la CPI. Lo que no niega la posibilidad de que pretendan ser utilizadas por los imputados en connivencia con algunos tribunales nacionales, para lograr la impunidad.

Las exclusiones o eximentes de la responsabilidad sustantiva, se tratan del artículo 31 al 33 del ER. El Artículo 31 expresa que no será responsable: a) quien, al momento de incurrir en una conducta, padeciere de una enfermedad mental, b) estuviere en un estado de intoxicación no voluntaria o negligente, c) actuare razonablemente en defensa propia, de terceros o de bienes y d) hubiere actuado por coacción o estado de necesidad. Dependiendo de cada caso, pueden dar lugar a una exclusión completa de la responsabilidad o a una mitigación de la pena.

Las causas de exclusión no son una lista cerrada, pues de conformidad al mismo artículo 31 los casos se expresan, sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto. Además, en el numeral 3 se incluye una regla abierta para que en el juicio, la Corte pueda tener en cuenta una eximente de responsabilidad distinta de las indicadas, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable según el artículo 21 de ER.[571] Es decir, se trate de otras circunstancias eximentes de responsabilidad penal, que pueden derivarse de otras fuentes reconocidas del DPI.

El art. 21 c) se refiere a la posibilidad de aplicar en defecto de las regulaciones anteriores, "los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos".

Es posible distinguir en el ER una distribución de casos de defensas o de extinción de la responsabilidad penal: la enfermedad mental, intoxicación, legítima defensa y estado de

[571] "En el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1 siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21".

necesidad se expresan en el art. 31.1 del ER. Las eximentes de error y cumplimiento de órdenes superiores, se encuentran reguladas en artículos 32 y 33 del ER.

Otra eximente es la defensa propia o de un tercero, del artículo 31 (1) (c) ER que requiere que la conducta sea razonable o, en el caso de los crímenes de guerra, la defensa de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa, no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de defensa.[572]

El artículo 31 (1) (d) del ER se ha entendido que hace mención de la coacción -*duress*- y el estado de necesidad -*necessity*- o elección de males, reunidos en un solo apartado. La primera en el derecho anglosajón, como vimos, puede ser por amenazas de muerte o daños graves de parte una persona que obliga a otro a cometer el delito o por las circunstancias, en las que el coaccionado cree por las situaciones de hecho que se encuentra en peligro su vida, integridad o la de otros y debe actuar para salvaguardar esos derechos. El estado de necesidad es cuando el sujeto se encuentra en una situación en la que deba actuar inevitablemente y tiene que elegir entre dos males, eligiendo el que cause menos daño. Es decir, que en el estado de necesidad la causa para actuar no solo puede provenir de la coacción, sino de otras razones y además debe elegirse la conducta menos dañosa.[573] En la eximente del artículo 31 (1) (d) del ER, se crea un nuevo concepto, integrado, en el que el estado de necesidad debe ser por coacción realizada por personas o proveniente de las circunstancias, que obliga al sujeto a cometer un crimen internacional, compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar la amenaza.

La amenaza debe ser de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona y no debe haber tenido la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar.

[572] CASSESE, ANTONIO. Op. Cit. Págs.259 y sigs. ; TRIFFTERER, OTTO. Op. Cit. Págs. 878 y sigs.

[573] TRIFFTERER, OTTO. Op. Cit. Págs. 883 y sigs.

Entonces, la amenaza de otras personas y de las circunstancias debe ser real, no supuesta por el sujeto. La amenaza de las circunstancias es en realidad un peligro o riesgo. El daño causado por el delito cometido por el coaccionado, puede ser mayor que el que salvaguardó el sujeto, pero no debió tener la intención de causar ese perjuicio para evitar un perjuicio de menor entidad.

En el número 3 del artículo 31 se establece que en el juicio, la Corte podrá tener en cuenta una circunstancia eximente de responsabilidad penal distinta de las indicadas en el párrafo 1, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el artículo 21. El procedimiento para el examen de una eximente de este tipo se establecerá en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

Esta disposición permite agregar otras causas para excluir la responsabilidad, que no se mencionaron expresamente, pero tales eximentes conforme el artículo 21, deben proceder, en primer lugar, del ER, de los Elementos de los Crímenes y de las Reglas de Procedimiento y Evidencia; en segundo lugar, de los tratados, principios y reglas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados. Ante la ausencia de regulaciones de las anteriores fuentes, se acudirá al derecho interno de los estados que normalmente ejercerían jurisdicción en el caso, para admitir otras eximentes de responsabilidad, siempre que esos principios domésticos no sean contrarios a lo dispuesto en el ER y con las normas y estándares reconocidos del derecho internacional.

Además, la Corte puede aplicar los principios y reglas de derecho que haya interpretado en anteriores decisiones y todas las causas deben cumplir con los estándares de los derechos humanos.

Precisamente otras eximentes se encuentran en el propio ER. En el artículo 32 se trata del error de hecho y el error de derecho. En el artículo 33 se regulan las órdenes superiores. Otros casos que podrían tener aplicabilidad en los juicios de la CPI, que no han sido regulados expresamente en el ER, son el conflicto de deberes, el miedo insuperable y el exceso en las causas de justificación. Tales eximentes podrían admitirse en algunos casos, cuando los hechos permitan una aplicación razonable de las mismas.

Cuestiones procesales, pero que tienen efectos semejantes a las defensas o eximentes, son los obstáculos procedimentales que a pesar de cumplirse todos los elementos del crimen, impiden imponer castigo a los responsables, por concurrir algún obstáculo para su persecución. Estos obstáculos sólo afectan la viabilidad de la persecución penal, se trata de presupuestos procesales y elementos del procedimiento. En el Estatuto de la CPI encontramos regulaciones sobre la prohibición de doble sanción (*ne bis in idem,* art. 20.1), la minoría de edad penal del autor (art. 26), la inmunidad del autor (art. 27.2) y la prescripción (art. 29).[574]

Particularmente con respecto a las inmunidades oficiales, se reconoce de modo general por el derecho internacional el principio de inmunidad aplicable al Estado y a los actos cometidos por los altos funcionarios de un Estado, como son el Jefe de Estado, los miembros del servicio diplomático y consular, los Ministros de Relaciones Exteriores y ministros viajando en misiones oficiales al exterior, así como a otros funcionarios o agentes, como los oficiales de Naciones Unidas, representantes de organismos internacionales y fuerzas militares extranjeras. Se ha venido separando el tratamiento del principio de inmunidad para cada caso y particularmente tratándose de crímenes graves de trascendencia internacional, el referido principio se ha rechazado en los tribunales internacionales, no pudiendo utilizarse para obtener impunidad de los sujetos para estos casos.[575]

El tema de las inmunidades oficiales, tiene un carácter que excede su dimensión procesal, pues si bien aquellas no impiden el juzgamiento de los responsables en sus tribunales nacionales, en la gran mayoría de casos, el uso de la inmunidad por las autoridades de un país para defender a sus agentes o a los de otro Estado ante la acción procesal de un tercer Estado, revela la falta de voluntad o ausencia de estándares de justicia para cumplir con las obligaciones internacionales; pues internamente no se procede a investigar ni a sancionar al responsable por la justicia nacional. Por lo que el principio de inmunidad se puede convertir, en la práctica, en una causa de impunidad o exclusión de responsabilidad.

[574] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.304.

[575] REYES MILK , MICHELLE E., «El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional», en *Agenda Internacional*, Año XV, N° 26, 2008, pp. 69-106. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302372.pdf (Último acceso a las 19:30 del 07.04.2023)

Las inmunidades, en sentido amplio, derivan del derecho internacional consuetudinario, la jurisprudencia[576] y de algunas normas convencionales, tales como, la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, Convenio de Bruselas sobre Inmunidad de los Buques de Propiedad Estatal (1926) y su Protocolo Adicional de 1934, Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas de 1973, la Convención Europea sobre Inmunidad Estatal, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, referidas a la inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares, respectivamente; Convención sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua (Ginebra, 1958), arts. 8.1, 9 y 22.2, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (arts. 32, 95 y 96), sobre la inmunidad de los buques de guerra y de los buques pertenecientes a un Estado o explotados por él y utilizados para un servicio oficial no comercial, la Carta de la ONU, que en el artículo 105.1 establece las inmunidades de algunos funcionarios de la ONU, y; el Estatuto de Roma, que en el artículo 48, concede inmunidades a los magistrados, fiscal, fiscales adjuntos y secretarios de la Corte Penal Internacional.[577]

En el caso de los jefes de Estado, la Convención sobre las Misiones Especiales del 8 de diciembre de 1969, regula en el artículo 21 la inmunidad de los jefes de Estado que participan en misiones especiales. Adicionalmente, el derecho internacional consuetudinario ha reconocido el principio de inmunidad para los jefes de Estado en forma más amplia, fundamentado en el tradicional principio de soberanía, incluso favoreciendo a ex jefes de Estado. Sin embargo, la jurisprudencia y otras normas convencionales internacionales han limitado la aplicación del principio cuando se trata de

[576] ICJ, United States Of America V. Iran, Concerning United States Diplomate And Consular Staff In Teheran, Judgment, 24.05.1980; ICJ, Democratic Republic Of The Congo V. Uganda, Concerning Armed Activities On The Territory Of The Congo, Judgment, 19.12.2005; CS, The Schooner Exchange V. Mcfaddon & Others, 11 U.S. 116, 7 Cranch 116, 3 L.Ed. 287, 24.02.1812. Véase también, la pág.260, del Cuarto Informe sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, por Sompong Sucharitkul, Relator Especial, de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en el que cita diferentes sentencias sobre la inmunidad, entre ellas, la de la Cour de Cassation francesa en el asunto Gobierno español c. Cassaux (1849): https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_357.pdf (Último acceso a las 00:44 del 09.04.2023)

[577] REYES MILK , MICHELLE E. Op. Cit.

un obstáculo para los fines de la justicia, la paz y la observancia de los derechos humanos y el derecho humanitario, en casos de crímenes graves tipificados por el DPI. Así, rechazan la inmunidad el artículo 27 del Estatuto de Roma, el artículo 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, el artículo 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el artículo 6.2 Estatuto de Tribunal Penal Internacional para Ruanda y el artículo IV de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que establece la inexistencia de exclusiones para la sanción de los gobernantes y funcionarios.[578]

Con respecto a los tribunales nacionales y la obligación de reconocer las inmunidades de los sospechosos de cometer delitos graves de trascendencia internacional, se ha planteado tradicionalmente,[579] que la inmunidad de los jefes de Estado o representantes del mismo, debe ser observada por las cortes domésticas, dado que un Estado es un igual en el tratamiento internacional con otros Estados que no tiene *imperium* sobre otro. Así se consideró en el caso Pinochet[580] por la Cámara de los Lores y en el caso del Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Congo (caso Yerodia) que conoció la CIJ.[581]

Sin embargo, tal postura sobre el reconocimiento de la inmunidad de cargos oficiales en tribunales nacionales, ya no son coherentes con las actuales obligaciones internacionales de los Estados, con respecto al ejercicio de las obligaciones internacionales a las que nos hemos referido en otro capítulo. Esas obligaciones de respetar, proteger y promover los derechos humanos y el derecho humanitario, que incluye extraditar o investigar, enjuiciar,

---

[578] Idem.

[579] REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Págs.1206 y sigs., y 1469 y sigs.

[580] Tres sentencias: *Reg. vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p. Pinochet Ugarte, dictada* el 25 de noviembre de 1998; *Reg vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p. Pinochet Ugarte, expedida* el 15 de enero de 1999, en la que se declaró la nulidad de la primera sentencia, y ; *Reg vs. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex p. Pinochet Ugarte, emitida* el 23 de marzo de 1999. Ver: https://www.elmundo.es/internacional/chile/pinochet/lores1-e.html (Último acceso a las 18:25 del 08.04.2023); http://www.uniset.ca/other/cs5/2000AC147.html (Último acceso a las 18:26 del 08.04.2023); https://www.archivochile.com/Dictadura_militar/pinochet/juicios/DMjuiciopino80027.pdf (Último acceso a las 18:27 del 08.04.2023)

[581] ICJ, Democratic Republic Of The Congo V. Belgium, Case Concerning The Arrest Warrant Of 11 April 2000, Judgment, 14.02.2002. Ver: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-00-EN.pdf (Último acceso a las 19:00 del 08.04.2023)

sancionar, reparar, etc., implican que el Estado no actúa en ejercicio de su propia soberanía, sino en nombre de los Estados en su conjunto, asumiendo una soberanía internacional cuando se trata de crímenes graves del DPI. Consecuentemente tales inmunidades no deben ser reconocidas en casos en que, cumpliéndose los estándares internacionales de justicia, los tribunales domésticos de un Estado actúan en contra de un sospechoso ciudadano de otro Estado e imputado de haber realizado o participado en delitos de genocidio, *lesa* humanidad, crímenes de guerra y delitos de agresión.

En cuanto a los autores y accesorios, el artículo 25 del ER, describe los sujetos activos del delito en sus conductas, sin conceptualizarlos de forma distintiva, ni establece categorías de responsabilidad que permita establecer jerarquías y consecuencias penales predefinidas. Con lo cual, ha sido la jurisprudencia la que ha desarrollado los conceptos.

2.2 Tribunales *ad hoc*

A diferencia del ER en los Estatutos de los tribunales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, no hay referencia expresa a los principios ni a los elementos materiales del delito y el *mens rea*. Tampoco hay mención de las exclusiones de responsabilidad o defensas. Hay solo una mención aislada del cumplimiento de órdenes superiores como causa de mitigación o atenuación de la pena, en los Art.7 (4) del Estatuto del TPIY y Art.6 (4) del Estatuto del TPIR. Sobre lo que hay mención expresa es en cuanto a los grados o formas de intervención en los delitos, pero la estructura del crimen se ha construido por la jurisprudencia y por la doctrina de los expositores del derecho.

Precisamente, en el TPIY se ha reconocido el principio de culpabilidad individual, según el cual ninguna persona puede ser responsabilizada por hechos ajenos en los que no se haya involucrado.[582]

Se ha dicho al respecto, que el artículo 7 del ETPIY tiene la clara intención de asignar la responsabilidad penal individual en diferentes niveles, tanto para subordinados como

[582] TPIY, Prosecutor v. Tadic, AC, No.IT-94-1-A, 15.07.1999. Párr.186.

superiores, por la comisión de los delitos enumerados en los artículos 2 a 5 del Estatuto. El artículo 7 es el fundamento del principio de que un individuo es responsable de sus actos y omisiones, en forma individual o conjunta e incluso por sus omisiones por los delitos de sus subordinados cuando se encuentran obligados a actuar. [583]

Otro principio extraído jurisprudencialmente es el principio de legalidad o *nullum crimen sine lege*, aplicando el artículo 15 del PIDCP, el cual se resume diciendo que una persona sólo puede ser declarada culpable de un delito con respecto a actos que constituían una violación de la ley en el momento de su comisión.[584]

En la jurisprudencia del TPIY, también se ha citado la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la cual este tribunal interpretó el concepto "ley" del artículo 7(1) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en el sentido de que dicho concepto incluye tanto la ley escrita como la no escrita e "implica requisitos cualitativos, en particular los de accesibilidad y previsibilidad" [585]

Hay otros principios también admitidos en diferentes casos, como el de *in dubio pro reo* [586]y los que han sido expresados en el ETPIY para el proceso, por ejemplo, el de *ne bis in idem*, determinado en el artículo 10, el principio de audiencia y defensa del art. 21, así como el principio de inocencia mencionado en el mismo artículo.

No existe un marco conceptual o estructura de la conducta delictiva expresamente definida en el ETPIY. Por vía jurisprudencial se ha reconocido en el TPIY, la necesidad de la existencia *actus reus* y *mens rea*. [587] En la jurisprudencia del TPIY, para referirse a la estructura del crimen internacional suelen utilizar diversos conceptos, tales como *actus*

[583] TPIY, Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, TC, No. IT-95-14/2-T, 26.02.2001. Párr.364.

[584] TPIY, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, AC, No. IT-95-14/1-A, 24.03. 2000. Párr. 126; TPIY, Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al, TC II, No. IT-01-47-PT, 12.11.2002.

[585] TPIY, Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al., TC II, No. IT-01-47-PT, 12.11.2002; ECTHR, S.W. v. UK (1995). Párrs. 35 y 36.

[586] TPIY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, TC, No. IT-98-34-T, 31.03.2003. Párr.412 cita 1000.

[587] TPIY, Prosecutor v. Mucic y otros, TC, No. IT-96-21-T, 16.11.1998. Párrs.424- 425.

reus y *mens rea*, elementos materiales y elemento mental o elementos objetivos y subjetivos.

Igualmente, las exclusiones de responsabilidad o defensas no han sido expresamente mencionadas en el ETPIY, a excepción del caso de la actuación bajo órdenes superiores, como causa de mitigación de la pena del Art.7.4; pero las exclusiones de responsabilidad son admitidas por extraerse de los Principios Generales del DPI y del derecho penal doméstico. En la práctica, las defensas han sido reconocidas a los acusados con poco éxito, si observamos los casos del TPIY.[588] Incluso la coartada -*alibi*- consistente en que el acusado se encontraba en otro lugar al momento del delito, ha sido admitida como tal, aunque no haya surtido efectos en favor del imputado en el caso que en fue alegada.[589]

La jurisprudencia, las normativas de otros tribunales internacionales penales como Nuremberg, Tokio y la CPI, así como la doctrina de los expositores del derecho, han proveído a los tribunales *ad hoc* de concepciones sistematizadas de la estructura de los crímenes internacionales.

Los autores coinciden en la existencia de una parte objetiva o *actus reus*, las parte subjetiva o mental -*mens rea*- y la exclusión de responsabilidades o defensas, aunque la forma de exponerlas sea bajo el enforque de cada sistema de derecho.

Así se ha expresado por Werle[590], que la estructura del delito consiste de tres niveles: En el primero aparecen los elementos materiales, en el que se encuentran la conducta, consecuencias y circunstancias. Si se trata de una actuación conjunta, se requerirán de

[588] TPIY, Dario Kordic and Mario Cerkez, TC, No. IT-95-14/2-T, 26.02.2001 (*Self defence*); TPIY, Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prcac, No. IT-98-30/1-T, TC, 02.11.2001. Párr. 706. (Intoxication), TPIY, Prosecutor v. Delalić et al., No. IT-96-21-T, TC, 16.11.1998, TPIY, Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as "Pavo",Hazim Delic, Esad Landzo also known as "Zenga, , Order On Esad Landzo's Submission Regarding Diminished Or Lack Of Mental Capacity, TC,18.06.1998 (*Insanity* y Capacidad o responsabilidad disminuída), TPIY, Prosecutor v. Erdemović, No. IT-96-22-A, AC, 07.10.1997 (*Duress*), TPIY, Prosecutor v. Aleksovski, No. IT-95-14/1-A, AC, 24.03.2000 (Necessity), TPIY, Prosecutor v. Kordić and Čerkez, No. IT-95-14/2-T, TC, 26.02.2001 (*Mistake of fact* y *Mistake of law*).

[589] TPIY, Prosecutor v. Limaj et al., No.IT-03-66-T, TC, 30.11.2005. Párr. 11.

[590] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.304.

elementos adicionales. El segundo nivel corresponde a los elementos mentales o subjetivos, que incluyen el conocimiento de la antijuricidad y el dolo. Se deben agregar además elementos subjetivos de participación. El tercer nivel trata de las circunstancias eximentes de responsabilidad. Algunos autores agregan un cuarto nivel, correspondiente a los presupuestos de persecución penal; sin embargo, se trata de causas propias del proceso penal y por lo tanto no pueden ser parte de una estructura sustantiva del crimen.

La estructura tiene sentido práctico, pues tras el examen de los tres niveles, se determina si una acción da lugar a responsabilidad penal. Separado de la parte sustantiva, deben considerarse casos en los cuales, a pesar de los indicios o prueba de responsabilidad del imputado, la pena o la continuación del proceso no es posible por la existencia de algún obstáculo de persecución.[591] Será discutible en qué casos, tales impedimentos procesales, son un obstáculo para la investigación y derechos de las víctimas a la verdad; lo cual supondría agotar el proceso hasta determinar judicialmente los hechos y luego aplicar los impedimentos, tales como prescripción y minoría de edad.

En cuanto a la conducta, como elemento del *actus reus*, siempre se discute si los delitos se pueden realizar mediante acción u omisión. Esto procede del enfoque naturalista que requiere que la conducta se realice a través de un movimiento que modifique el mundo exterior y dado que las omisiones no originan resultados, se ha negado su procedencia como acción. En realidad la omisión puede suponer también movimiento, pero en sentido distinto al deber. Por ejemplo, retirar camiones con alimentos para no darle de comer a soldados enemigos capturados y matarlos de hambre. Lo que define a la omisión es la infracción al deber. Otros parten de la idea de que la omisión es un concepto normativo y que todas las cosas no pueden ser consideras empíricas, sin metas y valores, por eso la omisión debe ser considerada jurídicamente, como conducta que produce consecuencias.[592]

[591] Idem.

[592] AMBOS, KAI- DUFF, ANTONY- ROBERTS, JULIAN- WEIGEND, THOMAS & HEINZE, ALEXANDER (Eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Pág. 257.

La jurisprudencia del TPIY ha reconocido la omisión como forma de actuación en diversos casos.[593]

Si bien los autores del DPI sostienen los elementos del *actus reus* descritos en el ER, es decir, conducta, circunstancias, consecuencias y circunstancias de contexto; en la práctica del ICTY directamente se definen los elementos materiales de cada delito, sin determinar cuál es la conducta, la circunstancia o la consecuencia.

Sobre el segundo nivel, en donde se tratan los elementos mentales o subjetivos del hecho, se examinarán en otro capítulo.

Con relación a las defensas que se ubican en el tercer nivel, con ellas se determina si se dan circunstancias que excluyan la responsabilidad penal individual.

Dado que no existen categorías equivalentes de la antijuricidad y culpabilidad propias de la estructura del delito en el derecho continental europeo, las eximentes se distribuyen en tres grupos: exención por razón; eximentes de error y cumplimiento de órdenes, y; eximentes generales, provenientes de cualquier fuente del derecho.[594]

Se admiten en el TPIY la legítima defensa, la coacción, la necesidad, enfermedad mental, capacidad disminuida, intoxicación, error de hecho y de derecho, cumplimiento de órdenes y otras. Estas dos últimas son las eximentes de error y las primeras eximentes generales. Tratándose de delitos tan graves, como son los crímenes del DPI, el reconocimiento de las defensas a los imputados se vuelve más exigente.

Sobre la competencia del TPIY para juzgar menores, no se hizo ninguna referencia en su estatuto. Así también ocurre en el ETPIR.

---

[593] TPIY, Decision on Radov and Karadzic's Motions Challenging Jurisdiction (Omission Liability,Jce-Iii - Special Intent Crimes, Superior Responsibility), AC, No. IT-95-5118-AR72.1, IT-95-5118-AR72.2, IT-95-5118-AR72.3, 25.06.2009; TPIY, Prosecutor v. Milan Milutinovic, AC, No. IT-05-87-T, 14.06.2007.Párr.18; TPIY, Celebici Case, Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic, Landzo TC, No.T-96-21-T, 16.11.1998. Párr. 543.

[594] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.306.

El TPIY también ha sostenido, en general, que las defensas deben ser alegadas por el acusado durante la instrucción y no pueden ser conocidas por las cámaras de apelación, si no introducidas antes en esa oportunidad procesal, según los establecido en el Art.65 ter y 67 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Internacional.[595] La razón de ello se ha justificado en la necesidad de proporcionar oportunidad a la acusación para examinar medios probatorios, proponer prueba y tener tiempo para analizar y discutir la alegación, lo que no puede hacerse en un tribunal de apelación.

También la carga de la prueba al alegarse defensas, generalmente corresponde a la acusación, pero existen casos excepcionales como el de enfermedad mental -*insanity*- en el que el imputado deberá probar su existencia, aunque con un nivel de convencimiento probable y no necesariamente cierto, lo que se traduce en que será suficiente que provoque una duda razonable. Esto es porque los tribunales parten de la existencia de una presunción de cordura.[596]

Las eximentes pueden proceder de cualquier fuente del derecho internacional reconocida, tales como el ETPIY, la costumbre internacional, tratados internacionales, jurisprudencia internacional, informes de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de los tribunales regionales de derechos humanos, estatutos de otros tribunales del DPI, Elementos de los Crímenes de la CPI y derecho interno de los Estados, aplicable al caso y compatible con el DPI.[597]

La inmunidad derivada del cargo oficial no es considerada eximente de responsabilidad. El artículo 7.2 del ETPIY, se establece que el cargo oficial que desempeñe el inculpado, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena. En el mismo sentido se prescribe en el art. 6.2 del ETPIR, sobre la inmunidad.

[595] TPIY, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, AC, No. IT-95-14/1-A, 24.03. 2000. Párr. 51.

[596] TPIY, Prosecutor v. Delalić et al., TC, No. IT-96-21-T, 16.11.1998. Párrs. 602-603; TPIY, Prosecutor v. Slobodan Milosevic, AC, Decision on The Prosecution's Interlocutory Appeal against the Trial Chamber's 10 April 2003, Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, No. IT-02-54-AR73.5, 28.10.20003.

[597] OLLÉ SESÉ, M. Op. Cit. Págs. 147 y sigs.

El cumplimiento de órdenes, conforme el artículo 7.4 del ETPIY y 6.4 ETPIR, no es una eximente completa y solo puede ser admitida como una causa de mitigación de la pena. Así, el inculpado que haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un superior, no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad. [598]

Si bien, en el ETPIY no se hizo mención de la legítima defensa, en la jurisprudencia se ha admitido la misma como motivo de exclusión de la responsabilidad, cuando una persona que actúa para defenderse o protegerse a sí misma o a su propiedad o a otra persona o a la propiedad de esta contra un ataque, siempre que los actos constituyan un medio razonable, necesario y una reacción proporcionada al ataque. El TPIY ha citado el artículo 31 1 (c) del ER, considerando que recoge las disposiciones que se encuentran en la mayoría de los códigos penales nacionales y puede considerarse que constituye una norma del derecho internacional consuetudinario. La aplicación o reconocimiento al acusado sobre esta eximente, debe evaluarse en función de sus propios hechos y de las circunstancias específicas relacionadas con cada cargo [599]

En cuanto a la coacción, la jurisprudencia admite la posibilidad de aplicarla, pero la estimó como una defensa incompleta en casos de soldados acusados de un crimen de *lesa humanidad* y/o un crimen de guerra que implique la muerte de seres humanos inocentes.[600]

Sobre los autores y partícipes, tanto el art. 7.1 ETPIY como el 6.1 ETPIR, establecen que la persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los

[598] El artículo 6 del Estatuto del TPIR, determina sobre la responsabilidad individual: "1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional para Rwanda determina que así lo exige la equidad.

[599] TPIY, Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, TC, No. IT-95-14/2-T26, 022001. Párr.448 y sigs.

[600] TPIY, Prosecutor v. Erdemović, AC, No. IT-96-22-A, 07.10.1997. Párr. 15.

crímenes del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2.3 Tribunales mixtos, internacionalizados o híbridos

Los tribunales especiales, mixtos, internacionalizados o híbridos tienen una existencia determinada en el tiempo para resolver crímenes específicos [601] y están conformados por elementos normativos e institucionales del derecho penal internacional y del derecho penal nacional[602]. Se trata de tribunales en los que organismos internacionales intervienen en la aplicación de justicia, aportando juzgadores, fiscales, normativa o una parte de ellos, pudiendo incluir, personal auxiliar, apoyo financiero, equipo, edificaciones, etc.[603], coexistiendo con una parte o de manera especial y parcial, con la institucionalidad y legislación de un Estado;[604] para resolver casos sucedidos en jurisdicciones nacionales que requieren un apoyo institucional extraordinario.

Se sostiene que los tribunales híbridos o internacionalizados combinan lo internacional y lo nacional como producto de la responsabilidad judicial compartida. Cuatro son los elementos que caracterizan a los tribunales híbridos: la proximidad a las víctimas, la

---

[601] Ver: https://www.endvawnow.org/es/articles/1671-mecanismos-internacionales-e-internacionalizados-.html (Último acceso a las 04:31 del 28.02.2023)

[602] MACEDO, STEPHEN (edit.), *Universal Jurisdiction : National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004. Pág.10.; ROTH-ARRIAZA, NAOMI y BERNADEU, ALMUDENA, «Many Roads to Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Conflict Guatemala», en ALMQVIST, JESSICA y ESPÓSITO, CARLOS, (edits.), *The Role of Courts in Transitional Justice : Voices From Latin America and Spain*, Routledge- Edwards Brothers Inc., Lillington, 2012. Pág.186.

[603] BOAS, GIDEON, SCHABAS, WILLIAM y SCHARF, MICHAEL, *International Criminal Justice: Legitimacy and Coherence*, Northampton, MA, USA, 2012. Pág.293.

[604] SRIRAM, CHANDRA LEKHA- MARTÍN.ORTEGA, SANDRA y HERMAN, JOHANNA, *War Conflict and Human Rights : Theory and Practice*, third edition, Routledge, London, 2009. Págs.218-219.

combinación del derecho nacional y el internacional, la participación o fusión del personal judicial internacional con el nacional y la creación de capacidad nacional.[605]

Precisamente en la caracterización de los tribunales mixtos prevalece la promoción de los procesos de construcción de la paz y la formación de habilidades para las jurisdicciones nacionales en materia de DPI, sin desconocer el interés de aplicar la ley internacional en beneficio de la comunidad internacional. Por el contrario, en los tribunales internacionales prevalece el interés de aplicar las normas del DPI, pero no reconciliar comunidades ni construir capacidades en los sistemas nacionales. En los tribunales nacionales prevalece la idea de reprimir el delito en favor del Estado particular.[606]

Los aparatos institucionales y la ley aplicable a los referidos tribunales, son una mezcla entre lo doméstico e internacional, pudiendo presentar dos versiones: tribunales que son parte del órgano judicial del Estado o pueden tener un carácter internacional, no siendo parte del órgano judicial doméstico.[607] Los primeros son llamados en sentido estricto, tribunales híbridos y los segundos son los llamados internacionalizados.

La CPI y los tribunales *ad hoc* se diferencian de los híbridos, porque en aquellos tanto su normativa como sus institucionales son de carácter internacional. No obstante, debe reconocerse que la naturaleza universal de los tribunales internacionales, no impide que en ciertos casos se aplique excepcionalmente la legislación nacional de uno u otros Estados o que algunos Estados en particular apoyen institucionalmente a los tribunales internacionales. Así de conformidad al art. 21 del ER, cuando no existe regulación expresa, se admite cubrir las lagunas de derecho mediante la normativa de derecho penal interno de los Estados. También cuando un Estado proporciona la sede física para instalar

---

[605] JIMÉNEZ, EZEQUIEL, «Hybrid Tribunals as Capacity Building: ¿Narrowing The Impunity Gap?», en *Revista En Letra*, publicación del Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, número 4, Tomo II, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM; Págs.67 y sigs. Ver: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/en-letra/article/view/31226/28193 (Último acceso a las 07:27 del 17.02.2023)

[606] CIMIOTTA, EMANUELE, *I Tribunali Penali Misti*, CEDAM, Milán, 2009. Págs.37-38.

[607] WILLIAMS, SARAH, *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Jurisdictional Issues*, Doctoral Thesis Durham University , 2009, Pág.31, citando a Dickinson, L., The Promise of Hybrid Courts, 97 AJIL 2003, Pág. 295, y Cassese, A., International Criminal Law, OUP. Pág. 343.

el tribunal internacional o realiza colaboraciones para la captura, extradición o ejecución de la pena solicitada por tribunales internacionales.

No obstante que se admite un concepto amplio, en sentido general, para entender que los tribunales híbrido, mixto o internacionalizado corresponden a una sola categoría, se plantea por algunos autores, en sentido estricto, que el tribunal híbrido o mixto se diferencia del internacionalizado, en que este presenta una personalidad internacional independiente, sin depender funcionalmente de un sistema nacional determinado. Los primeros se integran en un sistema nacional, mientras los segundos tienen un carácter autónomo. [608]

Entre los motivos alegados en favor de la creación de estos tribunales están: la cercanía con el Estado promoviendo la apropiación local, la soberanía, participación de las víctimas y los menores costos de operación con respecto a los grandes tribunales internacionales.[609]

Se pueden considerar tribunales mixtos los siguientes: Tribunal Especial para Sierra Leona, las Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya o Cámaras Especiales en las Cortes de Camboya, los Paneles Especiales para Crímenes Graves, Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Leste o Tribunal para Timor Este, Tribunal Especial para el Líbano, las Salas Africanas Extraordinarias y el Tribunal Especial para Kosovo.

El TEL ha sido objeto de cuestionamientos en cuanto a su carácter de tribunal mixto, afirmando que los delitos perseguidos no tienen el carácter de crimen internacional. Esto atendiendo a la discusión que provoca la inclusión del terrorismo como crimen

---

[608] DIEZ RODRIGUEZ, ELENA, *El Principio de Justicia Universal contra la Impunidad de Crímenes Internacionales*, primera edición, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 218. Pág.74. Importantes autores también plantean otros argumentos para diferenciar los conceptos: LIÑÁN LAFUENTE, ALFREDO, «Los Tribunales Penales Híbridos e Internacionalizados», en GIL Y GIL, ALICIA y OTROS, *Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2019. Págs.115-116.

[609] CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON, DARRYL y WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 3th edition, Cambridge, 2014. Pág. 180.

internacional, dado que no tiene una tipificación precisa aceptada universalmente. No obstante, la intervención de Naciones Unidas en la creación de este tribunal formalmente atribuye un interés internacional para la persecución del crimen de terrorismo y se dan las demás características de los tribunales mixtos, en los que se crean aparatos institucionales y normativos que son una mezcla entre lo doméstico e internacional.

Con respecto a las Salas Africanas Extraordinarias, podría pensarse que tienen la prevalencia de un carácter doméstico de las mismas y no se evidencian sus elementos internacionales, pues se aplica la ley interna de Senegal y se trata de jueces senegaleses; sin embargo, la intervención de organismos internacionales y regionales, como Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia y la Unión Africana, son elementos a considerar, así como el carácter internacional de los tribunales por el acuerdo regional y la aplicación conjunta de derecho internacional y nacional en el trabajo de los tribunales. [610]

Con una débil sustentación sobre su pretendido carácter de tribunal mixto o internacionalizado, se mencionan también la Sala para los Crímenes de Guerra en Bosnia Herzegovina y el Alto Tribunal Penal Iraquí. El primero fue una decisión nacional de Bosnia y Herzegovina, a consecuencia de un pedido de apoyo por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que mediante las resoluciones 1503 del 4 de septiembre de 2003[611] y 1534 del veintiséis de marzo de 2004[612], recordó y reafirmó a los tribunales nacionales de los países creados tras los Acuerdos de Dayton, la importancia de los tribunales nacionales para el imperio de la ley y para la aplicación de las estrategias de conclusión del TPIY, a efectos de transferir a las jurisdicciones nacionales el enjuiciamiento de

[610] HØGESTØL, SOPHIE A.E., «The Habré Judgment at the Extraordinary African Chambers: A Singular Victory in the Fight Against Impunity», en Nordic Journal of Human Rights, Vol. 34, asunto 3, 2016. Ver: http://dx.doi.org/10.1080/18918131.2016.1233374 (Último acceso a las 10:48 del 20.02.2023)

[611] Ver: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/487/77/PDF/N0348777.pdf?OpenElement (Último acceso a las 17:15 del 27.02.2023)

[612] Ver: https://www.refworld.org.es/country,,,,SRB,,4a2935f92,0.html (Último acceso a las 10:35 del 27.02.2023)

supuestos de inculpados de menor importancia y solicitó asistir al TPIY en su misión, así como fortalecer las institucionales nacionales.[613]

En cuanto al Alto Tribunal Penal Iraquí tuvo como precedente que el 10 de diciembre de 2003, el Consejo de Gobierno Iraquí designado por Estados Unidos aprobó un estatuto que establecía el Tribunal Especial Iraquí para Crímenes contra la Humanidad, firmando el estatuto como ley el Embajador de Estados Unidos, en nombre de la Autoridad Provisional de la Coalición. Fue en agosto de 2005, que el estatuto fue revocado por la Asamblea Nacional de Transición de Irak y fue reemplazado por un estatuto enmendado, la Ley del Alto Tribunal Penal Iraquí, que se firmó el 18 de octubre de 2005.[614] El Alto Tribunal Penal Iraquí fue una corte de justicia creada fundamentalmente para enjuiciar a Sadam Husein y a otros ciudadanos iraquíes o residentes iraquíes acusados de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra u otros crímenes graves. Aunque la génesis del ATPI tuvo lugar durante un período de ocupación, el tribunal fue creado por los iraquíes teniendo en cuenta las normas internacionales.[615] De ahí que se trataría bajo este argumento de un tribunal nacional y no de uno híbrido o internacionalizado.

Así también se ha discutido si la Cámara de Crímenes de Guerra de Serbia[616] y el Tribunal Especial Indonesio de Derechos Humanos para Timor Oriental son tribunales mixtos; pero en realidad prevalecen en ellos un acto unilateral de cada Estado, aunque pueda aplicar normas del DPI o incluso haber contratado jueces o personal extranjero.

---

[613] LIÑAN LA FUENTE, A. Op. Cit. 2019. Pág.137.

[614]Ver: https://hybridjustice.com/iraqi-high-tribunal/#:~:text=The%20Iraqi%20High%20Tribunal%20was,of%20the%20Ba'ath%20party (Último acceso a las 16:05 del 27.02.2016); NEWTON, MICHAEL A., «El Alto Tribunal Penal Iraquí: Controversias y Contribuciones», en *International Review of the Red Cross*, junio de 2006, N.º 862. https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/ricr_862_newton.pdf (Último acceso a las 16:15 del 27.02.2023)

[615] NEWTON, MICHAEL A. Op. Cit.

[616] BOAS, G., SCHABAS, W. y SCHARF, M.Op. Cit. Pág.293.

La creación de los tribunales híbridos, se puede realizar mediante los mecanismos reconocidos por el derecho internacional para la formación de los tratados[617], esto es, por decisión de un Estado acordada con un organismo internacional o por acuerdo bilateral o multilateral de los Estados, o derivado de un tratado internacional, mediante resoluciones o decisiones de organismos internacionales, como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General de Naciones Unidas. Tales decisiones o acuerdos deben tener un carácter obligatorio, así que las declaraciones que puede hacer un organismo internacional para instar a determinados Estados a crear tribunales o asumir acciones de justicia, no son instrumentos idóneos para tal fin. Por ejemplo, una decisión internacional del Consejo de Seguridad creó el tribunal del Líbano y su estatuto. Esta decisión tiene un carácter obligatorio derivado de la Carta de Naciones Unidas. Además, el estatuto reconoce la ley nacional de Líbano (Código Penal) como la ley aplicable y establece los tribunales, mezclando elementos nacionales e internacionales.

En los casos de Sierra Leona y Camboya se trató de un acuerdo entre cada Estado y Naciones Unidas. Particular situación ocurrió con el Tribunal para Timor Este, pues las primeras cortes dentro del distrito de Dili para juzgar los delitos graves como el genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinato, delitos sexuales y tortura, fueron creadas por la Administración Transicional de Naciones Unidas en Timor Este (UNTAET). Posteriormente el 6 de junio de 2000 se establecieron por la UNTAET los Paneles Especiales con jurisdicción exclusiva sobre los "delitos graves", dentro del Tribunal de Distrito de Dili y de la Corte de Apelación de Dili. La UNTAET fue creada por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, asumiendo la autoridad ejecutiva, legislativa y judicial de un Estado en nacimiento.[618] Se trataría, por lo tanto, de una creación indirecta del referido Consejo, a través de UNTAET.

Convertido Timor Este, en país independiente, el Consejo de Seguridad estableció UNMISET para proveer asistencia al país hasta que asumiera adecuadamente sus tareas,

---

[617] DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1993. Págs.124 y sigs.

[618] LIÑAN LA FUENTE, A. Op. Cit., 2019. Págs. 117, 118, 123, 124 y 128.

habiendo concluido su mandato en mayo de 2005.[619] A continuación y por breve tiempo, de mayo de 2005 a agosto de 2006, inició una nueva misión política, la Oficina de las Naciones Unidas en Timor-Leste (UNOTIL), para apoyar el desarrollo de instituciones estatales críticas y la policía y brindó capacitación en la observancia de la gobernabilidad democrática y derechos humanos.[620] El 25 de agosto de 2006, el Consejo de Seguridad, por resolución 1704, estableció la Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste (UNMIT), con el mandato de largo alcance de ayudar al país a superar una importante crisis surgida en abril/junio de 2006. [621]

Por lo tanto, en Timor Leste, se crearon tribunales cuando la región no tenía calidad de Estado y posteriormente cuando la región declaró su independencia y se convirtió en un país. En el primer caso la decisión fue totalmente internacional, cuando la ONU tenía el control total del territorio y las instituciones, y a partir de la independencia de Timor Leste, hubo una mezcla de expresiones de voluntad internacional y nacional. Además, la decisión del Consejo de Seguridad para que la UNMIT prestara apoyo a las investigaciones, fue un elemento más, para evidenciar el carácter mixto de la justicia de Timor Este con relación a los paneles para delitos graves.

Las Salas Africanas Extraordinarias nacieron por presión internacional después que sus tribunales nacionales se negaran a juzgar o extraditar al ex presidente de Chad, Hissene Habré, por crímenes graves cometidos en Chad. [622]

---

[619] Ver: https://peacekeeping.un.org/mission/past/unmiset/index.html (Último acceso a las 21:42 del 16.03.2023).

[620] Ver: https://peacekeeping.un.org/mission/past/unmit/background.shtml (Último acceso a las 21:50 del 16.03.2023). También para mayo de 2005, el Consejo de Seguridad, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1543 (2004), dio oficialmente por concluido el proceso para investigar y procesar a los responsables de delitos graves cometidos en 1999.

[621] Ver: https://peacekeeping.un.org/mission/past/unmit/background.shtml (Último acceso a las 21:58 del 16.03.2023). Esto incluía prestar asistencia a la Oficina del Fiscal General de Timor Leste, con el objeto de que se reanudaran las funciones de investigación de la antigua Dependencia de Delitos Graves, a fin de concluir las investigaciones de casos pendientes de violaciones graves de los Derechos humanos cometidas en 1999.

[622] Las presiones derivaron de la justicia belga, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura y la Corte Internacional de Justicia. Human Rights Watch intervino para pedir un pronunciamiento del Comité contra la Tortura de la ONU. Las víctimas llevaron el caso a la jurisdicción de Bélgica, que admite la persecución universal de los crímenes graves internacionales y un juez belga emitió una orden de arresto internacional

En virtud de ello, Senegal suscribió un acuerdo entre la Organización de la Unión Africana, organismo que reúne a la mayoría de países africanos y la República de Senegal para juzgar delitos de genocidio, *lesa* humanidad, crímenes de guerra y tortura cometidos en el territorio del Chad entre 1982 y 1990.[623]

Las Cámaras Especiales de Kosovo tienen como precedente remoto la Resolución de Naciones Unidas 1244 de 1999 en donde, entre otras cosas, se autoriza la presencia internacional con el apoyo de organizaciones internacionales competentes en Kosovo, a fin de que tuviera una administración provisional, bajo la cual gozara de autonomía sustancial en la República Federativa de Yugoslavia[624].

Así se creó la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo (MINUK).[625] A finales de 2008, Naciones Unidas retira el grueso de la Misión a favor de EULEX, (siglas en inglés de *European Union Rule of Law in Kosovo*).[626] Hasta ese

---

contra Habré en 2005. La justicia senegalesa denegó la jurisdicción de ese país y pidió la intervención de la Unión Africana, que tiempo después ordenó a Senegal que procesara y garantizara que Habré fuera juzgado, en nombre de África, por un tribunal senegalés competente. También el Comité contra la Tortura de la ONU, resolvió que Senegal había violado los artículos 5 y 7 de la Convención contra la Tortura, al negarse a procesar o extraditar al imputado. Senegal intentó cumplir con sus obligaciones, pero Habré llevó el caso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (ECOWAS), por violar el principio de irretroactividad de la ley penal. Este tribunal determinó que el juzgamiento de Habré por Senegal sería un caso de aplicación retroactiva de la ley; pero el imputado podía ser juzgado, por un tribunal ad hoc internacional. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) dictaminó que Senegal incumplió sus obligaciones en virtud de la Convención contra la Tortura, teniendo la obligación de enjuiciar o extraditar a Habré. Ver: https://peacekeeping.un.org/mission/past/unmit/background.shtml (Último acceso a las 22:10 del 16.03.2023).

[623] Idem.; CRAWFORD, EMILY, *International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Pág.26.

[624] Ver: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2003/04/guerras_olvidadas/res1244.pdf (Último acceso a las 11:44 del 01.03.2023)

[625] La que tuvo la tarea de crear un sistema judicial inexistente, en el que incluyeron jueces internacionales con la idea de una mayor independencia, para juzgar crímenes de genocidio y crímenes de guerra, que estaban tipificados en el Código Penal aplicable en esa época. Ver: LIÑAN LAFUENTE, A. Op. Cit. 2019. Pág.135.

[626]Esta comenzó a operar con plenitud en el mes de abril de 2009. El *Council Joint Action* del 4 de febrero de 2008 y los *Council Decisions* de junio de 2010 y junio de 2012, funcionan como base legal de EULEX; bajo el marco de la Resolución 1244 de Naciones Unidas. Ver:

momento el territorio de Kosovo no tenía calidad de Estado, sino que se trataba de un territorio que había sido insertado en la República Federativa de Yugoslavia y después retomado por Serbia, al que se pretendía fortalecer en su autonomía; pero en septiembre de 2012 los kosovares decretaron de forma unilateral su independencia. A partir de ese momento la presencia de EULEX se justifica por indicación directa del gobierno de Kosovo.[627]

A raíz de la publicación del informe del Relator del Consejo de Europa sobre los crímenes cometidos por el Ejército de Liberación de Kosovo, se consideró que las instituciones nacionales requerían un apoyo extraordinario. Por ello, mediante un acuerdo internacional alcanzado con intercambio de instrumentos entre la Unión Europea y el gobierno [628], se extendió la presencia de EULEX y se le facultó con base en el artículo 20 de la Constitución para nombrar jueces y fiscales, comprometiéndose el Estado kosovar a establecer tribunales separados y dedicados que podrían funcionar en un tercer Estado. Esos tribunales especializados se regirían por su propio estatuto y reglas de procedimiento, operadas por personal de EULEX e insertados en el sistema judicial kosovar. El gobierno se comprometió a hacer las enmiendas constitucionales y reformas legales necesarias. El referido acuerdo fue ratificado mediante la Ley No. 04/L-274, aprobada por la Asamblea kosovar el 23 de abril de 2014.[629]

Con base en lo anterior, las Cámaras Especiales y la Oficina del Fiscal Especial fueron creados mediante una reforma constitucional y se aprobó la ley No.05/L-053 que regula las funciones de tales tribunales y oficina. [630]

---

https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO60-2015_EULEX_LlaudesxSanchez.pdf (Último acceso a las 24:18 del 01.03.2023)

[627] Idem.

[628] Ver: https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/coe.pdf (Último acceso a las 23:36 del 28.02.2023)

[629] Ver: https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/04-l-274_a.pdf (Último acceso a las 23:25 del 28.02.2023)

[630] Ver: https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/amendment_of_the_constitution_-no_24.pdf (Último acceso a las 23:30 del 28.02.2023)

De ahí que la mezcla de instituciones y normas de carácter internacional y nacional, como veremos adelante, evidencian que se trata de un tribunal mixto. Si bien puede sostenerse, que cuando se produjo la creación de las Cámaras Especiales, ya se había cortado el vínculo internacional con Naciones Unidas, la participación de otros Estados y organizaciones como la UE, dotaban al nacimiento de dicho tribunal de elementos internacionales, así como el nombramiento de jueces internacionales por EULEX. En todo caso, la UE y EULEX nunca desconocieron el vínculo permanente de Naciones Unidas en el proceso de creación y funcionamiento del tribunal; pues se reconocía como parte de los compromisos asumidos para fortalecer la autonomía de Kosovo.

A continuación, se hace referencia a las cuestiones básicas y generalidades de la estructura del delito en consideración a la normativa y jurisprudencia de cada tribunal mixto.

El **Tribunal Especial para Sierra Leona** se considera el primer híbrido, siendo establecido por un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de conformidad con la resolución 1315 del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000. Se estableció como normativa principal el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona. [631] No existe ninguna referencia a los principios generales, particularmente al principio de culpabilidad, excepto la manifestación de responsabilidad personal del artículo 6.1 del Estatuto [632] y el principio de inocencia en el art.17.3. Sin embargo, se hace mención en su jurisprudencia al reconocimiento de los principios generales de derecho. Así se proclama el principio de legalidad *(nullun crimen sine lege*), sosteniendo que una condena penal solo puede basarse en una norma que existía al momento en que se cometieron los actos u omisiones, de los que se acusa al imputado. Se requiere la previsibilidad y accesibilidad a estas normas, pero conforme la naturaleza del DPI, que al tratarse derecho consuetudinario no siempre tiene normas escritas.[633]

---

[631] Consultar: https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/sc-sierra-leone.xml (Último acceso a las 15:39 del 13.04.2022)

[632] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, AC, 26.09.2013., No. SCSL-03-01-A. Párr.351

[633] Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, AC, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Parrs.888 y 891

Tanto el Estatuto de este tribunal como su jurisprudencia son muy coincidentes, con la normativa y jurisprudencia del TPIY. Asimismo, permanentemente se relacionan en sus sentencias no solo decisiones de este tribunal *ad hoc*, sino también del TPIR y de la CPI.

Sobre los crímenes, se decidió que tanto los derivados del derecho internacional como del derecho doméstico eran de competencia de este tribunal. El artículo 2 refiere la competencia sobre delitos de *lesa humanidad* y en los artículos 3 y 4 se faculta al tribunal para conocer sobre crímenes de guerra, derivados del derecho internacional humanitario[634]. El artículo 5 del referido Estatuto establece que el Tribunal Especial tendrá la facultad de enjuiciar a las personas que hayan cometido los delitos conforme a la legislación de Sierra Leona; delitos relacionados con el abuso de niñas bajo la Ley de Prevención de la Crueldad hacia los Niños y la Delitos relativos a la destrucción desenfrenada de propiedad en virtud de la Ley de Daños Maliciosos de 1861.

En el numeral 1 del artículo 6 del Estatuto se hace mención a la responsabilidad individual y sus formas.

Asimismo, en el numeral 2, se excluye de inmunidad o mitigación de la pena a los cargos oficiales involucrados en estos delitos, ya sea de alto nivel como jefe de Estado o de Gobierno, así como funcionarios responsables del gobierno.

Esta disposición es coherente con los principios del DPI, pues si bien se reconoce el principio de inmunidad de manera general para los jefes y demás agentes del Estado, así como representantes de organismos internacionales, se excluye su aplicación en tribunales internacionales, cuando estas personas son responsables de haber cometido delitos graves de trascendencia internacional. Esto a pesar de que hay una importante corriente jurisprudencial que sostiene la procedencia del principio de inmunidad, tratándose de tribunales nacionales que juzgan a agentes de Estados de otro país.

La responsabilidad del superior está tratada en el numeral 3 del mismo artículo 6 del Estatuto.

---

[634] CICR, *¿Qué es el derecho internacional humanitario?*, 2004. Ver: https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/dih.es.pdf (Último acceso a las 11:40 del 19.02.2023)

En el numeral 4 del artículo 6 se excluye, además, el cumplimiento de una orden de un gobierno o de un superior, como causa para eximir la responsabilidad penal; pero se admite considerarla como atenuante de la pena si el Tribunal Especial determina que la justicia así lo exige. Con ello también la regulación se hace coincidir con el ER.

Finalmente, en el numeral 5 del artículo 6, se expresa que los delitos a los que se refiere el artículo 5 se determinarán conforme a las leyes nacionales respectivas de Sierra Leona.

En el artículo 8 del Estatuto se prescribe que los sujetos que pueden ser responsabilizados por estos delitos deben ser aquellos que hayan cumplido 15 años; pero si se trata de persona que en el momento de la comisión del delito tenía entre 15 y 18 años de edad, debe aplicarse un régimen de juzgamiento respetando su dignidad y valor personal, teniendo en cuenta su edad y conveniencia de promover su rehabilitación y reinserción con un rol constructivo de la sociedad y de conformidad a los estándares internacionales de derechos humanos, particularmente los derechos del niño.[635]

En el mismo artículo se determina que le serán aplicables a los menores órdenes de supervisión y orientación de cuidado, órdenes de servicio comunitario, asesoramiento, cuidado de crianza, programas correccionales, educativos y de capacitación vocacional, escuelas aprobadas y programa de desarme, desmovilización y reintegración o programas de agencias de protección infantil. Esto significa que tanto en la aplicación de medidas cautelares o provisionales, así como en la imposición de la pena, se podrá recurrir a este tipo de medidas que podrían ser aplicadas conjunta o sustitutivamente como pena.

En marzo de 2003, el fiscal presentó la primera de 13 acusaciones contra los líderes del Frente Revolucionario Unido (RUF), el Consejo Revolucionario de las Fuerzas Armadas

[635] Son aplicables la Convención de los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los Menores, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

(AFRC) y las Fuerzas de Defensa Civil (CDF), y el entonces presidente de Liberia, Charles Taylor.[636]

En la estructura del delito que examinan las diferentes salas del TESL se distingue entre el *actus reus* (elementos objetivos, materiales o físicos) y el *mens rea* (elementos mentales), considerando su procedencia conforme el derecho internacional consuetudinario.[637]

Sobre la competencia de estos tribunales para juzgar menores, existen algunos casos en los cuales se hizo referencia expresa. El Tribunal Especial de Sierra Leona, de acuerdo a su estatuto tiene jurisdicción para juzgar a los niños mayores de quince años. [638]

Las **Cámaras Especiales en las Cortes de Camboya**, nacieron mediante acuerdo con la ONU. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 18 de diciembre de 2002, la resolución 57/228 por la que aprueba el proyecto de acuerdo entre la ONU y el gobierno de Camboya, para procesar los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática e insta al Secretario General para que reanude las negociaciones con las autoridades camboyanas, con el objeto de llegar a un acuerdo sobre la creación de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los acusados de los crímenes internacionales más graves, cometidos durante el periodo del Jemer Rojo entre 1975 y

---

[636] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Amended Indictment, No. SCSL-2003-01-I, 17.03.2006.

[637] Así en los casos: SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, AC, 26.09.2013., No. SCSL-03-01-A. Parrs.16, 352, 353, 362, 364, 368, 400, 401, 403 y 408; SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs.63, 69, 221, 668, 669, 685, 687, 689, 690, 695, 700, 733, 744, 747, 762, 763, 766, 770, 772, 773, 775, 776, 777, 877, 967, 973, 986, 996, 1009, 1017, 1023, 1033, 1035, 1037, 1045, 1048, 1060, 1105, 1114, 1126, 1130, 1141, 1159, 1165, 1169, 1183, 1185 y 1286; SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, TCI, Judgment, No. SCSL-04-15-T, 02.03.2009. Parrs. 114, 132, 139, 146, 147, 149, 159, 160, 176, 198, 249, 256, 268, 271, 273, 277, 278, 353, 392, 405, 409, 1285, 1290, 1295, 1577, 1706 y 2264; SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, AC, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párrs. 29, 65, 69, 70. 71. 82, 117, 203, 290, 395, 398, 401, 413, 421, 474 y 475.

[638] LEVEAU, FANNY, «Liability of Child Soldiers Under International Criminal Law», en *Osgoode Hall Review of Law and Policy*, York University of Canada, York, 2014. Pág.41 http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohrlp/vol4/iss1/2 (Último acceso 11:20 10.11.2022)

1979. El 17 de marzo de 2003 se publicó el acuerdo entre la ONU y el gobierno de Camboya."[639]

Se trata de tribunales nacionales que aplican leyes nacionales e internacionales y otros elementos internacionales. Las leyes sustantivas aplicables son el Código Penal de Camboya y los instrumentos internacionales que definen los crímenes. Fue hasta 2009 que comenzó el primer juicio, que terminó en condena para el primer acusado en julio de 2010.[640]

La LEECCC tipifica los crímenes competencia de las ECCC. En el artículo 3, el homicidio, la tortura y la persecución religiosa. En el artículo 4 el genocidio. En el artículo 5 se sancionan los crímenes contra la humanidad. Los crímenes de guerra están tipificados en los artículos 6 (graves violaciones a las Convenciones de Ginebra), 7 (destrucción de propiedad cultural) y 8 (crímenes contra personas internacionalmente protegidas).

Los crímenes contra la humanidad, son conceptualizados en el art. 5 de la LEECCC, como los actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil, por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos, tales como: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos.

El principio de legalidad, basándose en el artículo 11 (2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el apartado 1 del artículo 7 del CEDH, ha sido reconocido por las ECCC bajo una concepción del DPI, lo que abarca como ley el derecho consuetudinario, que no está necesariamente codificado, por lo cual los crímenes internacionales estarán comprendidos en la ley, siempre que se cumplan dos requisitos: la existencia de una base jurídica suficientemente clara, teniendo en cuenta al estado de derecho en el momento del presunto delito para fundamentar una condena y la definición del delito con suficiente

[639] Ver: https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/asa230032003es.pdf (Último acceso a las 13:19 del 27022023)

[640] Ver: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Camboya.pdf (Último acceso a las 13:10 del 27.02.2023)

accesibilidad y previsibilidad para que el sujeto pudiera haber conocido, en el momento de la conducta qué actos y omisiones lo harían penalmente responsable de tales delitos. La base legal clara, no impide la necesidad de emplear la interpretación judicial para dilucidar puntos dudosos o adaptar la ley a circunstancias cambiantes. En resumen, en aplicación de este principio, la ley relativa a los delitos y modos de responsabilidad penal deber ser clara, determinable y no retroactiva.[641]

Las ECCC han sostenido que dentro de esa valoración de previsibilidad del imputado, se debe tomar en cuenta, entre otros factores, la gravedad de los hechos, pues este elemento podría haber advertido al sujeto activo que tal conducta era punible.[642]

Sobre la accesibilidad, las ECCC consideraron que se debe valorar si la existencia de delitos y formas de responsabilidad en las leyes nacionales, tratados internacionales y derecho consuetudinario en el momento de la conducta delictiva, eran suficientemente accesibles,[643]

En la jurisprudencia de las ECCC se admite una estructura del delito configurada por elementos materiales y mentales, es decir, *actus reus* y *mens rea*. La conducta puede ser activa u omisiva. Esta última, siguiendo las decisiones de los tribunales *ad hoc*, ocurre cuando existe un deber legal de actuar.[644] Para el caso, el *actus reus* del asesinato por omisión consiste en omitir un deber legal, cuando ha contribuido sustancialmente a causar la muerte.[645]

[641] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs.20, 21, 28 y 29; ECCC, Prosecutor v. Khieu Samphân , SCC, No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, 23.12.2022. Párr.86.

[642] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.30.

[643] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.31.

[644] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs. 27 y 627.

[645] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.627.

Los llamados **Paneles Especiales para Crímenes Graves, Paneles Especiales de Dili para Timor Leste o Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Leste o Paneles Especiales para Timor Oriental**, fueron la culminación de un proceso iniciado con la administración transitoria de la ONU, pues el Consejo de Seguridad por medio de la Resolución 1272 (1999), creó la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental, cuya responsabilidad general era la de administrar el país, estando facultada para ejercer los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. [646]

Fue a partir de una decisión de la UNTAET, a través del Reglamento 2000/11, de 6 de marzo de 2000, que se reguló el funcionamiento y la organización de los Tribunales durante el período transitorio. El poder judicial de Timor Este o Timor Leste se compuso por tribunales de distrito y por un tribunal de apelación (Sección 4, Reglamento UNTAET 2000/11). Los primeros se separaron en ocho áreas geográficas (Art.7.1), dentro de ellas la de Dili, teniendo este Tribunal de Distrito de Dili, la competencia exclusiva sobre los delitos graves, tales como el genocidio, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, asesinato, delitos sexuales y tortura (Sección 10.1, Reglamento UNTAET 2000/11). [647]

Además, para tal objetivo, el mismo artículo establecía que se crearían paneles de expertos dentro del Tribunal de Distrito de Dili, sin que tales Paneles excluyeran la jurisdicción de un futuro Tribunal Internacional para Timor Oriental con competencia sobre dichos delitos.

Con posterioridad, la UNTAET emitió el Reglamento 2000/15, de 6 de junio de 2000, por la que se establecían los Paneles Especiales con jurisdicción exclusiva sobre los "delitos graves", dentro del Tribunal de Distrito de Dili y de la Corte de Apelación de Dili, compuestos tanto por jueces timorenses e internacionales nombrados de

---

[646] FRASCHINA, ANDREA VERÓNICA, *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*, Memoria de Investigación, No.21, en Fundación Cátedra Iberoamericana, Universidad de Baleares, Palma de Mallorca, 2008. Pág. 66. Ver: http://ibdigital.uib.es/greenstone/sites/localsite/collect/fundacioCatedraIberoamericana/index/assoc/andrea_v.dir/andrea_veronica.pdf (Último acceso a las 11:13 del 19.02.2023)

[647] FRASCHINA, A. V. Op. Cit. Págs. 66 y 67.

conformidad por el Reglamento 1999/3137 de la UNTAET. En relación con dichos crímenes, el Reglamento estableció que los Paneles Especiales podían solicitar la inhibitoria de cualquier otro Panel o Tribunal de Timor Oriental que tuviera un caso pendiente (Sección 1.4).[648]

Los Paneles Especiales fueron de composición mixta, con el objeto de garantizar la independencia, objetividad e imparcialidad en el proceso. Por ello, los Paneles Especiales del Tribunal de Distrito de Dili estaban compuestos por dos jueces internacionales y un juez nacional. Asimismo, los Paneles Especiales de la Corte de Apelación de Dili, estaban compuestos por dos jueces internacionales y uno nacional, salvo en caso de especial importancia o gravedad en los que se crearía un Grupo de 5 jueces, tres de los cuales serían internacionales y dos timorenses (Sección 22.1 y 22.1, Reglamento UNTAET 2000/15). [649]

Las leyes aplicables por los Paneles eran las siguientes: a) derecho timorés promulgado de acuerdo a la sección 2 y 3 del Reglamento 1999/1138 de la UNTAET y cualquier otro reglamento o directiva emitida con posterioridad por la UNTAET; y b) tratados y principios y normas de derecho internacional, incluidos los principios del derecho internacional de los conflictos armados ampliamente reconocidos (Sección 3.1, Reglamento UNTAET 2000/15).

Mediante la Resolución 1272 (1999), la UNTAET estableció la Dependencia de Delitos Graves, subordinada por ley a la Oficina del Fiscal General, constituyéndose como una

[648] LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, «La Tipificación del Crimen de Persecución en el Estatuto de Roma y su Primera Aplicación Jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 10-12 (2008). Ver: http://criminet.ugr.es/recpc (Último acceso a las 22:00 del 22.04.2023); CADENA AFANADOR, WALTER y DEVIA GARZÓN, CAMILO, «Timor-Leste o la Construcción de la Nación en un Estado Fallido», en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol.5 no.2 Bogotá July/Dec. 2010; La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Informe Timor-Leste, 1º de marzo de 2007. Ver: https://n9.cl/lom2j (Último acceso a las 21:16 del 22.04.2023); DURAND, FRÉDÉRIC, «Three Centuries of Violence and Struggle in East Timor (1726-2008)», en *Mass Violence & Resistance (MV&R)*, 14 October, 2011.Ver: https://n9.cl/qx9ru (Último acceso a las 21:28 del 22.04.2023)

[649] Idem.

unidad élite compuesta de investigadores de la Policía Internacional durante la Misión de Naciones Unidas en Timor Oriental, encargada de investigar los asesinatos en masa y traslados forzosos además de los asesinatos, secuestros, torturas y otros delitos contra la humanidad cometidos en Timor Leste entre el 1° de enero y el 25 de octubre de 1999, y promover los procesos judiciales relativos a dichos crímenes.[650]

Sin embargo, en mayo de 2005, el Consejo de Seguridad, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1543 (2004) declaró oficialmente concluido el proceso para investigar y procesar a los responsables de delitos graves cometidos en 1999, a pesar del reconocimiento general de que su trabajo no estaba completo. Además, el mandato de la misión sucesora de la UNTAET, la UNMISET, que comenzó su mandato el 20 de mayo de 2002 tampoco incluía la continuidad ni el apoyo del proceso relativo a los delitos graves.[651]

El 18 de febrero de 2005, el Secretario General de la ONU, constituye una Comisión de Expertos a fin de mantener informado al Consejo de Seguridad de los acontecimientos registrados en relación con el enjuiciamiento de los responsables de las violaciones graves de Derecho internacional humanitario y los derechos humanos en Timor Oriental en 1999. En su Resolución 1599 (2005)144, de 28 de abril de 2005, el Consejo de Seguridad reafirmó la necesidad de que se rindieran cuentas en forma verosímil de las transgresiones graves y esperó el informe de la Comisión de Expertos. El 15 de julio de 2005 la Comisión de Expertos presentó su informe final al Consejo de Seguridad, en que se analizaban el trabajo de la Dependencia de Delitos Graves y los Paneles Especiales sobre Delitos Graves en Dili y del Tribunal Especial Indonesio, de Derechos Humanos para Timor Oriental en Yakarta. [652]

La Comisión de Expertos realiza una serie de recomendaciones alternativas al Consejo de Seguridad, siendo la primera de ellas que el Consejo asegure la continuidad de la Dependencia de Delitos Graves y de los Paneles Especiales hasta que finalice la

[650] Ver: https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Factsheet-Timor-Oriental_0.pdf (Último acceso a las 19:19 del 23.03.2023)

[651] FRASCHINA, A. V. Op. Cit. Págs.68-69.

[652] Idem.

investigación, la acusación y el enjuiciamiento de los presuntos responsables de la comisión de delitos graves. En caso de no ponerse en práctica la recomendación anterior, la Comisión de Expertos recomienda que el Consejo de Seguridad apruebe una Resolución de conformidad con el Cap. VII de la Carta de la ONU, para crear un Tribunal penal internacional especial para Timor-Leste, situado en un tercer Estado. También recomendaba estudiar la posibilidad de utilizar la Corte Penal Internacional para realizar las investigaciones y entablar las acciones judiciales por los delitos graves cometidos en Timor Oriental.[653]

El Consejo de Seguridad, en su Resolución 1704 (2006), de 25 de agosto, decide establecer una misión de seguimiento denominada UNMIT (Misión Integrada de las Naciones Unidas en Timor-Leste), incluyendo en su mandato, punto 4, letra i) de la Resolución, el prestar asistencia a la Oficina del Fiscal General de Timor Leste, proporcionando un equipo de personal investigador experimentado, con el objeto de que se reanuden las funciones de investigación de la antigua Dependencia de Delitos Graves, a fin de concluir las investigaciones de casos irresueltos de violaciones graves de los Derechos humanos cometidas en el país en 1999, quedando pendientes las demás recomendaciones realizadas por la Comisión de Expertos.[654]

La principal normativa de la UNTAET, fue la Regulación número 2000/15 sobre el establecimiento de los Paneles con Exclusiva Jurisdicción sobre Crímenes Graves. En ella se incluyen importantes elementos del derecho penal sustantivo, muy coincidente con la normativa penal internacional de otros tribunales.

Se tipifican los delitos que serán considerados graves. En las secciones 4, 5, 6, 7, 8 y 9, se tratan, respectivamente, del genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, tortura, homicidio y ofensas sexuales.

Se establecen algunos principios de derecho penal, como el principio de legalidad, responsabilidad individual y prohibición de doble juzgamiento. En la sección 12 se trata

[653] Idem.

[654] FRASCHINA, A. V. Op. Cit. Pág. 70.

del primer principio, excluyendo la analogía y en la sección 13 se determina que las penas deben ser impuestas conforme la regulación comentada. Sobre la consideración del principio de legalidad, es importante expresar que en la sección 12 se le configura desde el punto de vista del DPI, pues nada de lo regulado por esta normativa afecta la tipificación de conductas conforme los principios y reglas del derecho internacional.

El principio de legalidad también estaba contenido en el artículo 1 del Código Penal Indonesio, que era ley vigente antes de la entrada en vigencia de las normativas de la UNTAET y que se entiende aplicable mientras cumpliera con los estándares internacionales de derechos humanos y no se aprobara la legislación de Timor Este.

En la Constitución de Timor Este se regula el principio de legalidad en la sección 31 (2) y (3). La jurisprudencia ha aplicado el principio de legalidad sosteniendo que las leyes que tipifican los delitos deben interpretarse estrictamente.[655]

El principio de la responsabilidad individual se expresa en la sección 14, en donde se desarrollan los modos de responsabilidad penal.

La estructura del delito ha sido adoptada bajo una consideración del DPI exigiendo una parte material y una parte mental. (Sección 18 de la Regulación 2000/15).[656] Al elemento material también se le designa como *actus reus* o elemento objetivo.[657]

El Código Penal Indonesio estuvo vigente hasta que el 8 de abril de 2009 se aprueba el Código Penal de Timor Oriental[658]. Este nuevo Código recoge la experiencia doctrinaria del DCE, sosteniendo los principios de legalidad, culpabilidad y humanidad. Se establece el doble requisito de estado mental y acto. Se expresan las conductas dolosas y culposas. La regla general es que todos los delitos tienen la configuración dolosa y bajo el sistema

[655] SPSC- DDC, Prosecutor v. Abilio Mendes Correia, Judgment, No. 19/2001, 29.03.2004. Pág.10.

[656] SPSC- DDC, Prosecutor v. Francisco Perreira, Judgment, No. 34/2003, 27.04.2005. Pág.21.

[657] SPSC- DDC, Prosecutor v. Francisco Perreira, Judgment, No. 34/2003, 27.04.2005. Pág.8; SPSC- DDC, Prosecutor v. Anastacio Martins and Domingos Goncalves, No. I I/200 I, 13.11. 2003. Pág.14.

[658] Ver: https://www.mj.gov.tl/jornal/files/Codigo_Penal.pdf (Último acceso a las 24:04 del 20.03.2023)

de *numerus clausus*, solo si se especifica, se admite la negligencia. El acto se puede cometer mediante acción u omisión.[659]

Los motivos de exclusión de responsabilidad se mencionan en la sección 19. Se reconocen como tales la enfermedad o defecto mental, intoxicación, legítima defensa y la coerción -*duress*-. Además, se admiten otros motivos que puedan ser derivados de las leyes aplicables. Las leyes aplicables se definen en la Sección 3, en la que se enlistan las siguientes: las secciones 2 y 3 de la Regulación No.1999/1 de la UNTAET, así como cualquier reglamento o directiva de la misma y los tratados, principios y normas reconocidas por el derecho internacional, incluidos los principios del derecho internacional de los conflictos armados. La sección 2 se refiere a la obligación de observar los estándares de derechos humanos. La sección 3 menciona como leyes aplicables, mientras no sean sustituidas, las leyes aplicadas en Timor Oriental antes del 25 de octubre de 1999, en la medida en que no entren en conflicto con los estándares de derechos humanos, el mandato otorgado a la UNTAET en virtud de la resolución 1272 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o cualquier normativa emitida por la UNTAET.

Conforme a ello es posible aplicar dentro de los motivos de exclusión los que trataba el Código Penal de Indonesia, que era ley anterior y que debe ser interpretada conforme los estándares de derechos humanos. Por ejemplo, el ejercicio de un derecho del artículo 50 de ese Código.

Como es considerado en el DPI, las órdenes superiores no son motivo de exclusión de la responsabilidad, de conformidad a la Sección 21, pero podrá considerarse como atenuante de la pena si un panel determina que la justicia así lo exige.

Además, considerando que la Constitución de Timor Leste en las secciones 9.1 y 9.2, prescribe que el sistema legal de Timor Oriental, adoptará los principios generales o consuetudinarios de derecho internacional y cualquier regla prevista en las convenciones,

[659] TIMOR-LESTE LEGAL EDUCATION PROJECT (TLLEP), *Introduction to the Laws of Timor-Leste. Criminal Law, Dili*. Pág.5. Ver: https://drive.google.com/file/d/1lQd6VYCJK1QwQUy-ivlFOMRfrUAAnpos/view (Último acceso a las 23:49 del 19.03.2023)

tratados y acuerdos internacionales, aplicándolos en el ordenamiento jurídico interno de Timor Oriental; se reconocieron procedentes para resolver casos las normativas y jurisprudencia de los tribunales internacionales.[660]

En la sección 15, siguiendo las normativas y jurisprudencia de otros tribunales penales internacionales, se determina la exclusión de inmunidades. La referida disposición expresa en primer lugar, que la capacidad oficial como Jefe de Estado o de Gobierno, un miembro de un gobierno o parlamento, un representante electo o un funcionario del gobierno en ningún caso eximirá a una persona de responsabilidad penal en virtud del presente reglamento, ni constituirá en sí mismo un motivo para la reducción de la pena. Adicionalmente la sección 15.2 prescribe que las inmunidades o normas procesales especiales que pueden atribuirse a la capacidad oficial de una persona, ya sea en virtud del derecho nacional o internacional, no impedirá que los paneles ejerzan su jurisdicción sobre tal persona. Se rechaza la posibilidad de que a una persona se le excluya de responsabilidad por el cargo oficial que ostenta y se decide que ninguna norma nacional o internacional será obstáculo para el juzgamiento de estos casos.

El **Tribunal Especial de Líbano** se establece por un acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa, derivado de la Resolución 1664 del Consejo de Seguridad del 29 de marzo de 2006, en respuesta a la solicitud del Gobierno del Líbano de instaurar un tribunal de carácter internacional, para juzgar a todos los que resulten responsables del crimen terrorista que mató al ex primer ministro libanés Rafik Hariri y a otros. Posteriormente, mediante la Resolución 1757 del 30 de mayo de 2007, el Consejo de Seguridad de la ONU decide actuar en conformidad al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, dados los obstáculos internos del Líbano para la creación inmediata del tribunal, esto es, tomar medidas sin uso de la fuerza de carácter obligatorio, ordenando que el acuerdo para el establecimiento del tribunal entrara en vigencia el 10 de junio de 2007, a menos que el gobierno del Líbano enviara notificación y que el TEL comenzara a funcionar en la fecha que determinara el Secretario General en consulta con el gobierno del Líbano, teniendo en cuenta el progreso del trabajo de la Comisión Internacional

[660] SPSC- DDC, Prosecutor v. Nahak, No. 09/2001, 11.12.2001. Parrs.20 y sigs.

Independiente de Investigación. Se agregan como anexos de esta resolución el acuerdo mencionado y el estatuto del TEL[661]

El TEL tiene jurisdicción sobre las personas responsables del ataque del 14 de febrero de 2005 que resultó en la muerte del ex primer ministro libanés Rafik Hariri y en la muerte o lesiones de otras personas. Así también sobre las personas responsables de otros ataques ocurridos en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005 o cualquier fecha posterior decidida por las Partes y con el consentimiento del Consejo de Seguridad, si se trata de delitos que están conectados de acuerdo con los principios de la justicia penal y son de naturaleza y gravedad similar al ataque del 14 de febrero de 2005. También la conexión incluye, pero no se limita, a una combinación de la intención criminal (motivo), propósito detrás del ataque, naturaleza de las víctimas objetivo, patrón de los ataques (modus operandi) y perpetradores.[662] Vía jurisprudencial se han agregado otros requisitos de conexión, como la naturaleza de la víctima, que a su vez, demuestra el intento de crear un estado de terror teniendo en cuenta el estatus social o religioso de la víctima, como el tratarse de civil o militar, su género, etnia, religión, afiliación política, raza, nacionalidad o cultura.[663]

De tal manera que los hechos sujetos a la jurisdicción del TEL son los referidos al ataque en que resultó muerto el ex primer ministro y otros sucesos que deben cumplir condiciones de tiempo, conexión, naturaleza, gravedad y otras.

Los delitos perseguibles por este tribunal, conforme el artículo 2 del Estatuto del TEL, son los actos de terrorismo, delitos y faltas contra la vida y la integridad personal, asociaciones ilícitas y omisión de denuncia de delitos y faltas, establecidas en el Código Penal y los artículos 6 y 7 de la ley libanesa de 11 de enero de 1958 sobre: “Aumento de las penas por sedición, guerra civil y lucha entre religiones”.[664]

---

[661] Ver: https://www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/un-documents/2007_05_30_SCR_1757_EN.pdf (Último acceso a las 11:43 del 12.03.2023)

[662] Art.1 del Estatuto del TEL. Ver: https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal (Último acceso a las 10:53 del 12.03.2023)

[663] STL, Prosecutor Connected Case Submission, STL-11-02/CCS/PTJ, 23.09.2019. Párrs.14 y 15.

[664] Ver: https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal (Último acceso a las 10:53 del 12.03.2023) Idem.

Se hace énfasis por este tribunal en considerarse a sí mismo como el primer tribunal con carácter internacional para perseguir el crimen de terrorismo.[665] Su jurisprudencia sostiene que este delito cometido en tiempo de paz, es un crimen según la costumbre internacional. [666] No obstante, se señala por los autores que el terrorismo no tiene todavía carácter de crimen internacional, por no existir un concepto integral establecido por un tratado internacional.[667] En realidad es un delito que sin ser definido en forma unívoca ha sido mencionado en la normativa internacional, como las resoluciones de Naciones Unidas[668], el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo[669], la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas[670], la Convención Interamericana contra el Terrorismo[671] y otros tratados sobre seguridad marítima, área, nuclear, personas protegidas internacionalmente, toma de rehenes, etc.; no habiendo sido posible consolidarlo de forma unánime en sus elementos o ha habido una ausencia de conceptualización, dificultando su aceptación como crimen internacional autónomo. Más bien el tipo penal de terrorismo ha sido admitido como delito subsidiario, dentro del contexto de un crimen de guerra o de lesa humanidad o como delito transnacional[672].

A pesar de esas razones de fondo para rechazar el terrorismo como crimen internacional, en términos de justificación para considerar al TEL en sentido mixto, con ingredientes domésticos e internacionales, es suficiente con que la ONU haya reconocido el interés

---

[665] Ver: https://www.stl-tsl.org/en (Último acceso a las 10:16 del 12.03,2023)

[666] LIÑAN LAFUENTE, A. Op. Cit. 2019. Pág.50.

[667] Idem.

[668] Ver: https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Module%202/Module_2_Spanish.pdf (Último acceso a las 10:23 del 12.03.2023)

[669] Ver: https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_conve_inter_repre_finan_terro.pdf (Último acceso a las 10:46 del 12.03.2022)

[670] Ver: https://www.refworld.org.es/pdfid/5d7fc5d710.pdf (Último acceso a las 21:36 del 13.03.2023)

[671] Ver: https://www.oas.org/xxxiiga/espanol/documentos/docs_esp/agres1840_02.htm (Último acceso a las 10:30 del 12.03.2023)

[672] CRYER, R., FRIMAN, H., ROBINSON, D. y WILMSHURST, E., Op. Cit.. Pág. 284; AMBOS, KAI, «Creatividad Judicial en el Tribunal Especial para el Líbano:¿Es el Terrorismo un Crimen Internacional?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, No. 7, UNED, México 2012. Ver: https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24605/19498 (Último acceso a las 22:36 del 13.03.2023)

internacional en el delito de terrorismo en el caso concreto del Líbano y de conformidad a las resoluciones del Consejo de Seguridad, el acuerdo entre el gobierno del Líbano y la ONU y el Estatuto del TEL.

El principio de legalidad ha sido desarrollado en los artículos 1 al 11 del Código Penal y reconocido por la jurisprudencia. [673] Hay una mención expresa del principio de inocencia en el artículo 16 3 (a), pero no todos los principios generales de derecho están mencionados en el Estatuto del TEL ni en el Código Penal. No obstante, la jurisprudencia afirma que bajo el principio de interpretación, la ley nacional debe ser entendida según estándares legales internacionales obligatorios para Líbano.[674] Esto incluye los principios más relevantes del DPI así como los correspondientes al derecho internacional de los derechos humanos.

Con relación a la estructura del delito, la jurisprudencia es coincidente con el DCE, DA y el DPI, al establecer la concurrencia del *actus reus* y el *mens rea*.[675] En el Capítulo III Sección III, artículos 200 y siguientes del Código Penal, se hace referencia a los elementos materiales de los delitos, aunque no se conceptualizan de manera general. La jurisprudencia también ha reconocido los elementos materiales como parte estructural del delito.[676]

El Código Penal de Líbano aplicable por el Tribunal Especial de Líbano[677] trata en el Capítulo II del elemento moral del delito, para referirse a la responsabilidad subjetiva. En

---

[673] STL, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Criminal Association and Review of the Indictment, STL-17-07/I/AC/R176bis, 18.10.2017. Párr.20.

[674] STL, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Criminal Association and Review of the Indictment, STL-17-07/I/AC/R176bis, 18.10.2017. Párr.24.

[675] STL, Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi and Assad Hassan Sabra, No. STL-11-01/T/TC, 18.08.2020. Párr.6127, 6155 y 6175.

[676] STL, Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi and Assad Hassan Sabra, No. STL-11-01/T/TC, 18.08.2020. Párrs.138 y 5870.

[677] Código Penal del Líbano, Traducido del árabe por traductor Google. https://sherloc.unodc.org/cld/document/lbn/1943/lebanon_penal_code.html (Último acceso a las 06:24 del 19.02.2023)

los artículos 188 y siguientes refiere la intención y la culpa, así como los actos involuntarios.

En el artículo 204 se hace referencia al nexo de causalidad, expresando que este vínculo es necesario tanto en los delitos de acción como en los de omisión. Se excluye la causalidad por causas preexistentes, concomitantes o posteriores, sin que sea requerido que sean conocidas por el sujeto activo y aunque no sean aportadas por la conducta de dicho sujeto.

Las exclusiones de responsabilidad han sido desarrolladas en los artículos 183 y siguientes del Código Penal. Se reconocen como tales el ejercicio de un derecho, la legítima defensa, el cumplimiento de órdenes y el consentimiento.

En el artículo 227 se hace referencia a la fuerza mayor, tanto la que procede de una fuerza material o una coerción moral. La legítima defensa y el estado de necesidad están regulados en los artículos 228 al 230. Se admite el exceso en el ejercicio de la legítima defensa por estados de pavor o pasionales.

El artículo 6 del Estatuto del TEL excluye la amnistía como impedimento para el enjuiciamiento de cualquier persona.

Sobre las órdenes superiores, el numeral 3 del artículo 3 del Estatuto del TEL prescribe que el hecho de que la persona haya actuado en cumplimiento de una orden superior no la eximirá de responsabilidad penal, pero podrá ser considerada como atenuante de la pena si el tribunal especial determina que la justicia así lo exige.

La tentativa se regula en los artículos 200 y 203, castigándose con penas reducidas y el art.205 trata del concurso de delitos.

Las Salas Africanas Extraordinarias [678] se instituyeron por la Unión Africana para enjuiciar a los sujetos con mayor grado de responsabilidad en los crímenes y violaciones

[678] Ver: http://www.chambresafricaines.org/index.php/presentation-des-chambres/contexte-de-creation.html (Último acceso a las 21:15 del 02.03.2023)

graves del derecho internacional, el derecho internacional consuetudinario y los convenios internacionales ratificados por Chad, cometidos en el territorio de Chad durante el período comprendido entre el 7 junio de 1982 al 1 de diciembre de 1990. La sede de estos tribunales correspondió a Senegal[679].

De acuerdo a la jurisprudencia, lo determinante en el cumplimiento del principio de legalidad es que los delitos y modos de responsabilidad imputados deben haber sido en el momento de los hechos, suficientemente previsibles y la legislación pertinente accesible para los acusados. La previsibilidad existe cuando el imputado sabe que su conducta es delictiva, en sentido general sin que se requiera un conocimiento preciso de la disposición legal aplicable. Particularmente la costumbre, los principios generales del derecho y/o los tratados pueden considerarse suficientemente accesibles para un imputado. [680] De ahí que no solo se admita la observancia del principio con relación a la ley doméstica de carácter escrito, sino con relación a la normativa internacional escrita o no.

La ley aplicable, además del derecho internacional, es el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias de los tribunales de Senegal[681] y en lo no previsto en éste se aplica la ley senegalesa. Art. 16 del Estatuto.

El artículo 4 del Estatuto determina que las Salas Africanas Extraordinarias tienen jurisdicción respecto a los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y tortura.[682]

El artículo 9 del Estatuto establece como regla general que ninguno de los crímenes correspondientes a la jurisdicción de las Salas Africanas Extraordinarias, están sujetos a

---

[679] Ver: http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20ratifi%C3%A9%20entre%20UA%20et%20SENEGAL.pdf (Último acceso a las 21:18 del 02.03.2023)

[680] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.41.

[681] Ver: http://www.chambresafricaines.org/pdf/Accord%20UA-Senegal%20Chambres%20africaines%20extra%20Aout%202012.pdf (Último acceso a las 21:23 del 02.03.2023)

[682] Idem.; CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.39

algún tipo de limitación legal. Por lo tanto, no son admisibles inmunidades o prescripciones legales que puedan alegarse para impedir el ejercicio de la jurisdicción de estos tribunales.

La jurisprudencia ha establecido que los imputados no pueden invocar ninguna excusa eximente de responsabilidad relativas a la obediencia a órdenes superiores o el hecho de desempeñar un cargo oficial, incluido el de jefe de Estado. Por ello Hissein Habré no podía invocar su condición de presidente de la República de Chad durante el período de jurisdicción de las Salas, como fundamento de exclusión de responsabilidad.[683]

Finalmente, en el artículo 10 del Estatuto, se excluye el cumplimiento de una orden de un gobierno o de un superior, como causa para eximir la responsabilidad penal; pero se admite considerarla como atenuante o mitigación de la pena. Esto incluye a los jefes de Estado o Gobierno.[684]

La jurisprudencia ha establecido que en estos tribunales se aplica el Estatuto, el DPI, el Código Penal y otras leyes senegalesas.[685] La referencia al DPI conduce a la aplicación de la jurisprudencia de otros tribunales internacionales en las decisiones de las Cámaras Africanas Extraordinarias.

En el **Tribunal Especial para Kosovo,** inicialmente confluyeron las normas de la UNMIK[686], los códigos penal y procesal de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia, regulaciones kosovares y normas del derecho internacional; lo que provocó, en opinión de algunos de los autores del DPI, obstáculos para la realización de su trabajo,

[683] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr. 38

[684] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párrs.37 y 1811 Ibídem. Parrs.37 y 1811.

[685] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párrs.61 y 62.

[686] Ver: https://peacekeeping.un.org/es/mission/unmik (Último acceso a las 22:46 del 28.02.2023)

hasta que entraron en vigencia el 6 de abril de 2004, los Códigos Penal[687] y Procesal de Kosovo.[688]

Para el momento en que se creó el Tribunal Especial de Kosovo o Cámaras Especiales de Kosovo[689] se aplicaba en los tribunales ordinarios el Código Penal de 2004, pero la Ley No.05/L-053 que reguló la organización, funcionamiento y jurisdicción sobre las Cámaras Especiales y Oficina del Fiscal Especial, determinó en el artículo 6 que ciertos crímenes tipificados en el Código Penal aprobado en 2012 y vigente en 2013, estarían bajo la jurisdicción de las Cámaras Especiales.

Tomando en cuenta que la competencia temporal del tribunal se limitaba a crímenes que comenzaron o se cometieron en Kosovo entre el 1 de enero de 1998 y el 31 de diciembre de 2000, la fecha de comisión del delito en cada caso determinaba también la ley aplicable. Particularmente, otras regulaciones de parte general que regían en el Código anterior y las del nuevo Código Penal, tendrían que elegirse en cada caso bajo el principio de favorabilidad del imputado (No.3, Art.2 CPK) y en consonancia con el derecho internacional. Para los crímenes internacionales determinados en la Constitución y en la Ley especial No.05/L-053, la ley aplicable incluye el derecho internacional consuetudinario, por lo que tales crímenes ya existían en el DPI para el período del tiempo de comisión establecido para el TEK.

En artículo 3 de la ley No.05/L-053[690] organizó las Salas o Cámaras en un Tribunal de Primera Instancia, un Tribunal de Apelación, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Cada uno estaría adscrito a cada nivel del sistema judicial de Kosovo, pero son independientes en el ejercicio de sus funciones. Las leyes aplicables por el Tribunal Especial son: la Constitución de la República de Kosovo; la Ley No.05/L-053

---

[687] Ver: http://www.icls.de/dokumente/criminal_code_of_kosovo.pdf. (Último acceso a las 18:18 del 01.03.2023)

[688] LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO. Op. Cit., 2019. Pág.135.

[689] Ver: https://www.scp-ks.org/en (Último acceso a las 23:18 del 28.02.2023)

[690] Ver: https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf (Último acceso a las 20:54 del 02.03.2023)

como la *lex specialis;* otras disposiciones de la ley de Kosovo incorporadas y aplicadas expresamente por esta Ley; el derecho internacional consuetudinario, al que el artículo 19(2) de la Constitución otorga superioridad sobre las leyes nacionales, y; el derecho internacional de los derechos humanos que establece las normas de justicia penal, incluidos el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con superioridad sobre las leyes nacionales según lo dispuesto en el Artículo 22 de la Constitución.

En la determinación del derecho internacional consuetudinario aplicable en el momento en que se cometieron los crímenes, los jueces pueden utilizar diversas fuentes del derecho internacional, incluidas fuentes subsidiarias como la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional y otros tribunales penales.

El artículo 12 de la Ley No.05/L-053, sobre las Cámaras Especiales y la Oficina Especial del Fiscal, establece que las referidas Cámaras aplicarán el derecho internacional consuetudinario y el derecho penal sustantivo de Kosovo en la medida en que se ajuste al derecho internacional consuetudinario, en lo aplicable en el momento de la comisión de los delitos de conformidad con el artículo 7, apartado 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Artículo 15(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esto confirma que los delitos se definen conforme el derecho internacional y que por regla general se aplica la ley vigente al momento de comisión de los hechos, mientras no contradiga el derecho internacional consuetudinario. Así se ha interpretado que basta que las conductas delictivas internacionales hayan sido reconocidas por el derecho consuetudinario internacional, durante el tiempo en que se cometieron. [691] En general sobre cualquier situación no regulada expresamente, la jurisprudencia del TEK ha mantenido la tesis de que se puede recurrir a la jurisprudencia de otros tribunales, incluidos el TPIY y el TPIR, para abordar a una solución.[692]

El Código Penal de la antigua República Socialista de Yugoslavia, bajo las concepciones del sistema socialista, partía del concepto de daño social como fundamento de la

[691] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.642.

[692] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.136.

existencia de los delitos. Conforme los artículos 1 y 2 de dicho Código se establecen como actos dañinos a la sociedad, los de violencia, arbitrariedad, explotación, actividades contrarrevolucionarias y las violaciones de la Constitución y la ley, y estos son la base y límites necesarios para decidir sobre lo que constituyen actos delictivos e imponer sanciones penales con el objeto de suprimir las actividades socialmente peligrosas.[693] El artículo 5 reafirma lo anterior al expresar que el propósito general de redactar e imponer las sanciones penales, es suprimir las actividades socialmente peligrosas que violen o atenten contra los valores sociales protegidos por el Código Penal.

Consecuentemente las conductas que aun estando definidas por la ley como delitos, no produzcan daño social o representen un peligro insignificante por su escasa importancia, no son consideradas actos delictivos (Art.8 CPY).

Dentro de los principios reconocidos están el de legalidad, aplicación favorable de la ley penal y dignidad humana (Arts. 3, 4, 6 y 8 CPY).

El delito tenía una configuración semejante al DPI, CL y al RL, ya que se exigía una parte material del delito y una parte subjetiva. Se reconocían también exclusiones de la responsabilidad penal. La conducta delictiva se podía realizar mediante acción positiva u omisión (Art.30 CPY).

Los delitos que son competencia de los tribunales son los expresados en los artículos 13 y siguientes de la Ley sobre las Cámaras Especiales y la Oficina del Fiscal Especial, en los que se citan los delitos contra la humanidad, los crímenes de guerra y otros crímenes regulados en los diferentes códigos penales que estuvieron en vigencia en Kosovo, como son el Código Penal de República Federal Socialista de Yugoslavia de 1976, el Código Penal de La Provincia Autónoma Socialista de Kosovo de 1977 o cualquier ley vigente entre 1989 y el 27 de octubre de 2000.[694]

---

[693] Ver: https://www.refworld.org/docid/3ae6b5fe0.html (Último acceso a las 17: 55 del 01.03.2023)

[694] Ver: https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf (Último acceso a las 22:00 del 02.03.2023)

Así también tienen competencia sobre los crímenes que se desarrollan en el Código Penal de 2012 (CPK). Estos son los del Capítulo XXXII, referidos a las ofensas criminales contra la administración de justicia y la administración pública, artículos 384-386, 388, 390-407, los del Capítulo XXXIII, que trata de los delitos contra el orden público, artículos 409-411, 415, 417, 419, 421 y los del Capítulo XXXIV, sobre la corrupción oficial y delitos contra los deberes oficiales, artículos 423-424 CPK. [695]

En los delitos de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, u otros delitos determinados por el derecho internacional, no se aplica la prescripción. Art. 111 CPK.

El principio de inocencia se recoge en el artículo 31(5) de la Constitución y el artículo 21(3) de la LCE y la Oficina del Fiscal Especial. [696] Otros principios se derivan de esta misma ley.

Dentro de la jurisprudencia se distingue entre los elementos materiales o *actus reus* y los elementos mentales o *mens rea*.[697]Se admiten los casos de exclusión de responsabilidad en el CPY, como la legítima defensa, el estado de necesidad. Aparecen también los casos de ausencia de capacidad mental, el error de hecho y el error de derecho que excluyen el *mens rea* y la culpabilidad.

En el capítulo XVI del CPY, si bien el título indicaba delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, únicamente se prescribían delitos de discriminación, esclavitud, genocidio y crímenes de guerra.

---

[695] Ver: https://www.scp-ks.org/sites/default/files/public/05-l-053_a.pdf (Último acceso a las 21:26 del 02.03.2023)

[696] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.27.

[697] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párrs. 646, 651, 660, 663, 668, 672, 686 y 688; KSC, The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs.49, 53, 54, 57, 58, 60, 61 y 62; KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022. Párrs.84, 104, 109, 116, 119, 126, 131, 133, 141, 150, 158, 172, 464, 491, 508, 528, 557, 588, 611, 621, 636, 659, 676 y 698; KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, CAC, No.KSC-CA-2022-01, 02.02.2023. Párr.311.

En cuanto al Código Penal de 2012 (CPK), que entró en vigencia en 2013, éste reconocía también principios como el de legalidad, aplicación favorable de la ley penal y dignidad humana (Arts. 2, 3 y 5). La jurisprudencia se ha manifestado sobre el principio de legalidad, afirmando que está consagrado en el artículo 7(1) del CEDH y el artículo 33(1) de la Constitución de Kosovo, incorporando entre otros, el requisito de que un crimen debe estar claramente definido en la ley. La jurisprudencia ha reiterado que el principio de legalidad requiere que el derecho penal debe ser accesible y previsible, siempre debe proporcionar a las personas suficiente aviso de lo que es un comportamiento delictivo y lo que no es.[698]

Se mencionan excluyentes de responsabilidad como los actos de menor significancia (Art. 11 CPK), la defensa necesaria (Art.12 CPK), exceso de la defensa necesaria (No.4, Art.12 CPK), extrema necesidad (Art.13 CPK), exceso o negligencia en la extrema necesidad (No. 3, Art.13), violencia o amenaza (Art.14 CPK), coerción (Art.15 CPK) y orden superior (Art.16 CPK).

La conducta delictiva se puede realizar mediante acción positiva u omisión (Art.8 CPK). La omisión deriva de no realizar un acto, no obstante, la obligación de realizar el acto. Debe haber un vínculo causal o conexión entre esta acción y omisión y la consecuencia. (Art.20 CPK)

En los artículos 27 y 28 del CPK también se regulan los actos preparatorios y la tentativa. En cuanto a aquellos solo pueden sancionarse cuando expresamente se disponga. La tentativa se castiga en los delitos que tengan pena de 3 años o más, aunque la ley no lo indique expresamente. En los delitos que tengan pena inferior, solo se castiga la tentativa cuando se provea expresamente.

En la responsabilidad individual, se distingue entre elementos objetivos y subjetivos. La comisión directa del artículo 16 (1) a, de la LCE, requiere en su parte objetiva que se

[698] KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021. Párr.142.

lleven a cabo físicamente los elementos objetivos de un delito u omitir actuar cuando lo exija la ley.

CAPÍTULO IV
RESPONSABILIDAD SUBJETIVA O *MENS REA* EN LOS DIVERSOS SISTEMAS

1. Sistemas de derecho penal interno

Se trata en esta parte de desarrollar el tratamiento que los sistemas domésticos dan a la responsabilidad subjetiva, para evidenciar sobre todo las similitudes y diferencias entre el sistema anglosajón y el continental europeo con respecto al derecho penal internacional.

Esto permitirá identificar los conceptos comunes entre el DPI, el DA y el DCE, con el objeto de elegir dentro de la variedad de conceptos proveídos por las normas del DPI, autores de derecho y las jurisprudencias nacionales e internacionales, aquellos que reúnan elementos comunes o al menos un fundamento comprensible en los diferentes sistemas de derecho

Partimos de reconocer, como se evidenció en el capítulo II, que las manifestaciones del principio de culpabilidad, con diferencias, son compartidas en los diferentes sistemas de derecho y particularmente en el anglosajón y continental europeo, así como los tribunales internacionales de derechos humanos reconocen el principio de culpabilidad como un derecho humano, que determina la necesidad de establecer el elemento mental en las infracciones penales, para poder responsabilizar a los sujetos activos e imponerles penas.

1.1 Sistema anglosajón o del Common Law

Dentro de los países pertenecientes a este sistema hay diferencias de tratamiento del elemento mental, pero comparten los conceptos más importantes. Los sistemas más influyentes son el de Inglaterra y Gales y el de Estados Unidos de América, por su riqueza jurisprudencial, leyes y obras escritas por sus autores. Al primero hay que agregar su antigüedad y el ser fuente histórica para muchos países.

Dado que el derecho en este sistema es construido en gran parte por los jueces con base en decisiones establecidas en cientos de años -*judge made law*-, que van conformando principios de derecho obligatorio, que incluso deben ser considerados por los legisladores en la redacción de los *statutes* o leyes,[699] todavía hoy, los países que han adoptado el sistema anglosajón siguen recurriendo a esos precedentes judiciales.

El modelo del sistema no ha impedido a los países que en algún momento fueron colonia británica y que ahora son independientes, mantener esas fuentes históricas en su derecho posterior, aunque asumieran nuevas leyes e instituciones con otras variantes del modelo británico. Los precedentes son asumidos como parte de su derecho.

Por tal razón, se hace un enfoque en el derecho penal inglés y estadounidense para describir las concepciones sobre el *mens rea*.

1.1.1 Fundamentos básicos del mens rea

La culpabilidad -*culpability*-, culpa - *fault*-, estado mental - *state of mind*- , mente culpable -*guilty mind*- o *mens rea* define cuando una persona es culpable de un acto. Pero el alcance de este concepto puede tener diversos significados. La *mens rea* en referencia a la estructura del crimen, es el estado mental que debe acompañar al *actus reus*; pero cuando se le entiende como principio filosófico, se concibe como culpabilidad, como fundamento

[699] LONDOÑO S., NÉSTOR RAÚL, «La Obligatoriedad de los Principios de Derecho en el *Common Law* de los Estados Unidos», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, No.106, Enero-Junio 2007. Páginas 55-68, Medellín, 2007. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2367490.pdf (Último acceso a las 10:03 del 09.05.2022)

de la exigencia de elección libre de la conducta y reproche o censura del comportamiento.[700]

El principio de culpabilidad existe en este sistema como principio filosófico, con algunos ingredientes morales. [701] El principio de culpabilidad -*principle of culpability o principle of fault*- tiene relevancia para determinar la falta de responsabilidad de manera general, ya sea porque falte el *mens rea* en sentido estricto o porque fundamente una excusa o defensa. Tiene aplicación en la decisión de cuáles personas pueden ser justamente sancionadas por sus conductas ilícitas -*wrongful actions*-. El *mens rea* en sentido restringido es solamente el estado mental requerido por la definición del delito, para acompañar el acto que produce el daño o amenaza con provocar el daño.[702]

En el sistema del *Common Law* la culpabilidad como concepto penal, tiene reconocimiento en sentido amplio como reprochabilidad ("*blameworthiness*", "*moral blame*" o "*guilty mind*") y en sentido estricto como elemento subjetivo de un tipo penal (*mens rea*).[703] El concepto "liability" (responsabilidad) muchas veces está asimilado al de sancionabilidad de Hart, por lo que sería más extenso al incluir todos los elementos, tanto materiales (*actus reus*) como mentales (*mens rea*) que condicionan la atribución de la sanción.

Otros autores hacen una diferenciación basada en la mera exigencia de modo general de cualquier *mens rea* y el requisito de una modalidad específica del mismo. Así, en sentido amplio *mens rea* significaría mente culpable, voluntad viciosa, inmoralidad de motivo o simplemente mente de estado moralmente culpable. Este es el significado de culpabilidad de la *mens rea*. En este sentido un acusado es culpable de un crimen, si comete el daño social de la ofensa, con cualquier mente de estado culpable moralmente. Más estrictamente *mens rea* se refiere al estado mental que el acusado debe haber tenido con

[700] ASHWORTH, ANDREW, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Pág. 74.

[701] FLETCHER, G. *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998. Pág.. 99; ASHWORTH, A. Op. Cit. Pág. 35.

[702] KADISH, SANFOR H. y SCHULHOFER, STEPHEN J., *Criminal Law and its Processes*, Fifth Edition, Little Brown and Company, fifth edit., Boston, USA, 1989. Pág.217 y 327.

[703] FLETCHER, GEORGE. Op. Cit. Pág.82.

respecto a los elementos de daño social establecidos en la definición del delito."[704] Por ejemplo, al haber actuado con intención en un secuestro.

Como se ha expuesto en el capítulo anterior, la concepción del delito con una parte objetiva y una subjetiva es, en términos generales, coincidente con el sistema europeo continental; pero el sistema anglosajón propone tesis más sencillas y con menor desarrollo que el *Roman Law*.

En una importante decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Morissette v United States, [705]", se sostuvo que la idea de que la intención es un elemento esencial del delito, es una creencia universal dentro de los sistemas legales maduros y está fundamentada en la libertad de la voluntad humana y la consiguiente capacidad y deber del individuo normal de elegir entre el bien y el mal. En dicha sentencia se citó la declaración de Blackstone en el siglo XVIII de que para constituir cualquier delito debe haber una voluntad viciosa.[706]

La misma sentencia afirma que si las leyes guardaron silencio sobre la intención, sus tribunales asumieron que la omisión no significaba una desaprobación del principio, sino que simplemente reconocían que la intención era tan inherente a la idea del delito que no requería ninguna afirmación legal. [707]

Otra decisión importante en esta materia fue Elonis v. Estados Unidos (2015), en la cual la Corte Suprema enfatizó la necesidad de un requisito de *mens rea* adecuado en los casos penales. El Tribunal revocó la condena de un hombre que había publicado amenazas en su página de Facebook, contra su esposa de la cual estaba separado. El Tribunal señaló que si la ley no decía si el acusado debía tener algún estado mental con respecto a los elementos materiales y cuál debía ser ese estado mental, no significa que no exista ninguno y, citando el caso *Morissette*, sostuvo que la mera omisión en una ley penal de

[704] DRESSLER, JOSHUA, *Cases and Materials on Criminal Law*, Thomson/West, St. Paul, MN., 2007. Pág.148.

[705] SC, 342 US 246, 251 (1952). Ver: https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/342/246

[706] Idem.

[707] Idem.

cualquier mención de intención delictiva no debe interpretarse como una decisión de prescindir de ella.[708]

En la visión del derecho anglosajón sobre la *mens rea* prevalece un balance entre un principio de justicia conceptual y de justicia práctica. Por un lado, se pretende evitar que personas inocentes sean condenadas fijando en la ley sustantiva un requisito mental; pero al mismo tiempo se requiere que las exigencias de prueba del elemento mental no hagan difícil el trabajo de la justicia, poniendo umbrales demasiado altos de comprobación. Por ello señalan algunos autores que es esta verdad práctica la que ha llevado, a veces, a una confusión entre la ley de la prueba y la ley sustantiva del *mens rea*, en las sentencias de los tribunales y las direcciones dadas por ellos a los jurados.[709]

En Inglaterra y Gales, dado que el *Common Law* se nutre de la experiencia y el trabajo de los jueces, las reglas del *mens rea* se han definido fundamentalmente por las sentencias judiciales. También existen algunas leyes que se basan en esa experiencia histórica de los jueces.[710]

Para definir el *mens rea* en Canadá coexisten tanto la Constitución, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, las leyes penales, como el Código Penal de Canadá y el *Common Law*, con decisiones de los jueces. Todas estas fuentes tienen un orden jerárquico en el que prevalece la Constitución y en el último lugar aparece en *Common Law* el cual no puede crear delitos.[711]

En Australia sus jurisdicciones contienen diversas fuentes de *mens rea*, basadas en derecho consuetudinario, códigos penales y mezclas de ambos. En particular la jurisdicción federal, el Territorio de la Capital Australiana y la Isla Norfolk han adoptado códigos penales basados en el Código Penal Modelo de Australia.[712]

---

[708] SC, 575 US_ No. 13–983 (2015). Ver: https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-983_7l48.pdf

[709] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. Pág.97.

[710] Idem.

[711] ELEWA BADAR, MOHAMED. Op. Cit. Pág. 32.

[712] Idem.

El elemento mental puede estar fuera de consideración en delitos de responsabilidad objetiva -*strict liability* o *absolute liability*-.[713] La regla general es que el *mens rea* debe abarcar todos los elementos del *actus reus* respectivo, pero existen excepciones, en las que se excluye la intención o imprudencia para ciertos elementos del *actus reus* con relación a determinados delitos.

Por su parte, el CPM de Estados Unidos en la sección 2.02 excluye la responsabilidad objetiva, exigiendo a los sujetos actuar conforme cualquiera de las formas de *mens rea*, expresadas en la ley para cada elemento material de un delito; pero dado que no todos los Estados han seguido las prescripciones del CPM para elaborar sus legislaciones, todavía los delitos estatutarios de *strict liability* tienen vigencia.

Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos ha sostenido la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva. En el caso Balint [714] se responsabilizó a una persona por la venta de narcóticos sin sello fiscal, sin prueba de que tuviera conocimiento de que la sustancia era un narcótico. En Behrman [715] la SC afirmó que un médico puede ser condenado por distribuir una sustancia controlada en ejercicio de su práctica profesional, sin pruebas de que sabía que sus acciones excedieron ese límite. En el caso Dotterweich[716]se dijo que el presidente y el gerente de una compañía podrían ser condenados por distribuir medicamentos adulterados o mal etiquetados, sin pruebas de que estaban al tanto de la transacción. En el caso Park[717]se determinó correcta la condena del presidente de una compañía por las condiciones insalubres de un almacén de la sociedad, sobre el cual tenía control gerencial pero no un control real.[718]

---

[713] Entre la *strict liability* y la *absolute liability* se plantean diferencias, considerando que la primera invierte la carga de la prueba, pues hace recaer en el acusado la obligación de probar el *mens rea*; mientras en la *absolute liability* se prescinde del *mens rea*. No obstante, la mayoría de autores se refieren a ambos conceptos con un solo significado. Ver: ASHWORTH, ANDREW. Op. Cit. Pág.161; LOVELESS, JANET, Complete Criminal Law, Text, Cases and Materials, Fourth Edit., Oxford University Press, Oxford, 2014. Pág. 149;

[714] *Balint*, 258 U.S. 250.

[715] 258 U.S. 280.

[716] 320U.S. 277.

[717] 421 U.S. 658.

[718]Ver: https://fedsoc.org/commentary/publications/morally-innocent-legally-guilty-the-case-for-mens-rea-reform#_ftn39

Por otro lado, en los llamados *constructives crimes*, el *mens rea* básico de un delito menor se aplica a un crimen más grave.[719] De esta manera el *mens rea* de un delito de lesiones será el *mens rea* de un delito de homicidio involuntario, cuando de la acción desplegada resulte la muerte de la víctima. Si X asalta a B y como resultado de la comisión del delito, sin intención del agente activo, que solo quiere golpear para apoderarse de cosas de la víctima, se causa la muerte de esta, la consecuencia final también se atribuye al autor a título de imprudencia. No obstante, han desaparecido muchos casos que en la antigüedad eran admitidos, en los cuales prácticamente la *mens rea* con respecto al segundo resultado desaparecía. Posteriormente la discusión ha continuado por la aplicación del principio, cuando se rebaja la prueba de *mens rea* para el resultado final, con lo que se desdibuja la responsabilidad subjetiva.[720] No sería esto un asunto extraño al DCE, en el cual pueden coexistir en un concurso ideal un delito de lesiones dolosas y un delito de homicidio imprudente, pero lo discutible sería que la prueba de negligencia se presumiera o se redujera de tal manera que todo hecho realizado en esa forma se concibiera siempre como imprudente.

Para algunos autores anglosajones el *mens rea* es un principio permisivo, pues se puede aplicar discrecionalmente de acuerdo a diversas circunstancias. [721] Si bien existen principios relacionados con la *mens rea* que deben ser observados, como el de correspondencia, el de creencia y el de justicia y proporcionalidad, la práctica no ofrece la seguridad necesaria para saber en qué casos se aplicará y en cuáles no.

El principio de correspondencia [722]exige que el elemento mental debe corresponder a la conducta, circunstancia o elemento de la consecuencia del delito requerido (*actus reus*).”[723] Ello implica coincidencia de tiempos, lugares y otras condiciones según el caso.

[719]HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.222; CLARKSON, CHRISTOPHER M. V., *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2010. Pág. 645.

[720] HORDER, J., *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford,2016. Pág.174 y sigs.

[721] HORDER, J. Op. Cit. 2016. Pág.174.

[722] Otros autores separan los conceptos de correspondencia y coincidencia o contemporaneidad, asignado al primero la necesidad de conexión entre *mens rea* y *actus reus* y al segundo la realización del *actus reus* en concurrencia temporal con el *mens rea.* Ver: THOMAS, M. Op Cit. 2020. Págs. 135-136.

[723] HORDER, J. Op. Cit. 2016. Pág.174.

Por ejemplo, si X quiere matar a Y a las 10 a.m. a la salida de su trabajo, pero sucede que a las 7 a.m. en la calle X atropella de forma accidental a Y cuando se dirige a su trabajo, sin saber que se trataba de la persona que quería matar, la *mens rea* de X para el homicidio intencional no se produce, aunque tenía intención de matar en horas posteriores y aunque el resultado de muerte a manos de X sucediera de hecho. En todo caso se critica que no siempre se resuelven los casos conforme a esta regla, sino que está sujeta a variaciones importantes.

El principio de creencia sostiene que la responsabilidad penal debe basarse en lo que los acusados creían que estaban haciendo o arriesgando, no en hechos que desconocían en ese momento. En la práctica, en vez de ello, se trata de una evaluación objetiva más allá de la mente culpable cuando el juez o jurado evalúa si el sujeto fue gravemente negligente o faltó al debido cuidado y atención.[724]

También el *mens rea* se apoya, en términos generales, en el principio de justicia y proporcionalidad de la interpretación del delito, en que se manifiestan los valores constitucionales de legalidad y estado de derecho, asegurando a los ciudadanos que solo estarán sujetos a condena y al ejercicio de la coerción estatal contra ellos, si intencionalmente, a sabiendas o por imprudencia, etc., causan o corren el riesgo de causar un daño prohibido.[725] Esto confronta plenamente con la responsabilidad objetiva.

1.1.2 Modalidad de la mens rea

Los casos más claros son los de intención y conocimiento, en los que el individuo dirige su voluntad hacia la realización de un elemento material o resultado del delito o sabe que su acción causará determinados resultados. Pero puede suceder también que el individuo solo reconoce el riesgo o incluso desconoce la existencia del riesgo, pero la ley le atribuye los elementos externos como propios, por la decisión libremente tomada para obrar en determinado sentido o abstenerse de la realización de ciertas acciones.

[724] Ibídem. Pág.175.

[725] Idem.

La razón para castigar comportamientos sin intención es obligar a las personas a practicar estándares razonables de cuidado. De ahí se dice que los sujetos que han actuado con *recklessness* o con negligencia han tenido la intención constructiva de causar daño y, por lo tanto, pueden ser penalmente culpables por sus daños. [726]

En términos probatorios se habla de *mens rea* subjetiva y *mens rea* objetiva para expresar, según lo primero, que para determinar la existencia del mismo se debe asumir la actitud interna del sujeto, cual fue en el caso concreto el pensamiento que definió la conducta en el momento del crimen. La *mens rea* objetiva requerirá analizar desde fuera del sujeto, cuál era la conducta que una persona razonable hubiera decidido con relación a la conducta criminal.[727]

El derecho anglosajón, en la concepción de la *mens rea*, no considera relevante los motivos y los deseos. Excepcionalmente serán relevantes cuando la figura delictiva lo requiera, para completar el elemento mental.

La *mens rea* o mente culpable tiene diversas formas, grados o modalidades, que varían entre países y autores: intención- *intention o purposely*-; conocimiento -*knowledge*-; negligencia- *negligence*- y una modalidad que podría traducirse como conducta imprudente, gravemente desconsiderada, culpa grosera o hasta con menos precisión, como dolo eventual, según se defina en el derecho del *Common Law* de cada país, llamada -*recklessness*-. Otros también agregan a estos modos de *mens rea*, la previsibilidad-*foreseeability*-, indiferencia extrema o actuación desenfrenada -*wanton*-[728],deliberadamente -*wilfully*-[729], maliciosamente -*maliciously*-, creencia -*belief*-, etc.[730]

---

[726] CARLAN, PHILIP E., *An Introduction to Criminal Law*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, MA.,2011. Pág.. 13.

[727] THOMAS, M. Op. Cit. 2020. Pág. 96.

[728] Manifestar una indiferencia extrema ante el riesgo de lesionar a otra persona que se sabe o debería haber sido conocido: caracterizado por el conocimiento y la total indiferencia por la probabilidad del daño resultante. Ver: Merriam-Webster Dictionary, Encyclopaedia Britannica, en https://www.merriam-webster.com/dictionary/wanton#legalDictionary (Último acceso a las 5:07 del 09.10.2022)

[729] 1: obstinada y a menudo perversamente; 2: hecho deliberadamente: intencional, desobediencia voluntaria. Ver: Merriam-Webster Dictionary, Encyclopaedia Britannica, en https://www.merriam-webster.com/dictionary/wanton#legalDictionary (Último acceso a las 5:58 del 09.10.2022)

[730] THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 95.

Considerando que algunos delitos son evidentemente más graves por su calificación social, teniendo en cuenta el daño producido - *male in se*-, que otros que están tipificados por una simple decisión de la autoridad que ejerció su voluntad punitiva -*male prohibitia*; se exige para aquellos, como uno de sus componentes, la *mens rea* y con carga de la prueba para la acusación, mientras que para éstos últimos no se requiere de *mens rea* o se presume, imponiendo la obligación al imputado de probar la falta de *mens rea* para la producción del delito.

Así los delitos en los que la *mens rea* se presume o no requiere de la misma, se conocen como casos de *strict responsability* y *absolute responsability*. La primera, opera con la presunción de actuación con *mens rea*, que admite prueba en contrario por el presunto autor, es decir, se produce una reversión de la carga de la prueba -*burden of proof*-. La otra correspondería a casos en los que la *mens rea* es innecesaria o inaplicable y el crimen solo está compuesto por el *actus reus*.[731] Hay que aclarar que a pesar de que no se requiere de *mens rea* en algunos casos, se exige que el acto sea voluntario. [732] Además, admite defensas. Debe mencionarse que en el derecho anglosajón, hay quienes asimilan los conceptos de responsabilidad estricta y absoluta.[733] En todo caso, a pesar de los pronunciamientos de altos tribunales británicos y del TEDH sobre la *strict liability*, no dejan de ofrecer dudas ambos casos de su compatibilidad con los derechos humanos.[734]

A propósito de las sentencias del TEDH, en las que se consideró que los delitos de *strict liability* son compatibles con el CEDH, al considerar que funcionan como una presunción, en la que debe permitirse al acusado gozar de todas las garantías para probar su falta de intención o culpa; según Jonathan Herring, el Juez Bingham revisó la CEDH con relación a los efectos en el derecho inglés sobre la *mens rea* como elemento esencial del delito, afirmando que la preocupación primordial del Convenio es que el juicio sea justo y la presunción de inocencia es un derecho fundamental dirigido a ese fin. El Convenio no prohíbe las presunciones de hecho o de derecho, pero exige que se mantengan dentro de

[731] LOVELESS, J. Op. Cit. Pág.147.

[732] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.211.

[733] HORDER, J. Op. Cit. Pág.180; JONES, TIMOTHY H., *Criminal Law*, Thomson/W. Green, Edinburgh, 2008. Pág. 391.

[734] TEDH, G.I.E.M. S.R.L. And Others V. Italy; TEDH, Varvara v. Italy - 17475/09, del 29.10.2013. THOMAS, M. Op. Cit. Págs.132-133.

límites razonables y no sean arbitrarias. Está abierto a los estados definir los elementos constitutivos de un delito penal, excluyendo el requisito de *mens rea*.[735]

La intención requiere que el sujeto pretenda que se produzca el resultado final. Su fin, objetivo y propósito es que ocurra el resultado. La intención requiere con respecto a un elemento material el conocimiento del mismo y que el sujeto persiga como objetivo consciente realizar ese elemento o causar el resultado.[736]

El conocimiento consiste en saber que existen las circunstancias externas requeridas y si los elementos envuelven un resultado, es consciente de que su conducta es de la naturaleza requerida o que el resultado prohibido es prácticamente seguro o cierto que se producirá por su conducta.[737]

Adicionalmente se reconocen otras clasificaciones como la intención básica, la intención específica y la intención ulterior- *ulterior intent* o *further intent*-.

La intención básica -*basic intent*- se refiere a delitos que no implican un *mens rea* ulterior. El *mens rea* corresponde exactamente con el *actus reus*. El sujeto activo solo debe tener la intención de realizar lo que el *actus reus* determina como elementos materiales. Se utiliza también en delitos que requieren *recklessness*.

La intención específica ocurre cuando el *actus reus* es el mismo que el contenido en la figura penal básica, pero el *mens rea* exigido por el delito, incluye un requisito adicional: que el acusado tenga una intención ulterior. [738]

La intención básica es llamada en Estados Unidos intención general, para distinguirla de la intención específica. Con la primera se refieren a un grado mental en que los elementos

[735] HERRING, J. Op. Cit. Pág.50.

[736] KADISH, S. H. y SCHULHOFER, S. J., Op. Cit. Pág.224.

[737] Art. 2.02 (2) (b) Código Penal Modelo de Estados Unidos.

[738] THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 111; HORDER, J. Op. Cit. Pág.218.

materiales del *actus reus* deben ser abarcados, mientras que la intención específica es un estado mental específico, que adicionalmente exigen algunos tipos penales.[739]

Como regla general, los delitos de intención específica requieren prueba de conocimiento o intención y nada menos; mientras que los delitos de intención básica permiten prueba menos exigente de *mens rea*, particularmente la de la *recklessness* y negligencia.[740]

La intención ulterior se refiere a un elemento del *mens rea* que es adicional o posterior al *actus reus*. En esta clase de intención se debe producir un resultado final que va más allá de lo requerido por el *actus reus*. Un ejemplo sería el delito de hurto, que requiere la intención de privar definitivamente al dueño de sus bienes. No hay un elemento correspondiente de privación permanente en el *actus reus*. El acusado puede fallar en su intención de privar permanentemente de la propiedad a la víctima, por ejemplo, se le puede impedir que lo haga, sin embargo, su intención por sí sola es suficiente.[741]

En general, se citan como los casos más relevantes del derecho inglés en materia de intención y que expresan las diversas posturas jurisprudenciales que la Cámara de los Lores adoptó para definir sus requisitos, los siguientes: *Smith*, *Hyam*, *Moloney*, *Hancock - Shankland, Nedrick* y *Woollin*. En cada uno de estos casos, la Cámara de los Lores aplicó diferentes exigencias de pruebas de las que se puede inferir la intención.[742] En dichas decisiones se pone de manifiesto, sobre todo, el esfuerzo por encontrar un abordaje práctico para presentar reglas de prueba de la intención.

Las concepciones difieren entre resultado probables, altamente probables y prácticamente seguros o ciertos, así como consideraciones objetivas y subjetivas sobre la previsibilidad de los resultados por parte del sujeto.

---

[739] DIX, G. Op. Cit. Pág.9; BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS, *Derecho Penal Comparado. La Definición del Delito en los Sistemas Anglosajón y Continental Europeo*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011. Págs. 136-137, sostiene, citando a Ashworth que la *oblique intention* es comparable con el dolo eventual.

[740] THOMAS, M. Op. Cit. Págs. 319-320.

[741] SIMESTER, A. P., *Simester and Sullivan's Criminal law: theory and doctrine*, Hart Publishing, Oxford, 2016. Págs. 146-147.

[742] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. Pág. 40.

En el caso DPP v Smith de 1961, la Cámara de los Lores sostuvo que la intención debe ser objetivamente valorada, aprobando la presunción de derecho irrefutable, si un hombre pretende las consecuencias naturales y probables de sus actos. [743]En el caso *Hyam v DPP*, de 1975, se utilizó como referente de la intención, el concepto de alta probabilidad de la consecuencia.[744]

En el caso R v. Moloney de 1985, se sostuvo que para determinar la intención, debía considerarse si el resultado era una consecuencia natural de los actos del imputado y si el acusado previó el resultado como una consecuencia natural de su actuación.[745]

En *R v. Hancock* y *R v. Shankland* de 1986, se dijo que la previsión no era intención, sino evidencia de la misma, consecuencia natural no era lo mismo que consecuencias probables; que si bien se requería un alto grado de probabilidad de las consecuencias, se tendrían que examinar todos los factores ocurridos en el delito.[746] La decisión en *Hancock* y *Shankland* dejó en claro que la previsión de un alto grado de probabilidad, incluso la certeza virtual, no es en sí misma intención *stricto sensu*, pero un jurado puede, si lo considera apropiado, inferir la intención de tal previsión.[747]

En *Nedrick* (1986), el acusado, que tenía rencor contra una mujer, había ido a su casa en las primeras horas de una mañana, vertió parafina en su buzón y en la puerta principal, luego le prendió fuego para asustarla. Como resultado, los niños de una de las mujeres que habitaba la casa murieron. El juez al dar las directrices al jurado, explicó que es no es necesario probar la intención de matar; el caso se resuelve si se prueba la intención de causar un daño grave, eso es suficiente. Adicionalmente el juez consideró la existencia de "un estado mental alternativo a ser considerado: Si cuando el acusado prendió fuego a

[743] https://crimeline.co.uk/wp-content/uploads/2013/11/DPP-v-Smith.pdf (Último acceso a las 11.22 del 20.10.2022)

[744] https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b3e60d03e5f6b82ba41 (Último acceso a las 11:24 del 20.10.2022)

[745] https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd7c2 (Último acceso a las 11:11 del 20.10.2022)

[746] https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8c960d03e7f57ecd6e1 (Último acceso a las 11;15 del 20.10.2022)

[747] Idem.

la casa, sabía que era muy probable que ese acto resultara en lesiones corporales graves, a alguien en la casa, aunque no deseara provocar el resultado, era culpable de asesinato".[748]

En este caso el jurado debía determinar qué tan probable fue la consecuencia que resultó del acto voluntario del acusado y si el acusado previó esa consecuencia. Si no se dio cuenta de que era probable que su acto provocara la muerte o un daño realmente grave, no puede haber tenido la intención de provocarlo. Si lo hizo, pero pensó que el riesgo al que estaba exponiendo a la persona asesinada era solo leve, entonces puede ser fácil para el jurado concluir que no tenía la intención de lograr ese resultado. Por otro lado, si el jurado está convencido de que en el momento material, el acusado reconoció que la muerte o un daño grave serían prácticamente seguros (salvo alguna intervención imprevista), como resultado de su acto voluntario, entonces ese es un hecho por el cual pueden encontrar fácil "inferir" que tenía la intención de matar o causar daños corporales graves, aunque no haya tenido ningún deseo de lograr ese resultado.[749]

En *R v. Woollin* en 1986, la Cámara de los Lores confirmó que se requería aplicar la orientación de *Nedrick,* en todos los casos de intención oblicua, para distinguir la previsión en los casos de intención y los casos de *recklessness.* Las dos ramas de la dirección de *Nedrick* fueron aprobadas por la Cámara de los Lores, con una pequeña enmienda, a saber, que la palabra inferir en la dirección de *Nedrick* debería cambiarse por encontrar. Debe entenderse ahora que cuando el cargo es asesinato y en los raros casos en que la simple instrucción no es suficiente, se debe indicar al jurado que no tiene derecho a "encontrar" la intención necesaria, a menos que esté seguro de que la muerte o lesiones corporales graves fueron una certeza prácticamente segura o virtual (salvo alguna intervención imprevista), como resultado de las acciones del acusado y que el acusado apreció que ese era el caso.[750]

---

[748] Idem.

[749] https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff87860d03e7f57ec1002/amp (Último acceso a las 11:04 del 20.10.2022)

[750] https://publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd980722/wool.htm (Último acceso a las 11:08 del 20.10.2022)

En resumen, los casos *Nedrick* y *Woollin* son los que definen la *oblique intent*, cuando el sujeto puede pretender un resultado, que no es su objetivo o propósito. El resultado debe ser una consecuencia virtualmente cierta del logro del propósito principal. La intención indirecta/oblicua se aplicará a los resultados causados cuando el sujeto actúa con algún otro propósito en mente. Por lo tanto, un resultado pretendido oblicuamente es un derivado o un efecto secundario del objetivo principal. Esto significa que se entenderá que un sujeto pretende indirectamente un resultado, que sea un requisito previo para el logro del propósito primario deseado o una consecuencia prácticamente cierta de tal propósito.[751]

En cuanto al significado de la intención, no se limita a los resultados que se quieren. Los tribunales han ampliado el concepto para incluir consecuencias que el autor podría no querer perseguir, pero que sabe que ocurrirán con certeza (intención indirecta u oblicua).[752]

Se admite un poco menos que certeza, esto es, que aun no siendo el objetivo de la persona el resultado, habrá intención también cuando el resultado final sea prácticamente cierto o seguro, como consecuencia de la actuación del sujeto y cuando el mismo aprecie que tales consecuencias eran prácticamente ciertas. Así se conocen dos clases de intención: directa e indirecta -*oblique*-. [753]

En la intención indirecta, si bien, algunos ejemplos o conceptos pueden constituir casos de dolo indirecto del derecho continental europeo, no todos los casos se identificarían con el dolo de consecuencias necesarias; por lo cual no se puede hacer una transmutación del concepto intención indirecta del derecho anglosajón, al dolo indirecto del RL.

La definición de la *oblique intent*, según el concepto doctrinal o de la jurisprudencia que se aplique, puede ser similar al dolo directo de segundo grado o al dolo eventual del derecho continental europeo.

---

[751] LOVELESS, J. Op. Cit. Págs.93-94.

[752] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. Pág.34.

[753] THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 98.

En la *oblique intent* estamos frente a la previsión de una consecuencia no deseada, que puede ser: a) un requisito previo necesario para un propósito/resultado deseado o b) una consecuencia prácticamente cierta de un resultado/propósito deseado.[754]

Cuando en su conceptualización se le vincula con un propósito secundario que concurre con uno principal, afirmando que se trata de una consecuencia que no está en la línea directa del propósito principal, sino como daño colateral o secundario que se acepta como acompañante seguro o inevitable de la intención; la similitud la encontramos con el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias del derecho continental europeo. [755]

Los casos en los cuales existiría una similitud entre el *oblique intent* y el dolo directo de segundo grado o indirecto, serían aquellos en los que coexisten dos propósitos delictivos, uno principal y otro subsidiario.

Se propone como ejemplo el siguiente: "Deseo dispararle a V. Veo a V parado en una casa detrás de una ventana y le disparo. Tengo la intención directa de matar a V. De acuerdo con la ley, también tengo la intención indirecta u oblicua de romper el panel de vidrio detrás del cual está parado y así cometer un daño criminal. El daño criminal es un requisito previo y un medio necesario para lograr mi propósito deseado de matar a V."[756]

Otro ejemplo, es el siguiente: "D pone una bomba en un avión que transporta mercancías que D ha asegurado. Su plan es hacer estallar el avión en pleno vuelo y reclamar el dinero del seguro por los bienes destruidos. Sabe que si la bomba estalla es prácticamente seguro que el piloto morirá. A su debido tiempo, la bomba explota, matando al piloto".[757]

Otras veces la *oblique intent*, parece referirse al dolo eventual, cuando se sostiene que se da cuando el resultado es prácticamente cierto, como consecuencia de la actuación del

[754] LOVELESS, J. Op. Cit. Pág.93.

[755] DUFF, ANTONY-GREEN, STUART P. (Edit.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press. New York, 2005. Pág.52.

[756] Idem.

[757] HERRING, J. Op. Cit. Pág.176.

sujeto y este lo aprecia como tal, es decir, virtualmente cierto a consecuencia de sus actuaciones.[758]

En este sentido también se dice que la *oblique intent* es cuando un resultado no es el objetivo buscado por la conducta del sujeto, cuando se prevé dicho resultado con un elevado grado de certeza, como un riesgo casi absoluto. [759]

Otra variante de las formas del *mens rea* es el conocimiento -*knowledge*-, el cual consiste en saber de parte del sujeto activo que existe alguna circunstancia o estado de cosas, esto exige una creencia positiva (y correcta), por parte del acusado de que la circunstancia relevante efectivamente existe. Legalmente hablando, conocimiento significa creencia verdadera.[760]

La mera sospecha, esto es, imaginar o suponer una cosa no es conocimiento, debe tener conocimiento real. Sin embargo, la sospecha tiene cabida en la imprudencia. Además, puede llegar a convertirse en conocimiento, cuando el sujeto activo sabía que existía el riesgo de que alguna circunstancia del delito ocurriera, sobre la base de la existencia de elementos externos o indicios (sospecha) y deliberadamente decide no hacer más investigaciones para encontrar la verdad. Esto sería la aplicación de la doctrina de la ceguera intencional- *wilful blindness*-.[761]

El CPM define el estado mental de conocimiento como aquél en el que una persona actúa a sabiendas con respecto a un elemento material de un delito, cuando: (i) el elemento involucra la naturaleza de su conducta o las circunstancias concomitantes y es consciente de que su conducta es de esa naturaleza o que tales circunstancias existen; y (ii) si el elemento implica un resultado de su conducta y sabe que es prácticamente cierto que su conducta provocará tal resultado.[762]

---

[758] THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 100.

[759] BERNAL DEL CASTILLO, J. Op. Cit. Pág.136, citando a Ashworth.

[760] SIMESTER, A.P. Op. Cit. 2016. Pág.157.

[761] Idem.

[762] Section 2.02 (2) (b) CPM

Se advierte que en la primera modalidad el concepto coincide con el derecho inglés; sin embargo, la segunda modalidad parece confundirse con la intención indirecta, pues no se exige conocimiento cierto, sino casi cierto o prácticamente seguro (virtualmente seguro). La diferencia entre conocimiento e intención, es que en esta última prevalece la voluntad y en el *knowledge* el saber.

Pero a final de cuentas, ambos grados de *mens rea* coexisten en la intención pues el que sabe que con su conducta se producirá un resultado prácticamente seguro, a menos que no actúe voluntariamente o carezca de capacidad para dirigir sus actos, tiene la intención de que se produzca ese resultado. La distinción de los conceptos de intención y conocimiento, solo puede haberse originado con la idea de facilitar la prueba para ciertos delitos, en los cuales bastaría probar el conocimiento y no la intención.

En el derecho anglosajón y en el derecho penal internacional se mencionan dentro de las modalidades de la conducta la intención y el conocimiento, a veces en forma separada. En realidad, son etapas de los actos voluntarios[763].
Se plantea que el concepto propósito es un concepto diferente a la intención, pero comparten el elemento conocimiento. El conocimiento de la existencia de las circunstancias externas requeridas es un elemento común, tanto en la actuación con propósito como en la conducta intencional. Pero para que la acción sea de propósito, requiere que su objetivo consciente sea realizar la conducta de esa naturaleza o causar ese resultado. Es muy diferente cuando la actitud del actor consiste en estar consciente de que su conducta es de la naturaleza requerida o que el resultado prohibido se producirá prácticamente seguro, a raíz de su conducta.[764]

[763] Por lo general, se considera que en todo fenómeno de la voluntad hay una previa representación o, mejor dicho, un conocimiento, una finalidad, una decisión, una resolución y una acción (el proceso de aprehensión-valoración/deliberación-resolución y ejecución). Entrelazados con estos elementos se hallan los llamados motivos de la voluntad, que son concebidos a veces como lo que hace que la voluntad se ponga en marcha y que en ocasiones son considerados como el mero incentivo del momento de la resolución o de la acción. FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Tomo II, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964. Pág. 919.

[764] KADISH, SANFOR H. y SCHULHOFER, STEPHEN J. Op, Cit. Pág.224. Ver también: https://www.law.cornell.edu/wex/intent

Otra forma de estado mental en la realización del delito es la *recklessness*, la cual en el derecho inglés tradicionalmente se había definido con base en dos vertientes de su jurisprudencia: la teoría subjetiva o *Cunningham recklessness* y la teoría objetiva o *Caldwell recklessness*. En la subjetiva que es la más aceptada se sostiene *recklessness* cuando el sujeto cree que su conducta aumentará el riesgo de daño y es irrazonable para el sujeto correr el riesgo que el prevé.[765] Otra forma de concebir esta teoría es que el acusado era consciente de que existía el riesgo de que su conducta causara un resultado particular y el riesgo fue irrazonable para el acusado.[766] Se ha definido también, como aquella en que el acusado ha previsto que puede ocurrir un tipo particular de daño y sin embargo, se ha arriesgado a ello. La doctrina subjetiva prevalece, al haber sido excluida *Caldwell* por la Cámara de los Lores.[767]

La doctrina *Caldwell,* ya abandonada por los tribunales, sostenía que la *recklessness* incluía a acusados que no eran conscientes de un riesgo evidente y contenía una forma objetiva, en la que no se consideraba la situación interna del sujeto y sus capacidades, sino solo la comparación de la conducta con la que una persona razonable hubiera realizado. [768]

Para algunas jurisdicciones del DA la *recklessness* puede darse con advertencia consciente del riesgo o la inadvertencia negligente del peligro.[769] No sucede lo mismo, en la concepción estadounidense.

El CPM afirma la existencia de la *recklessness* cuando una persona actúa imprudentemente con respecto a un elemento material de un delito, cuando descarta conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material exista o resulte de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que considerando la naturaleza y finalidad de la conducta del actor y de las circunstancias conocidas por él, su

[765] SIMESTER, A.P. Op. Cit. 2016. Págs.148-149.

[766] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.143.

[767] LOVELESS, J. Op. Cit. Pág.116.

[768]ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law, Oxford University Press*, Oxford, 2013. Págs.179-181.

[769] FISSE, BRENT, *Howard's Criminal Law*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1990. Pág. 115.

desprecio implica una grave desviación del estándar de conducta que una persona respetuosa de la ley observaría en la situación del actor.[770]

La conceptualización estadounidense plantea un concepto de esta modalidad, en la que el sujeto es consciente del riesgo, pero lo descarta. [771]Además, parece aplicar la doctrina Caldwell inglesa, que basa su examen en condiciones objetivas, como sería el comportamiento estándar de una persona respetuosa de la ley.

La *recklesness* ocurre cuando el sujeto desprecia conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material del delito exista o resulte de su conducta. En algunos países del DA la producción del riesgo debería tener una probabilidad menor que la de la modalidad de conocimiento, para permitir su distinción.

Teniendo en cuenta los conceptos anteriores, al menos con respecto a la definición en Estados Unidos, podemos entender que la *recklessness* sería más cercana a la culpa consciente del derecho continental europeo. Se sostiene en Estados Unidos que la conducta con *recklessness* se distingue de la acción negligente, en que en la primera el actor conscientemente descarta un riesgo sustancial e injustificado, en lugar de ser simplemente irrazonable en su comportamiento. Ambas formas de actuación, demuestran la falta de cumplimiento de un estándar razonable de cuidado, pero la negligencia difiere en que el acusado desconocía los peligros anticipados.[772] En la *recklessness* el sujeto reconoce el riesgo, pero decide actuar a pesar de la seriedad del peligro.

Algunos autores consideran que la determinación de si el *mens rea* de un hecho se califica como *recklessness* o intención, dependerá del grado de probabilidad del resultado previsto, si este es muy alto será imputado como causado con intención.[773]

[770] Section 2.02 (2) (c) CPM.

[771] Section 2.02 c) CPM.

[772] CARLAN, P. E. Op. Cit. Pág. 13; Ver también: .https://www.law.cornell.edu/wex/reckless (Último acceso a las 18:50 del 15.11.2022)

[773] BERNAL DEL CASTILLO, J. Op. Cit. Pág.138, citando a Ashworth, Buzzard y Smith J.C.

En el derecho estadounidense se plantea la diferencia entre la intención o propósito y la *recklessness*, en que ésta última implica la creación consciente de riesgos. Se parece al actuar a sabiendas en que se trata de un estado de conciencia, pero la conciencia es de riesgo, es decir, de una probabilidad inferior a la certeza sustancial que corresponde al estado de conocimiento. Si el riesgo se relaciona con la naturaleza de la conducta del actor, o a la existencia de las circunstancias concomitantes requeridas, o al resultado que pueda ocurrir, es irrelevante; el concepto es el mismo y se define así para aplicarse a cualquier elemento material. El riesgo debe ser sustancial e injustificable. No sería *recklessness*, por tanto la creación de un riesgo, aunque sustancial, el creado por un médico que con su bisturí causa heridas profundas al paciente, para tratar de salvarle la vida, porque la creación del riesgo ha sido razonable.[774]

Sobre las diferencias entre *recklessness* y conocimiento, también, estas varían de acuerdo a los conceptos que se sigan de la primera en cada país.

En Canadá se puede establecer una distinción entre *recklessness* y conocimiento, sobre la base de que el acusado de *recklessness* solo necesita ser consciente de la posibilidad de que ocurra la consecuencia o las circunstancias prohibidas, en lugar de conocer la probabilidad de tales eventualidades.[775]

Para algunos, en la *recklessness* se entiende que había un riesgo significativo para que el resultado final ocurriera y el sujeto activo así lo apreció.[776] Se trata de una situación en la que el sujeto conoce y asume el riesgo irracional. Si no conoce el riesgo, al menos debe ser consciente de la probabilidad de que ese riesgo exista.[777]

Se plantea también la diferencia entre la *oblique intent* y la *recklessness*, sosteniendo que mientras la intención oblicua requiere que el sujeto activo prevea un resultado prácticamente seguro, siendo virtualmente cierto que tal riesgo ocurrirá, la *recklessness*

[774] KADISH, SANFOR H. y SCHULHOFER, STEPHEN J. Op, Cit. Págs.224-225.

[775] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. Versión Kindle. Pág. 51.

[776] THOMAS, M. Op. Cit. Pág.109.

[777] SIMESTER, A. P. Op. Cit. Págs. 138-139.

se relaciona con la previsión de grados más bajos de riesgo, que van desde probabilidades altas a bajas, pero no certeza.[778]

A propósito del conocimiento, es relevante la llamada ceguera voluntaria – *wilful blindness*-, a la que ya se hizo referencia antes, en el que el sujeto intencionalmente se coloca en la posición de no enterarse de la situación y trae como consecuencia que se le atribuya un estado de conocimiento. [779]

Finalmente sobre la negligencia, el derecho inglés ha sostenido que si el acusado se ha comportado de la manera en que una persona razonable no lo haría, entonces es negligente. La negligencia utiliza una prueba objetiva. No es necesario demostrar que el demandado pretendía o preveía un riesgo. Lo que importa es la conducta del acusado, si el acusado actúa de una manera que era razonable en las circunstancias.[780]

Según el CPM se actúa negligentemente cuando una persona, con respecto a un elemento material de un delito, debería ser consciente de un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o resultará de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado, que la falta de percepción por parte del actor, considerando la naturaleza y el propósito de su conducta y las circunstancias conocidas por él, implica una desviación grave del estándar de cuidado que una persona razonable observaría en la situación del actor. La negligencia desde esta concepción se refiere a riesgos provocados por la conducta del sujeto que debía conocer, se trata de una definición equivalente a la culpa inconsciente del derecho continental europeo.

La negligencia se distingue de una acción intencionada, a sabiendas o con *recklessness*, en la medida en que no implica un estado de conciencia. El sujeto crea inadvertidamente un riesgo sustancial e injustificable del cual debería haber sido consciente. Es responsable si dada la naturaleza y grado del riesgo, el propósito de su conducta para haber actuado de esa manera, así como las circunstancias conocidas por el sujeto, su falta de percepción es considerada una desviación grave del cuidado que sería ejecutado por

[778] LOVELESS, J. Op. Cit.Pág.95.

[779] SIMESTER, A.P. Op. Cit. Pág.158.

[780] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág..152.

una persona razonable en su situación. Comparte con la *recklessness* el requisito de la sustancialidad del riesgo.[781] Por otro lado, esa consideración objetiva se equilibra con la exigencia de tomar en cuenta las circunstancias personales del sujeto activo.

Además, la negligencia ha sido clasificada por algunos en diferentes niveles. Así se habla de negligencia grave -*gross negligence*- y negligencia normal o estándar -*ordinary negligence*-. [782] Esto es algo coincidente con el tratamiento que en algunas legislaciones del derecho continental europeo, se ha dado a la imprudencia, graduándola entre temeraria y simple o imprudencia grave o leve.[783]

Dentro de las modalidades del *mens rea* en Estados Unidos se reconocen, teniendo en cuenta el Código Penal Modelo, la intención o propósito -*intent, intention or proposely*-, el conocimiento -*knowledge*-, imprudencia consciente (o para algunos, dolo eventual) –*recklesness*- y negligencia o culpa inconsciente -*negligence*-.

Esto es coincidente con las clases de *mens rea* más comunes en Escocia, aunque no siempre en sus contenidos: la intención de hacer algo delictivo, la *recklessness*, gran indiferencia en cuanto a las consecuencias de las propias acciones y el conocimiento sobre algún aspecto del acto.[784]

La *negligence* es cuando el sujeto con respecto a un elemento material de un delito, debería ser consciente de un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material existe o resultará de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que la falta de percepción por parte del actor, considerando la naturaleza y el propósito de su conducta y las circunstancias conocidas por él, implica una desviación grave del estándar de cuidado que una persona razonable observaría en la situación del acto.[785]

---

[781] KADISH, SANFOR H. y SCHULHOFER, STEPHEN J., Op. Cit. Pág. 225.

[782] Legal Information Institute, Cornell Law School https://www.law.cornell.edu/wex/gross_negligence# (Último acceso: a las 18:37 del 05.11.2022)

[783] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.288.

[784] MCDIARMID, CLAIRE, Fundamentos del derecho penal escocés, 3a. edición, EUP, Edimburgo, 2018. https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=1815055&lang=es&site=eds-live. (último acceso 05:34 del 27.10.2022)

[785] Art. 2.02 (2) (d) CPM.

La intención se puede diferenciar del conocimiento, en que la primera busca realizar determinados elementos materiales, mientras en el *knowledge* solo se advierte que el resultado prohibido es prácticamente seguro o cierto que se producirá por su conducta. Si comparamos la *recklesness* con la *negligence*, encontramos que en aquella se advierte el riesgo o peligro de que el elemento material exista o resulte de su conducta; mientras en esta el sujeto no advierte ese riesgo. La negligencia se distingue de las modalidades de intención y *recklesness* en que no implica un estado de conciencia.

En el conocimiento el concepto clave es la conciencia, pues conocimiento significa conciencia; el conocimiento con respecto al resultado. Sin embargo, no se requiere conocimiento de un hecho sino de una certeza práctica, una probabilidad cercana, pero no igual al 100 por ciento. [786]

De acuerdo al CPM, tal y como se han formulado los conceptos, se admite la actuación de propósito sin conocimiento o el conocimiento sin propósito. Este último requiere que el resultado sea el objetivo, sin estar seguro del éxito; mientras en el conocimiento se exige conciencia de una certeza práctica de que el resultado se producirá.[787]

Sobre la diferencia entre conocimiento, r*ecklessness* y negligencia, esta se basa en consideraciones cuantitativas, en el conocimiento en la magnitud del riesgo, el grado de certeza. El conocimiento requiere certeza práctica, la imprudencia y la negligencia solo riesgo sustancial. El conocimiento requiere conciencia; la *recklessness* requiere desprecio consciente de un riesgo sustancial, el cual debe medirse contra algún grupo de control (personas que respetan la ley) y debe equivaler a una desviación grave del estándar de conducta de ese grupo. La negligencia es la ignorancia culpable de un riesgo sustancial.[788]

El Código Penal Modelo describe una serie de reglas para la culpabilidad en el artículo 2.02., en los numerales (3) al (10). Entre ellas se determina que: la responsabilidad

[786] DUBBER, MARKUS, and HÖRNLE, TATJANA, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Incorporated, 2014. ProQuest Ebook Central, http://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/detail.action?docID=1657768. Created from universidadcomplutense-ebooks on 2022-10-18 05:58:51.

[787] Idem.

[788] Idem.

subjetiva debe abarcar todos los elementos materiales del delito, a menos que se disponga otra cosa; cuando se requiere conocimiento de la existencia de un elemento de un delito, basta una alta probabilidad de su existencia, a menos que realmente crea que no existe; el requisito de actuación deliberada se cumple con el conocimiento de los elementos materiales del delito, excepto cuando se evidencia la imposición de requisitos adicionales; la prohibición legal de una conducta, no forma parte del conocimiento de los elementos del delito, a menos que excepcionalmente así se disponga, etc.

La exigencia de correspondencia total entre *mens rea* y *actus reus* sería la regla general, que admite excepciones cuando para la responsabilidad subjetiva es suficiente abarcar elementos específicos de la parte material del delito. La alta probabilidad, que podría ser equivalente a la probabilidad rayana en la certeza, sería lo casi cierto, prácticamente cierto o virtualmente cierto. La equivalencia entre la actuación de propósito y el conocimiento, expresa la relación permanente que desde antiguo se viene haciendo entre estos dos grados de la *mens rea*.[789] Con la exclusión de la prohibición legal, como parte de los elementos abarcados por el conocimiento, intención o imprudencia, se formula el *actus reus* como un verdadero tipo objetivo, similar a la teoría del finalismo.

Los casos que excluyen la acción, al igual que sucede en el DCE, se entienden que pertenecen al *actus reus*.

Otros elementos muy relacionados con el *mens rea* son la ignorancia, el error de hecho y el error de derecho.[790] Si bien suelen tratarse dentro de las defensas, el error proviene de la actitud mental del sujeto, la inaplicabilidad de la *mens rea* se plantea en el análisis del estado mental del sujeto frente al delito; en razón de lo cual algunos autores sostienen que su tratamiento pertenece a la *mens rea*.[791]

Son también causas que excluyen el *mens rea*, la enfermedad mental y la intoxicación no letárgica de carácter involuntaria y se resuelven en la parte de las *defences*.

[789] Ver al respecto, en el primer capítulo, el referido a la evolución del *mens rea*, como en el derecho y la religión hebreas, se consideraba necesario el conocimiento para la existencia de la intención.

[790] REID, SUE TITUS, *Criminal Law*, 3th. Edit., Prentice Hall, New Jersey, 1995. Págs. 70 y sigs.

[791] THOMAS, M. Op.Cit. Págs.309-312.

Se plantea por los autores Kadish-Schulhofer [792] que en el derecho penal de Estados Unidos, hay tres grupos de casos en los que se expone la incapacidad para tomar decisiones, que deben excluir la culpa son: a) actos involuntarios; b) acciones deficientes pero razonables, por incapacidad de conocimiento o de voluntad y c) la irresponsabilidad por inadecuadas capacidades para juzgar o ejecutar decisiones. Igual que sucede en el derecho inglés, los actos involuntarios darían lugar a excluir el *actus reus*. Las deficiencias de conocimiento se refieren a los casos de error y conductas por coerción. El último caso es el de la falta de responsabilidad, por enfermedad o deficiencia mental.

El error es admisible como defensa, cuando el imputado a consecuencia del mismo, carecía del *mens rea* requerido para el delito. El más común y extendido es el error de hecho. El error significa que no se tiene la intención de realizar el crimen. No se admite el error por una equivocación en la identidad de la víctima. Sí es admisible como defensa, la suposición errónea de que existe una causa de justificación para cometer el crimen. Se reconocen excepcionalmente casos de error de derecho, cuando la norma quebrantada no ha sido publica o el sujeto que ha cometido el delito, ha seguido las instrucciones o asesoramiento de una agencia estatal sobre la licitud de la conducta. Un caso especial para negar la *mens rea* por error de derecho, es el de la consideración de actuación honesta en delitos de robo, cuando el imputado creía honestamente que tenía facultades legales para quitar la propiedad a otro. [793]

El error de derecho -*error of law* en Inglaterra y *mistake of law* en USA-, por regla general no es aceptado, dado que se parte del principio clásico de que nadie puede alegar ignorancia de derecho. Sin embargo, existen unas pocas excepciones.

El error sobre la ley penal inglesa no es defensa, pero es posible que el error que verse sobre un elemento normativo del *actus reus* sea admisible. Así el sujeto que comete un delito de invasión a propiedad ajena, creyendo que es de su propiedad, podría ser candidato a la absolución, al admitirse que actuó con error sobre uno de los elementos del

[792] KADISH, S. H. and SCHULHOFER, S. J. Op. Cit. Pág..922 y sigs.

[793] HERRING, J. Op. Cit. Págs. 625 y 688.

actus reus relativos al derecho de propiedad civil.[794] El error de derecho puede derivar de ignorancia o de un defecto de conocimiento y a veces se trata de forma separada.

En Estados Unidos la sección 2.04 (3) del CPM, establece dos casos en los que se acepta la ignorancia de derecho: a) cuando el acusado no conoce la ley y la ley no ha sido publicada o puesta razonablemente a disposición del público; b) Cuando el demandado ha basado su comportamiento en una declaración oficial de la ley. La primera se resume en una falta de advertencia y la segunda es una razón de confianza. [795] Esta última puede basarse en una prescripción de la ley, que luego se determina que era incorrecta, contenida en una interpretación oficial del funcionario a quien la ley atribuye la responsabilidad de interpretar o hacer cumplir la ley. Los tribunales federales de Estados Unidos han establecido esta defensa como "*entrapment by estoppel*".[796] Se entiende que se trata de una trampa para el sujeto, mediante un comportamiento incoherente o indebido de un oficial del Estado.

Se hace una diferencia entre el error de hecho para delitos de intención específica y delitos de intención general. El error para los primeros excluye la *mens rea* cuando niega el intento específico de la parte correspondiente del crimen, sin importar si es o no razonable. Si bien se reconoce como defensa para los efectos procesales, no deja de ser una causa que hace desparecer la *mens rea*. Para los delitos de intención general, se requiere que el error sea razonable. [797] En este sentido el error de hecho-*error of fact* o *mistake of fact*-, para que fundamente la exclusión del *mens rea*, debe ser serio o extremo y considerando los hechos concretos debe tener causas razonables, racionales o plausibles.

La doctrina del acto moral incorrecto es otra figura a tomar en cuenta en el error. De acuerdo a ella, si se establece la culpabilidad moral en el contexto del error sobre una

[794] LOVELESS, JANET, *Complete Criminal Law*, Text, Cases and Materials, Fourth Edit., Oxford University Press, Oxford, 2014. Pág.427.

[795] LIPPMAN, MATTEW ROSS, *Contemporary Criminal Law: Concepts, Cases, and Controversies*, Sage Publications, 2007. Pág..316.

[796] DRESSLER, J., Op. Cit. 2007. Pág..204.

[797] DRESSLER, JOSHUA. Understanding Criminal Law, 7th. Edit., LexisNexis, New Providence, NJ, 2015. Págs..158 y sigs.

circunstancia concomitante, el sujeto aún puede evidenciar una culpabilidad moral digna de castigo. La base de la doctrina es que no debería haber exculpación por un error, cuando si los hechos hubieran sido como los creyó el autor, su conducta aún sigue siendo inmoral.[798]

El CPM, en la sección 2.04 (1) establece que la ignorancia o el error en cuanto a una cuestión de hecho o de derecho, es una defensa si: (a) la ignorancia o error niega el propósito, conocimiento, creencia, imprudencia o negligencia requerida para establecer un elemento material del delito; o (b) la ley disponga que el estado de ánimo establecido por tal ignorancia o error constituye una excepción. Por la redacción de los literales, se entiende que el tipo de error a los que se hace referencia en esta parte, son los de hecho, dado que la letra a) hace mención de los elementos materiales del delito y la letra b) al estado de ánimo, más propio de la intención.

En el DA se distingue la ignorancia de los hechos con respecto al error de hecho. La ignorancia es la falta de conocimiento y el error es la creencia equivocada de la realidad. La diferencia no tiene efectos prácticos de importancia. [799]

Relacionado con el error, pero no tratado como tal, está la llamada transferencia de *mens rea* la cual es una figura particular del derecho anglosajón para resolver casos en los cuales el sujeto u objeto de la conducta delictiva, difiere de la persona o cosa que el hechor había fijado previamente en su *mens rea*, como meta de su conducta. Solo aplica a los delitos de intención, no a los de imprudencia. La intención transferida es atribuir la intención a un sujeto que yerra sobre la identidad o la precisión en el acto criminal, perjudicando a una víctima que no era su meta o recayendo su acción sobre un objeto distinto. La regla es que el hechor es culpable, en la misma medida en que hubiera tenido la intención de dañar a la persona a la que realmente hirió o al objeto sobre el cual recayó su acción. La intención respecto de una víctima se transfiere por una ficción jurídica a otra. La regla que se desprende de lo anterior es que la intención, sólo puede trasladarse

[798] Ibídem. Págs..160 y sigs.

[799] Ibídem. Pág..155.

dentro del mismo delito, porque el imputado debe tener el *mens rea* y cometer el *actus reus* propio del delito que se le imputa.[800]

En el RL estos casos se resuelven bajo otras figuras. Por ejemplo, cuando el sujeto mata a una persona distinta del que se había planteado matar con su acción, porque confunde su identidad (caso del error en la persona) o cuando queriendo matar a una persona, no tiene precisión en el disparo y mata a otra que se encontraba cerca (error en el golpe o *aberratio ictus*). [801]

En cuanto a la intoxicación, la regla general es que la causada por bebidas alcohólicas o drogas no es, per se, una defensa. Así lo ratificó la Corte de Apelaciones en R v Heard, 2008, QB 43; más bien es una causa que puede excluir la *mens rea* necesaria del delito imputado. [802]

Esto es una posibilidad bajo ciertas circunstancias, que permite ser utilizada para comprobar que el sujeto carecía de *mens rea* para cometer el delito. La intoxicación involuntaria puede excluir el *mens rea*. En cuanto a la intoxicación voluntaria, la regla que se aplica es la deducida en el caso *Majewski*: puede usarse como defensa en delitos de intención específica, pero no en delitos de intención básica. Normalmente los delitos de intención básica son los que tienen un equivalente de figura imprudente, además de la intencional; pero hay excepciones.[803] Adicionalmente, si bien se puede rechazar la intoxicación, no impide que el juez la tenga en cuenta para dictar sentencia.

La intoxicación involuntaria no es suficiente para proporcionar una defensa, si el imputado tiene la *mens rea* necesaria para cometer un delito;[804]de modo que se sostiene que la intoxicación involuntaria puede respaldar una defensa por enfermedad mental, si produce el efecto requerido en la mente del acusado. Se cita sobre este aspecto el caso

[800] BAKER, DENNIS, *Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2012. Págs.123 y sigs.

[801] CUELLO CONTRERAS, J. - MAPELLI CAFFARENA, B. Op. Cit.

[802] THOMAS, M. Op. Cit. Pág. 315.

[803] LOVELESS, J. Op. Cit. Págs.430-431; DIX, GEORGE E., *Criminal Law*, 19th edit., Gilbert, St. Paul, 2016. Pág.19 y sigs.

[804] HERRING, J. Op. Cit.2016. Pág.688.

Burrows v. State, 297 P. 1029, Ariz. 1931. Igualmente, una anomalía física o psicológica razonablemente establecida causada por el uso repetido de intoxicantes puede respaldar la defensa. Así, se menciona el caso People v. Griggs, 110 P.2d 1031, Cal. 1941.[805]
La enfermedad mental o desorden mental, conocida como -*insanity*, *mental disorder*, o *mental disease*-, excluye la responsabilidad por falta de capacidad para apreciar la ilicitud del hecho o para ajustar su conducta al mismo. [806]Se ha entendido que impide la formación del *mens rea*, aunque se utilice como una defensa.

La enfermedad mental se trata como una defensa, tanto si la padecía en el momento del delito o en el momento del juicio. Se debe probar que el imputado no sabía lo que estaba haciendo o que su conducta era incorrecta. La declaración de -*insanity*- en el proceso penal que da lugar a la declaración de inocencia, no impide que el imputado pueda ser privado de su libertad conforme la ley civil.[807]

Sobre la enfermedad o defecto mental el CPM, establece en la sección 4.01, que se trata de una excluyente de responsabilidad, cuando:
(1) Una persona no es responsable de una conducta delictiva si en el momento de dicha conducta como resultado de una enfermedad mental o defecto, carece de capacidad sustancial para apreciar la criminalidad, ilicitud, de su conducta o para ajustar su conducta a las exigencias de la ley.
(2) Tal como se utiliza en este artículo, los términos "enfermedad o defecto mental" no incluyen una anomalía que se manifieste únicamente por conducta delictiva o antisocial reiterada.

El numeral primero coincide sustancialmente en el efecto de exclusión de la culpabilidad, como se trata en el DCE, tanto por la falta de comprensión de lo ilícito del hecho, como la falta de capacidad para ajustar la conducta a esa comprensión. El numeral (2) excluye

[805] DIX, GEORGE E. Op. Cit. Pág. 91.

[806] BERMANG, PAUL, *Criminal Law*, 3th edit., Nolo, Berkeley, CA., 2016. Pág.205; LEVENSON, LAURIE L., *The Glannon Guide to Criminal Law*, fourth edit., Wolters-Kluwer, New York, 2015; DAVENPORT, ANNIKEN, *Basic Criminal Law: The U.S. Constitution, Procedure, and Crimes*, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006. Pág.274.

[807] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Pág.625.

casos de conductas delictivas o antisociales repetidas, normalmente asociadas a defectos de socialización o de personalidad.

En la jurisprudencia son relevantes en materia de enfermedad mental, los casos M'Naghten y Clark v. Arizona. En el último, el acusado no negó haber disparado a un oficial o la muerte de este; pero argumentó que debido a su esquizofrenia paranoide no tuvo la *mens rea* necesaria, en este caso, la intención específica de disparar a un oficial o saber que lo estaba haciendo y alegó que en el momento de los hechos estaba afectado por una enfermedad, que no le permitió saber que el acto era incorrecto. El Tribunal confirmó la constitucionalidad de la ley de Arizona para eliminar una de las reglas de M´Naghten, relativa a demostrar que el acusado no poseía el nivel de intención mental requerido para satisfacer un elemento del delito y únicamente era admisible probar una enfermedad o defecto mental que le impide reconocer que su acción era incorrecta. En este caso, según la prueba psiquiátrica aportada, el acusado conocía el bien del mal, en razón de lo cual no podía calificar bajo la defensa por locura de Arizona. [808]

Bajo las reglas del caso M'Naghten, de la jurisprudencia inglesa, se debe analizar si un defecto mental impide a un acusado entender lo que estaba haciendo y determinar si una enfermedad o defecto mental deja a un acusado incapaz de entender que su acción fue incorrecta.[809] Una de las soluciones actuales es aplicar el test del CPM.

Otro caso es el de *Mott* que sostuvo que el testimonio de un psicólogo o psiquiatra profesional sobre la incapacidad mental de un acusado debido a una enfermedad o defecto mental era admisible, y sólo podía considerarse por su relación con una defensa de demencia, pero no podía considerarse sobre el elemento de *mens rea.*[810]

Muy próximo a la enfermedad mental se trata el caso de la minoría de edad o inmadurez -*immaturity*-, según la cual, un niño por debajo de cierta edad no puede ser culpable de un delito y por lo tanto no puede ser juzgada por ningún tribunal, ya sea de menores o

[808] CS, CLARK v. ARIZONA, No. 05-5966, 29.06.06 https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-5966.ZS.html (Último acceso a las 16:35 del 23.07.2022)

[809] https://www.law.cornell.edu/wex/m%27naghten_rule

[810] Corte Suprema de Arizona, State v. Mott, 187 Ariz. 536, 931 P. 2d 1046.

adultos. También se establece un rango de edad para los menores, para ser juzgados por tribunales especiales por su edad, pero que no impide que los menores sean llevados a la jurisdicción de adultos y juzgados como tales en determinados casos.

En Estados Unidos, el CPM. establece (1) Una persona no será juzgada ni condenada por un delito si: (a) en el momento de la conducta acusada de constituir el delito era menor de dieciséis años de edad, en cuyo caso el Juzgado de Menores tendrá jurisdicción exclusiva; o (b) en el momento de la conducta imputada constitutiva del delito tenía dieciséis o diecisiete años de edad, a no ser que: (i) el Tribunal de Menores no tenga jurisdicción sobre él, o (ii) el Tribunal de Menores ha emitido una orden renunciando a la jurisdicción y consintiendo la institución de proceso penal en su contra.

Sin embargo, las leyes de los estados permiten procesar a menores como adultos, desde la edad de diez años, sin que puedan ser condenados a cadena perpetua o pena de muerte.[811]

1.2 Sistema europeo continental, *Civil Law* o *Roman Law*

Cuando se habla de este sistema, encontramos países cuya doctrina de autores y legislación, con respecto a la responsabilidad subjetiva, corresponde a principios más o menos uniformes, como es el caso de España, Alemania e Italia y los países iberoamericanos. Pero también se encuentran en esta categoría Estados que evidencian algunas divergencias. Ese es el caso de Francia, que admite la responsabilidad objetiva para determinados comportamientos criminales.

En esta parte se desarrollarán los contenidos de la responsabilidad subjetiva, tomando en cuenta la opinión de los autores de España y Alemania, que cuentan con una enorme riqueza doctrinal procedente de los autores de derecho y su jurisprudencia; siendo, probablemente, los dos países que actualmente tienen mayor influencia en el sistema

[811] https://www.law.cornell.edu/wex/es/sistema_de_justicia_juvenil (Último acceso: 7:06 del 26.10.2022)

europeo continental. España con respecto a los países iberoamericanos y Alemania en diversas partes del mundo.

1.2.1 Fundamentos básicos de la responsabilidad subjetiva

El principio de culpabilidad tiene en España y Alemania reconocimiento constitucional, además de que en toda Europa, conforme la jurisprudencia del TEDH, es de obligatoria aplicación el referido principio.[812] Debe aclararse que el concepto culpabilidad puede tratarse como derecho humano cuando se hace referencia al principio de culpabilidad, como principio general del derecho penal con la misma designación y como categoría del delito expresada como culpabilidad. A final de cuentas lo determinante para el derecho penal, es que en los casos en los que deba responsabilizarse a un sujeto, se debe comprobar su responsabilidad subjetiva individual y su capacidad de culpa; lo que se traduce en la necesidad de contar con una teoría del delito que trate cada uno de esos elementos.

Como se expuso en el capítulo anterior sobre las generalidades, en este sistema de derecho el delito tiene tres partes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, Algunos autores agregan la punibilidad en algunos casos. El tipo se descompone en una parte objetiva, en donde se describe el hecho delictivo externo y una parte subjetiva, que contiene el dolo y los demás elementos subjetivos o la culpa. La teoría del delito y la dogmática, en general, cuentan con un amplio desarrollo. El sistema está dirigido, esencialmente, en lo que se refiere al derecho penal, a darle coherencia a la teoría del delito y a la ley, para permitir su aplicabilidad en los casos prácticos, con la utilización de conceptos racionales, lógicos y sistematizados; pero no hay una orientación procesal o probatoria, con lo que la responsabilidad subjetiva, es una tarea que requiere técnicas y reglas que funcionan prácticamente en ámbitos separados, sin vinculación expresa.

Si bien la ley sustantiva puede proveer elementos o requisitos de los conceptos, que son seguidos en el ambiente procesal para definir la prueba necesaria, ni el académico o legislador de la ley sustantiva toman en cuenta que tan claros y eficaces son los conceptos,

[812] Ver en el tema: Principio de Culpabilidad, correspondiente al Capítulo II, sobre Responsabilidad Subjetiva y Derechos Humanos, la referencia a sentencias de los tribunales constitucionales de España, Alemania y TEDH.

para probar la existencia de los mismos, ni el procesalista o la ley procesal está dedicado a medir la eficacia o nivel de practicidad de los conceptos dentro de los procesos. Hasta hace muy poco y por influjo de los sistemas procesales de Estados Unidos, las normas procesales de los países iberoamericanos han adoptado las llamadas Reglas de Evidencia, en donde se establecen algunos vínculos más precisos entre el derecho sustantivo y el derecho probatorio perteneciente al derecho procesal penal.

Por todo ello, los conceptos de la parte subjetiva del tipo, en el derecho continental europeo, tienen una enorme carga teórica en la que el esfuerzo está orientado, en su mayor parte, a desarrollar conceptos con la mayor pulcritud lógica. Un comparativo de la responsabilidad subjetiva entre los sistemas continental europeo y anglosajón, nos puede llevar a percibir conceptos de mayor precisión y con menor facilidad de prueba en el primero, y de menor precisión y mayor facilidad de prueba en el segundo. Estas diferencias, no obstante, pueden ser superadas en el DPI, en donde los acercamientos de los sistemas operan bajo un principio (no acordado) de renuncia mutua, a las características más preponderantes de cada uno. De hecho, la normativa internacional penal y la propia jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, evidencian que la precisión de los conceptos se desvanece y la facilidad de prueba no es absoluta.

En el RL por ese alto nivel de abstracción y riqueza conceptual, la diversidad de teorías para explicar el delito ha venido evolucionando con mayor rapidez a través del tiempo y el abordaje de todos los conceptos del delito puede diferir según se aplique el causalismo, finalismo o funcionalismo.

Actualmente, la teoría que sostenía que el dolo formaba parte de la estructura de culpabilidad y la tipicidad tenía por contenido solo la parte objetiva, no tiene aplicabilidad en la doctrina de los expositores del derecho ni en los tribunales, excepto por la aplicación de elementos parciales de la teoría. Por lo tanto, partimos de una opinión generalizada de que la responsabilidad subjetiva por la comisión de delitos, se encuentra en la tipicidad. Adicionalmente se requiere conocimiento de la antijuricidad en los delitos dolosos y se examina la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en la categoría de la culpabilidad, como condición para responsabilizar penalmente a un acusado. Debe reconocerse que también hay una teoría, la funcionalista, que en alguna de sus vertientes pretende prescindir o vaciar de contenido al concepto culpabilidad.

1.2.2 Modalidad de tipos subjetivos

Se mencionan como formas de comportamiento típico: el dolo y la culpa, también denominada ésta última negligencia o imprudencia. Adicionalmente, se recurre a un concurso o forma mixta entre los comportamientos dolosos y culposos, para aplicarlo a casos en los cuales se trata de comportamientos en los que coexisten una etapa inicial dolosa y una etapa final culposa.[813]

El tipo subjetivo difiere en sus contenidos, según se trate de infracciones dolosas o culposas. El dolo se concibe mayoritariamente como dolo natural, en el que se advierte una parte cognoscitiva y una parte volitiva, que exige conocer y querer. Antiguamente, el dolo tenía una configuración de *dolus malus* que requería una intención y conocimiento para realizar los hechos, acompañada del conocimiento de la prohibición o significación antijurídica.[814]

El elemento volitivo, intención o propósito,[815] que consiste en querer realizar la conducta que constituye el tipo objetivo, debe ser distinguido de algunas actitudes internas, tales como los deseos o esperanzas. El conocimiento debe referirse a los elementos esenciales del tipo objetivo.[816] Cuando se trata de elementos normativos que requieren una interpretación para su comprensión, no es necesario aprehender los mismos en su exacta definición, pues basta la llamada valoración paralela en la esfera del profano. [817]

El dolo anterior y dolo posterior al hecho delictivo, conocidos como *dolus antecedens* y *dolus* subsequens, carecen de relevancia; pues el dolo debe ser actual, concurriendo al

[813] BACIGALUPO ZAPATER, E. Principios de Derecho Penal Parte General. Págs.250 y 251, se refiere al caso de los delitos mixtos, que antes estaba comprendido en la llamada preterintencionalidad.

[814] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.261.

[815] ROXIN, CLAUS, citado por GARCÍA AMEZ, JAVIER. «Delito de Acción. La Tipicidad», en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL Y OTROS, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág.144.

[816] Aunque algunos autores sostienen que los elementos accidentales, son los que concurren para atenuar o agravar la conducta y no de los que depende la existencia del delito. Ver: MIR PUIG SANTIAGO. Op. Cit. Pág.264.

[817] JESCHECK, H. H. Op. Cit. Pág.265.

tiempo de producirse los elementos objetivos del tipo.[818] La *ulterior intent*, del CL, no puede corresponder al dolo posterior del RL, porque aquella tiene más relación con los elementos subjetivos especiales del tipo, en los que se requiere una intención adicional que no pertenece a los elementos del *actus reus*, sino que se trata de un elemento mental adicional.

Actualmente bajo el influjo del funcionalismo, algunos autores pretenden eliminar toda subjetividad y consideración psicológica del dolo, argumentando las dificultades de prueba y la arbitrariedad a la que da lugar su aplicación, conceptualizándolo normativamente en sentido objetivo como un deber de conocer.[819] Tales conceptos no pueden tener aceptabilidad en el contexto del respeto a los derechos humanos, considerando que no es posible desconocer el principio de culpabilidad.

El dolo se clasifica en: a) dolo directo de primer grado, b) dolo indirecto de consecuencias necesarias o de segundo grado, también llamado dolo directo de segundo grado y c) dolo eventual.[820] Otros prefieren la distinción entre intención, dolo directo y dolo eventual, porque se argumenta mayor precisión en la definición[821]. En las clases de dolo se advierte una relación diferenciada de los elementos de conocimiento y voluntad, Así en el dolo directo, prevalece la voluntad sobre el conocimiento y en el dolo de segundo grado y dolo eventual, prevalecen el conocimiento sobre la voluntad.[822]

En el dolo directo de primer grado o intención, el autor quiere realizar el tipo objetivo de la conducta. No es necesario que sepa con seguridad que el resultado se producirá, basta

[818] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.325.

[819] POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 4ª. Edición, Editorial Tecnos, 2021. Pág.126.

[820] De acuerdo al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, en materia penal, el dolo directo de segundo grado es la intención o finalidad del sujeto al actuar, dirigida a otro objetivo, pero sabiendo que a esa actuación va necesaria y concomitantemente unida la realización del tipo objetivo. Aclara este diccionario, que también es llamado dolo indirecto o dolo de consecuencias necesarias. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. https://dpej.rae.es/lema/dolo-directo-de-segundo-grado (Último acceso a las 20:30 del 19.11.2022)

[821] JESCHECK, H. H. Op. Cit. 1993. Pág.267.

[822] JESCHECK, H. H. Op. Cit. Pág.264.

con que lo estime como posible. [823]Otros sostienen que es suficiente con que la persona crea que no es absolutamente imposible.[824] En cuanto a los fines perseguidos por el delito, puede ser que la única meta sea la realización del delito o existan otros fines adicionales, lo cual es indiferente.[825]

En el dolo indirecto de segundo grado el autor no se plantea inicialmente realizar un determinado tipo objetivo, sino otro, pero lo admite como necesario o inevitable para lograr su objetivo principal, que es otro tipo objetivo. El autor advierte como seguro o casi seguro que su actuación dará lugar necesariamente a la realización de este delito, aunque no haya sido su meta principal.[826]

En el dolo eventual, dolo condicionado o *dolus eventualis*, el sujeto no se dirige al resultado, no lo busca, pero su actuación o actitud interna ante los hechos define su responsabilidad dolosa. El sujeto no quiere el resultado, pero «cuenta con él», «admite su producción», «acepta el riesgo», «no le importa lo que pase», etc.[827]

Se explica con diferentes teorías, como la del consentimiento o de la aprobación, o la teoría de la probabilidad o representación. La teoría del consentimiento requiere no solo que el sujeto advierta la posibilidad del resultado, sino que acepte las consecuencias de su actuación.[828] La teoría de la probabilidad establece que habrá dolo eventual si, advirtiendo con gran probabilidad o rayano en la certeza que el resultado se producirá, se sigue actuando hasta que el resultado se produce. [829]

Se menciona también como forma eventual, una teoría mixta, consistente en una combinación de la conciencia de peligrosidad y el acto voluntario, El sujeto debe tomarse

[823] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.265.

[824] GARCÍA AMEZ, JAVIER. «Delito de Acción. La Tipicidad», en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL Y OTROS, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. Pág.144.

[825] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.265.

[826] GARCÍA AMEZ, J. Op. Cit. Pág.144; MIR PUIG, S. Idem.

[827] MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Pág.250

[828] MIR PUIG, S. Op. Cit.266; GARCIA AMEZ, JAVIER. Op. Cit. Pág.146.

[829] Idem.

en serio la posibilidad del resultado, el nivel de peligro, y además se requiere la aceptación o que se conforme el sujeto con esa posibilidad.[830]

Para Muñoz Conde, el dolo eventual podría tener correspondencia con la *recklessness*, si esta se concibe como una expresión de voluntad de desconsideración respecto al resultado.[831]

Otra clasificación del dolo categoriza al mismo como dolo general y dolo específico. [832] Para el primero, el resultado final es lo determinante como meta del sujeto activo, no obstante, las finalidades intermedias o inmediatas que pudo tener el sujeto o si no supo exactamente en qué momento acaeció el resultado. Prevalece lo que el sujeto quiso, aunque el resultado no haya sobrevenido a través de la acción mediante la que quiso causarlo, sino a través de otra posterior. [833]Por ejemplo, el agente activo quiere matar a la víctima y le dispara varias veces causándole heridas. Cuando cree que ha logrado matarla, en la idea de deshacerse de lo que cree es el cadáver de la misma, la arroja por un precipicio. Sucede que en realidad la víctima no había muerto por los disparos, sino a consecuencia de los graves golpes ocurridos por la caída desde una gran altura. Alguna parte de la doctrina del DCE, resuelve este caso considerando que como hay un dolo general de causar la muerte, no importa si no lo consiguió con la primera acción, al final se planteó matar y lo hizo finalmente.

El dolo específico en el DCE, es el dolo común o el que normalmente se requiere para cada figura dolosa.

[830] Idem.

[831] MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Pág.254.

[832] ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA - ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL - GARCÍA AMEZ, JAVIER y otros, Lecciones de Derecho Penal Parte General, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Págs. 144 y sigs.; MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Pág. 259.

[833] CUELLO CONTRERAS, J. - MAPELLI CAFFARENA, B. Op. Cit.

En los delitos dolosos se requieren adicionalmente, en algunos casos, elementos subjetivos que pueden corresponder a determinadas o especiales intenciones, motivaciones o impulsos. [834]

La intención específica del DPI y del DA equivale a los elementos subjetivos del tipo, que son elementos adicionales que acompañan al dolo y que exigen algunos tipos penales. Los elementos subjetivos pueden estar referidos al bien jurídico protegido, caracterizar el objeto de la acción típica, la forma de su menoscabo o tendencias. Se distinguen de otros elementos que no se refieren al tipo, como los motivos, sentimientos y actitudes internas, que generalmente agravan la conducta y por lo tanto pertenecen a la culpabilidad.[835]
Por la existencia de estos elementos subjetivos las infracciones penales se dividen en delitos de tendencia interna, delitos de intención y delitos de expresión.[836] Los primeros se caracterizan por un deseo interno, los segundos por una intencionalidad objetiva y los últimos por una consciencia de que lo que se dice no corresponde a lo que sabe o cree el sujeto. Algunos autores han considerado que los elementos subjetivos del tipo, en realidad son elementos de definición de la acción, pues se trata de intenciones objetivas que definen la acción.[837]

La distinción entre intención general e intención especifica del CL y el DPI, no tiene una equivalencia con el DCE. En éste, los conceptos de dolo general y dolo específico, tienen otro significado. De tal manera que los conceptos más cercanos del RL son los de dolo y elementos subjetivos.

En cuanto a los contenidos de los delitos culposos o imprudentes, los elementos del hecho tienen una configuración muy diferente a los delitos dolosos, pues se parte de negar el dolo para luego identificar sus elementos particulares.

---

[834] BACIGALUPO ZAPATER, E., Principios de Derecho Penal, Parte General, Akai/Iure, Madrid, 1990. Pág.136.

[835] ROXIN, C. Op. Cit. Pág.312.

[836] ORTS BERENGUER, E.- GONZALEZ CUSSAC, J. L. Pág.129.

[837] ORTS BERENGUER, E.- GONZALEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.Pág.127 y sigs.

Los delitos culposos, según opinión mayoritaria, tienen una configuración que requiere la infracción del deber, lo que le da un carácter normativo y no un ejercicio de voluntad del sujeto que tendría un consideración psicológica y ontológica. Por ello, lo determinante, es la infracción objetiva del deber de cuidado. [838]

En realidad, debe existir tanto la infracción objetiva como la subjetiva de la norma de cuidado, para que se cumpla con el principio de culpabilidad. Con relación a la admisión de la infracción subjetiva de la norma de cuidado y sus contenidos, existen puntos de vista con menos aceptación.

Algunos prescinden de la parte subjetiva del tipo culposo al considerar que lo relevante aquí es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor.[839] Dado que el sujeto activo no quiere realizar la parte objetiva, solo sería necesario comprobar la infracción objetiva del deber, concurriendo así únicamente el tipo objetivo.

El deber objetivo de cuidado está referido a una conducta típica, derivado de diversas fuentes jurídicas, que establecen el comportamiento que normalmente se exige en diferentes actividades, para considerarlas diligentes. Este deber objetivo servirá para comparar la conducta realizada por el sujeto en el caso concreto y lo expresado como deber por la norma.

La doctrina es diversa sobre la fuente de las normas objetivas de cuidado. Algunos autores aceptan tanto las derivadas de preceptos normativos y reglas de experiencia no contenidas en normativas formales. Otros en cambio, con razón, creen que por el respeto al principio de legalidad, se requiere de una norma con categoría de ley formal que exprese el deber objetivo de diligencia. [840]La norma puede tener un carácter general o especial para la actividad que regula.

---

[838] DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *Derecho Penal Español, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Pág.229.

Enlace: https://latam.tirantonline.com/cloudLibrary/ebook/show/9788413554778?showPage=1

[839] BACIGALUPO ZAPATER, E. Op. Cit., 1991. Pág. 242.

[840] JESCHECK, H. H.. Op. Cit. Pág.512.

Puede ser que la norma de cuidado regule conductas en cualquier campo de la actividad humana y sin referirse a comportamientos específicos, como el deber general de prudencia del artículo 1241 del Código Civil Francés y el artículo 1902 del Código Civil de España, que podrán dar lugar tanto a responsabilidad civil como a penal, en los casos que causen perjuicio civil y configuren un resultado típico penal.

Por otro lado, normas específicas serían las que regulan actividades de la vida humana en particular, por ejemplo, las correspondientes a las leyes de tráfico, de la seguridad, de la salud, del consumidor, del medio ambiente, etc.

Algunos autores consideran que existe un tipo subjetivo en los delitos culposos, que se caracteriza en primer lugar, por la ausencia de dolo y porque existe un conocimiento de la posibilidad de realizar la parte objetiva de un tipo en la imprudencia consciente, o bien por la imprudencia inconsciente, que supone un error vencible de tipo, por la posibilidad de conocer o prever (cognoscibilidad o previsibilidad) que se puede realizar la parte objetiva de un tipo.[841]

Para Muñoz Conde el delito culposo en su aspecto subjetivo, exige que el deber objetivo sea individualizado conforme a las circunstancias del caso concreto y a los conocimientos y capacidades del sujeto en cuestión. A partir de un análisis de previsibilidad objetiva se determina mediante un juicio razonable, si las consecuencias eran de previsible producción y el elemento subjetivo requerirá comprobar que el sujeto desatendió las reglas de cuidado.[842] Por ende una conducta será imprudente, si el cuidado desplegado en su realización, quedó por debajo del deber objetivo de cuidado individualizado, conforme a las circunstancias del caso concreto.

Otros, en el mismo sentido requieren, en primer lugar, una comprobación negativa en la voluntad del sujeto y es que este no tenga intención de cometer el delito; la infracción del deber subjetivo (personal) de cuidado, que incluye el examen sobre la previsibilidad del riesgo y del resultado (deber de advertir el peligro y de prevenir el resultado y el análisis de la evitabilidad de la producción del resultado si el sujeto hubiese obrado conforme al

[841] LUZON PEÑA, D. M. Op. Cit. Pág. 1000.

[842] MUÑOZ CONDE, F y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. 2022. Págs. 263-266.

deber de cuidado. Dicho en resumen, el sujeto infringe un deber de cuidado y como consecuencia ocasiona un resultado que debía y podía haberse previsto y evitado actuando conforme a Derecho.[843] El primer elemento requerido es que el sujeto no quiera realizar el resultado, pero el resultado se produce por su descuido, falta de diligencia, desatención e imprevisión (infracción del deber de cuidado), cuando podía y debía evitarlo (evitabilidad).[844]

Sobre la clasificación de la culpa, existen dos tipos claramente definidos: la culpa consciente y la culpa inconsciente. La primera es caracterizada como aquella en que el riesgo o peligro es advertido por el sujeto; mientras en la imprudencia inconsciente el sujeto no advierte ese riesgo.

En el derecho anglosajón existe una explicación tradicionalmente sicologista del *mens rea*, por lo que en todos sus grados se parte de la idea de que se trata de una conducta decidida por el sujeto. Sin embargo, en la negligencia inconsciente del DCE se critica que ésta no puede ser una elección, dado que no hay advertencia o conocimiento ni previsión del resultado. Esto es coincidente con la observación que desde el derecho continental europeo, también hacen a la imprudencia inconsciente, calificándola como un concepto normativo, que no puede explicarse como una relación psicológica del sujeto con su acto.[845]

En la concepción psicológica de la culpabilidad, la culpa y el dolo son la culpabilidad de los delitos imprudentes y dolosos, respectivamente. En el delito doloso existe una relación psicológica completa entre el hecho y su autor, mientras, la imprudencia es la conexión psíquica entre el hecho y su autor en forma imperfecta. Por ello se entendió que no era aplicable esta doctrina en la imprudencia inconsciente, dado que en estos delitos no existe conocimiento del riesgo y no existe ninguna relación psíquica efectiva sino solo su posibilidad.[846]

---

[843] ORTS BERENGUER, E.- GONZALEZ CUSSAC, J. L. Op. Cit. Pág.338

[844] ORTS BERENGUER, ENRIQUE- GONZALEZ CUSSAC, JOSE LUIS, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. Pág.161.

[845] BERNAL DEL CASTILLO, J., Op. Cit. 2011. Págs.140 y sigs.

[846] MIR PUIG, S. Op. Cit. 2004. Págs.523-524.

El punto de vista consistente en negar la elección libre en la culpa inconsciente, no toma en cuenta que aún en los hechos cometidos con intención, hay ingredientes normativos que no excluyen la decisión tomada por parte de los sujetos. Si se parte de la idea de que los conceptos de la teoría del delito son normativos, no solo lo serán para la imprudencia, sino también para el dolo. Así por ejemplo, el que para darse ánimo con la finalidad de acabar con la vida de otro, se coloca en estado de ebriedad y mata a su víctima, podrá actuar como autómata, por concurrir un estado de embriaguez letárgica, en el momento de ejecutar la muerte; pero será la ley la que determine los efectos de su actuación, conforme los requisitos establecidos para la *actio libera in causa*.

En un caso de negligencia inconsciente, el sujeto no quiere producir un resultado que constituye delito, lo que excluye el dolo, elige manejar a una alta velocidad creyendo que lo hace dentro de los rangos de velocidad admitidos; pero en realidad la velocidad elegida es más alta que lo indicado en la norma de cuidado para ese tipo de vía y no advierte que hay un paso de seguridad por donde pasa el peatón, al que atropella. Tal elección de la conducta (la de no querer atropellar y manejar a alta velocidad) la hizo libremente el sujeto, pero la ley establece las normas de cuidado que debe observar el sujeto activo y le responsabilizará por el resultado, al no haber advertido el riesgo, cuando podía haberlo hecho. De ahí que la consideración normativa de la culpa, lo que define la ley, no excluye la libertad de elección.

Precisamente, tanto en el dolo como en la imprudencia hay intención; pues si "el dolo comporta la intención de realizar la conducta típica y causar el resultado típico (compromiso con ambos), la imprudencia sólo entraña intención de realizar la conducta, pero no de causar el resultado producido (compromiso sólo con la acción)".[847] En la imprudencia, ya sea consciente o inconsciente, la conducta que realiza el sujeto debe coincidir con los elementos objetivos del tipo, lo que falta es el conocimiento del riesgo en la culpa inconsciente y la intención de producir el resultado en ambas clases de culpa.

Más allá de las diversas concepciones sobre la imprudencia, para los efectos de cumplimiento del principio constitucional de culpabilidad, se requerirá que la responsabilidad sea personal, que el sujeto tenga capacidad para motivarse y que el sujeto

[847] ORTS BERENGUER, E. y GONZALEZ CUSSAC, J. L., Op. Cit. *Introducción*.., 2020.Pág. 161.

haya realizado los hechos delictivos con voluntad o por decisión interna (responsabilidad subjetiva). Sobre esto último y con respecto a la imprudencia inconsciente, la voluntad se expresa en que el sujeto voluntariamente decide no realizar una conducta diligente para conocer el peligro y voluntariamente realiza la conducta que produce el resultado, aunque desconozca el peligro. Si el sujeto A se encuentra en una fábrica realizando labores de limpieza y al ingresar al centro principal de control de equipos automatizados, observa un botón rojo, al cual accede levantando una cubierta de plástico y lo presiona por curiosidad, a consecuencia de lo cual un puente levadizo dentro de las instalaciones se eleva, causando la caída y muerte de un trabajador que se desplazaba por el mismo, la imprudencia supone un acto voluntario, porque el sujeto decidió no enterarse de la situación de hecho, esto es, para que servía ese botón, la altura, carencia de sensores de seguridad y que el puente era utilizado por los trabajadores, además apretó el botón queriendo.

En cambio, otros sostienen que en el delito culposo no se castiga el haber omitido una conducta frente al deber de cuidado, sino el haber creado un peligro jurídicamente desaprobado dentro del fin de protección de la norma, es decir, no amparado por el riesgo permitido.[848]

También en el RL, además de los comportamientos dolosos y culposos, se hace referencia a una serie de clasificaciones de los grados de responsabilidad subjetiva, que no son utilizadas en todos los países que comparten el sistema del DCE, por ejemplo, preterintencionalidad, imprudencia temeraria, imprudencia grave, etc.

Con relación a la responsabilidad subjetiva, también en el RL al igual que en el CL, existen figuras que la excluyen. Sin embargo, la configuración de la estructura del delito de forma diferenciada, influye en los efectos inmediatos de exclusión de la *mens rea*. Dado que en el DA todos los elementos subjetivos están concentrados en una sola categoría, la *mens rea* desparece; mientras que en el DCE, la distribución de elementos subjetivos en la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, dará lugar a la exclusión de

[848] ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traducida por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997. Pág.24, citando a Jakobs.

cualquiera de las categorías parciales, aunque a final de cuentas ello origine la irresponsabilidad del sujeto.

En el RL, hay dos tipos de error: el de tipo y el de prohibición. El primero es la falta de conocimiento o conocimiento defectuoso de los elementos esenciales del tipo objetivo. El error de prohibición es el desconocimiento o conocimiento defectuoso de lo prohibido del hecho o de la concurrencia de una causa de justificación. [849] Por lo tanto, se asimila la ignorancia con el error.

Ambas clases de error pueden ser vencibles o superables, o invencibles o insuperables. Lo vencible se refiere a la posibilidad de que el error pudiera despejarse, si se hubiera hecho un esfuerzo diligente por encontrar la verdad. El invencible ocurre cuando aun haciendo el esfuerzo diligente por encontrar la verdad, no es posible alcanzar la misma.

El tipo subjetivo se excluye en los casos de error invencible, en los casos de error vencible la conducta se castiga como imprudente, si el hecho cometido tiene una figura culposa.

El error de prohibición insuperable excluye la antijuricidad y el error de prohibición superable origina una disminución de la pena.

El error de hecho y de derecho, son similares pero no iguales al tratamiento del error de tipo y el error de prohibición; pues el error de tipo puede recaer tanto sobre elementos de hecho o sobre conceptos jurídicos contenidos en el tipo; mientras que el error de hecho, solo puede recaer sobre elementos no jurídicos. Además, el error de derecho solo puede recaer sobre cuestiones jurídicas y el error de prohibición puede referirse tanto a conceptos jurídicos como a elementos materiales que configuran una causa de justificación.

Sobre las enfermedades mentales, como causas de exclusión de la responsabilidad, hay que decir primero que en el DCE la imputabilidad o las condiciones para reprochar la conducta o responsabilizar a un sujeto, requieren que se establezca la capacidad de

[849] JESCHECK, H. H. Op. Cit. Págs. 274 y sigs. y 412 y sigs.

comprender lo prohibido del hecho y la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho comportamiento.[850]

En consecuencia, todo sujeto que por causa de una enfermedad mental, haya perdido la capacidad para comprender lo ilícito o para comportarse de acuerdo a la comprensión, excluye la culpabilidad del sujeto.

Los casos de embriaguez o intoxicación por otras drogas en el RL, se tratan de acuerdo al nivel de efectos causados en el sujeto. El mayor estado de incapacidad por esta causa, proviene de la intoxicación letárgica, aquella que excluye la acción y, por lo tanto, el tipo penal. Se trata de un estado de inconsciencia absoluta. Se reconoce también la embriaguez plena y fortuita, que excluye la culpabilidad. Para que se admitan estos casos, los mismos no deben haber sido provocados intencional o culposamente; además se aplicará la *actio libera in causa*, examinando el origen de la conducta y si la misma nace de un comportamiento imprudente o doloso, las exclusiones del tipo o de la responsabilidad no operan.

Si bien existen diferencias en el tratamiento procesal sobre las excusas o defensas, que en el CL están a cargo de la defensa; en el nivel sustantivo tanto en el DA como en el DCE, las causas mencionadas repercuten en la posibilidad de excluir o modificar la responsabilidad.

1.3 *Mens rea* en otros sistemas

Cómo ya se había expuesto, los diferentes sistemas son coincidentes en la exigencia de elementos mentales para configurar el delito. Sobre todo, es natural que las coincidencias históricas, políticas, religiosas y sociológicas hayan producido una herencia común, en la que ciertas concepciones jurídicas, pertenecientes a diferentes sistemas, tienen una misma o muy parecida configuración.

[850] MIRPUIG, S. Op. Cit. Págs. 556.557.

Por ejemplo, la coincidencia de la religión cristiana, islámica y hebrea en lugares, tiempos, profetas, filósofos y otras experiencias históricas; llevó a diferentes culturas, a desarrollar ideas por esfuerzos separados, que ahora en nuestra época, resultan semejantes.

El sistema islámico es coincidente tanto con el sistema anglosajón como en el continental europeo y el DPI, no solo en recoger la mayoría de crímenes internacionales en su legislación, sino en construir los delitos con base en una estructura en la que se toman en cuenta no solo aspectos materiales de la conducta, sino los elementos mentales.

Los elementos físicos no solo describen la conducta que constituye delito, sino el compromiso directo o involucramiento de la persona en una conducta delictiva. De ello derivan diferentes clases de participación en la comisión del delito, que puede ser física o directa, o indirecta dando asistencia, instrucciones, etc.

Dentro de los grados de *mens rea* se reconocen la intención y comportamientos accidentales. La intención del autor, presupone su conocimiento La negligencia deriva del error de hecho. Asimismo, se distingue entre la intención general y la intención específica para determinados delitos. Se admite el error de hecho y el error de derecho.[851] Se plantea que el delito requiere también un elemento jurídico de la responsabilidad penal, el cual se refiere a la infracción de una norma jurídica de derecho penal. Derivado de esta infracción, se produce la atribución de responsabilidad penal. Se reconoce la lesión o peligro de lesión para los derechos de las personas. De manera parecida, esto correspondería a la antijuricidad formal y a la antijuricidad material por la lesividad del bien jurídico, elementos del delito exigidos en el sistema continental europeo. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad penal es similar a la jurisdicción penal internacional.[852]

[851] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. 2013. Págs.207 y sigs. WASTI, TAHIR, *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, Brill, Leiden, 2009. Págs. 13 y 68. https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=308276&lang=es&site=ehost-live. (Último acceso a las 19:12 del 12.09.2022)

[852] Idem.

El elemento mental del delito entonces, debe estar acompañado de elementos materiales y jurídicos, que son en realidad la base de la responsabilidad penal. Estos tres principios son, en general, la base de la responsabilidad penal en el derecho penal islámico.[853]

En relación con los países del sistema consuetudinario, cómo se expuso en el capítulo II, el principio de culpabilidad ha sido plenamente reconocido, exigiendo dolo y culpa para sancionar las conductas.

En cuanto a los países del sistema socialista, si bien Rusia, entró en una transformación también jurídica, todavía conserva muchos elementos de su sistema jurídico, cuando todavía constituía la URSS; pero tiene conceptos semejantes al DCE, DA y DPI, exigiendo el componente mental para los delitos.

La culpa es un principio fundamental de la responsabilidad, a pesar de ser un sistema que tradicionalmente ha privilegiado los intereses del Estado y la sociedad. Lo determinante en la definición de la responsabilidad subjetiva es el carácter socialmente dañoso de la actitud subjetiva de la persona acusada. Condición para imponer el castigo es demostrar la culpabilidad y con efecto dañoso. La culpa define también la gravedad del acto u omisión.[854]

Tanto el conocimiento como la voluntad, como actividad psicológica del sujeto, son manifestaciones internas que demuestra su actitud hacia la conducta socialmente dañosa. La culpabilidad es el elemento general que contiene la responsabilidad subjetiva. El elemento subjetivo distingue en algunos casos, tipos en los que sus elementos materiales son prácticamente iguales. Por ejemplo, el homicidio y el asesinato.[855]

La actitud psicológica frente a la conducta dañina se reconoce en dos formas de culpa: el dolo y la negligencia.[856]

---

[853] MALEKIAN, FARHAD, *Principles of Islamic International Criminal Law. A Comparative Search*, Second Edition, Brill, Leiden, 2011. Págs..393-394.

[854] AMBOS, KAI- HEINZE, ALEXANDER - RACKOW, PETER and GOVERNA, JACOPO, *Treatise on International Criminal Law*, second ed., Oxford University Press, New York, 2021.Pág..52.

[855] AMBOS, K. y OTROS. Op. Cit. Pág. 56.

[856] Idem.

2. Sistemas internacionales penales

Particular interés puede suscitar la búsqueda de similitudes conceptuales entre el derecho anglosajón y el continental europeo sobre la responsabilidad subjetiva y sus grados o modalidades, y la determinación de aquellos conceptos que son similarmente aceptados por los tribunales penales internacionales.

Como es natural, dado que los conceptos de responsabilidad subjetiva del DPI no habían merecido demasiada atención, pues los tribunales militares internacionales escasamente se pronunciaron sobre este tema, comparado con el desarrollo de otros conceptos del delito; la definición del elemento mental del delito, surgió de los sistemas de derecho doméstico más influyentes. Por ello, los conceptos son más o menos coincidentes con los sistemas anglosajón y continental europeo que comparten diferentes países.

Como sucede en los sistemas internos, la infinidad de posturas académicas y soluciones judiciales, han originado la coexistencia de apreciaciones diversas de la responsabilidad subjetiva. Es evidente el reconocimiento expreso en el ER y el reconocimiento jurisprudencial en los tribunales *ad hoc*, de algunos grados o modalidades de la conducta, como la intención y conocimiento, así como la negligencia.

Si bien, en el derecho interno pueden existir una serie de variantes en la modalidad subjetiva, como la *recklessness* del derecho anglosajón o el dolo eventual del derecho continental europeo, que son de difícil equivalencia conceptual, por la diversidad de teorías o apreciaciones, es posible encontrar vínculos, a partir de los cuales, esos conceptos podrían ser base para armonizar la responsabilidad subjetiva en el DPI. Aunque se advierte que sería mucho más correcta para la dogmática, con fundamento en el CPM, una equivalencia entre la *recklessness* del DA y la imprudencia consciente del RL, si la jurisprudencia y los expositores del derecho más autorizados del DPI, van consolidando el acercamiento de esos dos conceptos, es posible que rastreando algunas características compartidas y desarrollando una posición común que facilite el objetivo,

impongan un criterio que tenga aceptabilidad general. Lo que se quiere significar es que los criterios comunes entre los derechos domésticos y el DPI no se obtendrán de las opiniones perfectamente elaboradas, sino de lo que la práctica y la realidad determine.

2.1 Corte Penal Internacional

El carácter universal de este tribunal ha permitido recoger mayores aportes de los diferentes sistemas jurídicos universales y contar con una normativa un poco más detallada que la correspondiente a los tribunales *ad hoc*.

Es notorio la falta de mención y desarrollo del principio de culpabilidad, pero también es evidente la construcción de conceptos en sus disposiciones, en las que se han desarrollado alguno de sus contenidos, como la responsabilidad subjetiva individual, la responsabilidad por dolo o culpa y la proporcionalidad. Con dificultades que se han evidenciado, para que en su jurisprudencia se puedan ofrecer conceptos unívocos y tratamientos uniformes, se han producido aportes importantes en el reconocimiento de doctrinas de la responsabilidad subjetiva que abonan a la justicia universal, como la responsabilidad por culpa del superior y la empresa criminal conjunta en sus tres modalidades.

En el comparativo entre la CPI y los tribunales ad hoc, en términos generales, en el tratamiento de la responsabilidad subjetiva, encontramos que la primera ha contado con una base normativa importante; mientras la segunda ha echado mano de gran dosis de imaginación y esfuerzo técnico por reconocer o aplicar conceptos del DPI, como la ECC. En cuanto a los tribunales híbridos éstos han seguido las líneas jurisprudenciales de los tribunales *ad hoc*.

2.1.1 Fundamentos básicos del mens rea

La ausencia en el ER del principio de culpabilidad no es absoluta pues se reconocen, al menos, dos de sus componentes: el principio de responsabilidad individual (Art.25) y el principio de dolo y culpa o responsabilidad subjetiva (Art.30).

La *mens rea* en el derecho anglosajón, en términos estrictos, solo se refiere al elemento mental del delito que acompaña la parte material o *actus reus*, lo que sería equivalente a la tipicidad subjetiva en los sistemas más relevantes del derecho penal continental. La dirección de su voluntad para realizar u omitir la conducta externa. Esto definirá en términos generales la modalidad típica de la conducta, si los hechos han sido cometidos dolosa o imprudentemente. Además, si no se establece que los hechos han sido realizados con estas modalidades o se comprueba que fueron cometidos fortuitamente, la conducta del sujeto es atípica y no existe responsabilidad penal. Pero tampoco significa igualdad de tratamiento, pues en el derecho anglosajón el *actus reus* y el *mens rea* contienen referencias a lo prohibido del hecho. En cuanto al DPI, la división de la estructura del delito en elementos materiales y mentales, tienen equivalencia con los dos sistemas.

En sentido amplio responsabilidad subjetiva o *mens rea* y culpabilidad se utilizan como sinónimos para referirse, entre otros, tanto a la responsabilidad individual, consciencia de los prohibido, modalidades de la conducta, y capacidad mental del sujeto activo.

La norma fundamental de la responsabilidad subjetiva es el artículo 30 del ER, pero también pueden citarse los *especific intent* de algunas figuras delictivas de los Elementos de los Crímenes, además del artículo 28 en el cual se regula la responsabilidad del superior por imprudencia.

Existe también una referencia a la imprudencia en delitos específicos, que no ha gozado de aceptabilidad. La PTC I, en el caso Lubanga, sostuvo que los crímenes de guerra de reclutar y alistar a niños menores de quince años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades, establecidos en el artículo 8 del Estatuto no contienen ningún elemento subjetivo y por exigencia de los Elementos de los Crímenes, para estos delitos específicos, el perpetrador sabía o debería haber sabido que esa persona o personas eran menores de 15 años. Cuando el sujeto "debería haber sabido" (lo que debe distinguirse del requisito de "debía haber sabido" o conocimiento implícito) cae dentro del concepto de negligencia.[857]

[857] CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, No.: ICC-01/04-01/06, 29.01.2007. Párrs.357 y sigs.

El artículo 30 del ER establece el requisito general, para ser sujeto penalmente responsable y poder ser sancionado por un crimen de la competencia de la Corte. La condición es que los elementos materiales del crimen, se realicen con intención y conocimiento de los mismos. Pero los grados de responsabilidad subjetiva tienen una referencia normativa parcial, pues no se refiere a todas las clases, y está sujeta a excepciones, dado que si bien se mencionan expresamente la intención y conocimiento como modalidades de la conducta, el mismo artículo 30 ER establece la posibilidad de que dicha exigencia deje de requerirse, con la frase: "salvo disposición en contrario", pudiendo existir excepciones a esa regla por artículos del ER o perteneciente a otras normativas del DPI.

Podría pensarse que las disposiciones en contrario, que menciona este artículo, pueden referirse a la posibilidad de modificar mediante otras regulaciones, los grados de responsabilidad subjetiva, agregar otras modalidades e incluso prescindir de la exigencia de responsabilidad subjetiva, admitiendo la responsabilidad objetiva, si fuera el caso. Sin embargo, la interpretación debe de hacerse en consideración al respeto de las normas internacionales de derechos humanos y cumpliendo con las obligaciones de protección de los mismos, como se ha indicado en el capítulo II y como está expresado en el artículo 21 del ER.

En todo caso la responsabilidad objetiva o *strict liability* no está mencionada expresamente en el ER y se entiende que por tratarse de crímenes internacionales graves, no puede prescindirse del *mens rea*. Así se entiende en los países en los que se aplica este tipo de responsabilidad, pues quedan reservadas a conductas estatutarias o reguladas en normativas de agencias gubernamentales, con penas que no son graves. La doctrina anglosajona, como se ha dicho en otra parte de la tesis, califica estas conductas como de *mala prohibitia*, haciendo mención a que su configuración no revela que se trate de comportamientos que tienen una carga moral negativa como los delitos *mala in se*; sino que se trata de conductas que afectan el orden público o los intereses de la administración del gobierno.

En la práctica, el CPI solo ha recurrido a agregar la modalidad negligente o culposa a la responsabilidad del superior y a desagregar, en algunos casos, la aplicación acumulativa de la intención y conocimiento bajo la interpretación que sus tribunales han hecho de

disposiciones contenidas en el ER y los EC. Sobre la *recklessness*, *oblique intent* y *dolus eventualis* no hay consensos al respecto de sus significados.

En realidad, el Artículo 30 del Estatuto de Roma[858] y la Introducción General de los Elementos de los Crímenes[859], tienen una redacción que formalmente pueden permitir modificaciones importantes en su aplicación, hasta el punto de dejarlos casi vacíos de contenido, al proveer el ER la regla general e inmediatamente permitir disponer de otra manera, con la frase "salvo disposición en contrario". Por tal motivo la jurisprudencia en este tema, no ha gozado de la claridad ni uniformidad en sus resoluciones ni de la pacífica aceptabilidad de los autores.[860] Por ejemplo, en la responsabilidad imprudente de los superiores jerárquicos.[861]

2.1.2 Modalidad de mens rea

El inciso primero del artículo 30.1 del ER se prescribe la responsabilidad por actuación con intencionalidad y conocimiento, que son los únicos grados subjetivos expresamente mencionados. La imprudencia ha sido introducida bajo una interpretación judicial de este inciso, que determina la posibilidad de que dicha regla general se modifique por otra disposición. Así la CPI ha incluido la imprudencia, en casos de responsabilidad del

[858] Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional, establecimiento de una Corte Penal. https://www.icc-cpi.int/Publications/Estatuto-de-Roma.pdf. 17 de Julio de 1998. https://www.icc-cpi.int/ (último acceso: a las 21:33 del 19.02.2021).

[859] International Criminal Court. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/a851490e-6514-4e91-bd45-ad9a216cf47e/283786/elementsofcrimesspaweb.pdf. (último acceso: a las 21:37 del 19.02.2021)

[860] Por ejemplo, la primera sentencia de la Corte Penal Internacional (caso Lubanga) ha sido objeto de críticas por la mala aplicación del Art.30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Dino Carlos Caro Coria, sostiene que no hay coherencia en la perspectiva de la imputación subjetiva, porque hay una confusión entre conducta, resultado y consecuencias. "El Elemento Subjetivo del Crimen Imputado en el Caso Lubanga". "Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga". Ambos, Kai y otros. Editores. Konrad- Adenauer-Stiftung e. V. Bogotá, Colombia. 2014. Pág.. 189.

[861] GIL Y GIL, ALICIA. «Capítulo VIII. El Elemento Subjetivo de los Crímenes (*Mens Rea*)», en Derecho Penal Internacional, de Alicia Gil y Gil y otros, 210. Madrid: Dykinson, S.L., 2016. En ese sentido también se pronuncia Ana M. Garrocho Salcedo: "De ese modo, al margen de los supuestos de conocimiento, el art 28 contempla disposiciones que alteran la *mens rea* general plasmada en el art 30 ECPI, y ello dará lugar a la aplicación de un elemento subjetivo diferente para los jefes militares y superiores civiles, cuando se trate de determinar su responsabilidad por los crímenes por omisión." «Imprudencia y Derecho Penal Internacional: Algunas Consideraciones sobre su Previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.» Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, Nº. 19, 2017, 2017: 3.

superior, interpretando que así lo dispone el artículo 28 del ER.[862] También en algunos delitos se incluirá un elemento de intencionalidad específico, según lo expresado en el artículo 7 letra (b) de la Introducción de los Elementos de los Crímenes.

La regla general, entonces, es que los hechos descritos como delitos se realicen con intención y conocimiento; pero sin descartar que alguna disposición determine otra modalidad de conducta, como se entiende que ocurre en la responsabilidad del superior, en la que se acepta por interpretación jurisprudencial del Art. 28 del ER, la imprudencia como forma subjetiva de la conducta.

Como explica Triffterer[863], el Comité para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional recibió muchas propuestas como modalidades de conducta para el artículo 30 del ER, pero solo se acordaron las citas expresas de intención y conocimiento. Lo cual no impide la existencia de otras formas de conducta, como las que específicamente se determinen en los tipos penales contenidos en los Elementos de los Crímenes, siempre que sean consistentes con el Estatuto, de conformidad al artículo 9.3 del ER.

Desde la visión del sistema del RL, la intencionalidad y conocimiento se relacionan con la actuación dolosa de los tres tipos incluyendo el dolo eventual[864]. Los conceptos utilizados en el DPI, parecen proceder de la experiencia doméstica del CL y pueden manifestarse en intención general, específica, directa e indirecta. La *recklessness*, dada la variedad de conceptos de la doctrina anglosajona y sus tribunales, se hace coincidir tanto con la culpa consciente como con el dolo eventual del RL y así ha sido tratada en el DPI. La *negligence* es la conducta equivalente a la culpa inconsciente. Podría pensarse que en

---

[862] GARROCHO SALCEDO, A.M: «Imprudencia y Derecho Penal Internacional: Algunas Consideraciones sobre su Previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 19, 2017. Ver: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-14.pdf (Último acceso 10:39 del 30.10.2022)

[863] TRIFFTERER, OTTO/ARNOLD, ROBERTA, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, segunda edición, C.H.Beck- Hart- Nomos, Munich, Oxford and Baden, 2008. Págs. 849 y 850.

[864] BADAR, MOHAMED ELEWA, «Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?», en *New Criminal Law Review*, University of California, 2009, Vol. 12, Number 3. Págs. 433–467. Ver: https://online.ucpress.edu/nclr/article/12/3/433/68652/Dolus-Eventualis-and-the-Rome-Statute-Without-It

(Último acceso a las 11:00 del 04.09.2022)

cuanto a las formas o grados de responsabilidad reconocidas en el Estatuto, no hay discusión para aceptar los hechos dolosos y que la discusión se reduce a las formas de negligencia, sin embargo, las diferencias de opinión abarcan a todas las modalidades.

El artículo 30 del ER requiere dos elementos que operen conjuntamente como elementos mentales: la intención y el conocimiento, pero en el derecho anglosajón tales elementos aparecen separados como modalidades distintas de la conducta y esto ha derivado en que el DPI se apliquen conjunta o separadamente en los casos concretos. En el inciso primero del artículo 30 ER se presentan en forma acumulativa, más cercana a los contenidos del dolo natural del derecho penal continental europeo, que requiere voluntad y conocimiento. Sin embargo, algunos autores entienden que los apartados 2 y 3 del ER, permiten separar los elementos materiales que requieren intención y los que exigen conocimiento. La intención solo se refiere a la conducta y las consecuencias, mientras el conocimiento opera sobre las circunstancias y las consecuencias.[865] Para Kai Ambos la intención y el conocimiento deben operar concurrentemente, con respecto a las consecuencias.[866]

En el número 2 de la Introducción General de los Elementos de los Crímenes, se expresa que cuando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos. Ello abre la puerta a que a falta de mención específica de los requisitos de intencionalidad, para algunos casos, se considere suficiente la intención o el conocimiento en forma separada, como se opera en el derecho anglosajón.

La aplicación de los conceptos de intención y conocimiento a la conducta, consecuencias y circunstancias generales y de contexto, se pueden explicar con el siguiente ejemplo: En un delito de genocidio mediante matanza, según el Art.6 a) de los Elementos de los Crímenes, se deben cumplir los elementos externos de la acción de muerte, con la consecuencia o resultado de muerte de una o más personas y la circunstancia de que la

[865] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.317.

[866] AMBOS, K. Op. Cit.

víctima sea parte un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado; conforme los números 1 y 2 de la disposición mencionada.

Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en el número 4 del artículo 6 a) en comento, deberá ocurrir una circunstancia de contexto, consistente en que la conducta haya tenido lugar en una situación configurada por una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción. Sobre tales elementos materiales, deberá aplicarse el elemento general de intención de realizar la acción con resultado de muerte de una o más personas, con conocimiento de que la víctima o víctimas pertenecen al grupo, y la intención específica establecida en el número 3 del artículo 6 a), es decir, que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Con respecto al elemento mental que debe abarcar la circunstancia de contexto, del número 4 del artículo 6 a), de conformidad a la introducción del artículo 6 literal c), la intencionalidad sobre esta circunstancia de contexto es algo que decidirá la CPI en cada caso particular.

Por lo tanto, puede resumirse que la regla general de intención y conocimiento concurrente tiene excepciones, como cuando se pueden aplicar separadamente y cuando en las circunstancias de contexto se puede prescindir de la intención, si así lo determina la Corte.

La intención está definida en el apartado 2 del artículo 30 ER, con dos significados: a) cuando en relación con una conducta, el sujeto se propone incurrir en ella y b) cuando en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

En realidad, el apartado contiene dos casos de intencionalidad y uno de conocimiento, pero a los que el ER ofrece un tratamiento de igual rango y efecto.

El literal a) se refiere a una intención directa o propósito de realizar la conducta criminal. El literal b), tiene a su vez dos significados: el primero es, que habrá intención, con respecto a una consecuencia o resultado, cuando el sujeto se proponga causar la misma y la segunda acepción es cuando con respecto a una consecuencia, el sujeto es consciente o

sabedor de que esta se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Esta última es la modalidad de conocimiento que tiene efectos semejantes a la intención. [867]

Esto es, que además de los elementos generales de intencionalidad y conocimiento, que ya en artículo 30 del ER se mencionan, también el tipo penal podrá contener elementos de intencionalidad específicos. Estos se encuentran en los diferentes tipos que en los Elementos de los Crímenes se expresan.

Además, la *mens rea* para las circunstancias simples, opera con los requisitos generales y otros específicos, en algunos casos, como el del numeral 3 del artículo 7 1) j) de los EC, que requiere que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto. Para las circunstancias de contexto se agregan, de conformidad a los números 5 y 7 del Art. 7 1) j EC, condiciones especiales de *mens rea*: la intención de mantener ese régimen y el conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.

Sobre el *dolus directus* de primer grado, en el caso Lubanga, la PTC I afirmó que está fundamentado en el Artículo 30(2)(b), donde la intención incluye conocimiento para los crímenes dolosos. Así el sujeto sabe que su conducta producirá los elementos materiales y tiene la intención de provocar esos elementos. [868] También ha sido reconocido en el caso Bemba.[869]

En el caso Katanga se hizo referencia también a la intención, expresando que el artículo 30(2) del Estatuto vincula, en primer lugar, la intención a la conducta con la que se compromete el sujeto y luego las consecuencias del acto comprometido. En cuanto a la conducta, la Cámara considera que debe constatarse si el sospechoso actuó

[867] A esta modalidad se hizo referencia en el caso: CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr.447.

[868] CPI, Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, Decisión sobre la Confirmación de Cargos, No. ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007, Párr. 351.

[869] CPI, Prosecutor v Bemba et al., TC VII, No. ICC-01/05-01/13-1989, 19.10.2016. Párr. 29.

deliberadamente o no actuó, sin tener en cuenta el resultado esperado de la acción tomada.[870]

En cuanto a la consecuencia del acto cometido, el Estatuto prevé dos formas de intención. La primera aparece en el artículo 30(2)(b), que establece que una persona tiene intención cuando esa persona quiere causar una consecuencia (*dolus directus* de primer grado). Esa definición es lo que convencionalmente significa intención: voluntad de cometer el acto y lograr el resultado deseado. La segunda forma de intención prevista por el Estatuto, en relación con la consecuencia del acto cometido, es la conciencia de que la consecuencia "ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos", concepto que el Estatuto deja indefinido y que corresponde a la Cámara determinar.[871]

El dolo directo de segundo grado, se ha entendido por la PTC I en el caso Lubanga, que ocurre en situaciones en las que el sospechoso, sin tener la intención concreta de provocar los elementos objetivos del delito, es consciente de que tales elementos serán el resultado necesario de sus acciones u omisiones (también conocido como *dolus directus* de segundo grado).[872]

Los elementos de "*specific intent* o *dolus especialis"*, hacen referencia a determinadas finalidades, intenciones, ánimos o tendencias subjetivas exigidas como elementos mentales. Las intenciones específicas, tienen equivalencia en el RL con los elementos subjetivos adicionales al dolo, que concurren en algunos delitos dolosos; elementos subjetivos que pueden corresponder a determinadas o especiales intenciones, motivaciones o impulsos.

La CPI ha establecido que cuando sea necesario un estado mental particular, este se enumera después de la conducta, consecuencia o circunstancia. De este modo, se requiere intención específica para la realización de ciertos delitos, y en ese caso, el autor debe satisfacer no sólo los elementos subjetivos de los delitos asociados según el caso, con uno

[870] CPI, Prosecutor v Katanga, TC, No. ICC-01/04-01/07-3436, 07.03.2014. Párr. 774.

[871] Idem.

[872] CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, No.: ICC-01/04-01/06, 29.01.2007. Párr.352.

u otro de los elementos materiales, sino también el elemento mental adicional (*dolus specialis*).[873]

Con relación al conocimiento, hay alguna semejanza entre el artículo 30 2. (b) del ER y la sección 2.02 de CPM. [874]Este último prescribe que existirá conocimiento, cuando un sujeto lo hace a sabiendas, con respecto a un elemento material de un delito, si el elemento implica resultado de su conducta y sabe que es prácticamente cierto que su conducta provocará tal resultado. Mientras que el ER establece en el art. 30 2(b), que en relación con una consecuencia, esa persona es consciente de que la causará en el curso ordinario de los acontecimientos.

La coincidencia existe en que en ambas disposiciones el conocimiento opera sobre consecuencias o resultados y con respecto a estas, la persona sabe que los causará. La diferencia más importante ocurre, porque el CPM requiere que sea prácticamente cierto que su conducta causará el resultado.

Cuestión particular se suscita con el *dolus eventualis* que no tiene un reconocimiento pacífico en la jurisprudencia de la CPI.

Para Elewa Badar el *dolus eventualis* ha quedado reconocido en la jurisprudencia y es uno de los genuinos e independientes pilares de la responsabilidad que constituye, por sí solo, la base de los delitos dolosos y sugiere su inclusión en la norma jurídica del artículo 30 del Estatuto de la CPI.[875] En el mismo sentido Cassese admite el *dolus eventualis* y lo considera equivalente a la *recklessness*.[876] Para Kai Ambos el Artículo 30(2) (b) del ER "requiere un mayor grado de certeza que la mera posibilidad de *dolus eventualis* sobre la base de hechos inciertos con respecto a las consecuencias que surgen de la conducta

[873] CPI, Prosecutor v Katanga, TC, No. ICC-01/04-01/07-3436, 07.03.2014. Párr.772.

[874] Documento que sirvió como referencia para el Estatuto de la CPI en muchos aspectos, según lo relata AMBOS, KAI Y OTROS. «VII Los requisitos subjetivos de los Crímenes Internacionales». Op. Cit. Pág. 363.

[875] BADAR, ELEWA. «*Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?*», en New Criminal Law Review, Volume 12, Issue 3, University of California Press , July 2009. https://online.ucpress.edu/nclr/article/12/3/433/68652/Dolus-Eventualis-and-the-Rome-Statute-Without-It

[876] CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Second Edition. Oxford University Press. New York, 2008. Pág.58.

criminal. De hecho *dolus eventualis* es una especie de 'intención condicional' por la cual se expresan una amplia gama de actitudes subjetivas hacia el resultado, que tienen como denominador común que el agente se "reconcilia" con el resultado". [877]

La jurisprudencia del CPI también tiene posiciones diversas al respecto de admitir el dolo eventual. En el caso Lubanga la PTC I, en la decisión de confirmación de cargos, basándose en el artículo 30 ER, consideró que además del dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado, el elemento volitivo comprende también otras formas del concepto de dolo, a las que ya ha recurrido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, situaciones en las que el sospechoso es consciente del riesgo de que los elementos objetivos del delito puedan resultar de sus acciones u omisiones y acepta tal resultado reconciliándose con él o consintiendo en él (también conocido como *dolus eventualis*). [878]

Para el dolo eventual la PTC I, distinguió dos situaciones: 1) Si el riesgo de provocar los elementos objetivos del delito es sustancial, existe la probabilidad de que "ocurra en el curso ordinario de los acontecimientos, el hecho de que el sospechoso acepte la idea de provocar los elementos objetivos del delito pueden inferirse de: i. el conocimiento por parte del sospechoso de la probabilidad sustancial de que sus acciones u omisiones resulten en la realización de los elementos objetivos del delito; y ii. la decisión del sospechoso de llevar a cabo sus acciones u omisiones a pesar de tal conocimiento; 2) Si el riesgo de materializar los elementos objetivos del delito es bajo, el sospechoso debe haber aceptado clara o expresamente la idea de que tales elementos objetivos pueden resultar de sus acciones u omisiones.[879]

Los razonamientos expuestos por la PTC I, son una solución ecléctica o combinación de las teorías del consentimiento y de la probabilidad del DCE, para distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente, en el que se toman en cuenta el momento voluntario y el riesgo de que se produzca el resultado.[880]

---

[877] AMBOS, KAI y OTROS. Op. Cit. Pág.376.

[878] CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, No.: ICC-01/04-01/06, 29.01.2007. Párr.352.

[879] CPI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, No.: ICC-01/04-01/06, 29.01.2007. Párrs.353-354.

[880] MIR PUIG, S. Op. Cit. Derecho Penal Parte General. Pág.268.

En el caso Bemba, por el contrario, la PTC II sostuvo que el artículo 30 (2) y (3), abarca solo el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado u oblicuo. Sobre este último, considera el tribunal, que no se requiere que el sospechoso tenga la intención real o la voluntad de provocar los elementos materiales del delito, sino que él sujeto sea consciente de que esos elementos serán el resultado casi inevitable de sus actos u omisiones, es decir, el sospechoso es consciente de que la consecuencia ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos. [881]

La PTC II rechaza el dolo eventual, la *recklessness* y cualquier otro nivel más bajo de culpabilidad, bajo dos argumentos. Primero, porque cuando se dice que una "consecuencia ocurrirá", se indica un evento que "inevitablemente" se espera, así que el estándar de ocurrencia requerido es cercano a la certeza, lo que el tribunal define como "certeza virtual" o "certeza práctica", esto es, que la consecuencia se seguirá, salvo una intervención imprevista o inesperada que impida su ocurrencia. Mientras que en el dolo eventual la ocurrencia de las consecuencias es una mera probabilidad o posibilidad. En segundo lugar, porque revisando los trabajos preparatorios encontró que la mención expresa del dolo eventual y la *recklessness* en el artículo 30 ER, fue borrada. [882]

Tal y como se presentan los razonamientos para rechazar el dolo eventual en la CPI, no se puede concluir que la admisión de dicho dolo por la jurisprudencia de la CPI esté cerrada. Esto es así, porque al *dolus eventualis* se le presenta como una situación alejada de los resultados ciertos, entendiendo que en el dolo directo e indirecto se alcanzan niveles de certeza en los resultados y se confunde el concepto ontológico de la posibilidad con el estado gnoseológico de la probabilidad, a la que ya nos hemos referido. También debe tomarse en cuenta que en la intención indirecta, también llamada *oblique intent*, del DA, no solo se hace referencia al dolo directo de segundo grado del DCE, sino que algunas conceptualizaciones también incluyen una definición equivalente al dolo eventual del RL. En efecto, la redacción del artículo 30 ER, permitiría entender la existencia de las tres clases de dolo. Lo que será tarea de los tribunales o de los creadores de la normativa, es

[881] CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC II, No.ICC-01/05-01/08, 15.06.2009. Párrs.358-359.

[882] CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC II, No.ICC-01/05-01/08, 15.06.2009. Párrs. 360 y sigs.

la definición de los conceptos, eligiendo dentro de las variadas concepciones del DCE y el DA.

Por otro lado, el hecho de que no se haya logrado consenso en los trabajos preparatorios del ER, para introducir expresamente el dolo eventual, no demuestra que hubo acuerdo para rechazarlo. Como pudo ocurrir que el concepto tiene tantas variantes que dificultaba alcanzar acuerdos rápidamente, también pudo suceder que se haya pensado en que la jurisprudencia podía desarrollar de mejor manera el dolo eventual. Por ello nuevos razonamientos y la adopción de conceptos propicios podrían ser adoptados en la CPI en el futuro o acordados para reformar el ER con respecto a la introducción del dolo eventual. La AC en el caso Lubanga, también desestimó el *dolus eventualis*, sosteniendo que sobre la alternativa de intencionalidad de los artículos 30 (2) (b) y (3) del ER, estas disposiciones no se refieren a la noción de "riesgo", sino que emplean el término de ocurrencia de una consecuencia "en el curso normal de eventos". Con relación a la expresión: "una consecuencia ocurrirá", se refiere a eventos futuros, trasmitiendo certeza futura. Sin embargo, la certeza absoluta sobre una ocurrencia futura nunca puede existir; por lo tanto, la AC considera que el estándar para la previsibilidad de los hechos es la certeza virtual. El hecho de que no se requiere certeza absoluta, se ve reforzado por la inclusión en el artículo 30 (2) (b) y (3) del ER de la frase "en el curso ordinario de los acontecimientos".[883]

Sobre el dolo eventual la AC, considera que el término riesgo generalmente se usa en el contexto de *dolus eventualis* o *advertent recklessness*, un concepto que la TC excluyó específicamente de la aplicación. En opinión de la AC esto que no ayuda a crear más claridad sobre el elemento mental, pues el dolo eventual implica la consideración de los conceptos de posibilidad y probabilidad, que son inherentes a las nociones de riesgo y peligro. La Sala de Apelaciones determina que la el uso de esta frase es confuso y debería haberse evitado la referencia a "riesgo" al interpretar el artículo 30 (2) del Estatuto.[884]

Con respecto a la *recklessness* hay que señalar que el concepto ha sido utilizado para traducir no solo el dolo eventual, sino también la negligencia consciente. Para algunos se

[883] CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr. 447.

[884] CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr.449.

trata de un grado mental de un alto grado de desconsideración o respeto hacia el bien jurídico, siendo equivalente al dolo eventual. El que quiere una acción muy peligrosa, acepta el resultado o tiene frente a él una indiferencia valorativa hacia el bien jurídico rayana en el dolo directo.[885] El significado de la recklessness, en realidad, sería más cercano a la negligencia consciente y más fácil de intercambiar entre los conceptos del DA y el RL

Precisamente, para Fletcher la *recklessness* se identifica con la imprudencia o negligencia consciente del DCE. [886] Por su parte, el CPM establece en la sección 2.02 (2) (c), que una persona actúa *recklessly* -irresponsablemente- con respecto a un elemento material de un delito cuando ignora conscientemente un riesgo sustancial e injustificable de que el elemento material exista o resulte de su conducta. El riesgo debe ser de tal naturaleza y grado que considerando la naturaleza y finalidad de la conducta del actor y de las circunstancias conocidas por él, su desprecio implica una grave desviación del estándar de conducta que una persona respetuosa de la ley observaría en la situación del actor.

La definición del CPM descarta la culpa inconsciente, dado que se requiere ignorar conscientemente un riesgo, descartarlo aun conociéndolo y posibilita su equivalencia con la culpa consciente. El concepto puede entenderse como la *gross negligence* del CL o la imprudencia grave del RL, por la mención del riesgo sustancial y la desviación grave del estándar de conducta. Sin embargo, para traducir el concepto del CPM como dolo eventual, requeriría ofrecer algunos elementos adicionales para extraer conforme la teoría de la aceptación, la de la probabilidad o una concepción ecléctica, tanto el momento voluntario como la probabilidad rayana en la certeza o certeza virtual o práctica.

Con relación a las causas que excluyen la *mens rea*, aunque procesalmente se traten como defensas, se reconocen las siguientes: el error de hecho, el error de derecho, la enfermedad mental y la intoxicación.

[885] MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit, 2022. Págs. 254-255.

[886] FLETCHER, GEORGE P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 443.,

El artículo 32 (1) del ER se refiere al error de hecho -*mistake of fact*-, como causa de exclusión de la responsabilidad, cuando niega el elemento mental requerido por el crimen, lo que significa que el dolo o intención no existiría. [887] Por su parte el artículo 32 (2) niega la posibilidad como regla general que un error de derecho pueda excluir la responsabilidad penal; pero excepcionalmente puede excluir la responsabilidad cuando niegue un elemento requerido por el crimen o en el caso del artículo 33 ER sobre las órdenes superiores, cuando exista un error justificable sobre la legalidad de las mismas.

La enfermedad o deficiencia mental del Art. 31 (1) (a) del ER, tiene aplicabilidad cuando prive de capacidad al sujeto, para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley. En el DPI la llamada *insanity* es conceptualizada de forma muy cercana al DA. Es reconocida como causa de exclusión del *mens rea* y como fundamento de una excusa. En términos generales se concibe como la pérdida de capacidad para distinguir los actos correctos de los incorrectos, al no saber lo que hace no puede hacerse un juicio racional sobre su conducta.[888]

El estado de intoxicación está regulado en el Art. 31 1 (b), es otra causa de exclusión de la responsabilidad, caracterizándose como aquella en el que el sujeto por el estado de intoxicación, en el momento de los hechos, está privado de capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley. No se admite la intoxicación, cuando esta fuere voluntaria a sabiendas de que como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriere.[889]

[887] TRIFFTERER, OTTO. Op. Cit. Pág. 868.

[888] CASSESE, A. Op. Cit. Págs.262 y sigs.; TRIFFTERER, OTTO. Op. Cit. Pág.873; GIL Y GIL, A. Op. Cit.

[889] GIL Y GIL, A. Op. Cit. Págs. 300-302; TRIFFTERER, OTTO. Op. Cit. Pág.876-888.

Dentro de las causas de exclusión también se relaciona la capacidad mental disminuida, la cual es una defensa incompleta que solo podría dar lugar a una reducción de la pena. En otras palabras, se trataría de una circunstancia atenuante.[890]

2.2 Tribunales *ad hoc*

El TPIY y TPIR no cuentan con disposiciones en sus estatutos, que traten de las reglas generales de la responsabilidad subjetiva. Únicamente en la tipificación de los crímenes se hace mención de elementos mentales al lado de los elementos materiales. En general no existen grandes diferencias en el tratamiento de la *mens rea* en el DPI y los tribunales *ad hoc*.

Su jurisprudencia se encargó de construir los conceptos, sin la existencia de una normativa propia. Las decisiones de sus tribunales han desarrollado ampliamente lo relativo a la responsabilidad subjetiva, sobre todo la del TPIY, que lo ha deducido como principio general de derecho, exigiendo al lado del *actus reus* el elemento mental del delito.[891]

Las únicas referencias expresas a la responsabilidad subjetiva en los estatutos, se encuentran en la tipificación de los delitos. Pero la ausencia de regulaciones sobre el *mens rea* podría verse como una oportunidad, para que los tribunales *ad hoc* asumieran en su jurisprudencia un amplio desarrollo de los conceptos sobre este elemento.

Debe reconocerse que la jurisprudencia no siempre ha ofrecido conceptos unánimes, detallados y coherentes sobre la *mens rea*, que permitan afirmar que los principios y conceptos han sido precisados adecuadamente y no se requiere hacer nada más para la justicia universal. Más bien, ocurre lo contrario, y se justifica la necesidad de crear normativas expresas para la CPI y para otros tribunales ad hoc que se creen en el futuro.[892]

[890] GIL Y GIL, A. Op. Cit. Pág.299.

[891] TPIY, Mucic y otros, TC, No. IT-96-21-T, 16.11.1998. Párrs.424-425.

[892] Consultar WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Págs. 313 y 314.

El carácter focalizado y transitorio de los tribunales *ad hoc* del TPIY y TPIR, solo puede dar lugar a aspirar a que estos se conviertan en una fuente del DPI, que en determinado momento tendrán un carácter histórico, conforme avancen los conceptos y teorías derivados de la jurisprudencia de la CPI.

Por ahora, las decisiones de estos tribunales han sido importantes, sobre todo en la creación o adopción de algunas doctrinas, que se ha asentado en el pensamiento colectivo de la academia y de los operadores del DPI.

2.2.1 Fundamentos básicos del mens rea

No hay referencias en la normativa y jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, al principio de culpabilidad como derecho humano, ya sea en forma expresa o tácita. Al igual que sucede en algunas legislaciones o jurisprudencias domésticas, la responsabilidad subjetiva no se vincula a principios establecidos como derechos humanos. La *mens rea* se aplica como concepto de la estructura del delito.

Se sostiene por los autores que el concepto de la culpabilidad personal, utilizado en la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales de Nüremberg y Tokio, se traduce en la responsabilidad individual en términos objetivos y subjetivos. En los juicios posteriores se sostuvo la culpa personal como presupuesto de la responsabilidad.[893]

Kai Ambos, también sostiene que en el caso Tadic, la AC del TPIY reconoció el principio de culpabilidad, al afirmar que nadie puede ser penalmente responsable por actos o transacciones en los que no haya participado personalmente o de alguna otra manera participado (*nulla poena sine culpa*). Consecuentemente, aunque el principio de culpabilidad no está contenido explícitamente se deriva de la jurisprudencia anterior, como principio y regla de derecho internacional.[894]

[893] AMBOS, KAI Y OTROS, *Treatise on International Criminal Law*, Second ed., Oxford University Press, New York, 2021. Págs.135 y 150.

[894] Idem.

No obstante, un contenido que sea correspondiente con los derechos humanos no se advierte su presencia ni en la jurisprudencia de los tribunales militares internacionales, ni en la de los tribunales ad hoc.

En los tribunales *ad hoc* está consolidada la exigencia de requerir al lado de la parte material del delito, el elemento mental para responsabilizar penalmente a un sujeto.[895] Sin embargo, la estructura de los delitos no ha tenido mayor atención o desarrollo en cuanto a sus componentes, probablemente por la ausencia de una normativa al respecto. La atención se ha fijado en los elementos específicos de los crímenes que se han tipificado en los estatutos y en las modalidades de *mens rea* en la autoría y participación.

2.2.2 Modalidad del mens rea.

Se admiten los grados de intención y conocimiento. Con respecto a la intención, como en la CPI, la jurisprudencia del TPIY reconoce como formas de la misma las siguientes: *general intent*, *specific intent*, *direct intent* e *indirect intent*.

De forma semejante a la jurisprudencia de la CPI, la intención puede conformarse con el propósito de realizar una conducta o consecuencia del delito o puede requerir elementos subjetivos adicionales.

Alicia Gil y Gil explica que "la jurisprudencia del TPIY ha distinguido el dolo (*general intent*), referido a la conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del crimen, de los elementos subjetivos especiales (*specific intent, dolus specialis*) que pueden ser necesarios, además del dolo, para la comisión de determinados delitos, como por ejemplo la intención de destruir al grupo en el delito de genocidio."[896]

En la intención como tipo de *mens rea* del DPI, al igual que ocurre en el derecho anglosajón, se incluye tanto lo que correspondería al dolo natural como al conocimiento de la antijuricidad, se trata de una formulación de *dolus malus* como antiguamente se

[895] ICTY, Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landzo, TC, Sentencia, No. IT-96-21-T, 16.11.1998. Párrs. 424 y 425.

[896] GIL Y GIL, A. Op. Cit. Pág.216.

sostenía en el derecho penal del DCE. "La distinción prevista en el derecho penal alemán y español entre dolo como elemento del tipo y conocimiento de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad no existe en derecho penal internacional. Los elementos mentales abarcan, en el sentido de *guilty mind,* no sólo el dolo sino también el conocimiento de la antijuricidad".[897]

El *dolus eventualis* ha sido reconocido en diversas resoluciones, aunque no de manera pacífica.[898] En el caso TADIC el tribunal consideró el *dolus eventualis* como una noción atenuada de intención o requirió un alto grado de descuido (*recklessness*), por actos cometidos dentro de un propósito común pero no previsto en el diseño criminal. La AC exigió más que negligencia, un estado de la mente en la que una persona, aunque no tenía la intención de producir un resultado determinado, estaba consciente de que las acciones del grupo tenían más probabilidades de conducir a ese resultado, pero sin embargo voluntariamente tomó ese riesgo. Según la AC se requiere el llamado *dolus eventualis*, también denominado *advertent recklessness.*[899]

En el caso Stakic, la TC parece asumir una de las teorías del DCE sobre el dolo eventual, la llamada tesis ecléctica, en la que se requiere un elemento voluntario y otro de peligrosidad de la acción.[900], cuando se estima que existe esa clase de dolo cuando el sujeto se reconcilia o hace las paces con la probabilidad de la muerte.[901]

El TPIY establece la coincidencia entre *recklessness* y *dolus eventualis*, considerando que tales conceptos corresponden a estados mentales en los cuales se estaba consciente de que las acciones tenían más probabilidades de conducir a un resultado, pero sin embargo

[897] WERLE, G.- JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.305.

[898] TPIY, Fiscal v. Jadranko Prlic y Otros, No.: IT-04-74-A, 29.11.2017. Párr. 2452; TPIY, Dusko Tadic, AC, Párr. 228; TPIY, Kvocka et al., AC, No. IT-98-30/1-A, 28.02.2005. Pars 82-86; TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstic, TC, No. IT-98-33-T, 02.08.2001. Párr.495; TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakic, TC, No. IT-97-24-T, 31.07.2003. Párr. 642; Prosecutor v. Dusko Tadić, No. IT-94-1-A, AC, 15.07.1999. Párrs. 219 and 220; TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakić, No. IT-97-24-T, TC, 31.07.2003. Párr. 587.

[899] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, No.: IT-94-1-A,15.07.1999. Párrs. 219 y 220.

[900] MIR PUIG, S. Op. Cit. Pág.268.

[901] TPIY, Prosecutor v Stakic, TC, No. IT-97-24-T, 31.07.2003, Párr. 587.

voluntariamente se tomó ese riesgo.[902] En el caso Tadic, se construye la responsabilidad subjetiva como *dolus eventualis* – el que el tribunal asimila a la *recklessness*-. a partir del conocimiento de que las acciones del grupo probablemente conducirían a ese resultado y se asume ese riesgo voluntariamente.

Cassese identifica la *recklessness* con el dolo eventual[903]. Sin embargo, Werle,[904]sostiene que la *recklessness* no satisface los requisitos del articulo 30 ER y citando a otros autores expresa que debiera ser vista como una forma de imprudencia consciente. Así también se le consideró en el caso Blaskic. [905]

El dolo eventual en la jurisprudencia del TPIY requiere probabilidad sustancial, [906] algo semejante a la teoría del DCE que requiere probabilidad rayana en la certeza.

En el caso TPIY Radoslav Brdnanin, en relación a la intención o dolo directo, se sostuvo que la *mens rea* del sujeto, requería el conocimiento y voluntad del resultado proscrito o con *reckless disregard* de la probabilidad sustancial del resultado, asimilando esto último al dolo eventual.[907]

El conocimiento ha sido aceptado también como una modalidad de *mens rea*, lo cual se verá en el capítulo relativo a la responsabilidad subjetiva en la participación. Al respecto, en Akayesu la TC, con referencias a la jurisprudencia del TPIR y el TPIY, sostuvo que el *mens rea* apropiado para ayudar e incitar al genocidio en virtud del artículo 6(1) del Estatuto es el "conocimiento", no la intención.[908]

---

[902] TPIY, Prosecutor v Dusko Tadić, No.IT-94-1-A, AC, 15.07.1999. Párrs. 320 y 321.

[903] CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Second Edition. Oxford University Press. New York, 2008. Pág.58.

[904] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Págs. 302-303.

[905] TPIY, Prosecutor v. Blaskic, TC, No. No. IT-95-14-T, 03.03.2000. Párr. 152.

[906] TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, AC, No.IT-95-14-A, 29.07.2004. Párrs. 41 y sigs.

[907] TPIY, Prosecutor v. Brdnanin, TC II, No. IT-99-36-T, 01.09.2004. Párr.599.

[908] TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párr.480 y sigs.; TPIR, Prosecutor v. Semanza, AC, No. ICTR-97-20-A, 20.05.2005. Párrs.268-269; TPIY, Prosecutor v. Krstid, AC, No: IT-98-33-A, 19.04.2004. Párr.140.

Si bien se distingue en el CL entre capacidad de *mens rea* y la *mens rea*, la primera no pertenece a los elementos del delito, no se evalúa como parte de la infracción, sino que tiene relevancia solo cuando es alegada como defensa por el imputado, motivo por el cual su prueba está a cargo de éste y en la medida que la legislación se lo permita. Si falta esa capacidad tampoco habrá *mens rea*. La capacidad de culpabilidad en el DCE, forma parte de una categoría adicional al tipo, porque se sostiene que en la mayoría de enfermedades mentales, se puede actuar con dolo pero sin la capacidad de comprender lo ilícito del hecho o sin poder adaptar la conducta a esa comprensión.

2.3 Tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados.

2.3.1 Fundamentos básicos del mens rea.

La normativa y jurisprudencia de los tribunales mixtos, no hacen referencia al principio de culpabilidad como derecho humano, ya sea en forma expresa o tácita. Se trata de una situación semejante a los tribunales *ad hoc*, en el que la responsabilidad subjetiva no se vincula a principios establecidos como derechos humanos y la *mens rea* se aplica como concepto de la estructura del delito. Una mención reducida se hace en la jurisprudencia de algunos de estos tribunales al principio de responsabilidad individual, una de las manifestaciones del principio de culpabilidad. Así sucede por ejemplo en sentencias de las Salas Africanas Extraordinarias, que haciendo mención del principio de la culpabilidad individual (*nulla poena sine culpa*), se enfocan en la necesidad de comprobar la responsabilidad individual [909] o de manera semejante en la jurisprudencia del Tribunal Especial para Sierra Leona.[910]

Dado que estos tribunales, por lo general, ha seguido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, han asentado la idea de que todos los delitos requieren una parte objetiva o material (*actus reus*) y una parte subjetiva o mental (*mens rea*). Sobre este último

[909] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.1820.

[910] Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párr. 387.

elemento hay una coincidencia muy cercana, entre el DCE, el DA, el DPI y las concepciones de los tribunales híbridos.

Como modalidades de la *mens rea* se reconocen el dolo directo o la intención, el dolo eventual[911] o intención indirecta y la culpa. Esta última tiene manifestación en la responsabilidad del superior. Adicionalmente se ha adoptado en las concepciones de las ECCC la preterintencionalidad, reconocida en el derecho camboyano y francés como un *dolus praeter intentem* y reconociéndolo como una forma de intención indirecta o dolo eventual. Lo que en realidad es una concepción equivalente a la antigua forma de actuación subjetiva del DCE, llamada preterintencionalidad, que existía como modalidad al lado del dolo y la culpa. A este punto se hará referencia más adelante.

En cuanto al dolo especial, se sigue la idea de que algunas figuras deben ser realizadas con un dolo *specialis*, intención especial o intención específica, al lado del dolo o intención general. Así la jurisprudencia de las ECCC, requiere en el crimen de genocidio, no sólo la prueba de la intención de cometer el acto subyacente, sino también la prueba de la intención específica de destruir el grupo, en su totalidad o en parte.

2.3.2 Modalidades del mens rea.

En el **Tribunal Especial de Sierra Leona**, no hay regulaciones abundantes ni precisas en su normativa; pero se ha seguido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y el derecho internacional consuetudinario, por lo que son aceptadas las diversas formas de *mens rea*.

Se admiten la intención directa o propósito, el conocimiento y la conciencia de la probabilidad sustancial. En forma conjunta estas figuras son conocidas como *dolus*, *wille* o *wilfully*. Los términos de intención directa, el propósito, el dolo general, el dolo intencional y el *dolus directus* de primer grado, son utilizados para describir la voluntad,

[911] Algunos tribunales internacionalizados o híbrido, al igual que tribunales *ad hoc*, han admitido el dolo eventual. Ver: Alicia Gil y Gil, «Capítulo VIII. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS CRÍMENES (MENS REA)», en *Derecho Penal Internacional*. Pág. 222; así como la jurisprudencia que se cita: ECCC, *Prosecutor v. Nuon Chea and Khieu Samphân*. Case 002/1, SCC, Appeal Judgment (002/19-09-2007), 23.11.2016.

deseo u objetivo consciente en el que los actos de un acusado tienen efecto en la comisión de un delito. También se admite el *dolus directus* de segundo grado. El *dolus eventualis*, es designado en esta jurisprudencia intención condicional, *advertent recklessness* e intención indirecta y se refieren al conocimiento y la aceptación de un acusado de la probabilidad sustancial de que sus actos o conducta tengan un efecto en la comisión del delito.[912]

Se distingue entre la intención de participar como accesorio en un crimen y la intención directa de cometer un crimen.[913] En esta última el sujeto activo se propone realizar la conducta tipificada como delito, quiere causar el resultado o consecuencia definitido en el tipo penal o tiene consciencia de que se producirá. Adelante en el tema de la participación o accesoriedad se hará referencia al *mens rea* de la accesoriedad.

En las **Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya**, tampoco su normativa es abundante y precisa sobre el *mens rea*, pero se ha reconocido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y otras fuentes del DPI sobre esta materia.

Se reconocen por ello la intención, el *dolus eventualis*, la recklessness, la intención general, la intención específica y una figura particular: la preterintencionalidad o el *dolus praeter intentem*. [914] Si bien el dolo eventual se ha admitido, algunas resoluciones de las ECCC han sido contradictorias[915], debido a negativa de la Sala de la Corte Suprema, al que se le atribuyeron facultades de tribunal de apelación en los casos del sistema, de reconocer el dolo eventual en delitos de intención específica.

---

[912] Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párr. 415. Ver citas1286, 1288 y 1289; SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, AC, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párr.475.

[913] Idem.

[914] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs. 157, 631 y 762.

[915] Los ECCC están constituidos por una Sala de Instrucción y una Sala de Juicio, además de la Sala de la Corte Suprema, como tribunal de apelación, para llevar a cabo los Juicios contrra los Jemeres Rojos. https://www.eccc.gov.kh/en/introduction-eccc#:~:text=The%20Extraordinary%20Chambers%20in%20the,Tribunal%20or%20the%20Cambodia%20Tribunal.

En el Auto 002/01, la SCC rechazó la sentencia del TC de que el *mens rea* de exterminio incluía *el dolus eventualis*. Sostuvo que considerando que el objetivo del exterminio es eliminar a los individuos que forman parte de un grupo, esto es incompatible con la noción de *dolus eventualis*. Lo determinante es una demostración de que el asesinato de miembros de un grupo es lo que quería el perpetrador, independientemente de si estaba seguro de que esto realmente sucedería. La SCC retomando lo dicho por TPIR en el caso *Ntakirutimana* , en el que se consideró que el exterminio requería prueba de muertes como inevitable. Esta referencia a un resultado inevitable, parece referirse al dolo directo de segundo grado.[916]

El razonamiento es que en el *dolus eventualis* para el delito de exterminio, el mero conocimiento de que pueden producirse muertes, es insuficiente. El *dolus eventualis* se hizo consistir en que el acusado aceptó el riesgo de muerte en lugar de su (virtual) certeza.[917]

Se ha sostenido por estos tribunales que la *mens rea* requerida varía según la infracción grave de que se trate, como mínimo la *mens rea* de cada infracción grave incluye la intención de realizar el acto o la omisión. La Sala considerará si la *recklessness* es suficiente siempre y cuando surja de los hechos del caso.[918]

Así el *mens rea* del asesinato requiere prueba de la intención de matar o de causar lesiones corporales graves con conocimiento razonable de que el acto u omisión probablemente conduzcan a la muerte. No es requisito del delito, la premeditación.[919] El *mens rea* del asesinato abarca el *dolus eventualis*. Este último se entiende cuando el actor se involucra en un comportamiento que pone en peligro la vida, volviendo su asesinato intencional, si

---

[916] FRY, ELINOR and VAN SLIEDREGT, ELIES, «*Targeted Groups, Rape and Dolus Eventualis: Evaluación de las contribuciones de la ECCC al derecho penal internacional sustantivo*», *en Journal of International Criminal Justice*, vol.18, número 3, julio de 2020, páginas 701–721, https://doi.org/10.1093/jicj/mqaa017

(Último acceso a las 18:26 del 12.11.2022)

[917] Idem.

[918] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.631 y 763.

[919] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr. 630.

él "se reconcilia o hace las paces, con la probabilidad de muerte". Así cuando el homicidio se comete "con manifiesta indiferencia por el valor de la vida humana", la conducta de riesgo mínimo ha sido calificada por las ECCC, como homicidio intencional. De esta manera se hace equivaler el dolo eventual a la *recklessness* del DA; por lo que los asesinatos a gran escala que se clasificarían como asesinatos con *recklessness* en los Estados Unidos cumplirían con los criterios continentales de *dolus eventualis*. El concepto de *dolus eventualis* no incluye un estándar de negligencia o grave negligencia.[920]

En cuanto al suicidio, la Fiscalía sostuvo que este equivale a asesinato cuando por acción u omisión el perpetrador induce a la víctima a quitarse la vida. Citó el caso Krnojelac del TPIY, en el cual la TC configuró la *mens rea* sosteniendo que se es responsable por intentar que la víctima cometiera suicidio o haber conocido que el suicidio era resultado probable y previsible como consecuencia del acto o de la omisión. [921]

La jurisprudencia de las ECCC ha diferenciado los tipos de exterminio y asesinato como crímenes de lesa humanidad en su *mens rea*; pues en el exterminio se requiere intención directa de matar a gran escala, siendo incompatible el dolo eventual y en el asesinato el acto de causar la muerte de otra persona con, al menos, *dolus eventualis*.[922]

Para el delito de exterminio no se requiere la existencia de una situación que inevitablemente conducirá a la muerte de las víctimas, basta la intención de causar la muerte a gran escala. Será suficiente probar, entonces, que el sujeto activo creó las condiciones de vida para matar a gran escala.[923]

Aceptando en términos generales la jurisprudencia del *Medical Case* del Tribunal de Nüremberg, las Salas de Camboya sostienen que en aquellos casos los médicos nazis

[920] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.631.

[921] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs.629 y 3492; TPIY, Prosecutor v. Krnojelac, TC II, No.IT-97-25-T, 15.03.2022. Párr.329.

[922] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs. 155 y 657.

[923] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.659.

tenían un total desprecio por la vida de las personas sometidas a brutales experimentos, considerando la muerte de muchos de ellos como un resultado esperado. La intención implicó correr el riesgo de poner en peligro la vida de los sujetos en los experimentos, sabiendo que esto probablemente les causaría la muerte. Si bien el Caso Médico no hizo ninguna referencia explícita al estándar de *mens rea* aplicado, el *Medical Case* puede considerarse como un precedente para atribuir responsabilidad penal por homicidio intencional, incluso si el perpetrador actuó sin intención directa.[924]

En la línea de reconocer el dolo eventual, se hace referencia a principios generales comunes entre diferentes sistemas legales del mundo. Así en Alemania, Austria, Suiza, Holanda, Italia, Bélgica y Francia, han mantenido consistentemente la figura del dolo eventual. En Inglaterra y Australia, la *mens rea* contenía una figura equivalente al dolo eventual. En Rusia y Japón se legisla de manera similar.[925]

En la jurisprudencia de las ECCC se cita además, que en la legislación francesa y camboyana se distinguió entre la intención específica de matar y los actos deliberados de violencia que causaron una muerte no intencional. La primera forma de actuación dio lugar a la figura del asesinato. La intención de actuar con violencia, resultando en una contribución de la muerte de la víctima, se conocía como *dolus praeter intentem*. Esta distinción existió en Camboya desde que se incluyó en el artículo 503 del Código Penal de 1956. Este cuerpo de leyes establecía que "se presumía que existía intención de matar, entre otras cosas, si se utilizaba un arma letal, si el ataque era especialmente violento o si se atacaba una parte especialmente vulnerable del cuerpo de la víctima. Para las ECCC esto podría ser equivalente a la intención indirecta, pero no equivale a *dolus eventualis*.[926]

Si bien, las interpretaciones de las ECCC no son del todo precisas, pues la preterintencionalidad es un concepto distinto al dolo eventual y las presunciones de intención del Código Penal, son elementos procesales probatorios y no una forma de

[924]ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.636.

[925] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Parrs.637-647.

[926] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs.648-650.

actuación indirecta; las Salas afirman en resumen que un estándar de *mens rea* inferior a la intención directa puede aplicarse en relación con el asesinato, siendo el más bajo el *dolus eventualis*, el cual ocurre en una conducta realizada a sabiendas de que su acto u omisión probablemente conduciría a la muerte de la víctima y que, como mínimo, acepta o se reconcilia con la posibilidad de esta fatal consecuencia. Es un principio general de derecho que cuando un individuo, a sabiendas y de forma voluntaria, incurre en una conducta que podría conducir a la muerte, esa conducta equivaldría a asesinato o un delito de similar gravedad en cada ordenamiento jurídico interno.[927]

El *mens rea* de la esclavitud es el ejercicio intencional sobre una persona de cualquiera o todas las facultades inherentes al derecho de propiedad.[928]

En cuanto al *mens rea* del encarcelamiento, se requiere que el perpetrador haya tenido la intención de privar arbitrariamente a la persona de la libertad o que el perpetrador actuó con conocimiento razonable de que sus acciones podrían causar la privación arbitraria de la libertad física. En el crimen de tortura, de acuerdo a la jurisprudencia de las ECCC, el *mens rea* se configura al infligir intencionalmente a una persona el dolor o sufrimiento severo .[929]

En el delito de genocidio, el *mens rea* corresponde a la "intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo étnico, racial o religioso, como tal"; pero debe existir una doble intención: por un lado, la de cometer el acto subyacente y fundamentalmente la intención específica de destruir el grupo, en su totalidad o en parte. A esta última expresión de *mens rea* se le ha denominado intención genocida, dolo *specialis*, intención especial o intención específica. De acuerdo con la Convención sobre el Genocidio, debe establecerse que el perpetrador tenía la intención de destruir un grupo protegido "como tal", esto significa que debe ser afectado como "grupo identidad", en consideración global como grupo con identidad separada y distinta de los individuos. Por ello algunos sujetos pueden

[927] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr. 650.

[928] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr. 670.

[929] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs.697 y 701.

sobrevivir, pero el grupo de desintegra o destruye. [930] Así en el delito debe confluir la intención de asesinar personas, que sería el delito subyacente y además la intención de destruir al grupo como tal.

En las **Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Leste** se sigue la jurisprudencia internacional sobre el *mens rea*. La parte mental requiere que el delito haya sido cometido con intención y conocimiento. De acuerdo a la sección 18.2 de Regulación 2000/15, se entiende que una persona tiene intención, cuando: (a) En relación con la conducta, esa persona tiene la intención de participar en la conducta; (b) En relación con una consecuencia, esa persona tiene la intención de causar esa consecuencia o está consciente de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos. Se desarrolla así la intención directa e indirecta que el DPI ha adoptado en su jurisprudencia.

El conocimiento se define en la sección 18.3, como la conciencia de que existe la circunstancia o se producirá una consecuencia en el curso ordinario de los acontecimientos. Saber y "a sabiendas" se interpretará acorde con ello.

En la jurisprudencia se admiten variaciones de intensidad en el dolo de matar, considerando la modalidad más débil el *dolus eventualis*, y como más grave, la premeditación, pasando por otros matices intermedios. Se sostiene que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos desarrollados, "el nivel de intensidad de la voluntad es tomado como uno de los medios para medir la retribución de la pena, por la obvia consideración de que, con el aumento de la intensidad de la voluntad delictiva, la maldad de la personalidad del acusado se eleva también".[931] Sin embargo, no es cierto que la intensidad de la voluntad incremente la maldad, elemento que en el DCE no tiene trascendencia al utilizarse un concepto de dolo natural. De todos modos, la maldad también puede provocar un delito pasional que sea motivo para reducir la pena. Lo que sí ocurre es que la modalidad de la conducta, según se actúe con conocimiento y voluntad o no y el nivel de probabilidad o certeza que tenga el sujeto activo para lograr su resultado,

[930] Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs.797 y 798.

[931] SPSC- DDC, Prosecutor v. Carlos Soares also known as Carman, Judgment, No.9/2002, 08.12.2003. Pág.7.

puede dar lugar a sanciones diferenciadas. Así el delito culposo tiene menor pena que el doloso y en algunas legislaciones el dolo eventual tiene menor pena que el dolo directo.

Con esa postura de la intensidad de la voluntad, la jurisprudencia de estos tribunales no concibe la idea de una personalidad malvada en actuaciones con dolo de ímpetu; pues ha sostenido que este dolo, no es prueba de una personalidad delictiva intensa, más bien de una personalidad que no puede restringirse a sí misma y que, por lo tanto, es incapaz de poner una barrera psicológica entre la insurgencia de la deliberación y la ejecución. Jurisprudencialmente se ha definido el dolo de ímpetu, como aquél en el que el impulso de actuar no está suficientemente constreñido por inhibidores culturales o sociales. Un cambio rápido, casi inmediato, del pensamiento a la ejecución, fácilmente comprensible en las circunstancias dadas donde la muerte de la víctima fue una opción, una posibilidad desde el inicio de la acción, pero no fue prevista y predeterminada.[932]

La figura del dolo de ímpetu no es desconocida en el DCE, pues Carrara[933] ya se refería a ella, cuando concibiendo el dolo como intención de ejecutar un acto contrario a la ley, sostenía que en el dolo irreflexivo o de ímpetu había un predominio y choque instantáneo de una pasión ciega. Se cita también a Maggiore y a Cuello Calón.[934] Algunos autores todavía mencionan esta clase de dolo.[935] Considerando que la colera y el miedo eran fuente del dolo de ímpetu, se debía excluir o disminuir la responsabilidad penal. Era

[932] SPSC- DDC, Prosecutor v. Francisco Perreira, Judgment, No. 34/2003, 27.04.2005. Pág.21; SPSC-DDC, Prosecutor v. Carlos Soares also known as Carman, Judgment, No.9/2002, 08.12.2003. Pág.7. Se ha definido el dolo de ímpetu o irreflexivo, en algunos países que siguen el sistema del DCE, como voluntad de perpetrar una conducta delictiva que surge de manera repentina, o en un mismo momento, de manera que la acción se da sin lapso entre lo ideado y lo hecho. Ver: https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/51942:dolo-de-%C3%ADmpetu#:~:text=Voluntad%20consciente%20de%20perpetrar%20una,lo%20ideado%20y%20lo%20hecho. (Último acceso a las 10:45 del 25.03.2023)

[933] CARRARA, FRANCESCO, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Tomo I, traducida por Octavio Béeche y Alberto Gallegos, ILANUD- Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2000. Págs.55 y 59.

[934] ORTÍZ RODRÍGUEZ, ALFONSO, «Dolo de Ímpetu y Dolo Indeterminado. Formas Imperfectas del Delito», en *Revista Nuevo Foro Penal, EAFIT*, 1(5), Medellín, 2016. Págs.79-84. Ver: https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3741/3031 (Último acceso a las 11:30 del 26.03.2023)

[935] ZAFARONI, E. R. Op. Cit. Págs. 788-789, sostiene que este dolo deriva de una reacción súbita, poco planificada y citando a Carrara, expresa que tiene lugar por *subitaneo impeto di affetti*, por lo que normalmente coincide con situaciones de emoción violenta.

también conocido como dolo irreflexivo, contra el cual, Carrara cita la discusión que había llevado a algunos autores modernos a rechazar su existencia.[936]

En realidad, el dolo de ímpetu no tiene ya justificación para su aplicabilidad, cuando la alteración de la conducta por la cólera o el miedo, tienen un tratamiento en el nivel de las exclusiones de la responsabilidad penal y no en la tipicidad subjetiva.

En la jurisprudencia se reconoce la enfermedad mental como una defensa completa y por tanto una causa de exclusión de la responsabilidad penal por faltar la capacidad para el *mens rea*. Se cita el Reglamento de UNTAET No. 2000/15, que regula la cuestión de la responsabilidad penal de una persona en el momento de la ofensa [937]

La jurisprudencia determina que la *mens rea* para cada crimen en particular, señala lo relevante de los elementos materiales, que deben ser abarcados por la intención y el conocimiento.[938]

El crimen de lesa humanidad de asesinato en el derecho internacional consuetudinario, como reconoce el art. 6 (c) Carta de Nuremberg, art. 5 (c) Carta de Tokio, Art. 5 (a) Estatuto del TPIY, art. 3 (a) Estatuto del TPIR, art. 7.1 (a) Estatuto de la CPI, y Sección 5.1 (a) del Reglamento 2000/15 de la UNTAET, no exigen la premeditación o intención deliberada, sólo la intención de infligir daños corporales graves en el conocimiento de que es probable que cause la muerte (sentencia del Tribunal Penal Internacional para Rwanda Akayesu, 2 de septiembre de 1998, párr. 590; Sentencia del TPIY Blaskic, 3 de marzo de 2000. Párrs. 216,217; Juicio de los paneles especiales Joni Marques, 10 de diciembre de 2001. Párr. 649).[939]

---

[936] CARRARA, F. Op. Cit. Pág.173; expresa que Schroeter considera inaceptable la distinción entre dolo irreflexivo y premeditado, ya que la conciencia de violar la ley es la misma en la cólera y sin ella.

[937] SPSC- DDC, Prosecutor v. Nahak, No. 09/2001, 11.12.2001. Parr.18.

[938] SPSC- DDC, Prosecutor v. Joni Marques, Manuel Da Costa, João Da Costa y Otros, Judgment, No. 09/2001, 11.12.2001. Párrs.800, 816, 825, 940, 963 y 969.

[939] SPSC-DDC, Prosecutor v. Francisco Pedro & Apolinario dos Santos, Court Decision on Defense Motion to Partially Dismiss the Indictment, No. 1 / 2001, 11.02.2005. Pág.3.

En la jurisprudencia de Timor Leste con fundamento en el artículo 338 del Código Penal indonesio, se aplicó la figura del homicidio involuntario, a una muerte provocada intencionalmente por dos individuos, pero sin premeditación (*manslaughter*). La responsabilidad se derivó del propósito común o del conocimiento o intención conjunta para cometer la ofensa.[940] Si bien el nombre del delito puede hacernos pensar en que no se trata de un acto doloso, las definiciones legales y jurisprudenciales son categóricas en afirmar la conducta intencional. La diferencia es que el homicidio involuntario se comete como producto de impulsos o situaciones sobre las cuáles no se había reflexionado con suficiente tiempo.

En el delito de homicidio como crimen de humanidad, el *actus reus* se compone de tres elementos: la existencia de la muerte, la muerte es el resultado del acto del perpetrador y el hecho debe ser causa sustancial de la muerte. El *mens rea* se cumple cuando en el momento del asesinato, el acusado haya tenido la intención de causar la muerte de la víctima o sabía que ocurriría en el curso ordinario de los acontecimientos. En un asesinato, como crimen de lesa humanidad, no se exige la premeditación como elemento de asesinato. [941]

En jurisprudencia posterior se refirma lo expresado en el caso Joni Marques y otros, expresando que debe existir una relación de causalidad entre el acto del perpetrador y la muerte de la víctima, así también el acto del perpetrador debe ser una causa "sustancial" de la muerte de la víctima. Esto último significa que el acto del perpetrador puede no ser una causa demasiado remota, pero debe ser una que causó de manera inmediata la muerte de la víctima.[942] La palabra sustancial que se emplea en otras sentencias para diferenciarla de lo esencial, aquí está asimilada a esta última como lo más determinante, de forma tal que sin ella el delito no hubiera ocurrido.

---

[940] SPSC-DDC, Prosecutor v. Domingos Amati and Francisco Matos, Judgment, No: 12/2003, 04.03.2005. Pág.17.

[941] SPSC-DDC, Prosecutor v. Joni Marques, Manuel Dacosta, Joao Dacosta and others, Judgment, Case No. 09/2000, 11.12.2001. Párrs.645-649.

[942] SPSC-DDC, Prosecutor v. Lino de Carvalho, Judgment, No. 10/2001, 18.03.2004. Pág.12; SPSC-DDC, Prosecutor v. Umbertus Ena and Carlos Ena, Judgment, No. 5/2002, 23.03.2004. Págs.17 y 18.

La jurisprudencia tomando en cuenta los dispuesto en la Regulación 2000/15, ha establecido los siguientes requisitos del contexto para calificar el crimen como de *lesa* humanidad: 1. Tiene que haber un "ataque"; 2. El ataque debe ser "generalizado o sistemático"; 3. El ataque debe ser "dirigido contra cualquier población civil"; 4. El delito designado debe cometerse "como parte de" tal ataque; 5. El autor del delito debe tener "conocimiento del ataque".[943] La *mens rea* estaría constituida por el conocimiento del ataque y la voluntad de participar en el mismo.

En cuanto al delito de persecución, la jurisprudencia de las SPSC-DDC sostiene que el elemento más característico es la actividad discriminatoria que causa daño físico, mental o económico a un grupo determinado. Sin embargo, existen dos concepciones para completar su configuración típica. Por un lado, se entiende que la intención discriminatoria debe aparecer junto con actos de naturaleza delictiva, y por otro, la discriminación es la que caracteriza los actos que por sí mismo no son inhumanos. Así se ejemplifica sobre esta última tesis, que los criminales nazis fueron condenados por delito de persecución, mediante hechos distintos a los actos inhumanos; particularmente por sus discursos de instigación al odio y por su parcialidad en la administración de justicia.[944]

La jurisprudencia examina las concepciones de autores y diversos tribunales internacionales sobre el delito de persecución. Cita que Bassiouni afirma que la persecución no es un crimen internacional *per se*, a menos que sea la base para la comisión de otros delitos. De ahí que ciertos delitos nacionales se convierten en violaciones penales internacionales en la medida en que se basan en políticas persecutorias de un grupo identificable de personas. Es decir, que para el delito de persecución se requiere un nexo razonable entre la política discriminatoria y los delitos internacionales existentes. Los Estatutos del TPIY y el TPIR definen la persecución de manera similar a los tribunales de la Segunda Guerra Mundial, con algunas particularidades. En cuanto a la jurisprudencia de estos tribunales, el TPIY ha aplicado el tipo de persecución a los actos cometidos en el contexto de una campaña militar o *cuasi* militar contra la población civil, que puede consistir en asesinatos, destrucción de pueblos, rescate, traslado de población,

[943] SPSC-DDC, Prosecutor v. Lino de Carvalho, Judgment, No. 10/2001, 18.03.2004. Pág.11.

[944] SPSC-DDC, Prosecutor V. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and Others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párrs.69, 70 y 71.

tortura, etc., contra un grupo identificado. En conjunto se tipifica como delito de persecución y se responsabiliza a los acusados por ese tipo global de persecución y por cada uno de los delitos individualmente ejecutados. El TPIR ha utilizado el concepto de persecución por conductas consistentes en discursos de odio por acciones particulares de dueños de medios, periodistas y políticos de alto rango que con sus discursos avivaron la violencia. Las mismas conductas son imputadas como persecución y como incitación al genocidio. Estatutariamente, las diferencias son que mientras el Estatuto del TPIY considera el elemento de discriminación (por motivos políticos, raciales y religiosos) sólo en el delito de persecución el TPIR exige la discriminación (por motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos) por cualquiera de los crímenes de lesa humanidad (incluida la persecución).[945]

Las SPSC-DDC han sostenido que la jurisprudencia de la CPI en este punto, no pueden servir de referentes en su jurisdicción, porque el delito de la persecución, tal como está regulada en la sección 5.1 (h) del Reglamento 2000/15 de la UNTAET, tiene una particularidad: requiere la conexión de la intención persecutoria con otro crimen de lesa humanidad o con otro crimen dentro de la jurisdicción de la corte. [946] En el ER también se estableció este vínculo con otro delito, con la idea de evitar una definición demasiado vaga del delito de persecución, asegurando que solo conductas graves sean sometidas a la jurisdicción de la CPI.[947]

Sin embargo, tal exclusión no tiene razón de ser, pues tanto por la configuración del delito de persecución en el ER, como en la jurisprudencia de las SPSC-DDC, no hay motivos para afirmar en forma genérica, que los delitos en conexión a la persecución, no son los mismos, en parte, que aquellos que se han identificado en la normativa y jurisprudencia de la CPI. Es decir, la jurisprudencia de la CPI, puede ser útil en aquellos casos en que existe coincidencia sobre los crímenes perseguidos tanto en la jurisdicción de las SPSC-DDC, como en la de la CPI.

---

[945] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párrs.72, 73,74 y 75.

[946] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párr.72.

[947] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004.Párr.80.

El ER define el crimen de persecución como delito de *lesa* humanidad, consistente en la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3 u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte. Por lo tanto, tiene una concepción más amplia con respecto a los motivos e incluso reconociendo la persecución de personas pertenecientes a grupos LGBTIQ, a pesar que el párrafo 3 circunscribe el término género a personas sexualmente identificadas como hombres o mujeres; pues el derecho internacional de los derechos humanos, prohíbe la discriminación de género de manera amplia.

Las Salas Especiales sobre este tema citan la jurisprudencia del TPIY. En el caso Kupreskic y otros se estableció que el delito de persecución es una negación flagrante, por motivos discriminatorios, de un derecho fundamental. La afectación de este derecho puede constituir o no un delito. Por lo tanto, los elementos del delito son los siguientes: a) Elementos requeridos para todos los crímenes de lesa humanidad, es decir, ataque generalizado y sistemático, b) una negación flagrante o flagrante de un derecho fundamental alcanzando el mismo nivel de gravedad que los demás crímenes de lesa humanidad, y c) motivos discriminatorios.[948]

En el caso Blaskic, el TPIY sostuvo que el delito de persecución abarca actos de diversa gravedad, desde matar hasta la limitación del ejercicio de profesiones al grupo objetivo, así como actos de naturaleza física, económica o judicial en violación del derecho de un individuo a la igualdad en el disfrute de los derechos fundamentales. El TPIY condenó al acusado por el delito de persecución, cometidos por motivos discriminatorios, que comprendía ataques a ciudades, asesinato y lesiones corporales graves, destrucción y saqueo de bienes, trato inhumano y traslado forzoso de civiles.[949]

[948] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párr.76.

[949] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párrs.76 y 77.

Consideran las SPSC-DDC que la superposición de delitos con el crimen de persecución, como se configura en el TPIY, no es posible en el TPIR, donde como el elemento discriminatorio es común a todos los crímenes de *lesa* humanidad, entonces es necesario encontrar un elemento definitorio diferente para el crimen de persecución.[950]

El crimen de *lesa* humanidad se caracteriza en la sección 5.1 del Reglamento 2000/15 de la UNTAET, por ser un acto que se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático y cuando está dirigido contra cualquier población civil. El sujeto activo debe tener conocimiento de dicho ataque.[951]

La *mens rea* del delito de persecución dado que es un delito de *lesa* humanidad, requiere conocer el elemento de contexto. Siguiendo la sentencia Blaskic se sostuvo que basta que a sabiendas haya tomado el riesgo de participar en la implementación de ese contexto, incluyendo el conocimiento constructivo. Se citó también el caso Kordic, en el que se dijo que el perpetrador debe tener conocimiento del contexto más amplio en el que ocurren sus actos, es decir, que debe saber que sus actos se realizan en el contexto de un ataque generalizado o sistemático. En consecuencia, el conocimiento real o constructivo del contexto más amplio del ataque, para satisfacer el requisito de *mens rea*, debe producirse de la siguiente manera: el acusado debe saber que su(s) acto(s) es(son) parte(s) de un ataque generalizado o ataque sistemático contra una población civil y de acuerdo con algún tipo de política o plan. La relación a una política general establecida en la normativa de los Paneles Especiales de Timor Leste y su jurisprudencia ha sido criticada con razón, pues supone que solo sujetos con poder político pueden cometer el crimen. Se afirma que el perpetrador necesita saber que hay un ataque contra la población civil y que sus actos forman parte del ataque, o al menos correr el riesgo de que su acto sea parte del ataque. Esto, sin embargo, no implica el conocimiento de los detalles del ataque. Citando los casos Tadic y Kunarac reitera que el perpetrador debe saber que hay un ataque a la población civil y saber que su acto encaja con el ataque. El perpetrador no necesita haber detallado

[950] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párrs.76 y 77.

[951] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párr.79.

conocimiento de las particularidades del ataque, sino simplemente ser consciente (del riesgo) de que un ataque existe. [952]

Adicionalmente, dado que el crimen de *lesa humidad* requiere una conexión entre el delito de persecución y los mencionados en el artículo 5 1 h) de la Regulación 2000/15 se requerirá que la intención abarque tanto la persecución como la del delito subyacente.

En el caso particular del delito de secuestro las SPSC-DDC estimaron que al no ser un delito de lesa humanidad ni un crimen dentro de la jurisdicción de las Salas, no puede reconocerse como delito en conexión a la persecución ni es delito por sí mismo. Únicamente se le reconoce como un elemento fáctico del delito de desaparición forzada de personas. [953]

Con respecto al **Tribunal Especial de Líbano**, en los artículos 188 y siguientes del Código Penal se establecen tres formas de comportamiento que originan responsabilidad subjetiva: la intención, la culpa y los actos involuntarios.

La intención o dolo es la voluntad de cometer un delito tipificado por la ley. Aunque el artículo 188 no trata las diversas clases de dolo, el artículo 189 ofrece un argumento a favor de la existencia del dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual, al expresar que si el resultado delictivo derivado de la acción excede la intención, siempre se considera doloso. Asimismo, se determina en el mismo artículo que si el hechor esperaba que sucediera, aceptaba el riesgo.

La jurisprudencia sobre este punto, ha sostenido que no basta que el autor prevea el resultado de sus acciones o comportamiento o que sepa que su comportamiento está prohibido por la ley; debe apuntar a él como resultado directo de su comportamiento.

---

[952] SPSC- DDC, Prosecutor v. Joni Marques, Manuel Da Costa, João Da Costa y Otros, Judgment, No. 09/2001, 11.12.2001. Págs. 19, 20 y 21; LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, «La Tipificación del Crimen de Persecución en el Estatuto de Roma y su Primera Aplicación Jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Recpc.10-12 (2008) - http://criminet.ugr.es/recpc -

[953] SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004. Párrs. 80-85.

Además, el *dolus eventualis* es aplicable bajo la ley libanesa cuando el resultado de la conducta delictiva excede la intención de los perpetradores, pero era previsible y, por lo tanto, se consideraba constructivamente que se pretendía la consecuencia. Si se cumplen los requisitos de conocimiento e intención, el *mens rea* existe, aunque la intención criminal sea indirecta o con dolo eventual.[954]

El artículo 190 define la culpa cuando se actúa con negligencia, falta de precaución o falta de observancia de las leyes y reglamentos, provocando un hecho dañoso.

La actuación involuntaria, de conformidad al artículo 191, es una especie de comportamiento imprudente, en el que el sujeto no haya previsto el resultado de su acción u omisión, aunque pudo o debió haberlo previsto, o si previó las consecuencias y creyó que podía evitarlas.

En el artículo 192 y 193 se trata de la motivación para expresar que no es elemento del tipo, excepto cuando se haya previsto expresamente. El motivo tiene efectos en la asignación de la pena.

En los artículos 223 y siguientes del Código Penal se tratan el error de derecho y el error de hecho. La ausencia de responsabilidad por enfermedad mental o intoxicación, así como la responsabilidad incompleta por estas causas, es desarrollada en los artículos 231 y siguientes. Está exento de pena el que haya perdido la conciencia o voluntad por enfermedad mental, lo que no impide que en algunos casos el imputado sea recluido en un albergue para su tratamiento. También puede reducirse la pena por situaciones de enfermedad mental incompleta. El Artículo 235 prescribe que queda exento de pena el que, al tiempo de cometer el hecho, se encontrare en estado de embriaguez por caso fortuito o fuerza mayor. El artículo 236 ordena sustituir o reducir la pena, si el estado de embriaguez resultante de fuerza mayor o caso de emergencia debilita la conciencia del autor o su voluntad.

[954] STL, Prosecutor Connected Case Submission, STL-11-02/CCS/PTJ, 23.09.2019. Párr 24, citando a su vez otras decisiones del TEL.

También en la regulación 2000/15 se tratan los casos de error de hecho y error de derecho en la sección 20, como exclusiones del elemento subjetivo. El error de hecho será motivo de exclusión de la responsabilidad penal sólo si niega el elemento intencional requerido por el delito. El error de derecho consistente en cuanto a si un tipo particular de conducta es un delito no será motivo para excluir la responsabilidad penal. No obstante, un error de derecho puede ser motivo de exclusión de la responsabilidad penal si niega el elemento doloso exigido por tal delito.

En las **Salas Extraordinarias Africanas**, la *mens rea* ha sido catalogada como esencial para justificar una condena, junto con el elemento material o *actus reus*. El acusado debe abarcar mentalmente el elemento material.[955]

También se reconoce en algunos delitos un dolo especial, reproduciendo la jurisprudencia del TPIY y el artículo 1 de la Convención contra la Tortura, aplicando el artículo 8 del Estatuto, que exigen que el autor de los actos u omisiones tuviera una intención especial. Así se expresa en este artículo que en el delito de tortura los sufrimientos intencionalmente infligidos a la víctima deben ser con el fin, en particular, de obtener de ella o de un tercero, información o una confesión, castigarla por un acto que él o un tercero ha cometido o se sospecha que ha cometido, para intimidarlo o presionarlo o para intimidar o presionar a un tercero, o por cualquier otro motivo basado en cualquier forma de discriminación.[956]

Con relación al **Tribunal Especial de Kosovo**, dentro de la normativa aplicable existía la posibilidad de recurrir al CPY, el cual sostenía que la responsabilidad subjetiva podía realizarse mediante los dos modos de actuación reconocidos tanto en la mayoría de sistemas legales domésticos como en el DPI, es decir, el comportamiento intencional e imprudente, que el Código Penal designaba como premeditación y negligencia (Arts. 11,13 y 14).

[955] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016.Párr.1644.

[956] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.1556.

Se consideraba, conforme el artículo 13 CPY, que un acto criminal era premeditado si el delincuente era consciente de su hecho y quería su comisión o cuando era consciente de que de su acción u omisión podía derivarse en una consecuencia prohibida y era consciente de su producción. El primer caso sería coincidente con la intención o dolo directo de primer grado del DCE. El segundo caso daría lugar tanto al dolo directo de segundo grado, como al dolo eventual del RL.

De acuerdo al artículo 14 del CPY, se actuaba con negligencia cuando se era consciente de que podía ocurrir una consecuencia prohibida, pero se asumía negligentemente que no ocurriría o que el sujeto podría evitarla; o cuando desconociendo la posibilidad de que se produjera una consecuencia prohibida, dadas las circunstancias y por sus características personales, el sujeto debía y podía haberla conocido. Tales definiciones corresponden a la imprudencia consciente e inconsciente del DCE.

La responsabilidad penal podía agravarse, si como consecuencia de la negligencia del autor, se producía un resultado más grave (Art.15 CPY). La redacción es bastante limitada, pues no deja en claro si esto debe entenderse como responsabilidad objetiva o correctamente, en el sentido de agravar la responsabilidad por el resultado, en los casos de culpa consciente, si la consecuencia ha sido previsible o ha quedado abarcada por el comportamiento del sujeto. Debiendo descartarse en una culpa inconsciente, pues al no reconocer el riesgo impediría atribuir una agravación por el resultado. Teniendo en cuenta el derecho aplicable por el TEK, esta disposición ante la ausencia de regulaciones expresas del CPK, mal entendida como un caso de responsabilidad objetiva, no podía aplicarse por el tribunal.

Con respecto a la posterior legislación, se establece en el artículo 17 CPK que la responsabilidad criminal existe cuando el autor de un delito es mentalmente competente y ha cometido el delito de forma intencional o negligente. La negligencia solo se castiga cuando el delito bajo esta modalidad se haya previsto expresamente la ley.

Como modalidades de la intención se conceptualizan en el artículo 21CPK, la intención directa y la intención eventual. La primera se da cuando una persona es consciente de su acto y desea su comisión. La intención eventual ocurre cuando una persona advierte o es consciente de que como consecuencia de su conducta puede producirse una consecuencia

prohibida y acepta la misma. El conocimiento y el propósito, aunque no son definidos ni vinculados con la intención, se mencionan en el artículo 22 CPK como posibles elementos de la tipificación de un delito.

Habiendo reconocido la jurisprudencia la parte objetiva y la parte subjetiva de los delitos, considera que esta última ocurre cuando el autor tiene la intención de cometer el delito o actuar con conocimiento de la probabilidad sustancial de que el delito ocurra como consecuencia de su conducta.[957] También ha sostenido que la intención se puede derivar del conocimiento.[958] Se distingue entre intención directa e indirecta. Para que se dé la primera debe hacer actuado con conocimiento y deseo de realizar los elementos materiales del delito. En el dolo eventual el perpetrador debe haber: (i) actuado con el conocimiento de que como consecuencia de su conducta, puede ocurrir el resultado delictivo (con probabilidad); y (ii) accedió o aceptó a esa ocurrencia."[959] Sobre lo primero hay que advertir que si bien el deseo no es equivalente al querer ni al conocimiento, la idea que subyace en esta jurisprudencia es coincidente con la de otros tribunales penales internacionales. En cuanto al dolo eventual, este correspondería a la intención indirecta y se parte del reconocimiento del riesgo y la aceptación, lo cual tiene fundamento en el DCE.

La jurisprudencia no ha encontrado de acuerdo al contenido del CPK, que la intención específica o especial sea una categoría distinta del *mens rea*. Hay referencia al propósito en el artículo 22, pero no se determina expresamente si el concepto corresponde a todas las ofensas o solo a las realizadas con intención. El CPK hace mención de intención o conocimiento El TPK no considera que el legislador pretendiera penalizar ciertos delitos solo si se cometen con intención directa o exigir la intención directa para cualquier delito que implique un propósito. En cambio, sostiene que el Artículo 21 se aplica a todos los delitos del CPK, sin distinción e independientemente de si un delito también requiere un

[957] KSC, The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs.64 y 65.

[958] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.651.

[959] KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022. Párrs.85, 86, 105, 106, 153 y 154; KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párrs.651 y 663.

propósito específico. Por lo que un delito eventual podría requerir una intención específica.[960]

El error de hecho y el error de derecho son desarrollados en los artículos 25 y 26 CPK. El primero excluye la responsabilidad, cuando una persona en el momento de cometer un delito penal, ignora una característica de ese acto o cree erróneamente que existían circunstancias que, de haber existido, habrían convertido el acto en permisible. Si el error ocurre por negligencia se le aplicará la pena de un delito culposo, si la ley ha previsto una figura culposa para dicha actuación. El error de derecho excluye la responsabilidad cuando por causas justificadas, el sujeto no supiera o no pudiera saber que un acto estaba prohibido. Si el error fue evitable, la persona es penalmente responsable pero la pena puede ser reducida. Se entiende evitable si cualquier persona hubiera podido saber fácilmente que el hecho era ilícito o si el autor, en razón de su profesión, oficio o servicio, estaba obligado a conocerlo.

En cuanto a la negligencia, se distingue entre dos formas: la consciente y la inconsciente. En la primera modalidad el sujeto tiene conocimiento de que una consecuencia puede ocurrir como resultado de su acto u omisión, pero imprudentemente piensa que no ocurrirá o que él o ella podrá evitar que ocurra. Una persona actúa con negligencia inconsciente cuando ignora que una consecuencia prohibida puede ocurrir como resultado de su acción u omisión, aunque bajo las circunstancias y de acuerdo a sus características personales debe o podría haber sido consciente de tal posibilidad. (Art.23 CPK)

En artículo 24 CPK se contiene un caso especial, en el que se combina una actuación intencional con una culposa que puede originar una pena más severa, cuando la comisión de un delito causa consecuencias que exceden la intención del autor, cuando esa consecuencia es imputable al autor por su negligencia. En el RL esta figura correspondería al concurso de delitos entre una conducta dolosa y una culposa, que antiguamente se explicaba a través del concepto de preterintencionalidad.

[960] KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022. Párrs. 119 y 120.

Se excluye la responsabilidad de los menores de 14 años (No. 3, Art.17 CPK), incompetencia mental (No.1, Art. 18 CPK) e intoxicación (Art.19 CPK). En los casos de capacidad mental disminuida, se deberá tomar en cuenta para decidir la sanción, medida de tratamiento y duración de las mismas (No.2, Art.18 CPK).

3. Visión compartida del *mens rea* en el derecho continental europeo, derecho anglosajón y derecho penal internacional

El fundamento de la responsabilidad subjetiva: el principio de culpabilidad -*principle of fault* o *principle of culpability*- como derecho constitucional y humano, si bien tiene un desarrollo bastante restringido en el DA, ha sido admitido de algún modo. En el RL el principio es mucho más amplio, gozando de reconocimiento constitucional en muchos países y con pronunciamientos de tribunales regionales de derechos humanos, formados en su mayoría por Estados que comparten ese sistema de derecho. De ahí que el principio de culpabilidad, más allá de la obligatoriedad universal que impone, sería expeditamente compatible con las concepciones jurídicas del DPI, en el caso de que se incluyera en su normativa o se reconociera por vía jurisprudencial.

Algunos autores consideran que el RL es un sistema bastante dogmático y muy meticuloso en sus conceptos con una fuerte tendencia a la coherencia lógica, para encajar la conducta en los presupuestos del texto legal. El enfoque angloamericano parece más casuístico buscando mantener un resultado justo en el caso individual, sin pretender la uniformidad de casos, pues pretende evitar injusticias en la aplicación de una regla general. En lo que concierne al concepto de culpa la jurisprudencia angloamericana no tiene problemas en la aplicación de inconsistencias lógicas como emitir un veredicto de "culpable pero enfermo mental" o proclamar que la ignorancia de la ley no es excusa. El sistema del DA está menos comprometido con el principio de no responsabilidad sin

culpa; pero reconocen el valor significativo que tiene en el DPI, a pesar de que pueden considerar que posee un umbral demasiado alto que limita el trabajo de la CPI.[961]

La formulación de la estructura del delito, tanto en CL como en el DPI, se hace de forma bipartita, coincidiendo con la postura clásica de Beling, del DCE: elementos objetivos y elementos subjetivos, o elementos materiales y requerimiento de culpabilidad. La culpabilidad no existe como categoría adicional en la estructura del delito y algunos de los elementos que se conocen en el derecho continental europeo, se incorporan a la parte subjetiva. La legítima defensa, enfermedad mental, etc., tienen un carácter de excusa o alegación del acusado (*defences*).

La *mens rea* se refiere al estado mental de una persona al realizar un *actus reus*. En algunas jurisdicciones el término *mens rea* y el *actus reus* han sido suprimidos por una terminología alternativa. En el DPI se hace referencia a elementos materiales y elementos mentales. En Australia, por ejemplo, los elementos de todos los delitos federales son llamados "elementos de culpa" (*fault elements - mens rea*) y "elementos físicos" (*physical elements - actus reus*). Esta terminología fue adoptada para reemplazar los términos latinos por frases más sencillas.

Hasta aquí se ha identificado una coincidencia del principio de culpabilidad entre los diversos sistemas, aunque pueden variar sus contenidos y tener un tratamiento y desarrollo más limitado en el CL y en el DPI.

La exigencia de *mens rea* o responsabilidad subjetiva para los delitos, es coincidente entre los diversos sistemas, aunque subsiste la responsabilidad objetiva en el DA y en algunos países que siguen otros sistemas jurídicos. Sin embargo, en el DIP no se admite la responsabilidad objetiva y el requisito mental del delito es en términos generales, coincidente, con todos los sistemas jurídicos domésticos.

[961] VAN DER VYVER, JOHAN D., «The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law», en *U. Miami Int´l. & Comp. L. Rev*. Vol. 12, Págs.57-149, 2004. https://ssrn.com/abstract=1940084 (Último acceso a las 21:30 del 17.08.2022)

En lo que se advierte notable coincidencia es en cuanto al rechazo de la responsabilidad objetiva en los ciudadanos de cualquiera de los sistemas legales. En el derecho británico lo hacía notar H.L.A. Hart, quien afirmaba que esa clase de responsabilidad es mirada con gran odio "y solo se la admite como una excepción a la regla general, con la impresión de que un importante principio ha sido sacrificado para asegurar una mayor medida de cumplimiento y de castigo a los ofensores".[962]

Los conceptos de intención y conocimiento del DPI con respecto a los conceptos del derecho anglosajón, así como con relación al dolo del DCE, tienen una relativa coincidencia. En el DPI y el CL se emplean en forma acumulativa por regla general, pero se admite la aplicación separada y con relación a elementos parciales del *actus reus*; mientras en el DCE, teóricamente, tanto la intención como el conocimiento se emplean en forma concurrente, reconociendo que según la modalidad de dolo, habrá una preeminencia del elemento volitivo sobre el cognoscitivo o viceversa.

Aunque no es exacta la conversión de conceptos entre el DPI, el CL y el DCE, la intención directa e intención indirecta del DPI, tienen equivalentes conceptuales tanto en el DCE como en el *Common Law*. Así la *direct intent* o propósito del DA, es el dolo directo de primer grado.

La *oblique intent* o intención indirecta en el CL puede traducirse conceptualmente tanto como dolo directo de segundo grado o como dolo eventual, por esas abundantes definiciones teóricas. En el DCE, la *oblique intent* o *indirect intent*, debería entenderse como casos de dolo directo de segundo grado o dolo indirecto en el que coexisten dos resultados, uno abarcado por el propósito principal y el otro pretendido secundariamente por la necesidad de que sin este no se alcanza el primero o es una consecuencia necesaria del principal objetivo.

El dolo eventual sería entonces una categoría especial definida por cualquiera de las teorías conocidas, pero en la que no concurre una consecuencia secundaria unida a la principal que se pretendía. Una de ellas, muy semejante a la comprensión anglosajona, es

[962] LARRAÑAGA MONJARÁZ, P. Op. Cit. Pág.158

la teoría de la probabilidad sustancial, según la cual cuando el sujeto sigue actuando con probabilidad rayana en la certeza de que el resultado se produzca, actúa con dolo de ese tipo.

Por ahora, el *dolus eventualis* se enfrenta al rechazo mayoritario en la jurisprudencia de la CPI; pero no hay razones convincentes para descartar su procedencia, toda vez que se afinen los conceptos para darle coherencia y pueda ser insertado sin contradicciones con el resto de grados de la *mens rea*.

La *general intent* del DA y DPI corresponden al dolo como elemento subjetivo que se aplica en todos los tipos penales; la *specific intent*, es el elemento subjetivo especial del DCE, que se aplica como elemento subjetivo adicional requerido por algunos tipos penales y que pueden corresponder a determinadas o especiales intenciones, motivaciones o impulsos.

La *recklessness* del CL tiene contenidos conceptuales diversos y por lo tanto, ha dado lugar a que en el DPI y en el DCE no se le pueda entender de manera unívoca, para tener una sola traducción de su significado. Ya decía la *Law Comission* o Comisión Codificadora de Inglaterra, en el Reporte y Borrador del Código, que la *recklessness* es un concepto que tiene cuatro significados diferentes dependiendo de si se usa en el contexto de los delitos contra la persona no mortales, los daños penales y el homicidio culposo, violación o delito de conducción.[963] El uso de la palabra imprudencia, como significado de la *recklessness* en idioma español (diferenciándola de la negligencia o culpa inconsciente), no agrega claridad pues en el DCE la culpa o negligencia inconsciente, también es conocida como imprudencia. Si se estableciera normativamente la *recklessness* en el DPI como una modalidad o grado de la *mens rea*, equivalente a la culpa consciente, así debería ser traducida para evitar aclaraciones adicionales.

Particular importancia tiene la diferenciación entre *oblique intent* o *indirect intent* y la *recklessness*, para los efectos de encontrar sus equivalentes en el DCE y el DPI. Esta

[963] LAW COMISION, Criminal Law. A Criminal Code for England and Wales, Volume 1, Report and Draft Criminal Code Bill. https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/Criminal_Code_177_1.pdf (Consultado a las 11:00 del 17.09.2022)

última, entendida bajo la definición utilizada en el sistema legal de Estados Unidos, como negligencia consciente del derecho continental europeo, quedaría así claramente definida, dejando la *indirect intent* como un concepto equivalente al dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias.

Debe recordarse para todos estos conceptos, de dolo eventual y *recklessness*, en los que se utilizan la posibilidad, la probabilidad y la certeza como fundamento de los mismos, que la posibilidad es un término ontológico de lo que puede ser o existir en la realidad, mientras la probabilidad es un concepto gnoseológico o de conocimiento frente a la verdad, en la que existen más motivos para afirmar la realidad dignos de ser tomados en cuenta, que razones en contra.[964] De ahí que definir una conducta como posibilidad, es solo afirmar, la potencia para que algo exista. Por ejemplo, es posible que un avión bombardee una zona de civiles, pero no es posible que lo haga un pterodáctilo (hasta el estado actual de la ciencia). Lo determinante para la conducta es definir la actuación como probable, probable rayano en la certeza, virtualmente cierto o cierto.

La *negligence* del DPI, DA y la culpa, negligencia o imprudencia inconsciente del DCE tiene una similitud conceptual, caracterizada por el comportamiento no doloso, en forma descuidada, sin que se advierta el riesgo por el sujeto activo. Aunque la formulación de sus contenidos en los diferentes sistemas, tiene una base teórica distinta.

La *gross negligence* del CL y la imprudencia grave del DCE, no obstante, tienen una coincidencia conceptual bastante cercana, no es un concepto que agregue claridad y eficacia en el DPI para la determinación de la responsabilidad subjetiva ni tampoco en la fijación de la pena, siendo preferible mantener los conceptos de negligencia consciente e inconsciente, sin otras graduaciones en el DPI.

La diferenciación solo podría tener sentido en el DPI para establecer los casos de responsabilidad penal para los individuos, en casos de violación grave a los derechos

[964] Sobre los estados ontológicos y de conocimiento, ver: FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Vol. I. Traducida por Carrejo, Simón y Guerrero, Jorge, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997. Págs.11-71.

humanos y al derecho internacional humanitario, y los de responsabilidad civil que corresponden únicamente a Estados u otros organismos internacionales.

Como se ha advertido a través del estudio de los conceptos y modalidades de la *mens rea* o responsabilidad subjetiva, muchas teorías son tan variadas que presentan una diversidad de definiciones a nivel doméstico, tanto en el derecho anglosajón como en el derecho continental europeo. Algunas de esas doctrinas son similares entre ambos modelos de derecho y con ello permiten reconocer que una formulación escrita de la doctrina de la responsabilidad subjetiva, en el Estatuto de Roma o en sus normativas anexas, no tendría dificultades en ser entendida y aplicada correctamente en el DPI, por jueces, fiscales y demás operadores, formados en los diversos sistemas, sin afectar, sobre todo, la independencia judicial. Con una regulación expresa, podrían evidenciarse las ventajas de mayor uniformidad y coherencia en las resoluciones.

CAPÍTULO V
RESPONSABILIDAD SUBJETIVA DE AUTORES Y PARTÍCIPES EN EL CRÍMEN INTERNACIONAL

Sobre los sujetos intervinientes en el delito, el ER hace una cita de los concurrentes en un crimen. Los autores tienen una responsabilidad primaria en el delito y los accesorios una responsabilidad secundaria. La jurisprudencia ha establecido que la colaboración de los accesorios debe haber sido sustancial para la comisión del delito por el perpetrador, mientras que la contribución de los autores, objetivamente, debe haber sido mayor que la de los secundarios y esencial para la realización del delito.[965]

En cuanto a la *mens rea*, en términos generales, se hace una diferenciación entre principales y accesorios exigiendo para aquellos, intención de cometer y/o conocimiento del delito, mientras que para los segundos su intención y conocimiento, o su intención, está dirigido a inducir o cooperar con el principal.

El artículo 25[966] del ER describe ampliamente, tanto a autores como accesorios, sin clasificarlos en diferentes categorías de responsabilidades o jerarquías; sin embargo, con

[965] CPI, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03.2012. Párrs. 997-999.

[966] **Artículo 25**

Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

amplia libertad para los jueces, el nivel de intervención debe ser tomado en cuenta para determinar la sentencia de cada interviniente en el delito. Para algunos autores solo sirve para propósitos clasificatorios y descriptivos. [967]

Efectivamente, en el artículo 25 no se establecen diferenciaciones en el grado de responsabilidad entre autores y partícipes, pero la distinción conceptual entre los mismos tiene un propósito, el cual permite aplicar el artículo 78 del ER y la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, que prescriben que en la imposición de la pena deben tomarse en cuenta la gravedad de los crímenes, las circunstancias individuales de los acusados y el grado de participación en los mismos.[968]

No obstante esa idea de gradualidad que subyace en el artículo 25, con una finalidad que debía ser clara y practicable en el momento de graduar la pena, no es pacífica dentro de la doctrina, ya que importantes autores sostienen que esta categorización no se traduce

---

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad.

Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

3 bis. Por lo que respecta al crimen de agresión, las disposiciones del presente artículo sólo se aplicarán a las personas en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

[967] CASSESE, A. Op. Cit. Págs.187-188.

[968]La CPI, en el caso Lubanga ha sostenido la necesidad de mantener diferentes grados de responsabilidad, a través de la clasificación de principales y accesorios. Ver: CPI, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03.2012. Párr.999. AMBOS, KAI, «Responsabilidad Criminal Individual», en Triffterer, Otto, editor, Comentario sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, second edition, C.H. Beck-Hart-Nomos, Munich, 2008. Pág. 745., sostiene que no es un concepto unitario puro de autoría, sino que al distinguirse diferentes clases de participantes, al menos a nivel de sentencia, se aplica un concepto unitario funcional, como ocurre en las leyes penales de Austria y Suecia.

automáticamente en la imposición de una mayor o menor pena, según se trate de autores o partícipes, pues en la práctica existen casos en los que se ha impuesto una pena muy alta a un interviniente accesorio y relativamente baja a un autor.[969] Para lo que encontraríamos mayor aceptabilidad doctrinaria es para separar autores de partícipes, que permitiría excluir a éstos por su accesoriedad, cuando no sea posible imputar autoría a quien aquél instigó o ayudó.

La jurisprudencia del CPI ha formulado la idea de que para incurrir en responsabilidad principal, se debe requerir más que para incurrir en responsabilidad accesoria. Se apoya, en la disposición sobre la tentativa, pues sólo aquellos individuos que intentan "cometer" un delito, a diferencia de quienes participan en la comisión de un delito por un tercero, pueden ser responsables según dicha disposición. A la misma conclusión lleva, la interpretación literal de los artículos 25 (3) (b) y (c), que requieren que el autor intente al menos, la comisión del delito para que terceras personas puedan incurrir en responsabilidad accesoria. De esta manera, la responsabilidad accesoria depende de los actos del autor. Por el contrario, la responsabilidad principal, que es más próxima a la violación de los intereses protegidos por la norma, no se encuentra sujeta a esa dependencia, requiere un mayor grado de contribución que la accesoria y su contribución debe ser esencial. [970]

Por otro lado, la autoría y participación expresada en esta disposición, no constituyen un número cerrado de casos, pues podrían incluirse otras figuras, que deben extraerse conforme las reglas establecidas en el artículo 21 del ER.

---

[969] MACULÁN, ELENA -GIL Y GIL, ALICIA, «Las Formas de Intervención Punibles: Autoría y Participación», en GIL Y GIL, ALICIA y OTROS, *Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2019. Pág. 244, señalan que en el caso Lubanga, a este le impusieron como coautor la pena de 14 años de prisión y al expresidente de Liberia Charles Taylor, por instigación y complicidad la pena de 50 años de prisión. Con lo que la autora demuestra que los criterios de aplicación graduada de la pena, no cuenta con parámetros claros que unifiquen criterios para todos los casos.

[970] CASASOLA, GÓMEZ-AGUADO, ALFONSO, *Estudios Sobre la Corte Penal Internacional*, Dykinson, S.L., 2018. *ProQuest Ebook Central*, http://ebookcentral.proquest.com/lib/universidadcomplutense-ebooks/detail.action?docID=6514390.
Created from universidadcomplutense-ebooks on 2022-10-01 19:08:32

Se considera que el art. 25.3 ER identifica cuatro categorías: la autoría (letra a), la participación en la forma de orden o inducción (letra b), asistencia (letra c) y la responsabilidad por contribuir a un crimen perpetrado por un grupo (letra d). Adicional a ellas, se suma una situación especial de responsabilidad del superior del art. 28 ER.[971]

En cuanto a los tribunales ad hoc, de forma muy escueta define las conductas que la jurisprudencia ha distinguido entre autores y partícipes. Así el art. 7.1 ETPIY, y el Art. 6.1 ETPIR, establecen que la persona que haya planeado, instigado, u ordenado la comisión de algunos de los crímenes del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.[972]

[971] MACULÁN, ELENA -GIL Y GIL, ALICIA, «Las Formas de Intervención Punibles: Autoría y Participación». Pág. 243.

[972] **Artículo 7 ETPIY**

Responsabilidad penal individual

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.

1. Responsabilidad subjetiva de los autores

1.1 Los perpetradores o autores en la CPI

En el artículo 25.3 a) se determina como penalmente responsable al que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. Con lo cual, haría referencia a quienes en el derecho europeo continental se conocen como el autor directo, el coautor y el autor mediato. En este último caso, la actuación por conducto de otro que tenga responsabilidad penal, se trata especial y excepcionalmente en el derecho continental europeo, cuando se actúa en el marco de un aparato organizado de poder y todos los participantes que hayan compartido el control del delito, serían coautores.[973]

Se cita que la jurisprudencia internacional aplicó el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder por primera vez en la sentencia de 31 de julio de 2003 del TPIY en el caso contra Milo- Mir Stakic. Posteriormente se hizo en Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martic y Fatmir Limaj et al. en el TPIY, el caso contra Protais Zigiranyirazo en el TPIR y por la CPI en las órdenes de arresto o comparecencia dictadas el 4 de marzo de 2009 del caso Omar Hassan Ahmad Al Bashir, del 7 de mayo de 2009 en el caso contra Abu Garda, del 29 de agosto de 2009 en el caso Abhallah Banda y Saleh Mohammed Jerbo, del 12 de julio de 2010 en el caso Al Bashir, del 27 de junio de 2011 en el caso Muammar Al-Gaddafi y otros y del 23 de noviembre de 2011 en el caso Laurent Koudou Gbagbo.[974]

[973] JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C. Op. Cit. 2017. Págs. 91 y sigs.;

[974] OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, «La Aplicación del Concepto de Autoría Mediata a través de Aparatos Organizados de Poder por los Tribunales Penales Internacionales: Especial Referencia a los Casos "Al Bashir", "Al-Gaddafi" y "Al-Senussi" ante la Corte Penal Internacional.», en MACULAN, ELENA, GIL GIL, ALICIA, MEJAS, SONIA ALDA Y OTROS, *Intervención Delictiva y Derecho Penal Internacional : Reglas de Atribución de la Responsabilidad en Crímenes Internacionales*, Dykinson, 2013. Pág.301.

En los casos de autoría, del artículo 25 apartado 3 letra a) del Estatuto, como lo ha señalado la jurisprudencia de la CPI, no hay ninguna indicación ni en el Estatuto ni en la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones, de cualquier jerarquía dentro de las variantes establecidas.[975]

En el artículo 25 del ER, no se han utilizado los conceptos que designan la calidad de intervinientes en el delito, pues se hace referencia a sus conductas; excepto en la mención que se hizo en la versión oficial en español, del encubridor. En la versión oficial en inglés, en el Art.25 del ER no existe ninguna mención del encubridor; solo se refiere a las conductas de quienes con el propósito de facilitar la comisión del delito *aids, abets or otherwise assists,* esto es, ayude, anime o de cualquier otra manera asista. Un encubridor no asiste, porque su intervención es posterior a la comisión del delito y no es parte del concurso de delincuentes.

En otros artículos de la versión en español del Estatuto de Roma se utilizan las palabras autor, en el Art. 53 2 c) y en el preámbulo, aunque en este último caso al expresar "Decididos a poner fin a la impunidad de los autores…", se hizo un uso genérico del concepto autoría para referirse tanto a autores como a participes. En la versión en inglés se utiliza la palabra *perpetrator*, [976]utilizada en el CPM y en diversas leyes criminales de Estados Unidos. En los EC, versión en español y en inglés, se hace un uso semejante de los conceptos autor y *perpetrator*, respectivamente.

Tal y como está redactado el artículo 25 del ER, parece haberse adoptado un concepto unitario de autor; pero en realidad es en las resoluciones de las salas de la CPI, en donde se ha hecho una aplicación diferenciada entre los conceptos de autores y partícipes. Así también, tanto en el derecho anglosajón como en el continental europeo, se utiliza un concepto restringido de autor, en donde se distinguen autores y partícipes, con el objeto de diferenciar las penas que corresponden a los principales y a los accesorios. La particularidad de esta diferenciación, es que no está asociada a grados de responsabilidad preestablecidos o estrictos, sino que queda bajo el criterio de los jueces, asignar penas conforme la calidad de intervención de los sujetos en el crimen.

[975] CPI, Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi,TC VIII, No. ICC-01/12-01/15, 27.09.2016.Párr. 60.

[976] CASSESE, A. Op.Cit. Pág.188.

La jurisprudencia de la CPI ha interpretado que los autores pueden ser autores directos individuales, co-perpetradores directos, autores indirectos individuales y co-perpetradores indirectos.[977] De forma parecida, también se sostuvo en el caso Ntaganda, al expresar que el artículo 25(3)(a) del Estatuto, prevé expresamente tres formas de responsabilidad penal: una persona que comete un delito como individuo, conjuntamente con otra persona, o a través de otra persona, independientemente de que esa otra persona sea penalmente responsable. [978]

En el derecho británico estas figuras del artículo 25.3 a) ER, corresponderían al *principal*, como autor y a los *joint principals*, como coautores. En el derecho penal de los Estados Unidos el autor es llamado *perpetrator* o *principal* y los coautores *coperpetrators, coprincipals o principals* en general. En sentido estricto se hace referencia a los perpetradores, como los autores directos o inmediatos. Siendo todos los anteriores conceptos, los que se utilizan en las versiones en inglés, de las resoluciones de la CPI.

El autor directo individual es quien realiza físicamente por sí solo el crimen, teniendo control del mismo. La jurisprudencia de la CPI ha mencionada expresamente la teoría del dominio del hecho o teoría del control sobre el crimen.[979] Es quien actúa en forma aislada o personal. También, en la jurisprudencia del CPI, se ha considerado que una persona ha cometido un delito como individuo, cuando realiza personalmente los elementos objetivos del delito, con la debida intención y conocimiento, de conformidad con el artículo 30 del Estatuto, así como cualquier *lex specialis*.[980]

Todos los autores, a diferencia de los accesorios, tienen mayor cercanía con la comisión del delito y es autor directo individual quien tiene de forma exclusiva esa proximidad. La

[977] CPI, Prosecutor v. Dominic Ongwen, PTC II, No. ICC-02/04-01/15, 23.03.2016. Párrs. 39,40 y 41; CPI, Prosecutor v. Dominic Onweng, TC IX, No. ICC-02/04-01/15, 04.02. 2021.Párrs.2780 y sigs.

[978] CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, TC VI, No.: ICC-01/04-02/06, 08.07.2019. Párr. 771. Coincidentemente, AMBOS, KAI, «Responsabilidad Criminal Individual», en Triffterer, Otto, editor, *Comentario sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, second edition, C.H. Beck-Hart-Nomos, Munich, 2008. Pág. 747.

[979] CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr. 469.

[980] CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, TC VI, No. ICC-01/04-02/06, 08.07.2019. Párr. 735.

jurisprudencia del CPI presenta un número importante de casos, en los cuales ha asignado, como nota distintiva para todos los autores, que su contribución debe ser esencial.[981]

El autor indirecto individual es el que realiza por medio de otro un delito, teniendo control del mismo y siendo el único que lo tiene. El otro sujeto, quien realizó directamente el delito, puede haber actuado sin dolo o coaccionado, o como accesorio.

El autor indirecto individual sigue caracterizándose por aportar la conducta esencial para la comisión del delito, pues el sujeto utilizado como instrumento o el accesorio, no tienen esa nota distintiva. Es el hombre de atrás, en la terminología del derecho continental europeo.

En el caso de que el instrumento utilizado sepa lo que hace, deja ser tal, para convertirse en autor y el autor indirecto individual pasa a ser un coautor. Es el autor detrás del autor -*perpetrator behind the perpetrator*-.[982]

El *mens rea* del autor indirecto, es igual al que se requiere para el autor directo, debe tener intención y conocimiento para cometer el delito, de conformidad al artículo 30 ER.

---

[981] CPI, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03.2012. Párr.999; CPI, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, Decision on the confirmation of the charges, 30.09.2008, No. ICC-01/04-01/07-717. Párrs. 524-526; CPI, Prosecutor v. Bemba, Decision pursuant to Article 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor, 15.06.2009, No.ICC-01/05-01/08-424. Párr. 350; CPI, Prosecutor v. Banda and Jerbo, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges", No. ICC-02/05-03/09-121- Corr-Red, 07.03.2011. Párrs. 136-138; CPI, Prosecutor v. Abu Garda, Decision on the Confirmation of Charges, No.ICC-02/05-02/09-243-Red, 08.02.2010. Párr.153; CPI, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana, No. ICC-01/04-01/10-1, 28,09.2010. Párr. 30, y Decision on the Confirmation of Charges, No. ICC-01/04-01/10-465-Red, 16.12.2011. Párr. 273 and 279; CPI, Prosecutor v. Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No.ICC-02/05-01/09-3, 04.03.2009. Párr. 212; CPI, Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, No.ICC-01/09-01/11-01, 08.03.2011. Párr. 40, y Decision on the Confirmation of Charges against William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, No.ICC-01/09-01/11-373, 23.01.2012. Párr. 40.

[982] MACULÁN, ELENA - GIL Y GIL, ALICIA, «Las Formas de Intervención Punibles: Autoría y Participación», Op. Cit. Pág. 249.

El co-perpetrador directo es el que realiza físicamente junto con otros el delito, teniendo un control del mismo, repartido entre los coautores. La contribución al delito se hace en forma física o directa y no es exclusiva para uno solo de los perpetradores.

Los co-perpetradores generalmente tienen un acuerdo común, lo que no significa necesariamente que deba existir un plan. [983]La CPI ha establecido que al implementar el plan, los co-perpetradores ejercen control conjunto sobre los crímenes. Dada la posición de cada miembro y su rol de acuerdo al plan ellos hacen una contribución esencial y coordinada para su realización.[984]

Si bien, en el DCE la coautoría exige la existencia de un acuerdo expreso o implícito de voluntades para realizar el delito, repartiéndose las funciones necesarias para ello y por lo tanto una dolo compartido o común; las resoluciones de la PTC y TC en el Lubanga solo requieren un acuerdo o plan común en sentido objetivo, que encierre el riesgo de la comisión de crímenes, sin que se requiera un propósito delictivo.[985] Bajo estos criterios, está claro que existe un alejamiento de las concepciones del RL.

Esta conceptualización de la coautoría es más cercana a una ECC de los tribunales *ad hoc* de la tercera clase, en la que sujetos fuera del acuerdo comenten crímenes y se les puede imputar el delito, aunque no haya sido acordado, siempre que fuera una consecuencia natural y previsible. Esto es, entendiendo que el hecho se encuentra dentro de la voluntad compartida del participante en la ECC, pues sabe que el delito era una posible (más bien probable) consecuencia de la ejecución de la empresa.

Se trataría en este caso de un *dolus eventualis*, en el que el hecho delictivo cometido fuera del acuerdo expreso, queda abarcado por el conocimiento del participante, de la probabilidad rayana en la certeza de que se cometa y expresa su voluntad con el resultado por su mantenimiento en la ECC.

[983] AMBOS, KAI, «Responsabilidad Criminal Individual», Op. Cit. Pág. 748.

[984] The Prosecutor v. Gbagbo, Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo, No. ICC-02/11-01/11-1, 23.11.2011. Párr. 10.

[985] GIL Y GIL, ALICIA. «El Elemento Subjetivo de los Crímenes (Mens Rea)», Op. Cit. Pág.224.

El co-perpetrador indirecto es el que realiza el crimen utilizando a otro u otros que ejecutan el hecho, pero no teniendo el control total del crimen. El reparto del control o dominio del hecho, puede ocurrir por la existencia de dos o más co-perpetradores indirectos que realizan el delito a través de otro u otros, o por tratarse de un único co-perpetrador que utiliza a otro u otros autores directos que realizan el delito.[986]

En algunas sentencias de la Cámara de Apelaciones de la CPI, se sostiene que existe una cuarta forma de responsabilidad por comisión, en la que un autor puede cometer un crimen conjuntamente con otra persona, cuando esa otra persona comete un delito a través de otra persona. Sin embargo, en decisiones anteriores se consideró que el artículo 25 3 a) ER, permite una interpretación estricta, en la que es admisible entender, que dicha disposición incorpora una noción combinada de coautoría indirecta, porque cuando el referido artículo establece, "conjuntamente con otro o por medio de otra persona", incluye una combinación de responsabilidades individuales por cometer crímenes a través de otras personas, junto con la atribución mutua entre los coautores en el nivel superior, surge así, un modo de responsabilidad que permite a la Corte evaluar adecuadamente la culpabilidad de los líderes superiores.[987]

La Cámara de Apelaciones consideró que no había fundamento legal para limitar la comisión conjunta del delito, únicamente a los casos en que los perpetradores ejecutan una parte del delito ejerciendo un control directo sobre él. La combinación de responsabilidades individuales para cometer crímenes a través de otras personas, junto con la atribución mutua entre los coautores en el nivel superior, permite a la Corte evaluar adecuadamente la culpabilidad de los líderes superiores.[988]

---

[986] En GIL Y GIL, ALICIA, «El Elemento Subjetivo de los Crímenes (Mens Rea)», Op. Cit. Pág. 249, se hace referencia al "autor detrás del autor" (*perpetrator behind the perpetrator*).

[987] CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, TC VI, No.: ICC-01/04-02/06, 08.07.2019. Párr. 772; CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr. 447; CPI, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, No.: ICC-01/04-01/07, 30.09.2008. Párrs. 490-493; CPI, Prosecutor v. Ruto et al., PTC II, Decision on the Confirmation of Charges, No. ICC-01/09-01/11, 23.01.2012. Párrs. 289-290.

[988] Idem.

La coautoría indirecta se ha aplicado por la CPI, sosteniendo que el plan común se ejecuta a través de otras personas que funcionan como herramientas de todos los coautores. El acuerdo puede ser expreso o tácito. No se requiere que el plan común haya sido específicamente dirigido a la comisión de delitos en particular; basta que el plan común contuviera un elemento crítico de la criminalidad, y que era prácticamente seguro que la implementación del plan común conduciría a la comisión de los crímenes. Además, es necesario que los co-perpetradores contribuyan de forma esencial al plan común general.

Otro elemento crucial es que el control de los perpetradores sobre los actos de otra persona o personas, a tal grado que la voluntad de esa persona o personas se vuelve irrelevante, y la acción debe ser atribuida a los perpetradores como si fuera propia. [989] La comisión a través de otra persona implica que el acusado hace uso de esa persona, quien efectivamente realiza la conducta incriminada, en virtud del control que ejerce sobre ella y, por lo tanto, la conducta de esta última se imputa a la anterior.[990]

Teniendo en cuenta las decisiones de la CPI, se pueden resumir los elementos objetivos de los requisitos de la responsabilidad penal individual, por la comisión de un delito conjuntamente con otra persona y por medio de otra, así: (i) la existencia de un acuerdo o plan común; (ii) el control de los sujetos del plan común, sobre el autor o autores directos; (iii) Contribución esencial al plan común de los principales. Adicionalmente, la responsabilidad penal individual exige que se cumplan los elementos subjetivos exigidos por el artículo 30 y cualquier *lex specialis*."[991]

Particularmente sobre la *mens rea* se ha expresado que debe existir voluntad para realizar el delito por parte del autor y dentro de un aparato organizado de poder, esto se evidencia cuando el sujeto superior da la orden de cometer el crimen, expresa o implícitamente, sirviéndose de la organización.[992]

---

[989] CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda,TC VI, No.: ICC-01/04-02/06, 08.07.2019. Párrs. 744, 765,772, 773, 774, 776 y 777.

[990] CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014.Párr. 465; CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda,TC VI, No.: ICC-01/04-02/06, 08.07.2019. Párr. 776.

[991] ICC, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, AC, No. ICC-01/04-02/06 A A2, 30.03.2021. Párr. 774; ICC, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03, 2012. Párr. 1006.

[992] GIL Y GIL. Op. Cit. Pág.227.

Sobre la autoría indirecta hay que mencionar que es semejante, aunque con algunas particularidades, tanto a figuras del derecho anglosajón como del derecho continental europeo.

En el derecho anglosajón, según se expresó antes, existe la responsabilidad por los actos de tercero o de otro, con dos modalidades: la responsabilidad vicarial – *vicarious liability*- y la acción inocente -*innocent agency*-[993]. La responsabilidad vicarial no podría aplicarse en el derecho penal internacional, mientras esté ligado a casos de responsabilidad objetiva o transferencia objetiva de *mens rea*, pues se violaría el principio de culpabilidad. Además, siendo normalmente los Estados a quienes se podría atribuir la conducta de sus funcionarios o representantes, se entraría en contradicción con las normativa y jurisprudencia de la CPI en las que se promueve la responsabilidad individual, aunque sin excluir las responsabilidades políticas, civiles, administrativas y de otra naturaleza, que tienen los Estados derivados de normas distintas y atribuidos los procesos o procedimientos de cumplimiento forzoso, a otras instituciones y sujetos del derecho internacional.

La figura que sería aplicable en el DPI es la *innocent agency* [994], que permite excluir de responsabilidad a las personas que realizan la conducta externa del delito, por carecer de capacidad criminal por enfermedad mental o por minoría de edad y en los casos en que no advirtieron o conocieron la naturaleza de los hechos cometidos por el que los hizo actuar.[995] No sucedería lo mismo en los casos de actuación a través de un aparato organizado de poder o una empresa criminal conjunta, pues los ejecutores materiales pueden ser responsabilizados penalmente.

Precisamente la jurisprudencia de la CPI ha afirmado que en el caso de los sujetos que realizan materialmente el delito bajo un autor indirecto, su inocencia dependerá de la disponibilidad de justificaciones y/o excusas aceptables para sus acciones. Las justificaciones y excusas aceptables incluyen que la persona: i) haya actuado bajo una

[993] HERRING, J.. Op. Cit. 2016. Págs.96 y 721 y sigs.

[994] HERRING, J. Op. Cit. 2016. Págs.833 y sigs.

[995] Idem.

creencia equivocada; ii) actuó bajo coacción; y/o iii) no tener capacidad de culpabilidad.[996]

En el *Roman Law* la autoría mediata del derecho penal continental europeo es la figura semejante a la autoría indirecta. [997] Dentro de las variantes, existe una figura especial relativa al dominio de la voluntad mediante los aparatos organizados de poder o dominio por organización. Así la responsabilidad correspondería a los sujetos que tuvieron control de los hechos, mediante un reparto funcional.

En diferentes casos la CPI ha aplicado directa o indirectamente la teoría del dominio del hecho de Roxin, bajo la idea fundamental del control del delito, para determinar la calidad de autor, sosteniendo que no es necesario que el autor haya actuado realizando materialmente el delito, con tal que tenga la capacidad de evitar el resultado. En los casos de coautoría ha determinado el tribunal que el delito sea resultado de una combinada y coordinada contribución de aquellos involucrados. Ninguno de los participantes ejerce individualmente un control total sobre el crimen, sino un control colectivo. La Fiscalía no debe probar que la contribución del acusado, tomada aisladamente, causó el crimen, sino que tratándose de coautoría la responsabilidad nace de una mutua atribución basada en la ejecución de un acuerdo o plan común.[998]

En el caso Lubanga se sostuvo que para determinar la calidad de co-perpetrador o coautor es necesario establecer la existencia de un aporte más que mínimo, es decir, esencial[999]

En el caso del artículo 25.3 b) ER se hace referencia a quién ordene- *orders*-, proponga-*solicits*- o induzca-*induces*- la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.

---

[996] CPI, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, No.: ICC-01/04-01/07, 30.09.2008. Párr. 495.

[997] MIR PUIG, S. Op. Cit. Págs. 380 y sigs.

[998] CPI, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03.2012. Párr. 993; CPI, Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, PTC I, No. ICC-01/12-01/15, 24.03.2016. Párr. 24; CPI, Prosecutor v. Dominic Onweng, TC IX, No. ICC-02/04-01/15, 04.02. 2021.Párrs. 2859, 2862, 2864 y 2915; Prosecutor v. Dominic Onweng, PTC II, No. ICC-02/04-01/15, 23.03.16. Párr.38.

[999] CPI, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03.2012. Párr.999.

La conducta del que ordena puede tener diferentes apreciaciones, con respecto a la responsabilidad. Puede tratarse de casos de autoría o de participación, según se cumpla con el requisito de control sobre el crimen y otros. Las opiniones de los autores se dividen entre los que consideran que es una modalidad de autoría mediata y los que opinan que su ubicación como forma de participación es correcta, pues se trata de casos, en los cuáles el sujeto no tiene dominio del hecho o cuando no se cumplen los requisitos de la autoría mediata por dominio de la voluntad, mediante aparatos organizados de poder.[1000]

El artículo 25 3 b) ER contiene una forma de actuación que da lugar a la responsabilidad como partícipe. Es el caso del sujeto que instruye órdenes, si lo hace en condiciones en las que tenga control del delito, no será un accesorio, sino un principal.

El que ordena, teniendo control del delito, es un autor y la norma aplicable para su conducta es la del artículo 25.3 a).

Habrá autoría mediata en el caso del militar que teniendo control del delito, ordene realizar una operación consistente en la colocación de explosivos, a soldados que actúan por error y sin saber estos ejecutores que la operación provocará la muerte de civiles. Los subordinados tendrán calidad de instrumentos.

Si se trata de órdenes frente a las cuales los subordinados actúan con dolo y el que ordena interviene ejecutivamente en la realización de los hechos junto a los subordinados, tanto el superior como estos serán coautores directos o co-perpetradores materiales.[1001]

Si el superior que ordena la comisión de un crimen a subordinados que sometan su voluntad a aquél, pero sin que el superior intervenga en la etapa ejecutiva, dentro de un aparato organizado de poder y en el que los ejecutores son fungibles, sería considerado un co-principal indirecto o coautor mediato. Los que ejecutaron materialmente los

[1000] MACULAN, ELENA- GIL Y GIL, ALICIA. Op. Cit. Pág.256.

[1001] AMBOS, KAI. Op. Cit.

hechos, tendrían calidad de coautores directos o inmediatos, si actúan dentro de un aparato organizado de poder.[1002]

La empresa criminal común o conjunta no ha sido una figura creada por la CPI, sino por el TPIY y seguida por otros tribunales ad hoc. Sin embargo, el artículo 25 3 d) del ER, contiene un caso de participación conjunta organizada. Es una figura especial que atiende a las características típicas de los crímenes internacionales, que se realizan en forma colectiva y sistematizada.

1.2 Los autores en los tribunales *ad hoc*

En la autoría, vía jurisprudencial, se reconoce que la comisión del delito se realiza directa o indirectamente, individualmente o junto con otros. [1003] Para la coautoría, basta que haya habido un acuerdo explícito o consentimiento silencioso para alcanzar un fin común, mediante la cooperación coordinada y el control conjunto de la conducta delictiva.[1004]

En opinión de Kai Ambos, se admiten como casos de autoría directa la física individual y la coautoría. Por otro lado, dentro de la actuación indirecta, distingue los casos de empresa criminal conjunta, instigación -*instigation*-, complicidad -*aiding and abetting*- y la incitación en el delito de genocidio -*incitement*-.[1005]

A partir lo dispuesto en los artículos 7.1 ETPIY y 6.1 ETPIR, con relación a los crímenes competencia de dichos tribunales, se determina que el autor de los mismos, puede ser

[1002] ROXIN, CLAUS, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 7.a ed. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2000. Pág. 164.

[1003] Ver los casos: TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstic, TC, No. IT-98-33-T,02.08.2001, Párr. 601; TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, AC, No. ICTR-95-, 01.06.2001, Párr. 187; TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakić, TC, No. IT-97-24-T, 31.07.2003. Párr. 439; TPIR, Prosecutor v. Athanase Seromba, TC, No. ICTR-2001-66, 13.12.2006. Párr. 302; TPIR, Prosecutor v Ngirabatware , No. ICTR-99-54-T, TC, 20.12.2012. Párr. 1293.

[1004] TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakić, TC, No. IT-97-24-T, 31.07.2003. Párr. 440.

[1005] AMBOS, K. y otros. Op. Cit. Pág.186 y sigs.

considerado el que lo haya planeado, ordenado o lo haya ejecutado. [1006] Sin embargo, no es suficiente esta descripción, para definir la autoría y ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de conceptualizar al autor.

Sobre la planificación de un crimen internacional, se ha sostenido en el TPIY que implica que una o varias personas contemplan diseñar la comisión de un crimen, tanto en la fase preparatoria como en la de ejecución. La planificación constituye una forma disminuida de responsabilidad en virtud del Artículo 7(1) del Estatuto y, por lo tanto, un acusado puede ser penalmente responsable únicamente por la planificación. Se exceptúa el caso del que haya cometido un delito, pues este no será considerado responsable de planificar el mismo delito. Sin embargo, la participación en la planificación puede considerarse un factor agravante. Como requisito de *mens rea*, para castigar las conductas de planear, instigar u ordenar un delito, se requiere que el acusado tenga la intención directa o indirecta de cometer el delito.[1007]

Con relación a la empresa criminal conjunta (ECC o JCE), como se dijo antes, tiene su precedente en el derecho consuetudinario inglés, se trata de una construcción jurisprudencial, que pretendía favorecer la eficacia para combatir la impunidad de ciertos casos.

La razón de política criminal que está en el fondo de este tratamiento diferenciado, en el que bastaba la previsión de la posibilidad del delito para atribuir responsabilidad al interviniente en una ECC, se basa en el mayor riesgo criminal por la formación de un instrumento delictivo más poderoso, para la realización de crímenes, tanto por la facilidad en su producción, en el número de casos, en la gravedad de cada hecho, así como en la posibilidad de una mayor cobertura que asegure la impunidad y continuidad de esta herramienta criminal. Una pluralidad de personas constituida en empresa criminal es una unidad de fuerzas y recursos, más fuerte y potencialmente más eficaz para alterar la

[1006] WERLE, G.- JESSBERGE, F. Op. Cit. Pág.342.

[1007] TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párr.480 y sigs.; TPIY, Prosecutor v. Blaskic, TC, No. IT-95-14-T, 03.03.2000. Pars, 278 y sigs.; TPIY, Prosecutor v. Brdnanin, TC, No. IT-99-36-T, 01.09.2004. Párr. 268.

seguridad y la paz de un Estado, que un individuo o grupo de individuos actuando desarticuladamente.

Con ese sentido práctico del derecho anglosajón se pone de manifiesto una medida que asegura un mayor éxito en la desarticulación de empresas criminales conjuntas. Menores requisitos para responsabilizar y condenar a intervinientes en esas unidades criminales, aumenta el número de sujetos que se retiran de la ECC, reduciendo o eliminando su poder. Se señala que la base de responsabilidad de los accesorios es porque cumplen los requisitos *actus reus* y *mens rea* del asesinato, lo que significa que ellos deben prever la posibilidad de que los actos del perpetrador sean intencionales. Mientras, en la ECC basta simplemente con prever la posibilidad del resultado de un delito, como sería la muerte de la víctima. [1008]

Pero también la ECC se construyó desde la experiencia del DPI, retomando algunos principios desarrollados en los tribunales militares de Nüremberg y Tokio. Así el artículo 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, [1009]determinaba que los cabecillas, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos anteriores son responsables de todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan.

Igualmente, la Ley No.10 del Consejo de Control, en el artículo II,[1010] establecía como delito, entre otros actos, la planificación, preparación, iniciación o realización de delitos contra la paz o la participación en un plan común o conspiración para la realización de cualquiera de esos delitos. Además de forma particular se sancionaba la pertenencia a categorías de un grupo u organización delictiva declarada delictiva por el Tribunal Militar Internacional. Luego prescribía que se consideraba haber cometido delito el que hubiere

[1008] SIMESTER, A. P., *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Hart Publishing, Oxford, 2016. Págs..245 y sigs.; STOREY, TONY, *Criminal Law*, 3th edit., Willan Publishing, Devon, 2004. Págs.292 y sigs; HERRING, J. Op. Cit. 2016.Pág..882

[1009] Ver: http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66 (Último acceso a las 20:47 del 09.10.2022)

[1010] Ver: https://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp (Último acceso a las 21:03 del 09.10.2022)

actuado en los crímenes contra la paz, de lesa humanidad o de guerra, como autor, accesorio u ordenó o instigó los mismos o tomó parte consentida o estaba relacionado con planes o empresas que involucraban su comisión o era miembro de cualquier organización o grupo relacionado con la comisión de cualquiera de dichos delitos, o en delitos contra la paz, si ocupó un alto cargo político, civil o militar (incluido el Estado Mayor) en Alemania o en uno de sus Aliados, co-beligerantes o satélites o si ocupó un alto cargo en el sector financiero, industrial o la vida económica de cualquiera de esos países.

Con fundamento en la normativa anterior se declaró como organizaciones ilícitas a la dirección del partido nazi, a la Gestapo y a las SS. [1011]La decisión de dejar en manos del tribunal la determinación de las concretas organizaciones delictivas, es muy propio del derecho estadounidense, en el que para facilitar la prueba, en vez de requerir comprobar en cada caso la ilegalidad o propósito delictivo del grupo, se le declara así por las legislaturas o los gobiernos y a partir de ahí solo se requiere probar en los tribunales la pertenencia del sujeto para sancionarle.[1012]

Aunque inicialmente en los tribunales penales militares internacionales, se pretendía que la sola relación con las organizaciones delictivas declaradas como tales o el ser miembros de las mismas, una vez se establecería la comisión de determinados crímenes, era suficiente para atribuir responsabilidad penal; la jurisprudencia limitó las responsabilidades para quienes habían participado en los actos de organización o conocían sus actos o finalidades delictivas.[1013]

[1011] The Avalon Project, Yale Law School, Yale University: https://avalon.law.yale.edu/imt/judorg.asp (Último acceso a las 11:19 del 11.11.2022)

[1012] En la Ley de Nacionalidad e Inmigración (INA), aprobada por el Congreso, se determina que el Secretario de Estado, en consulta con el Fiscal General y el Secretario del Tesoro, notifican al Congreso su intención de designar organizaciones terroristas extranjeras, a determinados grupos y si en el término de siete días no hay bloqueo de la legislatura a esa decisión, se publica la designación en el Registro. La organización afectada por tal declaración, tiene 30 días para pedir la reversión de la decisión ante la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Ver: https://www.state.gov/foreign-terrorist-organizations/

[1013] AMBOS, KAI y OTROS, Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part, 2021. Págs. 135 y sigs.

El Art. 5 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio tenía similar redacción a la del Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y tenía una forma no diferenciada de responsabilidad, en donde lo determinante, como señala Kai Ambos, era la contribución causal a un determinado resultado delictivo, aplicando así un concepto unitario de perpetración. No obstante que la diferencia entre principales y accesorios, si era relevante en el momento de imponer la sentencia.[1014]

Dentro de la teoría de la responsabilidad internacional, posterior a la Segunda Guerra Mundial, han sido los tribunales ad hoc los que han desarrollado en su jurisprudencia, la figura de la Empresa Criminal Conjunta o Empresa Criminal Común.[1015]

Si bien en la ECC pueden intervenir sujetos con diferentes niveles de contribución, pareciera que no hay claridad en la jurisprudencia sobre si se considera a la JCE como una forma de coautoría, de participación secundaria o como una nueva modalidad de responsabilidad independiente. [1016] Sin embargo, en la sentencia de la AC del caso Tadic, se entendió que el término comisión encierra también la posibilidad de realizar un crimen en una modalidad de ECC, siempre que tenga un propósito o designio común y dado que el artículo 7(1) ETPIY no excluye otros modos de participación se debe admitir.[1017] Por lo tanto, se le considera como un modo de autoría construido jurisprudencialmente.

Cassese coincide con el tratamiento de la ECC, como coautoría cuando expresa que en una acción criminal común, todos los participantes son igualmente responsables si: "(i) participan en la acción, cualquiera que sea su posición y el alcance de su contribución; y además, (ii) tienen la intención de participar en la acción común criminal. Por lo tanto, todos deben ser tratados como principales, aunque, por supuesto, el grado variable de culpabilidad puede ser tomado en cuenta en la etapa de sentencia".[1018]

[1014] Idem.

[1015] TPIR, Prosecutor v Ndahimana, AC, No. ICTR-01-68-A, 16.12.2013. Párr. 201; TPIY, Prosecutor v Stanisić and Simatović , TC, No. IT-03-69-T, 30.05.2013, Vol II. Párrs. 1254 y sigs. y TPIY, Prosecutor v Djordjević, AC, No. IT-05-87/1-A, 27.01.2014. Párr. 25 y sigs; TPIR, Prosecutor v. Gérard, Ntakirutiman and Elizaphan Ntakirutiman, AC, cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A. Párrs.466 y sigs.

[1016] AMBOS, K. Y OTROS. Op. Cit. Págs. 233 y sigs.

[1017] Idem.

[1018] CASSESE, A. Op. Cit. Pág. 190.

La responsabilidad de la ECC requiere la actuación plural, es decir, de dos personas al menos, pero no necesitan estar organizados en una estructura política, militar o administrativa. Es necesario identificar la existencia de la pluralidad de personas en la ECC, pero no los nombres de cada persona[1019] Tampoco es necesario probar que el perpetrador físico o el perpetrador intermediario pertenecen a la ECC. [1020]

También en el caso Milotinovic y Ojdanic, el TPIY sostuvo que una JCE es una forma de comisión conforme el Artículo 7(1) del ETPIY, dado que los participantes comparten el propósito común de la empresa, en lugar de simplemente saber sobre su existencia, como ocurre en el caso del cómplice.[1021]

En la ECC se pretende cubrir la responsabilidad penal de todos los participantes, partiendo de la idea de que si todos los que toman parte en una acción delictiva común conocen el objeto y el carácter de la acción criminal y comparten la intención criminal requerida, deben compartir necesariamente la responsabilidad penal, cualquiera sea el papel y el cargo que hayan desempeñado en la comisión del delito.[1022] Por ello algunos autores sostienen que a la JCE, se le ha considerado una forma de autoría,[1023] sin embargo, la opinión no es unánime y también se le asimila a formas de participación.[1024]

Si bien el efecto para los participantes en la JCE es el de ser considerados autores, la actuación concreta a través de una ECC no requiere que todos sus intervinientes hayan actuado en el plano real como principales, con una contribución esencial o indispensable. La jurisprudencia solo ha requerido una contribución sustancial. [1025] Hay que tomar en

[1019] TPIY, Prosecutor v. Milotinovic, Sainovic, Odjanic TC, No. IT-05-87-T, 26.02.2009. Párr.98.

[1020] TPIY, Prosecutor v Radoslav Brdanin, AC, IT-99-36-A, 03.04.2007. Párr. 410.

[1021] TPIY, Prosecutor v. Milan Milotinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević y Sreten Lukić, TC, No. IT-05-87-T, 26.02.2009. Párr. 103.

[1022] CASSESE, A. Op. Cit.Pág.191.

[1023] TPIY, Prosecutor v. DuskoTadic, AC, No. IT-94-1-A, 15.07.99. Párrs. 191-206 y 227-229. Ver también: ICTY, Prosecutor v. Dordević, TC, No. IT-05-87-1-T, 23.02. 2011. Párrs. 2193-94.

[1024] CASASOLA GOMEZ AGUADO, ALFONSO, *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2018. Pág. 17, citando a Alicia Gil y Gil, "Principales figuras de imputación a título de autor en derecho penal internacional: empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata", Cuadernos de Política Criminal, No.109, I, Época II, mayo 2013, pp.109-145.

[1025] TPIY, Prosecutor v. Brdnanin, TC, No. IT-99-36-T, 01.09.2004. Párr. 729.

cuenta que los términos de contribución significativa y contribución sustancial, que se utilizan para definir lo determinante de la contribución en la ECC, no han tenido los mismos significados en las diferentes sentencias.

En Prlic el TPIY encontró que el acusado aportó una significativa contribución, como uno de los principales miembros de la JCE, sosteniendo que su contribución mostró su intención y el compartió con los otros miembros la intención especial requerida por el delito.[1026] Pero el significado de contribución significativa que le dio la AC, fue utilizado en un sentido inferior a la contribución substancial o necesaria.[1027]

En Tadic se dijo que la asistencia debía ser directa y sustancial, pero que en caso de la contribución bajo propósito común o designio, es suficiente realizar actos que de alguna manera estén dirigidos a lograr el plan común o propósito.[1028] En Krstic la TC consideró que el acusado había actuado como coautor, siendo un miembro de una empresa genocida conjunta, cuya participación es de un carácter sumamente significativo y a nivel de liderazgo, dando a entender que se trata de una contribución de mayor importancia. [1029]Por el contrario, la AC sostuvo que el acusado era un accesorio y como cómplice aportó una contribución sustancial.[1030]

En Ntakirutimana se expresó también que la asistencia debe ser substancial[1031]. En el caso Katanga, la TC de la CPI, utilizó el término de significativa contribución para la comisión del crimen, como un concepto inferior a esencial contribución que había empleado la PTC, para definir la conducta del perpetrador indirecto en el contexto de una actuación conjunta con propósito o plan común. [1032]En Lubanga, la AC de la CPI, dijo

[1026]TPIY, Fiscal v. Jadranko Prlic y Otros, AC, No.: IT-04-74-A, 29.11.2017. Párr. 1391.

[1027] TPIY, Fiscal V. Jadranko Prlic y Otros, AC, No.: IT-04-74-A, 29.11.2017. Párr. 2768.

[1028] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, No.IT-94-1-A,15.07.1999. Párr. 229.

[1029] TPIY, Prosecutor v. Krstric, TC, No IT-98-33-T, 02.08.2001. Párr. 642.

[1030] TPIY, Prosecutor v. Krstic, AC, No. IT-98-33-A, 19.04.2004. Párr. 137.

[1031] TPIR, Prosecutor v. Ntakirutimana, AC, No. Párrs. 534, 537 y 538 TPIR, Prosecutor v. Ntakirutimana, TCI, Párrs. 787 y 829.

[1032] CPI, Prosecutor v. Germain Katanga, TC II, No.: ICC-01/04-01/07, 07.03.2014. Párrs. 1467, 1470, 1472 y 1632.

que la contribución de los co-perpetradores debería ser de mayor significado que la de los accesorios. [1033]

Kai Ambos cita jurisprudencia en la que se afirma que el umbral para encontrar una "contribución significativa" en una JCE, es inferior a la "contribución sustancial" requerida para dictar una condena por accesoriedad[1034]

Más allá de las palabras utilizadas por la jurisprudencia, esto es lo medular de la contribución: la que se presta en una ECC requiere umbrales más bajos, dado que una pequeña contribución puede traducirse en un mayor impacto en los resultados, por la reunión de fuerzas, recursos y convencimiento delictivo en una unidad criminal. Cuando se trata de contribuciones en una coautoría, sin constituir una ECC, la contribución debe ser mayor, esto es esencial o necesaria para la comisión del delito y la contribución como accesorio debe ser sustancial para la comisión, que es el más bajo nivel de asistencia.

Sobre la participación en una JCE no basta la mera pertenencia, para incurrir en responsabilidad penal, el acusado debe estar obligado a realizar una contribución al plan común. Esta contribución se puede dar en una variedad de roles de los participantes y se puede participar directa o indirectamente. La participación de un acusado en el acto delictivo debe formar un eslabón en la cadena de causalidad. Esto significa que la Fiscalía debe, por lo menos, establecer que el imputado actuó en cumplimiento del plan delictivo. De todos modos, no es necesario que la participación sea una *conditio sine qua non,* para que el delito ocurriera por la participación del acusado.[1035]

La contribución no solo se puede realizar activamente, sino también por omisión. En el caso Milutivic et al., se sostuvo esa idea y además, que la posibilidad de una contribución omisiva se extiende a cualquier forma de JCE. Además, en el caso Krajisnik se aclaró que

[1033] CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014. Párr. 467.

[1034] AMBOS, KAI- DUFF, ANTONY- ROBERTS, JULIAN- WEIGEND, THOMAS & HEINZE, ALEXANDER (Eds.), Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, 2020. Pág.188, citando Gotovina, Cermak and Markac, No. IT-06-90-T. Párr. 1953; Dorđevic, No. IT-05-87/1-T, para. 1863; Prlić, No. IT-04-74-A. Párr. 2768.

[1035] TPIY, Prosecutor v. Brdnanin, TC II, No. IT-99-36-T, 01.09.2004. Párr. 263.

la contribución del acusado en la ECC, no necesariamente es delictiva *per se*, pues puede estar dentro de la competencia legal de un acusado.[1036]

Conforme la jurisprudencia de la AC derivada del caso Prlic, lo determinante cuando se establezca la participación de un acusado, en una ECC por medio de una conducta omisiva, es que el acusado tenga algún poder e influencia o autoridad sobre los perpetradores para prevenir o detener los abusos, pero no ejerza tales poderes. La existencia de la influencia o autoridad es una cuestión de hecho que debe determinarse caso por caso. No es necesario probar la existencia de un deber de actuación derivado de una norma de derecho criminal.[1037] En el caso Milotinovic y otros se recordó el caso *Mrksic et al*., sosteniendo que además del "espectador que aprueba", como forma de omisión, la responsabilidad por complicidad también podría surgir, cuando el acusado tenía el deber de prevenir la comisión de un delito o delito subyacente y no lo hizo, siempre que su inacción haya tenido un efecto sustancial sobre la comisión del delito y que el acusado posea el estado mental requerido. Esta forma de responsabilidad también comprende las omisiones culposas, cuando (a) existe un deber legal de actuar, (b) el acusado tiene la capacidad de obrar, (c) no actúa con la intención de producir las consecuencias penales o con conocimiento y consentimiento de que se producirán las consecuencias, y (d) la falta de acción da lugar a la comisión del delito.[1038]

En el caso Dusko Tadic se expusieron los tres elementos del *actus reus* para determinar la responsabilidad, en cualquier clase de ECC: (a) pluralidad de personas, (b) la existencia de un común plan, diseño o propósito que equivalga o involucre la comisión de un delito o delito previsto en el Estatuto; y (c) la participación del imputado en el plan común, diseño o propósito. [1039]

[1036] AMBOS, KAI, Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Volume I. Pág.190.

[1037] TPIY, Fiscal v. Jadranko Prlic y Otros, AC, No.: IT-04-74-A, 29.11.2017. Párr.1394.

[1038] TPIY, Prosecutor v. Milan Milotinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević y Sreten Lukić, TC, No. IT-05-87-T, 26.02.2009.

[1039] TPIY, Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević y Sreten Lukić, Párr.97; TPIY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, AC, No. IT-99-36-A, 03.04.2007. Párr. 364, citando Tadic, Sentencia de Apelación. Párr. 227.

En el caso Brdanin se expresó que la pluralidad de personas no requería la identificación por su nombre de cada participante y la necesidad de precisar el fin delictivo común, sosteniendo que el fin debe ser efectivamente común, lo que se deriva de la coincidencia temporal, alcance, ubicación geográfica, etc. Tampoco la pluralidad de personas necesita organizarse en forma de estructura militar, política o administrativa. [1040]

El plan o acuerdo común, también llamado doctrina del diseño o designio común, puede desarrollarse previamente o durante la ejecución del delito y el concierto de los sujetos activos puede concretarse de forma explícita o implícita. [1041]

La noción de propósito común abarca tres categorías distintas de criminalidad delictiva: 1) JCE I, actuando bajo designio común, con la misma intención; 2) JCE II, actos realizados por una unidad militar o administrativa, como los campos de concentración bajo los designios de un plan concertado, donde la intención se infiere de la posición de autoridad, y; 3) JCE III, actos que están más allá del designio común específico, pero que forman parte del plan general y son previsibles, o se trata de hechos que habían acordado los perpetradores, pero que cometidos por uno de ellos, son la consecuencia natural y previsible de la realización de ese propósito común.[1042]

Con respecto a la JCE I, la AC en el caso Brdanin, sostuvo que no se requiere un acuerdo adicional entre los sujetos en niveles superiores y los autores materiales. Es posible que los perpetradores físicos no pertenezcan a la ECC y actúen individualmente o siendo parte de otra ECC. Con el objeto de probar la responsabilidad de esos autores directos externos, deberá establecerse, como mínimo, la existencia de un vínculo o nexo entre esos autores y sus actos, con uno o más miembros de la ECC. [1043]

La JCE III requiere que el delito imputado sea una consecuencia natural y previsible del funcionamiento de la empresa y que el acusado sea consciente de que el delito era una

[1040]TPIY, Rasdoslav Brdnanin No. IT-99-36-T,01.09. 2004. Párrs.261 y 364.

[1041] TPIY, Prosecutor v. Furundzija, AC, No.: IT-95-17/1-A,21.07.2000, Párrs. 90 y 119; TPIY, Rasdoslav Brdnanin No. IT-99-36-T,01.09. 2004. Párr.262.

[1042] TPIY, Prosecutor v. DuskoTadic, AC, No.IT-94-1-A,15.07.1999. Párr.220; AMBOS, KAI, Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part. Pág. 187.

[1043] TPIY, Prosecutor v. Rasdoslav Brdnanin, AC, No. IT-99-36-A, 03.04.2007. Párrs.448-449.

posible consecuencia de la ejecución de la empresa y con esa consciencia participó en ese grupo delictivo.[1044]

Con respecto a los requisitos de la *mens rea* de las categorías primera y tercera de la ECC, éstas son diferentes, pues la JCE I exige que todos los intervinientes en la misma, compartan la misma intención. Lo cual no significa que deba probarse que cada imputado estuvo de acuerdo con la realización de cada uno de los delitos, pero es necesario probar que entre los miembros que cometieron físicamente el delito y el acusado, existió un plan común para cometer al menos ese delito. [1045]

Para establecer la responsabilidad en la JCE I, es necesario demostrar que el acusado (i) participó voluntariamente en uno de los aspectos del plan común, y (ii) tuvo la intención de resultado delictivo, incluso si no comete físicamente el delito.[1046]

En cuanto a la *mens rea* de la JCE II, debe haber conocimiento de la naturaleza del sistema de malos tratos y la intención de promover el diseño común de malos tratos. Tal intención puede probarse ya sea directamente o como una cuestión de inferencia a partir de la naturaleza de la autoridad del acusado dentro del campo o jerarquía organizacional.[1047]

Como mencionamos antes, quienes son parte de la ECC son principales. Los accesorios, tales como los cómplices o los instigadores, podrían ser responsabilizados en conexión con los autores, pero sin asumir el acuerdo o plan común y por lo tanto, sin pertenecer a la JCE. Como requisito de *mens rea* para los accesorios, basta el conocimiento -*knowledge*- de la asistencia o ayuda al principal para la comisión de un específico delito. Por el contrario, en el caso de designio o propósito común se requiere más, por ejemplo, ya sea intentar cometer el crimen o intentar perseguir el designio delictivo común, además de la previsión de que tales crímenes fuera del propósito criminal común podrían ser probablemente cometidos.[1048]

[1044] TPIY, Prosecutor v. Rasdoslav Brdnanin, TC, No. IT-99-36-T, 01.09. 2004. Párr. 265.

[1045] TPIY, Prosecutor v. Rasdoslav Brdnanin, TC, No. IT-99-36-T,01.09. 2004. Párr. 264.

[1046] Idem.

[1047] TPIY, Prosecutor v. DuskoTadic, AC, No.IT-94-1-A,15.07.1999. Párr.220.

[1048] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, No.IT-94-1-A,15.07.1999. Párr.229.

El caso Tadic también distinguió entre partícipes o accesorios y la actuación de los miembros de la ECC, de la siguiente manera:
(i) El cooperador es siempre cómplice de un crimen perpetrado por otra persona, el director.
(ii) En el caso de *aiding and abetting* no se requiere prueba de la existencia de un plan concertado, y mucho menos de la preexistencia de tal plan. El principal puede que no sepa acerca de la contribución del cómplice.
(iii) El accesorio lleva a cabo actos específicamente dirigidos a ayudar, alentar o prestar apoyo moral a la perpetración de un determinado delito específico y este apoyo tiene un impacto sustancial en la comisión delito. Por el contrario, en el caso de actuar en cumplimiento de un propósito o diseño común, es suficiente que el sujeto realice actos que están dirigidos al cumplimiento del plan o propósito común.
(iv) En el caso de *aiding and abetting*, el elemento mental requerido es el conocimiento de que los actos realizados por el ayudante y el cómplice, ayudan a la comisión de un delito específico por parte del principal. Por el contrario, en el caso de un propósito o diseño común se requiere más, ya sea intención de perpetrar el delito o intención de perseguir el designio delictivo común, más la previsión de que aquellos delitos fuera del propósito común delictivo, tenían la probabilidad de cometerse.[1049]

Las diferencias entre los accesorios y miembros de una ECC se pueden resumir diciendo que la naturaleza del accesorio, determina que su actuación es en un hecho ajeno, el que pertenece al principal. Los accesorios no forman parte de un acuerdo común, como sí sucede en la ECC. Los partícipes prestan una colaboración sustancial para la realización del delito, pero en una ECC lo determinante es que aportan su colaboración al designio común. En el plano subjetivo los accesorios deben tener conocimiento que cooperan en la comisión de un delito específico realizado por el principal, mientras en la ECC, se requiere la intención de perpetrar el delito o cumplir con el acuerdo común.

Antonio Cassese considera que la diferencia entre la ECC y los casos de los accesorios está en el *actus reus*, particularmente en el carácter sustancial de la ayuda que se presta

[1049] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, No.: IT-94-1-A,15.07.1999. Párr. 229. En el caso Furundzija también se hizo la distinción entre autores de la ECC y los accesorios. Ver: TPIY, Prosecutor v. Furundzija, TC, No.: IT-95-17/1-T,10.12.1998. Párrs.216 y 249.

en la primera y en lo que respecta al *mens rea*, en cualquiera de estas tres situaciones: a) en la ECC el participante interviene en un plan o propósito delictivo común y comparte una intención común de perpetrar un delito; b) En la ECC el sujeto participa voluntariamente y a sabiendas, en un marco criminal institucional o evidencie expresa o implícitamente que compare la conducta delictiva, en la cual la empresa criminal se compromete; c) Además de adherirse a un plan criminal y compartir el intento de cometer un delito, voluntariamente corre el riesgo de que otro participante pueda perpetrar intencionalmente otro crimen que el primero había previsto. Por el contrario, en la complicidad no se comparte ni al principio ni al final la intención criminal del perpetrador, aunque tenga conocimiento de que el perpetrador tiene intención de cometer el delito. El cómplice solo tiene la intención de ayudar al perpetrador.[1050]

La diferencia principal entre autores de la ECC y los accesorios, con respecto al *mens rea*, es que los cooperadores saben que esos actos ayudan a la comisión del delito y en la ECC existe una intención de participar en ella.[1051]

1.3 Los autores en los tribunales mixtos, híbridos o internacionalizados

Con respecto al **Tribunal Especial de Sierra Leona**, en el numeral 1 del artículo 6 del Estatuto se determina sobre la responsabilidad individual, que la tendrán las personas que planearon, instigaron, ordenaron, cometieron o de otra manera ayudaron o animaron a planear, preparar o ejecutar un crimen a que se refieren los artículos 2 a 4. Esto es coincidente con las regulaciones de los tribunales *ad hoc*.

Se advierte que la disposición separa el carácter de principal con respecto a los partícipes o accesorios y cubren la responsabilidad en las diferentes etapas del delito, que tienen manifestación externa, como la planificación, preparación y ejecución. No obstante, que la redacción parece asimilar el concepto instigación con el de autoría.

[1050] CASSESE, A. Op. Cit. Pág. 211.

[1051] TPIY, Prosecutor v. Furundzija, TC, No.: IT-95-17/1-T,10.12.1998.Párr. 249.

Precisamente, la jurisprudencia ha expresado que esta disposición contiene 5 formas de responsabilidad individual consistentes con el principio de responsabilidad individual en las diferentes fases del delito, imponiendo responsabilidad por actos o transacciones en los cuales una persona se ha involucrado o de alguna manera ha participado.[1052] Se ha reconocido por las SCSL que la responsabilidad individual está consagrada en el derecho internacional consuetudinario y citando la jurisprudencia del TPIY, reafirma que no recae únicamente en las personas que cometen físicamente un delito, sino que también puede extenderse a quienes participan en un delito y contribuyen a él de diversas maneras, cuando dicha participación está suficientemente relacionada con del delito, dividiéndose las distintas formas de responsabilidad, entre autores principales y cómplices.[1053]

El numeral 1 del artículo 6 hace referencia a la planificación -*planning*-, instigación -*instigating*- transmisión de ordenes- *ordering*-, o comisión -comitting- del crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. En esta parte parece hacer referencia a los autores o principales, sin embargo, no es suficiente esta descripción, para definir la autoría. Luego hace una mención de los que de otra manera ayudaron o animaron a planear, preparar o ejecutar un crimen (accesorios).

El que planifica, como lo ha afirmado la jurisprudencia del TPIY, fundamental referencia de los tribunales híbridos, implica que una o varias personas contemplan diseñar la comisión de un crimen, tanto en la fase preparatoria como en la de ejecución.[1054] El que realiza la planificación interviene como autor cuando realiza los actos que definen la conducta.

La planificación consiste en que una o varias personas diseñan la comisión de un delito, ya sea para realizar actos preparatorios o ejecutivos. La intervención en la planificación,

[1052]SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, AC, 26.09.2013., No. SCSL-03-01-A. Párr.351.

[1053] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr. 761.

[1054] TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párr.480 y sigs.; TPIY, Prosecutor v. Blaskic, TC, No. IT-95-14-T, 03.03.2000. Pars, 278 y sigs.; TPIY, Prosecutor v. Brdnanin, TC, No. IT-99-36-T, 01.09.2004. Párr. 268.

para que sea punible, requiere que sea un factor sustancial que contribuya a la conducta delictiva, aunque el delito sea perpetrado por otra persona.[1055]

El *actus reus* de la planificación exige que el acusado, solo o con otros, diseñe intencionalmente una acción u omisión constitutivos de los delitos imputados. El *mens rea* se completa cuando se actúa con la intención de que se cometa un delito o delito subyacente en la ejecución de ese diseño, o con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que un crimen o delito subyacente se cometería en la ejecución de ese diseño.[1056] Es decir, el *mens rea* de la planificación exige que el sujeto activo actúe con intención directa de realizar la propia planificación o de forma indirecta conociendo la probabilidad sustancial de que un delito se podría cometer en ejecución de ese plan; de tal manera que actuar con tal conciencia es aceptar el delito.[1057]

Según la jurisprudencia de las SCSL, siguiendo las decisiones del TPIY, la planificación solo se castiga cuando el delito diseñado no se realiza. La planificación en esos casos solo puede servir como fundamento de la agravación de la pena.[1058] Se ha afirmado también en la jurisprudencia de estos tribunales que si bien no es un requisito que los delitos no hayan sido perpetrados, sino por el plan del acusado, es necesario demostrar que el plan fue un factor que contribuyó sustancialmente a la comisión de estos delitos.

Además, el acusado debe tener la intención de que se cometiera un crimen o delito subyacente en la ejecución de ese plan o que estaba al tanto de la probabilidad sustancial de que un crimen se cometería en la ejecución de ese plan.[1059] Esto significa que el que planifica un crimen puede ser castigado cuando lo ejecuta otro o cuando no es ejecutado por ninguna persona. Cuando lo ejecuta otro, se debe demostrar que el plan fue un factor

[1055] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr. 765, 766 y 768.

[1056] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T. Párr.469.

[1057] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr. 766.

[1058] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr. 767.

[1059] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T. Párr.6957.

sustancial que contribuyó a la realización del delito, El que planifica y ejecuta el delito, será castigado por la comisión del delito, con una pena agravada por haberlo planificado.

Por lo tanto, no hablamos de un planificador, sino de un autor de la planificación para significar que la planificación no es una forma de actuación, sino una forma de autoría o participación.

La instigación no siendo una clase de autoría, debe examinarse en la participación o accesoriedad.

La conducta de ordenar puede dar lugar tanto a casos de autoría como de accesoriedad. Cuando se trata de autoría, el *actus reus* de esta clase de responsabilidad, exige que una persona en posición de autoridad la use para instruir a otra para cometer un delito, teniendo control del delito. Tal posición puede ser temporal. [1060]No se necesita la existencia de una relación formal de superior-subordinado, entre el acusado y el perpetrador; es suficiente que el sujeto activo posea la autoridad para ordenar la comisión de un delito y que dicha autoridad pueda inferirse de forma razonable. La orden puede ser emitida de cualquier forma, no se requiere que sea escrita o haya sido girada de forma especial. [1061] No se reconoce la forma omisiva, pues la orden debe tener un carácter positivo, tampoco se necesita convencer al sujeto a quien va dirigida la orden ni debe ser directa, pues se admite que sea realizada mediante intermediarios.[1062]

El *mens rea* para ordenar se realiza con intención directa para girar la orden o con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que se cometerá un delito en la ejecución de esa orden. [1063]

[1060] En el caso Taylor se expresó que si bien la Fiscalía no necesita probar que existió una relación formal superior-subordinada entre el acusado y el perpetrador, debe proporcionar "prueba de alguna posición de autoridad por parte del acusado que obligaría a otro a cometer un delito al seguir la orden instruida. Ver: SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T.Párr.475.

[1061] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.772.

[1062] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T.Párr.476.

[1063] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.773.

Se ha dicho también en la jurisprudencia que la orden consiste en los siguientes elementos físicos y mentales: i. El acusado instruya intencionalmente a otro para llevar a cabo un acto o participar en una omisión, y ii. Con la intención de que se cometa un delito o delito subyacente en la ejecución de esas instrucciones, o con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que un delito o delito subyacente se cometería en la ejecución de esas instrucciones.[1064] Pero a ello hay que agregar el requisito de dominio o control del resultado, pues dar una orden a ejecutores que tienen el dominio de los hechos, es una forma de instigación o al menos de complicidad al realizar actos de ánimo al autor o coautores.

La comisión, ejecución o perpetración del delito -*committing*- es la autoría. Se sostiene que el *actus reus* de cometer es la realización física del delito por el infractor. Tanto es responsable el que realizó físicamente los elementos materiales del delito, como aquél que provocó una omisión en violación a una norma de derecho. Además, se admite la existencia de varios autores en relación con un mismo delito, cuando la conducta de cada uno cumple con los elementos típicos del delito.[1065]

La culpabilidad o responsabilidad del sujeto requerirá además el *mens rea* pertinente para el delito de cada caso, ya sea por buscar el resultado o por ser consciente de que la acción u omisión tendrán un mayor grado de probabilidad de realización del delito y por aceptar ese riesgo.[1066]

La participación en una ECC, siendo entendida como forma de autoría, atribuye a los miembros el reparto de control del delito. La jurisprudencia de este tribunal, citando a otros tribunales penales internacionales, establece que cuatro elementos deben estar presentes en una acusación de participación en una JCE: (i) la naturaleza o propósito de la JCE; ii) el momento o el período durante el cual se dice que existió la empresa; (iii) la identidad de quienes se dedican a la empresa, en la medida en que se conozca su identidad,

[1064] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T.Parr.474.

[1065] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr. 762.

[1066] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr. 763.

pero al menos por referencia a su categoría o como grupo; y (iv) la naturaleza de la participación del acusado en esa empresa. En Brima et al. Sentencia de Apelación, se sostuvo que el objetivo y los medios para lograr el propósito constituyen el diseño o plan común. Esto significa que el carácter delictivo de un fin común, puede derivar de los medios previstos para lograr el objetivo del propósito común. Un propósito común puede ser intrínsecamente penal, porque contempla los delitos previstos en el Estatuto como medio para lograr su objetivo. Citando el caso de apelación Martićdel TPIY, se sostiene que si bien, el objetivo en sí mismo no constituía un fin delictivo común, aún puede constituir tal cuando se pretenda implementar a través de la comisión de delitos tipificados en el Estatuto. Esto es coherente con las sentencias de apelación de Kvočka et al., Krajišnik y Tadić del TPIY, que exigen como cuestión de derecho únicamente que el propósito común equivalga o implique la comisión de un delito previsto en el Estatuto del TPIY. También es consistente con Brima et al., que más que estipular una relación necesaria entre el objetivo de un fin común y sus medios delictivos, sólo exige que estos últimos sean contemplados para lograr el primero. [1067]

El tribunal encontró en el caso Sesay-Kallon- Gbao, que existe una finalidad delictiva, consistente en el objetivo de ganar y ejercer poder político y control sobre el territorio de Sierra Leona, en particular las zonas de extracción de diamantes, y los delitos que se le imputan bajo los Cargos 1 a 14, como medio para lograr ese objetivo, lo que constituye el fin penal común.[1068]

Se distinguió también en esta jurisprudencia entre los conceptos de conspiración, teniendo en cuenta el concepto derivado del derecho de los Estados Unidos de América y el de la ECC. Se sostuvo que aquella es un delito incipiente o previo a la ejecución; mientras que la JCE es un modo de responsabilidad. Además, citando jurisprudencia del TPIY, se afirma que mientras la conspiración requiere que se demuestre que varios individuos acordaron cometer un determinado delito o conjunto de delitos, una empresa criminal conjunta requiere, además de tal demostración, prueba de que las partes de ese acuerdo

[1067] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.778; SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párrs.99 y siguientes, 295 y 296.

[1068] SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párr.305.

tomaron medidas en cumplimiento de ese acuerdo. En otras palabras, si bien el mero acuerdo es suficiente en el caso de conspiración, la responsabilidad de un miembro de ECC dependerá de la comisión de actos delictivos en apoyo de esa empresa.[1069]

La jurisprudencia de estos tribunales también, citando el caso de Apelación de Brdanin, del TPIY, hace referencia al elemento más importante de la JCE de la primera categoría, esto es, que el delito en cuestión forme parte del propósito común, no si la persona realizó el *actus reus* de un determinado delito. Si el autor principal de un determinado delito no es miembro de la JCE, este requisito puede inferirse de varias circunstancias, incluido el hecho de que el acusado o cualquier otro miembro de la JCE cooperó estrechamente con el autor principal para promover el fin delictivo común. En este sentido, cuando un miembro de la JCE utilice a una persona ajena a la misma, para realizar el *actus reus* de un delito, el hecho de que la persona de que se trate conozca la existencia de la JCE -sin que se establezca que comparte el *mens rea* necesario para ser miembro de la JCE- puede ser un factor a tener en cuenta, para determinar si el delito forma parte del objeto común delictivo. Sin embargo, esto no es condición *sine qua non* para imputar responsabilidad por el delito a dicho miembro de la JCE.[1070]

Igualmente, con referencia a la jurisprudencia del TPIY, se cita que en la tercera categoría de JCE, cuando el imputado o cualquier otro miembro de la JCE, para la consecución del fin común delictivo, se sirva de personas que además de (o en lugar de) realizan el *actus reus* de los delitos que formen parte del fin común, cometan delitos más allá de ese propósito, el imputado puede ser declarado responsable de tales delitos siempre que haya participado en el propósito delictivo común con la intención requerida y que dadas las circunstancias del caso, (i) era previsible que tal delito pudiera ser perpetrado por una o más de las personas utilizadas por él (o por cualquier otro miembro de la JCE) para realizar el *actus reus* de los delitos que forman parte del objeto común; y (ii) el acusado asumió voluntariamente ese riesgo, el acusado, con la conciencia de que tal delito era una

[1069] SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párr.397.

[1070] SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párr.398.

posible consecuencia de la implementación de esa empresa, decidió participar en la misma.[1071]

Las SCSL avalan asimismo la jurisprudencia de la AC del TPIY, en cuanto que para responsabilizar a un miembro de una JCE por delitos cometidos por personas ajenas a la empresa, se debe demostrar que el delito puede ser imputado a un miembro de la ECC, y que este miembro, al usar un perpetrador principal – actuó de acuerdo con el plan común. La existencia de este vínculo es una cuestión que debe evaluarse caso por caso.[1072]

Con respecto al tratamiento que las **Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya** hacen sobre la comisión a través de una Empresa Criminal Conjunta, debe advertirse que como en esta tesis se ha seguido la postura de que la JCE corresponde a la autoría, es en este lugar en el que exponemos las consideraciones jurisprudenciales de estos tribunales sobre la ECC.

Se admiten las tres clases de ECC ya desarrolladas por la jurisprudencia del TPIY, la JCE I, donde todos los participantes actúan de conformidad a un fin común y comparten la misma intención delictiva; la JCE II, que se refiere a instancias de malos tratos en instituciones organizadas, como campos de concentración y; la JCE III, en donde los participantes han acordado un propósito común que implica la perpetración de un delito y son responsables de actos delictivos que, si bien están fuera del propósito común, son sin embargo una consecuencia natural y consecuencia previsible de efectuar ese propósito común, y los participantes voluntariamente asumieron el riesgo de que esos crímenes ocurrieran (*dolus eventualis*). [1073]

No obstante lo anterior, las Salas de Cuestiones Preliminares, de Primera Instancia y del Tribunal Supremo de las ECCC han sostenido que la JCE III no existía en el derecho

[1071] SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párr.398.

[1072] SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párr.399.

[1073] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3706.

consuetudinario internacional o camboyano en 1975, fecha fijada para el inicio de la competencia de estos tribunales y por ello se decidió no considerarla más. [1074]

Todas las categorías de JCE tienen tres elementos objetivos: 1. Debe haber una pluralidad de personas, sin que sea necesario identificar por nombre a cada uno de los involucrados, bastando identificar la pluralidad de personas que participan en la ECC; 2. Existencia de un propósito común de carácter delictivo que implique la comisión de un delito y ; 3. El acusado debe participar en el fin común, contribuyendo de manera significativa, pero no necesariamente indispensable, a la comisión del delito .[1075]

El propósito común debe contemplar la comisión de un delito como uno de sus principales objetivos o debe involucrar la comisión de un delito en la idea de alcanzar un objetivo no necesariamente delictivo. El propósito común no requiere haber sido formulado previamente, puede materializarse extemporáneamente "y ser inferido del hecho que una pluralidad de personas actúe al unísono para llevar a cabo una empresa delictiva conjunta". Así, el propósito, plan o diseño común de una JCE puede ser fluido y cambiar con el tiempo para incluir delitos adicionales; pero esta fluidez potencial no debe erosionar el requisito de una intención compartida para la JCE I. Para expandir el propósito común no se requiere un acuerdo explícito entre los miembros de la JCE, esto también puede materializarse extemporáneamente. En tal caso, la responsabilidad surge cuando los miembros de la JCE, sabiendo que nuevos tipos de delitos están incluidos en el plan común, no han tomado medidas efectivas para prevenir la repetición de tales nuevos tipos de delitos y han persistido posteriormente en la implementación. del fin común. [1076]

La participación en un fin común puede llevarse a cabo por actos positivos o mediante omisión. La importancia de una contribución a la comisión de delitos dentro del fin común se determinará caso por caso, teniendo en cuenta una variedad de factores que incluyen

[1074] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3707.

[1075] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3708.

[1076] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018.Párr.3709.

la posición del acusado, el nivel y la eficiencia de la participación, y cualquier esfuerzo para prevenir delitos. La participación de un acusado en un propósito común no necesita implicar la comisión de un delito específico previsto en el Acuerdo o la Ley ECCC, pero puede tomar la forma de asistencia o contribución a la ejecución del propósito común. La contribución no necesita ser indispensable para la comisión del delito, pero debe ser un eslabón en la cadena causal. La importancia de la contribución del sujeto activo es relevante para determinar si tal vínculo existió. La mera pertenencia a una JCE no es suficiente; al menos debe demostrarse que los actos u omisiones del participante estaban dirigidos a promover el propósito común.[1077]

Sin perder las características de la ECC I, los participantes de una JCE pueden incurrir en responsabilidad por delitos cometidos por autores directos que no son miembros de la JCE, siempre que se haya establecido que los delitos pueden ser imputados a por lo menos un participante de la JCE y que este participante, al usar un perpetrador directo, actuó para promover el propósito común. Establecer el vínculo entre un miembro de la JCE y un perpetrador directo es un asunto que debe evaluarse caso por caso. No es determinante si el autor directo compartía el *mens rea* del miembro de la JCE o sabía de la existencia de la JCE; lo que importa en la JCE I es si el miembro de la JCE utilizó al autor directo para cometer el *actus reus* del delito que forma parte del propósito común. Si bien la existencia de un acto de expreso acuerdo entre un participante de la JCE y un perpetrador directo, puede utilizarse para establecer que un determinado delito formó parte del propósito común, la existencia de tal acuerdo expreso no es un requisito. Tampoco es un requisito que el miembro de la JCE haya ejercido el control efectivo sobre el autor directo.[1078] Caso distinto será el de la JCE III que, aunque haya sido excluida por la jurisprudencia de estos tribunales, es importante distinguirla. En la JCE I se actúa dentro del propósito común utilizando perpetradores no miembros de la ECC; mientras en la JCE III, se actúa fuera del propósito común, realizando delitos que son una consecuencia natural y previsible para efectuar el propósito común, y los participantes voluntariamente asumieron el riesgo de que esos crímenes ocurrieran.

[1077] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018.Párr.3710.

[1078] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3711.

Se sostiene que el requisito de *mens rea* para la JCE varía según la categoría y en particular, dependiendo de si los delitos están incluidos en el propósito común. Mientras que la JCE I requiere que los delitos estén incluidos en el propósito común, la JCE III se refiere a los delitos cometidos fuera del fin común como consecuencia natural y previsible de la realización de ese fin común. Sobre la base de esta distinción, la jurisprudencia internacional ha sostenido que la JCE I exige la intención directa, mientras que la JCE III exige únicamente que el acusado fuera consciente de que estos delitos eran una posible consecuencia de la ejecución del propósito común y voluntariamente asumió el riesgo de que fueran cometidos, lo que constituye *dolus eventualis*. [1079]

Para estos tribunales el *dolus eventualis* aplicable a la JCE III no puede transponerse a la JCE I, pues esta requiere intención directa.[1080] Si bien los fiscales pretendieron introducir el dolo directo de segundo grado o la llamada *oblique intent*, la Sala no lo aceptó, dado que los acusadores definían al dolo directo de segundo grado como conocimiento de que el delito ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos o expresado de otra manera, conciencia de la probabilidad sustancial de que algo ocurra. Las palabras "ocurrirán en el curso ordinario de los acontecimientos" requieren "certeza virtual", mientras que la conciencia de una probabilidad de que algo ocurra indica un resultado probable, no necesario. Por ello la Sala mantuvo su idea, incorrecta, de que el estándar descrito por los fiscales como *dolus directus* en segundo grado, es un estándar menos que el grado directo de intención, que se acerca más a las nociones de temeridad y *dolus eventualis*.[1081]

La apreciación de la Sala desconoce la configuración doctrinaria del dolo directo de segundo grado, asimilándolo al dolo eventual, cuando ambos conceptos tienen una clara diferenciación.

[1079] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3714. Se citan como fundamento de estas afirmaciones, los casos Stanišić y Simatović, de la Sala de Primera Instancia del TPIY, Karemera y Ngirumpatse, de la Sala de Apelaciones del TPIR y Šainović et al., de la Sala de Apelaciones del TPIY.

[1080] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3715

[1081] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3716.

En los **Paneles Especiales del Tribunal de Timor Leste**, la Regulación 2000/15 establece sobre la responsabilidad individual lo siguiente: "14.1 Los paneles tendrán jurisdicción sobre las personas físicas de conformidad con el presente reglamento. 14.2 Una persona que cometa un delito dentro de la jurisdicción de los paneles será individualmente responsable y sujeto a castigo de acuerdo con el presente reglamento." Con ello se refiere a la culpabilidad personal, excluyendo penas colectivas y las responsabilidades penales del Estado y otras personas jurídicas.

Además, el artículo 14.3 de la misma regulación determina: "De acuerdo con el presente reglamento, una persona será penalmente responsable y sujeta a castigo por un delito dentro de la jurisdicción de los paneles si esa persona: (a) comete tal delito, ya sea como individuo, conjuntamente con otro o por medio de otra persona, independientemente de que esa otra persona sea penalmente responsable; (b) ordene, solicite o induzca a la comisión de tal crimen que de hecho ocurra o se intente."

Con tal redacción el artículo 14 3 (a) hace mención de los autores directos, coautores y autores mediatos. El artículo 14 3 (b) se refiere a los que actúan girando órdenes, solicitando o induciendo.

El artículo 14 3 (d) prescribe que si esa persona: d) de cualquier otra manera contribuye a la comisión o tentativa de comisión de tal delito por un grupo de personas que actúan con un propósito común. Dicha contribución será intencional y deberá: (i) hacerse con el objetivo de promover la actividad delictiva o propósito del grupo, cuando tal actividad o propósito implique la comisión de un delito dentro de la jurisdicción de los paneles; o (ii) hacerse con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito. Esta disposición le daría fundamento a las ECC de los tribunales ad hoc y sería una modalidad de coautoría.

El artículo 14 3 (e) expresa: con respecto al crimen de genocidio, directa y públicamente incite a otros a cometer genocidio. Lo cual constituye un delito autónomo y no una forma de autoría o participación. El que realice la acción descrita será autor y cabe la participación de otros accesorios. La provocación se realiza sin intermediarios, en forma directa, y en forma pública, esto es, ante una pluralidad de personas indeterminadas. El delito de genocidio no se debe cometer, pues en tal caso daría lugar a que el autor de la

instigación pública del genocidio se convierta en inductor del delito consumado o tentado de genocidio.

Finalmente, el artículo 14 3 (f) trata la tentativa y el desistimiento de la siguiente forma: (f) intente cometer tal delito realizando una acción que comience su ejecución por medio de un paso sustancial, pero el delito no ocurre debido a circunstancias independientes de las intenciones de la persona. Sin embargo, una persona que abandone el intento de cometer el delito o de otra manera impida la consumación del delito no estará sujeta a la pena prevista en el presente reglamento por intentar cometer ese delito si esa persona renuncia total y voluntariamente al propósito delictivo. En la tentativa el paso sustancial se entiende como acto idóneo o apropiado para lograr la consecuencia. Aunque no se distingue entre tentativa acabada e inacabada, las dos formas tienen cabida, pues la redacción solo hace referencia a la no ocurrencia del delito, por lo que si al realizar el agente activo todos los actos o solo algunos, sin que se consume el delito se configura típicamente la tentativa. El desistimiento tiene aquí tanto la forma de abandono o arrepentimiento del delito, como el impedimento que haga el agente activo, con la consecuencia de la exclusión de la pena.

La jurisprudencia de Timor Oriental reconoce el tratamiento que se da en tribunales internacionales a la responsabilidad individual.[1082] En casos de responsabilidad conjunta, la jurisprudencia de estos tribunales ha establecido que el elemento material debe ser una conducta que aporte una cooperación de cualquier trascendencia, consistente en una contribución para la consecución del fin delictivo. No se sancionan aisladamente las conductas específicas realizadas por los corresponsables, sino la unidad en que se fundan todas las acciones y en el que todos los participantes asumen la carga del delito conjunto. Se trata de una acción única, pero multifacética, y los contribuyentes son responsables no por el único elemento que cometieron, sino por su totalidad. La valoración aislada de las conductas delictivas, solo sirve para distinguir a los sujetos que realizaron actos de

[1082] SPSC- DDC, Prosecutor v. Joni Marques, Manuel Da Costa, João Da Costa y Otros, No. 09/2001, 11.12.2001. Párrs.Págs.25 y sigs.

contribución al plan general con respecto a aquellos que asumieron una conducta pasiva. [1083]

En cuanto a la *mens rea* es suficiente la intención de participar en un grupo con propósito común delictivo, para contribuir a la tentativa o comisión de un delito, como lo regula la sección 14.3 (d) del Reglamento UNTAET 2000-15. El conocimiento del participante, sobre la intención del grupo de cometer un delito, basta que adopte la forma de dolo indeterminado, en donde los posibles delitos pueden ser variados, aunque limitados. [1084] Quedarán abarcados por el dolo aquellos resultados previsibles. El dolo indeterminado es un concepto del DCE, ya poco citado, que se refiere a la actuación con intención, pero sin proponerse un resultado "bien determinado". [1085]Se trataría de una intención que no está dirigida a la realización de un resultado delictivo específico, sino a una pluralidad de resultados delictivos que no han sido demarcados con precisión, respondiendo penalmente, siempre que tales delitos hayan sido previstos o sean previsibles. Por ejemplo, el sujeto se integra a un grupo delictivo, con el objeto de limpiar su territorio de la presencia de personas pertenecientes a una etnia, lo que previsiblemente conlleva la realización de asesinatos, torturas, desapariciones y desplazamientos de individuos. Para el *actus reus* de la actuación conjunta se requiere una contribución real al delito. [1086]

[1083] SPSC- DDC, Prosecutor v. Anastacio Martins and Domingos Goncalves, No. I I/200 I, 13.11. 2003. Pág.14.

[1084] SPSC- DDC, Prosecutor v. Anastacio Martins and Domingos Goncalves, No. I I/200 I, 13.11. 2003. Pág.14.

[1085] Ver: http://www.enciclopedia-juridica.com/d/dolo/dolo.htm#:~:text=Hay%20dolo%20indeterminado%20cuando%20el,Responder%C3%A1%20del%20resultado%20efectivamente%20causado. (Último acceso a las 10:54 del 26.03.2023). Feuerbach se refirió al concepto de dolo indeterminado y lo identificó con el dolo eventual. También se refirió a la culpa determinada por dolo, cuando el agente activo ha tenido por finalidad un fin determinado, pero haya resultado otro que haya previsto o podido prever. Ver: RITTER VON FEUERBACH - PAUL JOHANN ANSELM, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2007. Pág.74.

[1086] SPSC- DDC, Prosecutor v. lnacio Olivera, Gilberto Fernandes, Jose Da Costa, Judgment, No. 12/2002, 23.02.2004. Pág.13

La *mens rea* en una acción grupal se considera cumplida con el propósito común, cuando al menos, el acusado tenía conocimiento que varios sujetos estaban involucrados en la conducta criminal y que tenían la intención de llevar a cabo la acción criminal.[1087]

En el **Tribunal Especial del Líbano** la responsabilidad individual está desarrollada en su Estatuto. El artículo 3 prescribe en el literal a) del numeral 1 la autoría y participación, es decir, cometer el delito, participar como cómplice, organizar o dirigir a otros para la comisión del crimen. El literal b) del referido numeral y artículo, se refiere a la contribución en cualquier forma a la comisión de los delitos por un grupo de personas que actúen con propósito común, cuando tal contribución sea intencional y se realice con el objetivo de promover la actividad o como propósito delictivo general del grupo o conociendo la intención del grupo de cometer el delito. [1088]

La jurisprudencia del TEL atribuye el origen del Artículo 3 (1) (a) y (b) del Estatuto al Artículo 2 (3) del Convenio Internacional para la represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas.[1089] El primer numeral expone el tratamiento tradicional que se comparte en el derecho doméstico entre el DA y el DCE, así como en los tribunales internacionales. El literal b) del numeral 1, relativo a la actuación con propósito común, se hace referencia a la ECC, figura creada en los tribunales *ad hoc*, destacándose el propósito común y en calidad de coautores.

En el capítulo IV del Código Penal se hace referencia a la responsabilidad. En el artículo 210 se expresa una regla común en el DA y el DCE, la existencia del acto, que determina que nadie puede ser responsabilizado si no ha actuado consciente y voluntariamente. También en esta parte, se desarrolla tanto el tema de las personas responsables y las exclusiones de responsabilidad. Dentro de los responsables se citan el autor, el cómplice y el instigador. Según el artículo 212 se entiende autor el que origina los elementos que constituyen el delito o contribuye directamente en su ejecución. Cómplice el que

[1087] SPSC- DDC, Prosecutor v. lnacio Olivera, Gilberto Fernandes, Jose Da Costa, Judgment, No. 12/2002, 23.02.2004. Págs.13 y 14.

[1088] Ver: https://www.stl-tsl.org/en/documents/legal-documents/statute-of-the-tribunal (Último acceso a las 12:24 del 12.03.2023)

[1089] STL, Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi and Assad Hassan Sabra, No. STL-11-01/T/TC, 18.08.2020. Párr.5902.

contribuyó o gestionó un acto en favor del autor. La instigación se trata del artículo 217 al 220. Es instigador o inductor quien induzca o intente inducir a otra persona por cualquier medio a cometer un delito. Se castiga como instigación tanto si el hecho principal se consumó o no. Con la diferencia de que si no hay consumación se reduce la pena. No se aplica la instigación si esta no es aceptada por el autor.

Conforme a la jurisprudencia se entiende que el artículo 212[1090] del Código Penal libanés, se refiere tanto a los autores como a los coautores, como aquellos que reúnen todos los elementos materiales que constituyen un delito o, en su defecto, cada uno de los coautores que participó directamente en la comisión del delito. [1091] Así también la jurisprudencia doméstica de Líbano, define a los coautores como los que hayan realizado todos o algunos de los hechos que constituyen los elementos materiales del delito.[1092]

Por su parte, la Sala de Apelaciones del TEL sostuvo que el autor debe haber cumplido los elementos objetivos y subjetivos del delito. Es coautor (coautor)[1093] cualquier persona que haya cooperado en la ejecución de esos elementos.[1094] Pero no se trata de una ayuda en la ejecución de un delito ajeno. La Sala de Apelaciones detalla, teniendo en cuenta el DPI, que el perpetrador es quien realiza físicamente la conducta prohibida, con el elemento mental requerido. Los coautores son una pluralidad de personas que realizan el mismo acto configurado como delito, por ejemplo, en el caso de una unidad militar que dispara contra civiles. Son las personas que participan en la comisión real del delito, con la misma *mens rea*. [1095] Por lo tanto, los coautores realizan conjuntamente el *actus reus* con el mismo estado mental. La palabra cooperar no está tomada aquí en sentido de complicidad, sino con el significado de actos apropiados para la realización del delito.

[1090] Artículo 212: Es autor de un delito cualquiera que dé vida a los elementos constitutivos de un delito o que participe directamente en su comisión.

[1091] STL, Prosecutor Connected Case Submission, STL-11-02/CCS/PTJ, 23.09.2019. Párr.17.

[1092] Idem.; citando la Sentencia N° 22, 8 de marzo de 1952 (Corte de Apelaciones del Norte del Líbano), publicada en: AL ADEL (1953), 433.

[1093] Artículo 213: Cada uno de los coautores de un delito incurre en la pena prevista por la ley para el delito. Se aplicará una pena más grave... a quien organice la participación en el delito o dirija la acción de las personas que participen en él.

[1094] Idem.

[1095] Idem.

En las **Salas Africanas Extraordinarias**, su Estatuto determina en el artículo 10 que la responsabilidad individual la tienen quienes cometieron, ordenaron, planearon, instigaron a otros a cometer los delitos. Asimismo, quiénes de otra manera ayudaron y animaron a planear, preparar o ejecutar el crimen. [1096] Estos últimos son los cómplices y entre los primeros están el autor, coautores e instigadores.

Las Salas Africanas, teniendo en cuenta la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y con referencia al autor directo, sostienen que se considera que una persona ha cometido un delito cuando materialmente perpetra el acto delictivo u omiten una conducta en violación de una norma de derecho penal. Para determinar la participación directa de un sujeto, se requiere la participación física o personal del mismo, realizando todos los elementos materiales del delito con la intención de cometer el crimen o el conocimiento de que el delito sería la consecuencia probable de su conducta. Se sigue en términos generales el principio general del derecho de que la responsabilidad penal se basa en la culpabilidad individual (*nulla poena sine culpa*). No es necesario definir los elementos de la responsabilidad individual por comisión directa, pues ésta varía según los delitos y sus elementos.[1097]

La orden girada por un sujeto en posición de jerarquía a otro, puede dar lugar tanto a autoría como a complicidad y para hacer responsable al sujeto que ordena, es necesario que se hay cometido el hecho por el sujeto que recibe la orden. La orden debe ser causa directa y sustancial de la comisión del hecho ilícito.[1098] Sin embargo el que tiene el mando dentro de una estructura tiene control sobre sus subordinados, por lo que debería ser un caso de autoría. Mientras que el superior que tiene autoridad, pero no está en la cadena de mando del subordinado, sí puede dar lugar a complicidad o instigación.

No se aclaran las diferencias entre los casos de autoría y complicidad mediante una orden, pero se puede afirmar que la autoría requerirá el requisito de ser sustancial para la comisión del delito, mientras que la complicidad supondría una colaboración accesoria.

[1096] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.1811.

[1097] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.1820.

[1098] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1842.

Así, quien ordena a otros sujetos cometer un delito de genocidio, cuando estos ya lo habían decidido y la actuación del sujeto ordenante solo alentó o reforzó la decisión tomada, será un caso de complicidad.

La orden debe ser emitida con intención directa o eventual. Esta última supone que quien ordena una acción u omisión, sabiendo que existe una probabilidad real de que en la ejecución de esa orden se cometerá un delito, tiene el *mens rea* necesario para establecer la responsabilidad por ordenar. El hecho de ordenar siendo consciente de esta probabilidad real debe ser considerado como la aceptación del delito que resulta. [1099]

La Empresa Criminal Conjunta, si bien no ha sido mencionada en el Estatuto de estos tribunales, se deriva del mismo ya que el artículo 10 párrafo 2 tiene una redacción amplia, que permite imputar responsabilidad a cualquier autor o partícipe de los delitos tipificados en los artículos 5 al 8 del Estatuto. Además, siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, cuyos estatutos tampoco regulan la misma, se ha sostenido que la JCE es un modo de comisión y se caracteriza por un fin delictivo común .[1100]

Se sigue la jurisprudencia internacional que sostiene la existencia de tres formas de ECC: Forma Elemental o ECC Tipo I, Forma Sistémica o ECC Tipo II y forma extendida o ECC tipo III. Se admite que la ECC I y la ECC II se han establecido firmemente en el derecho internacional consuetudinario desde el final de la Segunda Guerra Mundial.[1101] Con respecto a la ECC III, al haber sido reconocida por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc ha terminado siendo admitida por las Salas Africanas, sosteniendo que deriva también del derecho internacional consuetudinario.[1102] No obstante que existen algunas reticencias para aceptarla de parte de otros tribunales internacionales. [1103]

La JCE I se caracteriza porque los participantes comparten la misma intención delictiva para lograr el objetivo común. La JCE II requiere la existencia de un sistema delictivo

[1099] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1844.

[1100] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párrs.517, 1867 y 1888.

[1101] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1868.

[1102] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1869.

[1103] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párrs.1870 y 1872.

organizado de malos tratos, como los campos de concentración y los centros de detención. En la JCE III la responsabilidad para los miembros deriva de su pertenencia a la misma, aun cuando se hayan cometido delitos que vayan más allá del fin común, siempre que estos hechos sean una consecuencia natural y previsible de la ejecución de ese fin.[1104]

Sobre los elementos materiales de la ECC, los tribunales haciendo eco de la jurisprudencia internacional, sostienen que son los siguientes: 1) La adhesión de una pluralidad de personas a un objetivo delictivo común; 2) La existencia de un objetivo común, y 3) La participación o adhesión del imputado a la consecución del objetivo común.[1105] Con relación al primer elemento, debe mencionarse que no es necesario designar a cada participante de la JCE por su nombre, puede ser suficiente mencionar categorías o grupos de personas que deben identificarse con suficiente precisión. Los participantes no tienen que estar organizados en una estructura militar, política o administrativa.[1106]

El segundo elemento requiere la finalidad de cometer uno de los delitos previsto en el Estatuto. El objetivo común no exige que se haya formulado con anticipación y de manera reflexiva, puede ocurrir en el momento del crimen de forma inesperada, pudiendo ser inferido de la actuación concertada de varias personas en una ECC; por lo tanto, solo es necesario probar el objetivo común, precisando la finalidad delictiva como su alcance, pero no la celebración de un acuerdo o entendimiento.[1107] Particularmente en la JCE II se exige la existencia de un sistema delictivo organizado, lo que no constituye un requisito adicional, sino una manifestación material del objetivo común.[1108]

El tercer elemento es entendido como la participación del sujeto en la consecución del fin común de diversas formas, sin que se requiera cometer un delito o un elemento del mismo.[1109]

[1104] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1893.

[1105] Párrs.1894-1897.

[1106] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1894.

[1107] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1896.

[1108] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1897.

[1109] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.1898.

En el **Tribunal Especial de Kosovo** hay una referencia en los artículos 31 y siguientes del CPK a otros intervinientes en el delito además del autor. Aunque el apartado se refiere a la colaboración en los delitos; se menciona en el artículo 31[1110] a los co-perpetradores, que en realidad es una modalidad que se conoce en el RL como coautoría.

En los artículos 34 y 35 CPK se mencionan también las figuras de asociación criminal y el acuerdo para cometer delitos. La primera consiste en convenir, expresa o implícitamente, con una o más personas a cometer o incitar a la comisión de un delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco años, y realizar actos preparatorios para el cumplimiento de tal convenio. El acuerdo para cometer delitos ocurre cuando el sujeto se pone de acuerdo con una o más personas para cometer un delito y una o más de esas personas realiza algún acto sustancial para la comisión del delito. Las figuras son muy semejantes, con la diferencia de que en la primera se trata de actos preparatorios graves y no ejecutivos de los sujetos para el cumplimiento del convenio; mientras que en la segunda, basta el acuerdo y no se requiere actuación personal de todos los responsables del delito, bastando el hecho de haber acordado el mismo y que uno o más de las personas realice un acto ejecutivo del delito que tenga idoneidad para producir el resultado.

La jurisprudencia del TEK ha entendido que las regulaciones sobre responsabilidad individual del artículo 16 (1) de la LCE[1111], son casi textuales con respecto a la redacción

[1110] "Cuando dos o más personas cometan conjuntamente un delito penal participando en la comisión de un delito penal o contribuyendo sustancialmente a su comisión de cualquier otra forma, cada una de ellas será responsable y sancionada según lo prescrito para el delito penal."

[1111] Responsabilidad Penal Individual

1. Para los delitos de los artículos 13-14:

a. una persona que planeó, instigó, ordenó, cometió o de otra manera ayudó e instigó en la planificación, preparación o ejecución de tal crimen será individualmente responsable por el crimen.

b. el cargo oficial de cualquier persona acusada, incluso como Jefe de Estado o de Gobierno o como funcionario responsable del Gobierno, no eximirá a dicha persona de responsabilidad penal ni mitigará la pena.

C. el hecho de que cualquiera de los actos u omisiones haya sido cometido por un subordinado no exime de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o los había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o sancionar a sus autores.

del Artículo 7(1) del Estatuto del TPIY y el Artículo 6 (1) del Estatuto del TPIR.[1112] Por tal razón las conceptualizaciones sobre la responsabilidad, son coincidentes la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

Se reconoce como forma de responsabilidad, la comisión o autoría directa, la cual requiere un elemento objetivo, consistente en que el perpetrador físicamente realice los elementos objetivos del crimen u omita actuar cuando es requerido por la ley, y un elemento subjetivo, referido a que el perpetrador debe intentar cometer el crimen o debe actuar con la consciencia de que con probabilidad substancial el crimen ocurriría como una consecuencia de su conducta.[1113]

La coautoría o co-perpetración ocurre cuando el imputado conjuntamente participó o sustancialmente contribuyó de cualquier otra forma, a la comisión de los delitos con el necesario elemento subjetivo. [1114] La diferencia con la actuación de los partícipes o accesorios, estaría dada entonces, porque la intervención del coautor es sustancial para la comisión del delito. Esto significa que los actos sean idóneos para realizar el delito y tengan incidencia en el mismo.

Si bien, las normativas aplicables al TEK no citan expresamente la ECC o JCE, la jurisprudencia de las Cámaras Especiales de Kosovo, las reconocen y a la vez se remiten a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Se reconocen las tres formas de JCE, con sus

---

d. el hecho de que un imputado haya actuado en cumplimiento de una orden de un Gobierno o de un superior no lo eximirá de responsabilidad penal, pero podrá ser considerado como atenuante de la pena si la Sala Especial determina que la justicia así lo exige.

2. Para los delitos contemplados en el artículo 15 (1), se aplicarán las leyes de Kosovo relativas a la responsabilidad penal individual que estaban en vigor en el momento del delito.

3. Para los delitos contemplados en el Artículo 15 (2), se aplicarán las disposiciones de responsabilidad penal individual contenidas en el Código Penal de Kosovo de 2012, Ley No. 04/L-082, Artículos 8-10, 17, 21-24, 27-40.

[1112] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.138.

[1113] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párrs. 727 y 728.

[1114] KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022. Párr.723.

características reconocidas por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* (forma básica, forma sistémica y forma ampliada).[1115]

La ausencia de una referencia expresa a la JCE en el Artículo 16(1)(a) de la Ley no se interpreta como una intención deliberada de los redactores de la Ley de excluir a la JCE. De conformidad con el artículo 3.3 de la Ley, los jueces podrán guiarse por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y de hecho el TEK se basó en jurisprudencia del TPIY y el TPIR para abordar situaciones en las que se carecía de normatividad expresa. Se considera que el Artículo 16 (1) de la LEC, incluyendo el término "comisión", debe interpretarse de conformidad con el CIL y en todo caso en el sentido corriente según el objeto y fin de la ley.[1116]

El TEK ha afirmado que a los delitos de *lesa humanidad* y los crímenes de guerra de los artículos 13 y 14 de la LEC, solo podrán aplicarse modos de responsabilidad que hayan sido parte del CIL en el momento de la comisión de los delitos. Las regulaciones del CPY no se consideran vinculantes para el sistema de responsabilidades.[1117] Esta conclusión del tribunal debería entenderse que se refiere puntualmente a las JCE, pues de acuerdo al artículo 12 de la LEC se aplica el derecho penal sustantivo de Kosovo, en la medida en que se ajuste al derecho internacional consuetudinario. De tal manera que cuando se cumplan los requisitos de tiempo y espacio para el CPY y no contradiga el CIL ni la normativa de derechos humanos, es aplicable dicho código. [1118]

[1115] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.136 y 734;KSC,The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs. 66-76.

[1116] KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021. Párrs.136-139; KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.735.

[1117] KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021. Párrs. 140 y 141.

[1118] "Ley aplicable

Las Salas Especializadas aplicarán el derecho internacional consuetudinario y el derecho penal sustantivo de Kosovo en la medida en que se ajuste al derecho internacional consuetudinario, como es aplicable en el momento en que se cometieron los delitos, de conformidad con el artículo 7(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y el Artículo 15(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado y protegido por los Artículos 19(2), 22(2), 22(3) y 33(1) de la Constitución".

En la jurisprudencia del TEK se reafirman los elementos objetivos de todas las formas de JCE: (i) una pluralidad de personas que actúan conforme a un propósito común; (ii) una finalidad común que implique la comisión de un delito previsto en la Ley; y (iii) participación del perpetrador en la promoción del diseño o propósito común. No se requiere que las personas que participan en la ECC estén organizadas en una estructura militar, política o administrativa, pero deben identificarse con especificidad, por ejemplo, por nombre o por categorías o grupos de personas. No es necesario que el plan, diseño o propósito haya sido previamente dispuesto o formulado; puede materializarse extemporáneamente y ser inferido del hecho de que una pluralidad de personas actúe al unísono para llevar a cabo la ECC. El propósito común no exige una planificación preparatoria o un acuerdo explícito entre los participantes de la JCE, o entre los participantes de la JCE y terceros. La JCE puede existir incluso si ninguno o solo algunos de los autores materiales de los delitos son miembros de la JCE, sin embargo, son utilizados por uno o más miembros de la JCE para delinquir conforme al fin común. En la JCE III, el autor es responsable de los delitos cometidos más allá del fin común, pero que son sin embargo una consecuencia objetivamente previsible de ese fin común. Contribución. El perpetrador debe haber participado en la promoción del propósito común en el núcleo de la JCE ayudando o contribuyendo a la ejecución del plan o propósito común, pero no necesita haber realizado ninguna parte del *actus reus* del delito imputado. La contribución del imputado a la JCE no tiene por qué ser necesaria o sustancial, pero al menos debe ser una contribución significativa a los delitos de los que se le declara responsable. No es necesario que la contribución sea delictiva per se.[1119]

En cuanto al elemento subjetivo de la ECC, este varía según la clase de que se trate. En la JCE I los participantes deben compartir la intención de realizar los delitos que forman parte del propósito común, incluida la intención especial. En la JCE II se requiere el conocimiento personal del sistema de malos tratos y la intención de promover este sistema común concertado. Con respecto a la JCE III el perpetrador es responsable subjetivamente por delitos cometidos más allá del propósito común, cuando según las circunstancias del caso, (i) el perpetrador tuvo la intención de participar y contribuir a la promoción del propósito común; (ii) era previsible para el autor que el delito ampliado podría ser

[1119] KSC,The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs.67-71.

perpetrado por uno o más miembros del grupo o por personas utilizadas por cualquier miembro del grupo, para llevar a cabo el propósito común; y (iii) el perpetrador asumió voluntariamente el riesgo de que el delito extendido pudiera ocurrir al participar en el propósito común. La previsibilidad ocurre cuando el perpetrador era consciente de que el delito desviado era una posible consecuencia en la ejecución de ese propósito común. [1120] Como es natural es en la JCE III en el que la intención tiene una prevalencia del elemento cognoscitivo, pues la sola decisión de participar en una ECC III en la que era consciente de una probable realización de un delito no previsto inicialmente, es suficiente para entender que el participante asume el riesgo y en virtud de ello se le reconoce la aceptación del resultado, derivando en su imputación subjetiva de manera indirecta.

De acuerdo con la jurisprudencia de este tribunal, la responsabilidad de la JCE III se establece cuando (i) un acusado acordó con otras personas un plan común que implica la comisión de un delito y participó en la promoción del plan común (*actus reus*) pero (ii) uno de los perpetradores cometieron un acto que, aunque fuera del diseño común, fue sin embargo una consecuencia natural y previsible de efectuar ese propósito común, y (iii) el acusado tuvo la intención de participar y voluntariamente asumió el riesgo de que esto pudiera ocurrir (*mens rea*).[1121]

La figura de la JCE III aunque evidencia un tratamiento de autoría tiene algunas particularidades de acuerdo a las cuales, conforme a los criterios del DCE, no habría codominio del hecho ni siquiera coparticipación en la realización física de la conducta delictiva extendida; pero la debemos considerar como una fórmula en la que una unidad criminal funciona como un todo, bastando la contribución al propósito común que implica la comisión de un crimen para derivar en una responsabilidad de autor dentro del contexto de la JCE. El *actus reus* consistente en participar en la promoción del plan común es el

[1120] The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs.72-76; KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021. Párr.192. En esta última sentencia se da por asentada la JCE III desde el caso Tadic en el TPIY, TPIR, TESL y TEL.

[1121] KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021. Párrs.192.

que debe realizar el participante, mientras que la ejecución del delito en particular no es requisito ejecutar.

Sobre este asunto la defensa en el caso Krasniqi afirma que la palabra comisión no puede interpretarse de forma tan amplia que abarque a la JCE III, pues solo se comete un crimen por un perpetrador directo y que la JCE no es una forma de coautoría, sino una forma de ayuda e instigación a la empresa delictiva. [1122]La Sala no respondió al punto ofreciendo su criterio al respecto, al considerar que el debate sobre si esta cuestión es participación principal o accesoria es de relevancia limitada. Argumento con el cual no se puede estar de acuerdo, debido a que la distinción entre autores y accesorios define la pena.

Aunque se trata de una cuestión procesal podemos citar los factores que, dentro de otros, se han establecido por los tribunales para determinar si el delito era previsible para el perpetrador: (i) conocimiento de cómo se implementa la JCE en el terreno; (ii) conocimiento de los antecedentes penales y propensión de los miembros de la empresa para cometer delitos; (iii) declaraciones del perpetrador; (iv) tiempo y lugar de los delitos desviados; (v) conocimiento de motivos personales de venganza de los miembros de la empresa o personas utilizadas por ellos; (vi) conocimiento del odio étnico entre las partes para el conflicto; y (vii) conocimiento de las actividades de los perpetradores-subordinados en el maltrato de los presos.[1123]

[1122] KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021. Párr.143.

[1123] KSC, The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs. 66-76.

2. Responsabilidad subjetiva de los partícipes

2.1 Partícipes o accesorios en la CPI

La mención del artículo 25 del ER de que se trate de la comisión o tentativa de cometer un delito, nos indica que la inducción o instigación coincide con la concepción del *Roman Law*, pues se requerirá que el delito principal se haya ejecutado o pretendido ejecutar materialmente. Así la figura de proposición que conocemos en el derecho continental europeo, caracterizada porque se llama a cometer a otro un delito, pero este no se intenta ejecutar, no tendría aplicación en el artículo 25 citado.

La regla general es que en todas estas formas de actuación para que haya responsabilidad se requiere que el delito principal se haya intentado cometer o se haya consumado. La excepción se cita en la parte final del artículo 25. 3 e) del ER, referida a actos de ánimo y apoyo público, que en términos de la legislación española corresponderían a la proposición, provocación y apología, para que se cometa el crimen de genocidio, pues no se requiere en tal caso, que el delito se llegue a intentar cometer o se haya consumado.

El artículo 25.3 b) ER, fuera del caso de las órdenes que instruye un autor, contiene tres conductas de accesorios: el que ordene- *orders*-, el que proponga-*solicits*- o el que induzca-*induces*- la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.
Se puede reducir la responsabilidad de esta disposición, en el caso del derecho continental europeo, a la de los inductores o instigadores. Mientras, en el derecho anglosajón, podrán tener equivalentes en las acciones de inducir, instigar, solicitar, procurar, etc.

Correspondería a un caso de inducción del artículo 25 3 (b) si el militar ordena realizar un operativo que constituye un crimen internacional, cuando no tiene control efectivo de la unidad y por tanto del delito, pero los soldados, a sabiendas, cumplen la orden. Estos últimos serán coautores directos o inmediatos.

Las instrucciones de órdenes por parte de un militar o funcionario de rango superior que constituyen un crimen internacional y son cumplidas por otros militares o empleados civiles, sin que tales oficiales o funcionarios tengan facultades de *facto* o de *iure* para darlas, puede dar lugar a diferentes responsabilidades.

Si los soldados o empleados deciden aceptar y ejecutar la orden, que en realidad sería una propuesta o sugerencia, de quien no es su jefe formal ni de hecho, este será inductor y los soldados coautores directos. Por ejemplo, el capitán A es jefe de comunicaciones del Batallón X y los soldados B, C y D pertenecen al Batallón Y, teniendo por jefe al coronel E. A se encuentra con los soldados B, C y D y les ordena proceder a incendiar un poblado civil, atribuyéndoselo al ejército contrario, para incrementar la propaganda contra los enemigos militares. Los soldados aceptan la orden y cometen los hechos, sin dar conocimiento a E. Si se comprueba que A en realidad no tenía control efectivo sobre los soldados como autoridad con mando, sería un inductor, y se examinaría la responsabilidad de E, en cuanto a sus deberes de control sobre la tropa.

En el caso de tratarse de un aparato organizado de poder en el que el superior, aunque no tiene facultades formales de mando, las tiene de hecho; será coautor mediato junto con los demás coautores indirectos y directos.

El artículo 25 3 (c) trata de los cómplices o cooperadores, pues se refiere a los que con el propósito de facilitar la comisión de un crimen, ayuden, animen o de otra manera ayuden en su comisión o tentativa de comisión, incluida la provisión de los medios para su comisión.

La complicidad -*aider*- es entendida tanto como una ayuda material, moral o psicológica, prestada antes de la comisión, concomitante con la ejecución o posterior a ella.[1124]

El concepto inglés de *abettor* se traduce como animador o facilitador, incluso se traduce como instigar, pero en el ER se ha empleado como cómplice moral o psicológico, como el que facilita o asiste en el crimen mediante el ánimo o apoyo psicológico.

[1124] CASSESE, A. Op. Cit. Pág.214.

El tipo de asistencia que se presta para el delito es de diversas clases, en toda su extensión, pues no se limita al concepto de cómplice, sino que admite cualquier tipo de ayuda para la comisión del delito. Requisito fundamental es que la ayuda se preste para que se cometa el delito, consecuentemente la ayuda que se presta cuando el delito ha finalizado en su ejecución, no tendría el carácter de complicidad. Así el encubridor, en el significado que tiene en el derecho continental europeo, no podría ser responsabilizado como accesorio. Para tener calidad de accesorio, quien ayuda a ocultar al imputado o instrumentos del delito, tendría que haber acordado con el mismo esa ayuda, de tal manera que ello haya facilitado de antemano las condiciones de toda la conducta delictiva del principal.

También la ayuda que se presta concomitante al delito, no debe constituir una contribución esencial para la realización del crimen, pues en tal caso habría coautoría con el principal.

Si bien la versión en castellano del ER incorpora al encubridor en la letra c) del Art. 25, la versión en inglés se refiere expresamente a quienes ayuden -*aids*-, animen o instiguen -*abets*- o asistan de cualquier otra manera en su comisión o su tentativa- *otherwise assists in its commission or its attempted commission*-. La palabra asistir en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa favorecer, ayudar, socorrer, servir y atender[1125], así que mención de la acción de encubrir, deriva de una interpretación excesiva de que los otros que asisten son los encubridores; no obstante que en la doctrina del derecho continental europeo, al que se adscribe la mayoría de estados de habla española, el encubridor no tiene calidad de partícipe en las reglas del concurso de delincuentes, sino que su conducta está definida por tipos penales de la parte especial. En todo caso, un encubridor no puede haber asistido al autor para la comisión del delito; porque su intervención es posterior. Se exceptúa el caso de la ayuda brindada con posterioridad a la ejecución del delito, pero acordada previamente.

En el derecho anglosajón, el encubridor también es una figura autónoma sancionada en la ley, cuando su colaboración es posterior a la comisión del delito y sin concierto previo. Importante a estos efectos, es determinar el momento en que se ejecutó completamente el hecho, pues solo posterior a ello intervendrá un encubridor. En este sistema se distingue,

[1125] https://dle.rae.es/asistir?m=form (Último acceso a las 10:22 del 16.09.2022)

generalmente, entre accesorios antes del hecho o después del hecho; para lo cual requiere acuerdo previo, ya sea tácito o expreso. Otras variantes se dan en la colaboración durante la ejecución de los hechos, pues en algunas legislaciones anglosajones, a esos colaboradores se les considera autores o principales secundarios y en otras leyes accesorios, mientras no realicen una actividad de comisión del delito.

Aunque no lo mencione el artículo 25 3 d) del ER, la finalidad común requiere un acuerdo previo o concomitante con la ejecución, que puede ser expreso o tácito. La finalidad es el propósito delictivo, el objetivo de alcanzar la producción del resultado delictivo o realización de los elementos esenciales del *actus reus*.

El *mens rea* requiere que la contribución de los accesorios sea intencional, no producto de un hecho fortuito o la negligencia, y que se haga con el objetivo de realizar la conducta o propósito delictivo, a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

El artículo 25 3 d) ER es considerada por algunos autores, como el fundamento de la ECC en el ER.[1126] No obstante, en el caso Lubanga no se le reconoció como una variante de la autoría, sino de la participación.[1127]

En el Art. 25 3 literal e) se trata de la proposición o incitación pública para el delito de genocidio. Se trataría aquí de acciones semejantes a la proposición, provocación y apología del delito, reguladas en los artículos 17 y 18 del CPE. Se trata de castigar acciones que no dependen de la tentativa o consumación del delito de genocidio; pues el solo hecho de proponer el delito, el llamamiento público o apoyo público al delito o su autor, es suficiente para considerarlo peligroso y considerarlo como crimen de genocidio cometido mediante proposición o incitación pública. Si el delito de genocidio habiendo sido propuesto o provocado por un sujeto al autor, se intenta cometer o se consuma por el mismo, se aplicaría la figura del artículo 25 3 (b), relativo a la inducción o instigación.

[1126] CASSESE, A. Op. Cit. Pág. 212.

[1127] Se consideró que debe distinguirse la responsabilidad de aquellos que cometen el delito [artículo 25 (3) (a)] y la de quienes son accesorios al mismo [artículos 25(3) (b) a (d)]. Ver: CPI, Prosecutor v. Lubanga, TCI, No. ICC-01/04-01/06 14.03.2012. Párr. 999.

El cómplice del crimen de genocidio, debe tener la *mens rea* de actuar, al menos, con el propósito de facilitar la comisión del crimen o cooperar con el principal para ello; no es exigible el dolo especial de destrucción del grupo.[1128]

En general en la *mens rea* de los accesorios se requerirá algo distinto a lo exigido a los principales, aunque siempre teniendo en cuenta la intención y conocimiento. [1129]

2.2 Partícipes o accesorios en los tribunales *ad hoc*

El artículo 7 del ETPIY así como el artículo 6 del TPIR, determinan la responsabilidad individual con relación a los delitos sometidos a la jurisdicción de dichos tribunales. Sin hacer una separación entre autores y partícipes hace mención de diferentes formas de intervención en los delitos. Con relación a los accesorios o partícipes, se menciona a los que ordenan -*ordering*-, inducen -*instigating*- y cooperan -*aiding and abetting*-, con delitos que hayan ayudado a planearlo, prepararlo o ejecutarlo.[1130]

A partir lo dispuesto en los artículos 7.1 ETPIY y 6.1 ETPIR, con relación a los crímenes competencia de dichos tribunales, se determina que el partícipe o accesorio de los mismos puede ser considerado el que haya intervenido en la planificación de un crimen, lo haya ordenado, instigado o ejecutado o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo. [1131] No expresan mayor detalle las referidas disposiciones, pero la jurisprudencia ha determinado cuáles son los requisitos materiales y de *mens rea* que se requieren para los que se involucran como accesorios, en la planificación o ejecución de un crimen que pertenece al autor.

[1128] CPI, Prosecutor v. Al Bashir, PTC I, Primera orden de arresto, No. ICC-02/05-01/09, 04.03.2009. Párr.139, nota al pie 154 ; TPIY, Prosecutor v. Krstić, AC, No. IT-98-33-A, 19.04.2004. Párr.134.

[1129] Para Triffterer debe existir intención y conocimiento para que exista responsabilidad y se pueda castigar a quienes actúan accesoriamente. Ver: TRIFFTERER, OTTO/ARNOLD, ROBERTA, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Segunda Edición. C.H.Beck- Hart- Nomos. Munich, Oxford and Baden Baden, 2008. Pág. 851.

[1130] WERLE, G. y JESSBERGER,F. Op. Cit. Pág.342.

[1131] Idem.

Adicionalmente, tanto el TPIY como el TPIR han asumido en su jurisprudencia, la figura del derecho anglosajón denominada empresa criminal conjunta *–Joint Criminal Enterprise-*, como una forma de actuación común, en la que se involucran autores y accesorios; pero que se ha entendido como una forma de autoría especial.

En relación con la participación de un acusado en un delito que no sea a través de la participación directa, la TC consideró que la conexión era suficiente para que una persona fuese responsabilizada penalmente. Revisando la jurisprudencia de la Segunda Guerra Mundial, la TC concluyó que para responsabilizar penalmente a una persona por su participación en la comisión de un delito, que no sea mediante la comisión directa, debe demostrarse que tuvo la intención de participar en la comisión del delito y que sus actos deliberados contribuyeron directa y sustancialmente a la comisión del delito:[1132]

Asimismo, la participación puede ocurrir en diferentes etapas del crimen, desde su planificación hasta su ejecución, pasando por su organización, pero por regla general, solo se castiga cuando el delito principal se haya ejecutado. Una excepción lo constituye el caso del delito de genocidio; debido a que se ha entendido por la jurisprudencia, que la *aiding and abetting* no requieren actos de comisión del delito.[1133] Por esta razón el *mens rea* en este caso deberá incluir la intención específica de cometer genocidio. Se diferencia, por tanto, la complicidad en general y la *aiding and abetting*, como casos especiales.

Para referirnos a la conducta de ordenar, debemos considerar el concepto de jerarquía y la existencia de un superior y un subordinado, pues ordenar la comisión de un crimen, significa que el sujeto aprovecha su autoridad, en el marco de una relación jerárquica, para obligar o para convencer al subordinado (activamente y no por omisión), a realizar el hecho delictivo. Por lo tanto, la orden debe proveer de instrucciones al subordinado.[1134]

[1132] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-T, 07.05.1997. Párrs.666, 673 y 679.

[1133] TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párrs. 475-477, 484 y 485; citando jurisprudencia del TPIY.

[1134] MACULÁN, ELENA - GIL Y GIL, ALICIA, «*Las Formas de Intervención Punibles: Autoría y Participación*». Pág.255, citando la jurisprudencia ICTR, Akayesu, TC, Judgment, § 483; ICTY, Prosecutor v. Haradinaj et al., TC, Retrial Judgment (IT-04-84bis-T), 29.11.2012, §624; SCSL, Prosecutor v. Charles Taylor, TC, Judgment (SCSL-03-01-T-1283), 18.05.2012. Párr. 476.

La orden impuesta es normalmente una forma de autoría en la que se controla la voluntad de los subordinados, pero los casos de accesoriedad serían aquellos en que la orden es utilizada como medio de convencimiento.

La jurisprudencia ha sostenido que no se requiere una relación formal superior-subordinado para realizar la conducta de "ordenar", siempre que se demuestre que el acusado poseía la autoridad para ordenar. Tampoco si la relación de subordinación es temporal o permanente.[1135] Lo relevante entonces es la existencia de una relación jerárquica de hecho.

Se ha sostenido también en la jurisprudencia, que no se requiere que la orden se dé por escrito o en una forma particular, ni que sea expedida directamente por el superior a los ejecutores.

Ordenar un crimen puede tener una doble consideración en función de diversas circunstancias. En general se considerará una orden con efectos de accesoriedad, cuando la orden no implique el control del delito, sino la participación en un hecho que pertenece al autor.

Además, lo determinante para la comisión del delito es la *mens rea* del superior, no la del subordinado que ejecuta la orden.[1136] Esto último cuando se hace referencia a la autoría mediata o al autor indirecto, pero no si se trata de la orden como elemento de la conducta de un instigador que influye en el autor directo; pues entonces el superior no requiere la *mens rea* del autor.

Con respecto a la instigación, el TPIY ha expresado que significa incitar a otro a cometer un delito o provocarlo para ello. Se admite la omisión como forma de instigación, pero debe probarse que el acusado tuvo la intención directa de provocar la comisión del delito. Se sostuvo que es necesario demostrar una relación de causalidad entre la instigación y la

[1135]TPIY, Prosecutor v. Blaskic, TC, No. IT-95-14-T, 03.03.2000. Párrs. 520-521 y 300-303; TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu,TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párr.483; TPIR, Prosecutor v. Athanase Seromba, TC, No. ICTR-2001-66, 13.12.2006. Párr.305.

[1136] TPIY, Prosecutor v. Blaskic, TC, No. IT-95-14-T, 03.03.2000. Par, 474; TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párr.479.

perpetración física del delito, esto es, que la contribución del imputado efectivamente tuvo un efecto en la comisión del delito. No es necesario probar que el delito no habría sido perpetrado sin la participación del acusado.[1137] Precisamente, por tratarse de una conducta accesoria, solo se requiere aportar causalmente, mediante la contribución a los hechos realizados por el acusado, un efecto en el resultado.

La *mens rea* requerida para la instigación, según lo establecido en la jurisprudencia del TPIY, [1138] es que el sujeto haya actuado con intención o dolo para convencer a otra persona para cometer un crimen internacional. Se ha admitido también como instigación, que el sujeto haya tenido conocimiento de una "probabilidad sustancial" de que se cometerá un crimen.[1139]

Basta con que el acusado haya actuado con la intención de instigar a otra persona a cometer un delito o que al menos tuviera conocimiento de una probabilidad sustancial de que se cometerá un delito en la ejecución de la instigación. [1140]

Sobre el cooperador-*aider and abettor*-, si bien, normalmente suele tratarse conjuntamente, en realidad, como ha señalado la jurisprudencia, son dos tipos de accesorios diferentes. Mientras que la asistencia -*aiding*- significa dar asistencia, lo segundo -*abetting*- implica facilitar un acto al ser solidario con él.[1141]

En ambos casos, se trata de una colaboración accesoria para un crimen perpetrado por otra persona, llamada principal. Su participación puede ser anterior, concomitante o posterior a la comisión del delito del principal, pero debe ser un aporte directo y sustancial para la ejecución. Sus actos consisten en conductas especialmente dirigidas a asistir, animar y dar soporte moral para un crimen específico.

[1137]TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, TC, No. IT-95-14-T, 03.03.2000, Párrs.270 y 339.

[1138] TPIY, Prosecutor v. Karadzic, TC, No. IT- 95-5 /18-T, 24.03.2016. Párr. 572.

[1139] TPIY, Prosecutor v. Stanisic y Zupljanin, TC, No. IT-08-91-T, 27.03.2013. Párr. 95.

[1140] AMBOS, K. Op. Cit. Pág.191.

[1141] TPIY, TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-4-T, 02.09.1998. Párr.484.

El elemento mental requerido o *mens rea*, es el conocimiento de que los actos realizados por el cooperador ayudan a la comisión de un delito específico por parte del principal. [1142]

Hay que advertir que el conocimiento de los delitos específicos, no significa un conocimiento detallado de todos los crímenes que se cometerán, bastando con ser consciente de un número de crímenes que probablemente se cometerán. [1143]

No se requiere la presencia física del cooperador, pero la sola presencia física del sujeto no es suficiente para imputarle cooperación, se requiere de la *mens rea* en grado de intención o que a sabiendas -*knowingly*- ayude, instigue o de otra manera asista, directa y sustancialmente, en la comisión de tal crimen. [1144]

En el caso Perisic [1145]se encontró culpable al acusado por hacer una contribución sustancial a los crímenes, sabiendo que su aporte ayudó a los crímenes en Sarajevo y Srebrenica, y estaba al tanto de la naturaleza general de los delitos. La TC sostuvo que no era requisito la existencia de una dirección específica y para ello citó los casos Mrksik and Sljivancanin AC, parágrafo 159 y Blagojevic and Jokic, AC, parágrafos 182,185 y 189. [1146]Sin embargo, la Cámara de Apelaciones corrigió tales argumentos, sosteniendo que se exige un elemento del *actus reus*, de "dirección específica" o de ayuda para un crimen específico, que se describió por primera vez como un requisito en la responsabilidad por complicidad en la Apelación Tadić de 1999, y que hasta la fecha, ningún fallo de la AC ha encontrado razones convincentes para apartarse de la definición de responsabilidad por complicidad adoptada en la Apelación Tadić. [1147]

Además, muchas sentencias de apelación posteriores se han referido explícitamente a "dirección específica" al enumerar los elementos de complicidad, a menudo repitiendo textualmente la sentencia de apelación de Tadić. La dirección específica sigue siendo un

[1142] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, AC, No.IT-94-1-A, 15.07.1999. Párr.229.

[1143] TPIY, Prosecutor v. Furundzija, TC, No.: IT-95-17/1-T, 10, 12.1998. Párr.246.

[1144] TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, TC, No. IT-94-1-T, 07051997.Párrs.679, 688 y sigs.

[1145] TPIY, Prosecutor v. Momcilo Perisic, TC, No. No. IT-04-81-T, 06.09.2011. Párrs. 126, 134 y 1627.

[1146] TPIY, Prosecutor v. Momcilo Perisic, TC, No. No. IT-04-81-T, 06.09.2011. Párr.126.

[1147] TPIY, DuskoTadic, AC, No. IT-94-1-A, 15.07.99.

elemento de complicidad en la responsabilidad y reafirma que ninguna condena por la complicidad en un delito, puede admitirse si no se ha probado la dirección específica más allá de toda duda razonable.[1148]

También es admisible en forma omisiva, así en el caso contra Mrksic se estimó responsable de *aiding and abetting*, pues conociendo de la presencia de las fuerzas de defensa territorial y paramilitares en Ovcara y de la amenaza que representaban para los prisioneros de guerra, aparentemente en respuesta a la presión del gobierno serbio local, retiró las tropas que custodiaban a los prisioneros, con la consecuencia de que la defensa territorial y fuerzas paramilitares lograron asesinar a los cautivos. Las fuerzas que comandaba Mrksic habían establecido previamente las condiciones inhumanas de detención, y no actuó de manera efectiva para garantizar que los guardias protegieran adecuadamente a los prisioneros de la tortura por parte de la defensa territorial serbia y las fuerzas paramilitares.[1149]

La *mens rea* requerida para el cooperador es el conocimiento de que su comportamiento está ayudando o facilitando la comisión del delito, un conocimiento que no necesita haber sido expresado explícitamente y puede deducirse de todas las circunstancias pertinentes.

El *aider and abettor* no necesita compartir el *mens rea* del principal, sin embargo, debe ser consciente de los elementos esenciales del crimen cometido en última instancia por el autor principal, incluido su estado mental.[1150]

En el caso Furundzija se dijo que el mero conocimiento de que sus acciones ayudan al perpetrador en la comisión del crimen es suficiente para constituir *mens rea*.[1151]

[1148] TPIY, Prosecutor v. Momcilo Perisic, AC, No. IT-04-81-A, 28022013. Párrs. 26 y sigs.

[1149] TPIY, Prosecutor v. Mrksic, TC, No. IT-95-13/1-T, 27.09.2007. Párrs.553.554; SCSL; Prosecutor v. Charles Taylor, TC, Judgment, SCSL-03-01-T-1283, 18.05.2012. Párr. 476.

[1150] TPIY, Prosecutor v. Mrksic TC 2007. Párr.556.

[1151] CASSESE, A. Op. Cit. Pág.64.

En el TPIR se condenó a un acusado por ayudar –*aiding and abetting*-al delito cometido por el principal, considerando que se había cumplido el *mens rea*[1152], cuando aquél conocía la intención delictiva del perpetrador. Se estableció que no se requería la intención de cometer el delito que comete el autor.

2.3 Partícipes o accesorios en los tribunales mixtos

En el **Tribunal Especial de Sierra Leona**, la participación o accesoriedad correspondería a las acciones de ordenar, instigar, ayudar y animar al autor para realizar su delito. La participación ocurre cuando se realizan conductas para que otro sujeto produzca el delito que le pertenece o sobre el cual tiene dominio o control del mismo.

El que planifica un delito es autor de esa planificación, pero el que ayuda al sujeto para que realice su planificación es cómplice.

La orden puede dar lugar a una participación, cuando mediante la misma se convence o se ayuda y anima para el que el autor realice el delito.

La instigación se ha definido por la jurisprudencia como el hecho de incitar a otro a cometer un delito. Requiere influir en el perpetrador para que cometa el delito. Se puede realizar tanto por acción positiva como por omisión. Se debe probar el nexo entre la instigación y la perpetración, pero no es necesario demostrar que el delito no habría sido perpetrado sin la participación del acusado [1153]

El *actus reus* exige que la instigación sea un factor que contribuya sustancialmente a la conducta de la otra persona. El *mens rea* requiere que el sujeto activo tenga intención

[1152] TPIR, Prosecutor v. Gérard, Ntakirutiman and Elizaphan Ntakirutiman, AC, cases Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-8A. Párr.364.

[1153] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.769. Se cita jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para afirmar que no es necesario demostrar que la instigación fue condición para que pudiera realizarse la comisión del delito principal, basta que haya sido sustancial: Brđanin Trial Judgement, para. 269; Galić Trial Judgement, para. 168; Orić Trial Judgement, para. 274-276; Akayesu Trial Judgement.

directa o conocimiento de la probabilidad sustancial de que se cometería un delito en la ejecución de esa instigación.[1154]

En los casos en que un perpetrador ya haya decidido cometer el crimen, la incitación se puede convertir en estímulo o apoyo moral que se califica como *aiding and abetting*. [1155] Sobre la ayuda y el ánimo - *aiding and abetting*- a un autor, la jurisprudencia de estos tribunales asimila estos conceptos a la complicidad, requiriendo que el acusado brinde asistencia práctica, aliento o apoyo moral, que tenga efecto sustancial en la perpetración de un delito. La ayuda se puede prestar en el momento de la planificación de un crimen, en la preparación o en la ejecución. Se puede brindar directamente al perpetrador o a través de un intermediario. El delito en modalidad de ayuda se comete, aunque no haya estado presente en el lugar del crimen o haya sido brindada la ayuda en un tiempo distinto al de la comisión del delito. La mera presencia de una persona en el lugar del crimen no constituye *per se* ayuda; sin embargo, la presencia en la escena del crimen de una persona con posición de autoridad, puede ser considerada como una indicación importante de estímulo o apoyo. [1156]

La *mens rea* de la *aiding and abetting* exige que el acusado sepa que sus actos ayudan a la comisión del delito por parte del perpetrador o que tenía conocimiento de la probabilidad sustancial de que sus actos ayudarían a la comisión de un delito por parte del autor; pero no es necesario que el cómplice tenga conocimiento preciso del delito que se pretendía cometer y que realmente se cometió, pues basta que supiera la probabilidad de comisión de uno o varios delitos, incluido el que realmente se cometió.[1157] En el caso

[1154] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.770; SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T. Párr.471.

[1155] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.771.

[1156] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.0 6.2007. Párr.775; SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T.Párr.6904.

[1157] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.776.

Taylor se exige que el acusado conozca los elementos esenciales del delito cometido por el infractor principal, incluido el estado mental del infractor principal *(mens rea*).[1158]

Dentro de los comportamientos omisivos se reconoce que la falta persistente de prevención o castigo de los delitos, por parte de los superiores a los subordinados, a lo largo del tiempo, puede constituir *aiding and abetting*, siempre que se cumplan los requisitos de *actus reus* y *mens rea.*[1159]

En el contexto de ayudar e incitar mediante aprobación y estímulo tácitos, el cómplice no necesita ser una "autoridad superior" o tener un "control efectivo" sobre el perpetrador principal. Los casos típicamente involucran a un acusado que ocupa una posición de autoridad y está físicamente presente en la escena del crimen, de modo que su no intervención brinda un estímulo tácito al perpetrador principal. Siguiendo la jurisprudencia del TPIY el tribunal advierte que un "espectador aprobador", quien es considerado por los demás perpetradores con tal respeto, que su presencia los alienta en su conducta, puede ser culpable de complicidad; pero esta no es una condición requerida por la ley. [1160] Por lo tanto, el carácter superior o el poder sobre la voluntad de otra persona, no son condiciones a exigir en la modalidad accesoria de *aiding and abetting*. Tampoco se requiere la existencia de un espectador que esté presente en el lugar de los hechos, que goce de tal respeto por los perpetradores, que los aliente en su conducta criminal; si bien puede ocurrir en determinados casos de complicidad.

Valorando la *aiding and abetting* el tribunal consideró prueba del derecho consuetudinario el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, de 1996, de la Comisión de Derecho Internacional, para afirmar con fundamento en el Artículo 2(3)(d), que una persona es responsable de delito cuando a sabiendas ayude, anime o asista de otro modo, directa y sustancialmente en la comisión

[1158] SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T.Párr.6904.

[1159] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.777.

[1160] SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párrs. 541 y 543.

del mismo, incluida la provisión de los medios para su comisión.[1161] Para fundamentar la complicidad el STSL cita las Regulaciones Militares de los Estados Unidos, en cuanto a los elementos de ayuda e instigación, que entre otros, menciona que el acusado tenía la intención o sabía que el acto ayudaría o animaría a esa otra persona o entidad en la comisión del delito sustantivo o propósito o empresa delictiva asociada.[1162]

Citando jurisprudencia del TPIY (Casos Tadic, *Čelebići* y *Aleksovski*) el tribunal sostuvo que durante los juicios de Nüremberg, estos mostraron un patrón sobre el requisito de intención, otorgándole el significado de conocimiento, no de intención directa. Así se dijo que la intención implica la conciencia del acto de participación junto con una decisión consciente de intervenir planificando, instigando, ordenando, cometiendo o de otra manera ayudando y siendo cómplice en la comisión de un crimen. En el caso Tadic se expresó que ayudar y animar incluye todos los actos de asistencia por medio de palabras o actos que presten aliento o apoyo, siempre que esté presente la intención requerida, que corresponde a participar a sabiendas que la comisión de un delito y su participación haya afectado directa y sustancialmente a la comisión de ese delito, mediante el apoyo a la comisión real antes, durante o después de la misma. En Čelebići, la intencionalidad correspondiente, o *mens rea*, está indicada por el requisito de que el acto de participación se realice con conocimiento de que asistirá al autor en la comisión del hecho delictivo; por lo tanto, debe haber "conciencia del acto de participación junto con una decisión consciente de participar planificando, instigando, ordenando, cometiendo o ayudando o siendo cómplice de otro modo en la comisión de un delito". En Aleksovski también se sostuvo que el acusado debe haber participado en el acto ilegal con pleno conocimiento de lo que estaba haciendo, es una intención que consiste en el conocimiento del acto de participación unida a una decisión consciente de participar.[1163]

En cuanto a la CPI el SCSL considera que el Artículo 6(1) del Estatuto del Tribunal Especial no tiene equivalente con el articulo 25 (3) del ER, por lo que éste no representa

[1161] SCSL, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párr. 428.

[1162] SCSL, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párr.430.

[1163] SCSL, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párrs.432-434.

ni pretende representar una declaración completa de culpabilidad personal según el derecho consuetudinario, sobre la *mens rea* de la complicidad.[1164]

Reitera que dos elementos definen la responsabilidad individual: la conciencia del acto de participación y la decisión consciente de participar en la comisión de un delito y que el artículo 25 (3) (c) del ER ya sea que este estándar se denomine conocimiento, intención general, dolo especial, dolo directo o dolo directo de segundo grado, el concepto es el mismo. Por lo que termina afirmando que es suficiente el conocimiento como elemento mental del delito, para la complicidad -*aiding and abetting*-. [1165]Con lo anterior, lo que se destaca es que la participación como cómplice no requiere únicamente un estado mental de intención directa, sino cualquiera de las formas dolosas de intervención mental y que incluye el conocimiento.

Particularmente el término propósito requiere al igual que lo hace el Código Penal de Canadá en su artículo 21 1 (b), conocimiento e intención. El tribunal señala que esto es coincidente con el artículo 25 3 (c) del ER y esta alineado con el artículo 30 del ER. Por otro lado, se rechaza el deseo como un estado equivalente a la intención. A juicio de la ECCC hay una diferencia de tratamiento de la *aiding and abetting* entre el CPM y el derecho internacional consuetudinario, pues para aquel basta cualquier facilitación del delito, mientras que para este último se requiere que la colaboración tenga efecto sustancial para la comisión del crimen. En cuanto al propósito que parece exigir el CPM para la complicidad, se señala que con la mención de ese estado mental solo se pretendió separar los casos de la presencia de las personas culpables de los inocentes en el lugar del crimen. Lo cual es coincidente con el derecho internacional consuetudinario, pero este además dirige la atención al hecho de la contribución sustancial y a la consciencia o conocimiento del acusado de las circunstancias y consecuencias de su presencia. [1166]

En las **Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya**, la responsabilidad individual fue definida en el artículo 29 de la LEECCC, expresando que cualquier sospechoso que planee, instigue, ordene, ayude o anime, o cometa los delitos a que se

[1164] SCSL, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párr.435 y 451.

[1165] SCSL, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párr.436 y 437.

[1166] SCSL, Prosecutor v. Taylor, AC, SCSL-03-01-A (I 0766-11114) 26.09.2013. Párrs. 446 y sigs.

refieren los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley, será individualmente responsable del delito. El puesto o rango no exime de responsabilidad penal ni mitiga el castigo. El hecho de que alguno de los delitos tipificados en los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8, haya sido cometido por un subordinado, no exime al superior de responsabilidad penal personal, si éste tenía mando y control efectivo o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o los había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o castigar a los perpetradores. Así se sostuvo en la jurisprudencia que el hecho de que un sospechoso haya actuado en cumplimiento de una orden del Gobierno de Kampuchea Democrática o de un superior no eximirá al sospechoso de su responsabilidad penal individual.[1167]

Se ha expresado sobre la planificación que esta ocurre cuando el imputado, solo o con otros, diseña una conducta delictiva que constituya o implique un delito perpetrado posteriormente. El plan debe preceder y contribuir sustancialmente a la conducta delictiva; no es necesario establecer que el delito no se habría cometido sin la participación del acusado de planificar. El imputado debe tener la intención de cometer un delito; esto incluye casos en los que el acusado es consciente de la probabilidad sustancial de que se cometerá un delito tras la ejecución del plan. Para delitos con intención específica, como persecución y genocidio, debe probarse que el acusado tuvo la intención requerida. Finalmente, la Sala recuerda su conclusión de que la planificación es un modo de responsabilidad que requiere un acto positivo para materializarse.[1168]

La instigación también es conocida como incitación en el artículo 29 de la Ley de las ECCC derivada de la tradición francesa. [1169] La instigación se puede realizar por acción u omisión y consiste en incitar a otro de forma escrita o verbal para que cometa un delito. Para poder sancionar al instigador se requiere que el delito haya sido efectivamente perpetrado. Se distingue de la orden en que la incitación no requiere que el acusado tenga

[1167] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr. 3702.

[1168] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3717.

[1169] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3718.

autoridad sobre el ejecutor instigado. El acto de incitación debe preceder y ser sustancial para la comisión del delito, no basta facilitarla, sin que sea necesario establecer que sin tal instigación no se habría cometido el delito. El acusado debe tener la intención de cometer un delito; esto incluye casos en los que el acusado es consciente de la probabilidad sustancial de que se cometerá un delito, como resultado de la instigación y para los delitos con intención específica como la persecución y el genocidio, se debe probar que el acusado tuvo la intención requerida.[1170]

En cuanto a la conducta de ordenar -o*rdering*-, esta requiere que el sujeto activo tenga una posición de autoridad de facto (de hecho) o de jure (de derecho) y que instruya a otro para que cometa un crimen. La responsabilidad puede ocurrir cuando el sujeto emite o de otro modo transmite una orden, incluso a través de intermediarios. La orden debe preceder y contribuir sustancialmente a la comisión de un delito, pero no es necesario establecer que sin la orden el delito no se habría cometido. El acusado debe tener la intención de cometer un delito; esto incluye casos en los que el acusado es consciente de la probabilidad sustancial de que la ejecución de la orden resulte en la comisión de un delito. Para delitos con intención específica como la persecución y el genocidio, se debe probar que el acusado tuvo la intención requerida. No se admite la omisión, pues ordenar es un modo de responsabilidad que requiere un acto positivo para materializarse.[1171]

La forma de participación denominada *aiding and abetting* es equiparada en el artículo 29 de la Ley de las ECCC con la noción de *complicité*, sin embargo el tribunal considera que la frase *aidé et encourage* refleja más claramente la naturaleza de la responsabilidad por complicidad. [1172] En realidad el término *aiding an abetting* en sentido estricto, no puede traducirse al castellano en una sola palabra, pero en sentido amplio y perdiendo precisión se denomina complicidad, sabiendo que en el derecho internacional consuetudinario incluye tanto los actos de colaboración física como las conductas de ánimo o aliento para la comisión del delito.

[1170] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3719.

[1171] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3720.

[1172] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs. 3721-3724.

Un *aider and abetting* debe proporcionar asistencia práctica, estímulo o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la comisión de un delito que de hecho se cometió. No es necesario que exista un plan o acuerdo entre el cómplice y el autor. Para ser declarado culpable de ayudar y animar, un acusado debe saber que es probable que se cometa un delito y que su conducta ayuda o facilita la comisión de un delito. Además, un acusado debe ser consciente de los elementos esenciales del crimen cometido por el perpetrador, pero no es necesario que comparta la intención del perpetrador de cometer el crimen, incluida la intención específica de cometer crímenes como la persecución y el genocidio.[1173]

Se diferencia el *aiding* del *abetting* en que el primero consiste en ayudar, prestar asistencia y este último en facilitar la comisión de un delito siendo solidario con él. Para responsabilizar al *aider and abettor* el delito principal debe haberse cometido, aunque no es necesario que el autor de este delito haya sido juzgado o identificado. El requisito de que el acusado tenga conocimiento de la intención del perpetrador, no significa que necesariamente la comparta.[1174]

Con fundamento en la jurisprudencia del TPIY se ha sostenido que el *actus reus* de ayudar y estimular o animar -*aiding and abetting*- a cometer un delito puede ocurrir antes, durante o después de que se haya perpetrado el delito principal. Pero en este último caso para que tenga efecto en alentar o apoyar moralmente al perpetrador, debe ser ofertada antes o durante la comisión del delito. Se requiere que la asistencia o estímulo tenga un efecto sustancial.[1175]

Se admite también que un acusado puede ser penalmente responsable por una omisión culposa que ayuda y es cómplice en la comisión de un delito. Si una omisión ayuda o

[1173] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3722; ECCC, Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch, TC, No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26.07.2010. Párr.533.

[1174] ECCC, Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch, TC, No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26.07.2010. Párrs.533-535.

[1175] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3723.

incita a cometer un delito es un asunto que se determinará caso por caso. 12427 Esta determinación dependerá de la posición y la autoridad de un acusado.[1176]

Con respecto a los **Paneles Especiales de Timor Oriental** la Regulación en el artículo 14 3 (c) contiene los casos de complicidad, expresando responsabilidad de la persona que: con el propósito de facilitar la comisión de tal crimen, ayude, anime o de otra manera asista en su comisión o tentativa de comisión, incluyendo proporcionar los medios para su comisión. Tales formas de actuación se conciben siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

En el **Tribunal Especial del Líbano** ya expresamos en otra parte que la responsabilidad individual de los accesorios o partícipes está desarrollada el artículo 3 literal a) del numeral 1 de su Estatuto, refiriéndose a la autoría y complicidad, es decir, a las conductas de cometer el delito, participar como cómplice, organizar o dirigir a otros para la comisión del crimen. La disposición es muy limitada en sus contenidos, pero es básicamente aceptable.

También en sentido general el artículo 219 del Código Penal libanés considera que están involucrados en los delitos: el que dio instrucciones para su ejecución, aunque las instrucciones no ayudaran a la acción; el que fortalezca la determinación del autor; el que se ofrece a cometer un delito; el que auxilia o ayuda al autor en los actos que prepararon o facilitaron el delito; el que de acuerdo con el autor o partícipes antes de cometer el delito, contribuyó a ocultar o encubrir sus señales o participantes y quien conozca los antecedentes penales de personas involucradas en delitos, proporcionándoles alimento, albergue, escondite o lugar de reunión.

En las **Salas Africanas Extraordinarias**, la responsabilidad de los partícipes o accesorios está incluida en el artículo 10 del Estatuto, determinado que la tienen, entre otros, los que instigaron a cometer los delitos y quiénes de otra manera ayudaron y animaron a planear, preparar o ejecutar el crimen.[1177]

[1176] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párr.3724.

[1177] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.1811.

En el **Tribunal Especial de Kosovo** se admiten también como formas de responsabilidad las conductas de ordenar, instigar y cooperar y alentar o facilitar -*aiding and abetting*-. También el CPK regula esta clase de responsabilidad.[1178]

En los artículos 31 y siguientes del CPK se hace referencia a otros intervinientes además del autor y son los casos de instigación -*incitement*- y la complicidad- *assistence*-, siendo estos últimos aquellos que la doctrina reconoce como colaboradores o asistentes para el delito.

Sobre la conducta de ordenar ya se ha mencionado en esta tesis que puede dar lugar tanto a autoría como a instigación según si la autoridad que ordena se encuentra dentro de la estructura de mando o no y por tanto control del delito. No obstante, en algunas decisiones de tribunales se vincula a la autoría o no hay aclaración al respecto de si trata de autoría o participación.

La instigación o incitación se define en el artículo 32(1) al (3) del CPK, que expresa:
1. Quien incite intencionadamente a otra persona a cometer un delito, será sancionado como si hubiera cometido el delito si se comete el delito.
2. Quien incite intencionadamente a otra persona a cometer un delito, será castigado como si hubiera cometido el delito si se intenta y no se comete el delito.
3. El que intencionalmente incite a otra persona a cometer un delito sancionado con pena privativa de libertad por lo menos de cinco (5) años y el delito no sea ni siquiera tentado, el incitador será sancionado por tentativa.

La configuración de la incitación o instigación en el CPK es más o menos coincidente con la conceptualización del DCE, en cuanto a su admisibilidad en delitos consumados y tentados; mientras que cuando se incita un delito que ni si siquiera se intenta cometer, equivale al concepto de proposición del DCE. No obstante, se indica en el numeral tres de la disposición en comento, que la instigación de delitos graves (penas de 5 años en adelante) se castiga como delito de tentativa de instigación, aunque el delito ni siquiera

[1178] KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022. Párr.724; KSC, The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párr.63.

se intente. Con ello se trastoca la doctrina del DCE que con fundamento en el principio de lesividad del bien jurídico, sigue la idea de que se trata de una proposición que solo debe castigarse excepcionalmente cuando exista una justificación del peligro de lesión.

En cuanto a la complicidad o asistencia, el artículo 33(1) al (2) del CPK expresa:
1. El que intencionalmente ayude a otra persona en la comisión de un delito será castigado con mayor indulgencia que el autor del delito.
2. La asistencia para cometer un delito penal incluye, pero no se limita a: dar consejos o instrucciones sobre cómo cometer un delito penal; poner a disposición los medios cometer un delito penal; crear condiciones o eliminar los impedimentos para la comisión de un delito penal; o, comprometiéndose de antemano a ocultar pruebas de la comisión de un delito, al autor o la identidad del autor, los medios utilizados para la comisión de un delito, o los beneficios o ganancias que resulten de la comisión de un delito.

La jurisprudencia se ha referido a la asistencia o complicidad, expresando con fundamento en el artículo 33 (1) del CPK, que sus elementos objetivos consisten en la ayuda al perpetrador en la comisión del delito. Las modalidades de la asistencia están expresadas de modo no taxativo, en el artículo 33 (2).[1179]

Los elementos subjetivos de la complicidad, requieren la intención directa o eventual definida en el artículo 21 del CPK. La persona que ayuda en un delito no necesita tener la intención de cometer ese delito, sino proporcionar asistencia al perpetrador a sabiendas e intencionalmente. No obstante, el sujeto que asiste en un delito no necesita conocer todos los detalles del delito, como lugar y tiempo o modo y medio de ejecución.[1180]

En cuanto al tratamiento de la complicidad en la LCE, utilizando la figura del *aiding and abetting*, se ofrece una configuración de ayuda material y espiritual. El artículo 16(1)(a)

[1179] KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022. Párr.195.

[1180] KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022. Párr.196.

de la LCE[1181] menciona dentro de las modalidades de responsabilidad al que de cualquier forma ayudó o animó en cualquiera de las etapas del delito (planificación, preparación o ejecución).

La jurisprudencia con respecto a los elementos objetivos de la complicidad ha sostenido que la misma se puede realizar mediante acción u omisión y consiste en asistir, alentar o prestar apoyo moral de forma sustancial a la comisión de un delito. Puede prestarse antes, durante o después de la comisión del delito y en lugar distinto a la escena del crimen. No requiere la existencia de un plan o acuerdo entre el colaborador - facilitador y el perpetrador; tampoco se requiere demostrar que los actos del cómplice- facilitador fueron dirigidos específicamente para ayudar, alentar o prestar apoyo moral a la comisión de los delitos. El cómplice debe ser consciente de los elementos esenciales del delito que finalmente se cometió, incluido el estado de ánimo del perpetrador y cualquier intención específica relevante, aunque él o ella no necesitan compartir esa intención específica. [1182]

Que la ayuda sea sustancial significa que no debe ser esencial, de tal suerte que sin ella el delito no se hubiera producido. Debe ser relevante o importante, para descartar ayudas insignificantes. El cómplice debe actuar con intención para ayudar al autor a realizar el crimen, pero no es necesario que el cómplice comparta el propósito o intención del autor para cometer el crimen.

3. Responsabilidad del superior

La responsabilidad del superior tiene precedentes muy lejanos. Una de las referencias históricas más antiguas es el caso de Peter Von Hangenbach, que siendo gobernador tenía bajo su mando tropas que cometieron atrocidades durante la ocupación de

[1181] "a. una persona que planeó, instigó, ordenó, cometió o de otra manera ayudó o animó en la planificación, preparación o ejecución de tal crimen será individualmente responsable por el crimen."

[1182] KSC, The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020. Párrs.77 y 78.

Breisach[1183] en 1474, siendo sentenciado a la pena de muerte, por jueces procedentes de diferentes Estados y ciudades, que habían constituido el Sacro Imperio Romano Germánico.[1184]

Durante el juicio, el acusado alegó que solo había cumplido órdenes superiores, pues actuaba siguiendo las instrucciones del Duque de Borgoña. Así lo explica Edoardo Greppi: "El argumento de la defensa, basado esencialmente en la carta del acatamiento de órdenes superiores, sostenía que « Sir Peter von Hagenbach no reconoce otro juez ni señor diferente al Duque de Borgoña », cuyas órdenes no podía cuestionar. « ¿No se sabe acaso que los soldados deben absoluta obediencia a sus superiores? » . Esta consideración básica fue subrayada por el hecho de que el mismo Duque había confirmado y ratificado, personalmente, *ex post factum* que « todo se había hecho en su nombre »…" [1185]

Como era natural, el *mens rea* no tuvo relevancia en el juicio, pero al menos se hizo una referencia a que el imputado como caballero, tenía el deber de prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados[1186]. La formulación de la responsabilidad subjetiva parecía que se basó por un lado en un nivel de diligencia superior por ser "caballero", lo cual supondría para la época mayor cultura, experiencia y exigencias morales y por otro lado, en que debió conocer lo que hacía su tropa pero no tomó acciones que impidieran los hechos.

En el derecho de guerra de 1899 se suscribió la Convención II de La Haya, Relativa a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre y Reglamento Anexo.[1187] Establecía que las

[1183] SCHABAS, WILLIAM A., *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University press, 2012. Pág. 1.

[1184] Idem.

[1185]La Evolución de la Responsabilidad Penal Individual bajo el Derecho Internacional, Revista Internacional de la Cruz Roja, artículo publicado el 30-09-1999. https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdnnf.htm?msclkid=5f48deffb86511eca888b23bf763cd9c (Último acceso a las 18: 49 del 09.04.2022).

[1186] LEVINE, EUGENIA, citando a William Parks, «Command Responsibility. The *Mens Rea* Requirement», *Global Policy Forum*, February 2005. (Consultado a las 18:02 del 31.03.2022) https://archive.globalpolicy.org/intljustice/general/2005/command.htm

[1187]https://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1851920/II_convenio_de_la_haya_de_1899.pdf (Último acceso a las 13:10 del 20.04.2022)

leyes, los derechos y los deberes de la guerra son aplicables a los ejércitos, milicias y a los cuerpos de voluntarios que entre otras obligaciones, deben tener al frente a una persona responsable de sus subordinados.

La Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, del 18 de Octubre de 1907, que reemplazó a la Convención de 1899, para los Estados que la ratificaran, estableció en su Art. 3, que la parte beligerante que viole las disposiciones del Reglamento Relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, anexo a la presente Convención, estará obligada a la indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que sean parte de su fuerza armada.[1188]

El Reglamento relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de la Convención IV de la Haya de 1907 mantuvo en el Art 1 regla 1ª, que los ejércitos, milicias y cuerpos de voluntarios debían estar bajo la autoridad de un comandante, responsable por la conducta de los subordinados.

Dado que la responsabilidad del superior se reduce a los delitos tipificados en los instrumentos internacionales, como son las acciones de agresión, el genocidio, los crímenes de guerra y lesa humanidad; la creación de los tribunales militares de Nüremberg y Tokyo sirvieron de impulso a la codificación de delitos y la creación de instituciones permanentes del Derecho Internacional Penal. En este proceso fueron naciendo nuevos tribunales *ad hoc* y los llamados híbridos o internacionalizados[1189], que constituyeron ejemplos que más allá de las críticas que con o sin razón se hayan hecho, permitieron acelerar el desarrollo del sistema de DPI, que ha desembocado en el nacimiento de la Corte Penal Internacional y sus normativas, así como en fortalecer

[1188] https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm?msclkid=c6299875bdc211ec8fa1f6503ba8cd81 (Último acceso a las 14:47 del 16.04.2022)

[1189] LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO. «Capítulo V. Los Tribunales Penales Híbridos e Internacionalizados» en *Derecho Penal Internacional*, de Alicia Gil y Gil y otros, Editorial: Dykinson. Madrid, 2019, 2ª ed. Págs.115 y sigs. ; WILLIAMS, SARAH, *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues*, Bloomsbury Publishing Plc, 2012. Págs. 4 y sigs.; CASSESE, A. Op. Cit. Pág.333.

los compromisos y el trabajo internacional para mejorar la eficacia de la justicia universal.

Esa coexistencia entre el sistema internacional y los sistemas nacionales de derecho penal, permiten asegurar mayores garantías para diferentes naciones, pues por el principio de complementariedad[1190] bajo el cual funciona la justicia universal, las instituciones penales internacionales pueden intervenir para asegurar la sanción de los superiores, cuando los Estados no tienen la voluntad o carecen de las capacidades necesarias para investigar y sancionar a esos responsables, bajo estándares adecuados de justicia.

Además, como lo ha afirmado la propia jurisprudencia de la CPI, el hecho de no investigar y sancionar a los superiores que permiten que sus subordinados cometan crímenes, contribuye a que se repitan las graves violaciones a los derechos humanos.[1191]

3.1 La responsabilidad del superior en la CPI

El artículo 28 del ER determina la responsabilidad de los jefes militares y superiores civiles por omisión, estableciendo la responsabilidad del superior, por las actuaciones ilícitas de sus subordinados, aunque no haya ordenado la comisión de los delitos o no haya actuado conforme otras figuras de autoría o participación.

[1190] HOLMES, JOHN, *The Principle of Complementary. The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Chapter One, Edited by Roy S. Lee. Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999. Págs..41 y sigs.; EL ZEIDY, MOHAMED M., «The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law», Vol. 23, Issue 4, in *Michigan. Journal of International Law*. Págs. 869-967 (2002). Disponible en: https://repository.law.umich.edu/mjil/vol23/iss4/3 ; MACULÁN, ELENA, «Capítulo IV. La Corte Penal Internacional en Derecho Penal Internacional», en ALICIA GIL Y GIL Y OTROS, *Derecho Penal Internacional, Editorial*, Dykinson. Madrid, 2019, 2ª ed. Págs. 89-102.

[1191] CPI, El Fiscal c. Jean Pierre Bemba Gombo, No. ICC-01/05-01/08, 15.06.2009. Párr. 424.

La pretensión de su regulación parece tener su fundamento en la necesidad de superar los problemas de prueba que pueden surgir dentro de una estructura organizada, cuando no sea posible establecer la prueba directa contra el superior.[1192]

Para atribuir la responsabilidad del superior se requieren el conocimiento real o que haya debido conocer los hechos y la ausencia de un comportamiento esperado, derivado de su deber, que origina la producción de las consecuencias del delito, por los subordinados. La conducta de los subalternos puede ser activa y omisiva. Los subordinados pueden haber actuado como autores o como accesorios, o con relación a delitos conexos con los principales, lo que en cualquier originará la responsabilidad del superior con respecto a los hechos cometidos por sus subordinados.

Existe un desacuerdo entre los autores más relevantes del DPI y la jurisprudencia de la CPI, con relación al carácter de la responsabilidad, pues para los primeros "la responsabilidad del superior por omisión no es una forma de imputación de los crímenes, sino una forma de responsabilidad *sui generis* de carácter omisivo"[1193]. Mientras que la jurisprudencia de la CPI estima que la responsabilidad del superior es una forma de imputación, mediante la cual los superiores responderán de los crímenes de sus subordinados.[1194]

En virtud de que el artículo 25 del ER establece la responsabilidad general, el artículo 28 se proclama como fundamento de otra causa de responsabilidad para los jefes militares y superiores civiles por omisión.

[1192] WERLE, G.- JESSBERGER, F. Op. Cit. Pág.384.

[1193] GARROCHO SALCEDO, A. M. : «La Responsabilidad del Superior por Omisión», en *Derecho Penal Internacional*, Gil y Maculan (dirs.), Dykinson. Madrid, 2019, 2ª ed. pp. 266 y 267. Ver la jurisprudencia citada por esta autora: ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, AC, Judgment (IT-97-25-A), 17.09.2003. Párr. 171; *Prosecutor v. Sefer Halilović,* TC, Judgment (IT-01-48), 16.11.2005. Párrs. 54, 78; *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura*, TC, Judgment (IT-01-47), 15.03.2006. Párr. 75 y AC, Judgment (IT-01-47-A), 22.04.2008. Párrs. 39 y sigs.; y Prosecutor v. Naser Orić, TC, Judgment (IT-03-68-T), 30.06. 2006. Párr. 293.

[1194] Ver, ICC, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, PTC II, "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo" (ICC-01/05-01/08), 15.06.2009. Párrs. 401a 444 y *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/05-01/08), 21.03.2016. Párr. 171.

El artículo 28 ER declara la responsabilidad del superior por las actuaciones ilícitas de sus subordinados, aunque no haya ordenado la comisión de los delitos o no haya actuado conforme otras figuras de autoría o participación. Se fundamenta esta clase de responsabilidad omisiva en que el superior no ha "organizado su esfera de competencias dentro del riesgo permitido, garantizando que terceras personas no resulten dañadas"[1195].

El artículo 28 ER distingue en los apartados a) y b), a dos clases de superiores: jefe militar y superior civil. El elemento determinante del superior civil es su condición de dirigente de un grupo de personas que pueden estar armadas, pero que no toman parte de forma continuada en un conflicto armado[1196], mientras que el jefe militar, pude serlo, de acuerdo con el artículo 28 ER, por ocupar esa posición (*de iure*) por actuar efectivamente con el rol de jefe militar (*de facto*). La jurisprudencia de la CPI ha definido con amplitud a los jefes *de iure* y *de facto*[1197]. Se requiere una estructura organizativa más o menos permanente y con cierta estabilidad. Dentro de las organizaciones militares se incluyen milicias armadas, unidades especiales irregulares y empresas privadas militares. Las estructuras civiles no militares, pueden estar al mando de autoridades oficiales, como organizaciones privadas, con tal que tengan una facultad de control eficaz de los subordinados.[1198]

Esta distinción entre superiores militares y civiles prescribe requisitos diversos para uno y otros en la responsabilidad sobre sus subordinados. Para responsabilizar a los civiles se requiere que los crímenes cometidos por el subordinado, guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo. Lo que supone que la responsabilidad del superior civil, solo cabe si es realizada dentro del ámbito espacial y temporal de su control.[1199] Mientras, los jefes militares tienen un ámbito de responsabilidad mucho más amplio.

[1195] GARROCHO SALCEDO, A.M. Op. Cit. 271.

[1196] *Idem.*.

[1197] ICC, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC, Sentencia (ICC-01/05-01/08), 15.06.2009. Párr. 408.

[1198] WERLE, G. y JESSBERGER, F. Op. Cit. Págs. 390-392.

[1199] Ibídem. Pág.393

También se distingue, por vía jurisprudencia de la CPI, entre la responsabilidad del superior por actos de fuerzas bajo su mando y control efectivo, y, los actos de fuerzas bajo su autoridad[1200] y control efectivo. En el primer caso se trata de una relación jerárquica con una organización de mando. En ella los subordinados tendrán superiores enlazados en posiciones de diferentes rangos hasta alcanzar niveles superiores, situándose en la cúspide los jefes militares jerárquicamente superiores, que reúnen más poder para definir la actuación de la tropa. Asimismo, en esa cadena de mando, habrá superiores con poderes para definir métodos de actuación y comportamientos disciplinarios, con atribuciones de supervisión, control y sanción, que implica deberes para prevenir o sancionar comportamientos delictivos de la tropa. En ambos casos se requiere que exista un control efectivo sobre el personal militar[1201].

En el caso Bemba, se describieron los factores que determinan la existencia de una posición superior de autoridad y control efectivo: i) la posición oficial del sospechoso; ii) su poder para emitir o dar órdenes; iii) la capacidad para garantizar el cumplimiento de las órdenes emitidas; iv) su posición dentro de la estructura de las fuerzas armadas y las tareas propias que desempeñó; v) la capacidad de ordenar a las fuerzas o unidades bajo su mando, ya sea bajo su mando inmediato o a un nivel inferior, participar en hostilidades; vi) la capacidad de reasignar unidades o hacer cambios en la estructura de mando; vii) la facultad de promover, reemplazar, remover o aplicar sanciones a cualquier miembro de las fuerzas; y viii) la autoridad para enviar fuerzas donde ocurren las hostilidades y retirarlas en cualquier momento.[1202]

[1200] En el caso Bemba el tribunal sostuvo que la expresión "autoridad", se refería al "poder o derecho de dar órdenes y de lograr obediencia": ICC, Bemba Gombo, PTC, Sentencia, cit. Párr. 459.

[1201] TRIFFTERER, O. y OTROS, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Pág. 826, al respecto de esta diferencia entre casos en los que se ostenta poder de mando y otros en los se cuenta con autoridad, afirma que "incluso puede suceder que cuando un estado se base en grupos guerrilleros o subcontratistas privados para recurrir a métodos ilegales de guerra sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad estatal, los líderes de este estado pueden ser obligados a rendir cuentas individualmente bajo la doctrina de responsabilidad de mando por actos cometidos por tales grupos guerrilleros. Por tanto, la falta de una estructura superior-subordinada jerárquica y formal no resta la posibilidad de incurrir en responsabilidad de mando. Está sujeto a esta doctrina todo aquel que detenta autoridad de facto sobre un culpable de crímenes de guerra, independientemente de su afiliación a un grupo armado regular o irregular".

[1202] ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, PTC, Sentencia. Cit. Párr. 417.

La CPI exige también un requisito temporal al sostener que "no es suficiente demostrar que el sospechoso tenía el control efectivo sin especificar el marco de tiempo requerido para su existencia. En particular, se trata de una cuestión de coincidencia temporal entre el "control efectivo" y la conducta delictiva. Al respecto, la Sala toma nota de la posición común sostenida por los tribunales *ad hoc*, según la cual el control debe haber existido en el momento de la comisión del delito"[1203], pero la propia CPI señala que "los deberes contenidos en el art. 28 surgen en tres momentos diferenciados de la comisión de los crímenes, antes, durante y después de su consumación"[1204].

En el artículo 28 estamos frente a casos de omisión en la responsabilidad del superior, pues se trata del incumplimiento de un deber. En este caso dado que las obligaciones de actuar para el superior, están referidas a evitar el resultado, se trataría de un caso de comisión por omisión. [1205] En cuanto a la situación típica en la que el superior se encuentra frente a un delito ya cometido, se trataría de un caso de omisión general, pues ya no habría resultado que evitar y la intervención del obligado, estaría orientada al deber de asegurar la responsabilidad de los subordinados, evitando la impunidad y la repetición de tales actos.

Para la configuración de la comisión por omisión del artículo 28, que requiere una conducta del superior para evitar el resultado[1206], el cumplimiento del deber después de que los crímenes de los subordinados se han producido no tendría sentido. [1207] La obligación principal del superior es impedir que los hechos delictivos de los

[1203] ICC, Bemba Gombo, PTC, Sentencia, cit. Párr. 418.

[1204] Ver, ICC, *Bemba Gombo*, "Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b)", cit.. Párr. 436; y ICC, *Bemba Gombo*, TC III, Judgment, cit. Párrs. 200, 202, 206, 208.

[1205] Ver MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. Op. Cit. Págs.223 y 228.

[1206] El resultado del delito no ha de entenderse que solo procede para los delitos de lesión, sino para todos los delitos en que resulte afectado el bien jurídico. Así coincidiendo con el derecho penal internacional habría comisión por omisión en los delitos de peligro e incluso en los delitos de mera actividad. Ver MUÑOZ CONDE, F. - GARCÍA ARÁN, M. Op.Cit. Pág. 228: "…todos los delitos, incluso los de mera actividad, exigen la producción de un resultado jurídico, que es exactamente la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Sucede que el legislador, al aludir imprecisamente a los delitos que consistan en la producción de un resultado, quiere decir realmente delitos que exijan un resultado material (lesión, homicidio, apropiación, etc.), de manera que es ese resultado material el que se atribuye al omitente garante como si lo hubiera causado activamente.

[1207] Así lo sostiene GARROCHO SALCEDO, A. M. Op. Cit. Pág. 27.

subordinados se produzcan y en caso de que no obstante que el superior haya intentado hacerlo mediante las medidas necesarias y razonables, los hechos se empiezan a cometer por la tropa, debe reprimirlos. La obligación de sancionar sería un deber adicional a la evitación o represión de los delitos cometidos por los subordinados.

Para el cumplimiento de los deberes especiales debe considerarse la idoneidad de la conducta. Esto es que se realizaran las conductas apropiadas para cumplir el deber, teniendo en cuentas las capacidades del sujeto obligado. Esta ha sido la idea expuesta por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: "La consideración de la Cámara de lo que sea materialmente posible, dependerá del grado de control efectivo del superior sobre sus fuerzas en el momento en que surge su deber. Esto sugiere que lo que constituye una medida razonable y necesaria, se evaluará sobre la base del poder *de jure* del comandante, así como su capacidad *de facto* para tomar tales medidas[1208].

Sobre el *mens rea* o elemento subjetivo para establecer la responsabilidad del superior, teniendo en cuenta el tratamiento diferenciado para los jefes militares y los superiores civiles, se requiere para los primeros, que hubieren sabido o hayan podido saber, que los efectivos militares estaban cometiendo delitos o se proponían realizarlos (artículo 28 a) i) ER); mientras que a los superiores civiles se les exige tener conocimiento (haber sabido) o deliberadamente que hubieren hecho caso omiso de información, que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (artículo 28 b) apartado i) EPCI).

El grado de conocimiento requerido por el artículo 28 ER dará lugar a una consideración diferenciada del *mens rea* o responsabilidad subjetiva. En el caso de los jefes militares "serán responsables cuando conozcan la comisión de los crímenes, o cuando la hubieran debido conocer, mientras que los superiores no militares solo son responsables si efectivamente conocen los crímenes o si actuaron mediando ignorancia deliberada acerca de la realización de los crímenes, cuando dispusieron de información que claramente les indicaba la concurrencia del peligro típico, que decidieron deliberadamente ignorar"[1209].

[1208] ICC, Bemba Gombo, PTC, Sentencia (ICC-01/05-01/08), 15.06.2009. Párr. 443.

[1209] GARROCHO SALCEDO, A. M. Op. Cit. Págs. 281-282.

Esta diferenciación obedece a la lógica de que un ejército es ya un instrumento de peligro (potencial fuente de peligro),[1210] que puede generar perjuicios indebidos si no se le controla. Normalmente un ejército debe organizarse con responsabilidad, lo que supone, por la necesidad de lograr sus objetivos, sin causar daños erróneamente, excesivos o colaterales, crear la normativa adecuada, dotar de medios seguros a su personal, lo que incluye medios de comunicación, conocer la normativa internacional de derecho humanitario y de derechos humanos y contar con medios efectivos de supervisión o al menos disponer de reglas o prácticas no escritas asumidas por el grupo y con medios de control eficaces. Por lo tanto, si nada interfiere razonablemente con estas conductas de organización, vigilancia y control del superior, se le considerará responsable. Un ejército de carácter permanente, debe tener tal grado de organización y controles instalados, que los superiores siempre reciben reportes y deben estar al tanto de todo lo que se hace o deja de hacer en su área de responsabilidad.

En el caso de los superiores civiles, dado que se tratará de grupos que no representan una estructura peligrosa o el riesgo que producen es menor; por no contar con materiales de guerra o personal especializado en la incapacitación o destrucción del enemigo; además de que es posible que su organización no tenga los niveles de estructuración y eficacia que tiene un ejército; solo será necesario establecer que el superior contaba con información clara, de que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos y hubieren omitido realizar las conductas apropiadas que se esperaría de los mismos, ante el conocimiento de tales hechos ilícitos de sus subordinados[1211].

Adicionalmente, se agrega una condición adicional para responsabilizar a los superiores civiles, esto es, el contenido en el artículo 28 ii) b) ER, que establece que los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo. Los hechos delictivos realizados deben ocurrir dentro del ámbito de las funciones del oficial o persona civil o que estén relacionados con las mismas funciones.

[1210] TRIFFTERER, OTTO y OTROS. Op. Cit. Pág. 825.

Requisito que no se debe aplicar al jefe militar porque su situación como tal, debido a la organización y demás particularidades, es de una relación estrecha y permanente entre el superior y el subordinado, normalmente sin límites de horarios y con mayor amplitud espacial y de control.

Relacionando los artículos 25 y 28 del ER y tomando en cuenta la jurisprudencia del DPI, se puede concluir que la responsabilidad subjetiva del superior jerárquico, puede ser dolosa por comisión y dolosa por omisión, pero también imprudente por omisión[1212]. Cuando el sujeto "debió haber sabido"[1213] (conocimiento constructivo), se podrían diferenciar dos tipos de casos: un estado mental que consiste en abstenerse deliberadamente de hacer indagaciones, cuyo resultado la persona no desea conocer, y un estado mental que consiste simplemente en dejar de hacer las indagaciones que una persona razonable y prudente haría. hacer. El caso de cerrar los ojos – *wilful blindness*- es conocimiento real a los ojos de la ley, mientras que el dejar de investigar, no es conocimiento.[1214]

Para Triffterer, la responsabilidad del superior puede ser originada por tolerancia a los actos de sus subordinados o por no informar, educar o controlar a los mismos. En el primer caso la tolerancia silenciosa sería un comportamiento activo, y todos los intervinientes podrán ser responsabilizados, incluso el superior aunque no tenga especiales deberes para evitar los crímenes; mientras en el caso de falta de educación, guía o control, es una omisión por la cual todos, especialmente los superiores solo pueden ser responsabilizados cuando hay un deber legal preestablecido para hacer

[1212] GIL y GIL, A: «El elemento subjetivo de los crímenes (*mens rea*)». Pág. 210. En ese sentido también se pronuncia GARROCHO SALCEDO, A.M: «Imprudencia y Derecho Penal Internacional: Algunas Consideraciones sobre su Previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 19, 2017, 2017:3: "De ese modo, al margen de los supuestos de *conocimiento*, el art 28 contempla disposiciones que alteran la *mens rea* general plasmada en el art 30 ER, y ello dará lugar a la aplicación de un elemento subjetivo diferente para los jefes militares y superiores civiles, cuando se trate de determinar su responsabilidad por los crímenes por omisión." Ver: http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-14.pdf (Último acceso a las 17:15 del 22.05.2022)

[1213] Lo que en el DA se llama *constructive knowledge* , porque el conocimiento se presume, es equivalente, formulado o configurado legalmente, aunque realmente no haya habido tal conocimiento.

[1214] ALLEN, MICHAEL J., *Elliott and Wood's cases and materials on Criminal Law*, Sweet & Maxwell, London, 2001. Pág.516.

precisamente, lo que era necesario para evitar perjuicios y que por la omisión resultó en la comisión de un crimen[1215].

El concepto de tolerar está tomado por el autor como una conducta que va más allá de una mera abstención, pues supone, una aportación activa de dejarse imponer una conducta para la que se tenía el deber y capacidad de resistir y controlar. Por ejemplo, el comandante militar al solicitársele instrucciones por la comandancia de guardia, para dejar despegar aviones bombarderos o salida de tropa, ordena no impedir su salida.

Sobre la responsabilidad imprudente del artículo 28, se ha venido consolidando la idea de que cuando el superior teniendo razones para saber, desconoce los actos de sus subordinados y no cumple sus deberes, se produce un comportamiento negligente. Al respecto Kai Ambos sostiene que las interpretaciones que conciernen a la expresión "debió haber tenido conocimiento", constituyen más bien una *negligence* que una *recklessness*, asegurando que "la doctrina de la responsabilidad del superior genera responsabilidad por negligencia criminal. En el Informe del secretario general de las Naciones Unidas, relativo al establecimiento del ICTY, se señala el criterio de obtener razones para saber» como «responsabilidad imputable o negligencia criminal»[1216]

Por su parte Ana María Garrocho, sostiene que "la responsabilidad por omisión del jefe militar o asimilado admite un injusto imprudente, asimilable a nuestra culpa inconsciente, por el que se castiga al jefe militar que ni siquiera advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico de forma contraria a su deber de cuidado, tal y como, por otro lado, ha reconocido la CPI (Corte Penal Internacional). Dicha infracción del deber de cuidado, que redunda en la falta de control y supervisión de las fuerzas (desvalor de conducta), tiene como resultado la comisión de los crímenes a manos de sus tropas (desvalor de resultado), por lo que debe comprobarse un nexo de imputación entre la

[1215] TRIFFTERER, O, ARNOLD, R. Y OTROS, Op. Cit.

[1216] AMBOS. KAI, «La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional», Traducción del inglés de Oscar Julián Guerrero y Mónica Karayan, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, 1999.Págs. 586-587.

comisión de los crímenes y la infracción de la norma de cuidado (ausencia de control adecuado del superior)".[1217]

Cassese sobre la actuación culposa de un comandante o superior, observa que si "intencionalmente o negligentemente omite monitorear las acciones de sus subordinados, donde él podría haber tomado conciencia de la inminente comisión del delito o del hecho que el crimen estaba siendo cometido y consecuentemente prevenirlo…; esta falla de conocimiento deriva de su negligencia o deliberado incumplimiento de su deber de supervisión con la consecuencia de que el no impide la perpetración de crímenes que podría haber previsto y evitado. En estos casos el delito imputable al superior es probablemente diferente y menos seria que el cometido por el subordinado, ya que consiste meramente en el abandono deliberado o negligente de las funciones de supervisión[1218].

No obstante lo anterior, hay que precisar que caso distinto es el del art. 28.b) ER, en el que el superior "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos". En estos casos estamos frente a una figura dolosa. Para Garrocho: "Esta disposición exceptúa el elemento subjetivo general presente en el art. 30 ER, que puede ser reconducido a un supuesto de ceguera intencional o *wilful blindness*, asimilable en la dogmática continental al dolo eventual"[1219]. Se trataría de rechazar informarse adecuadamente sobre los hechos delictivos, pero cuando ya el superior tiene algunos indicios o información incompleta o de un modo general.

El *mens rea* de la responsabilidad del superior, está determinado por el conocimiento o ignorancia de éste, sobre la pretensión del subordinado de cometer un crimen o de un crimen ya cometido por el subalterno. El comportamiento es imprudente cuando hubiere debido conocer los hechos pretendidos o cometidos por sus subordinados.

[1217] GARROCHO SALCEDO, A. M., «La Responsabilidad del Superior por Omisión», Págs.283-284.

[1218] Ibídem. Pág. 251

[1219] GARROCHO SALCEDO, A.M. Op. Cit. Pág. 285.

3.2 La responsabilidad del superior en los tribunales *ad hoc*

Un avance importante en el desarrollo de la responsabilidad internacional penal del superior, se produjo con la creación e instauración en 1993 y 1994 de los tribunales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia. Los estatutos de ambos tribunales regulan, de forma similar, la responsabilidad de los superiores por omisión, en los crímenes cometidos por los subordinados en los artículos 7.3 y 6.3, respectivamente. Regulación que ante su insuficiencia, se fue perfilando y enriqueciendo con la jurisprudencia de sus propios tribunales.

Al igual que en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, el Estatuto para el ICTY explica la atribución conjunta de responsabilidades de los superiores y los subordinados. Las condiciones para responsabilizar al superior que se requieren son: i) que se trate de actos de violaciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949, genocidio o crímenes de lesa humanidad cometidos por los subordinados, y que el superior sabía o tenía razones para saber que los estos cometerían tales hechos o los habían cometido, sin adoptar las medidas para impedir o castigar a los perpetradores.

Este estatuto del ICTY coincide con el Protocolo Adicional en que el superior debe saber o conocer, pero hay una ligera distinción entre tener información para conocer y tener razones para saber. El ECPI utiliza exige para jefes militares el requisito de que "hubiere debido saber" y para el superior civil que "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información". La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas prevé en su artículo 6 que el superior "haya conscientemente hecho caso omiso de información". Tener información es solo contar con datos o indicios (carácter objetivo), mientras que tener razones es un concepto mucho más amplio y tiene una naturaleza objetiva y subjetiva. En términos probatorios se requerirá de mayores esfuerzos para probar esta última dimensión subjetiva. Por otro lado, se ha sostenido que el superior debe buscar la información, si no cuenta con ella y no descartar la que razonablemente está disponible[1220].

[1220] Ver ICTY, *Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić* (también conocido como "Pavo"), Hazim Delić y Esad Landźo (también conocido como "Zenga"), TC, Judgment (IT-96-21-T), 16.11.1998. Párr. 382.

La doctrina de la responsabilidad del superior, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, requiere en su vertiente subjetiva o *mens rea* que se pruebe que el superior: i) conozca realmente que sus subordinados estaban cometiendo o estaban a punto de cometer crímenes antes referidos; o ii) que tuviera en su poder información de tal naturaleza, que al menos, le pondría en conocimiento del riesgo de tales delitos, al indicarle la necesidad de una investigación adicional a fin de determinar si tales delitos se cometieron o estuvieron a punto de ser cometidos por sus subordinados[1221]. El primer caso nos presenta una situación equivalente al dolo en las legislaciones iberoamericanas, por un actuar omisivo. La segunda daría lugar a una responsabilidad imprudente.

Es relevante a estos efectos, el caso que se siguió contra el general Iwane Matsui, ante el Tribunal Internacional para el Lejano Oriente. Matsui estaba a cargo de tropas japonesas como comandante en jefe del Área Central de China, las cuales cometieron diversas atrocidades contra la población china. Tales hechos fueron conocidos como la Masacre de Nanjing[1222]. Aunque Matsui no estuvo presente en esta ciudad durante las matanzas, al caer enfermo, anotó en su diario que las violaciones y los saqueos estaban dañando la reputación del Ejército Imperial Japonés. De esta forma se acreditó su conocimiento de los abusos. Durante el juicio, al ser interrogado por el fiscal, expresó que no estaba a cargo de la disciplina y moralidad de sus tropas, pues estas eran responsabilidad del comandante de División. Que no tenía la autoridad para tomar medidas disciplinarias, o para celebrar un consejo de guerra, porque tal autoridad residía en el comandante del ejército o el comandante de la división[1223].

El tribunal sentenció que “estaba convencido de que Matsui sabía lo que estaba sucediendo” y que "no hizo nada, o nada efectivo para mitigar estos horrores. Emitió órdenes antes de la captura de la ciudad ordenando que se actuara correctamente. Estas órdenes no tenían ningún efecto como se sabe ahora, y como él debe haber sabido. El

[1221] Ver: ICTY, *Delalić, Mucić, Delić y Landźo*, TC, Judgment, cit.. Párr. 383.

[1222] https://www.facinghistory.org/nanjing-atrocities/judgment-memory-legacy/responsibility-command?msclkid=bc866b8ab8d111ecbbfedeba12c5faf2.

[1223] *Idem.*

conocimiento de Matsui, combinado con su falta de acción proporcional a ese conocimiento, equivalía a negligencia criminal"[1224].

Con respecto a la omisión, es conocido el caso del general Tomoyuki Yamashita, a quien se le atribuyó crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial en las islas Filipinas. La Corte Suprema de Estados Unidos sustenta la doctrina de la responsabilidad del superior (*Command Responsability*) señalando que "el derecho de la guerra impone al comandante de un ejército el deber de tomar las medidas apropiadas que estén a su alcance para controlar las tropas bajo su mando, a fin de prevenir actos que constituyan violaciones del derecho de la guerra y que pueda ocurrir la ocupación de territorio enemigo por un ejército incontrolado, y puede ser acusado de responsabilidad personal por no haber tomado tales medidas cuando se produzcan violaciones"[1225].

Esta responsabilidad desarrollada en el caso Yamashita no requiere probar comportamientos activos del superior, pues basta la omisión. Precisamente en la doctrina y jurisprudencia de algunos países europeos e iberoamericanos encontramos referencias a los delitos cometidos por aparatos organizados de poder, en comisión por omisión. Por ejemplo, el desarrollo de la doctrina que hace Claus Roxin a la autoría mediata en comisión por omisión de los aparatos organizados de poder [1226]y la sentencia emitida en contra de Fujimori en Perú en la que se le condenó como autor mediato de los delitos de asesinato y secuestro agravado [1227] Hay otras sentencias relevantes como las emitidas en los juicios contra militares en Argentina y Chile, que cometieron graves violaciones a los derechos humanos durante los gobiernos de las dictaduras[1228].

[1224] *Idem.*

[1225] CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, *Caso Yamashita*. Decisión de 4 de febrero de 1946. https://supreme.justia.com/cases/federal/us/327/1/.

[1226] ROXIN, C. Op. Cit. 2000. Págs. 269-279.

[1227] Sentencia del 7 de abril de 2009 emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú contra el expresidente Alberto Fujimori en los casos Barrios Altos y La Cantuta. Vid. Corte Suprema de Justicia del Perú (Sala Penal Especial), sentencia de 7 de abril de 2009 (Alberto Fujimori). Párr. 718 y sigs. Confirmada por la Corte Suprema de Justicia del Perú (Primera Sala Penal Transitoria), sentencia de 30 de diciembre de 2009 (Alberto Fujimori), pág. 41 y sigs.

[1228] Sentencia del 9 de diciembre de 1985, Juicio a las juntas militares – Causa N° 13(1985), Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Argentina; Incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción, causa Jorge Rafael Videla, Cámara del Tribunal Oral en lo Criminal

La comisión del hecho delictivo por parte del subordinado ha sido también un punto abordado en el ICTY. No hay duda que las conductas pueden ser activas y omisivas, donde el término "comisión" se identifica gramaticalmente con los autores materiales. Sin embargo, la jurisprudencia de este tribunal, amplió el concepto de comisión de un crimen de parte de los superiores.

En el caso *Orić* y también en *Boškoski*, el ICTY dictaminó que "la responsabilidad del superior no se limita a los delitos cometidos físicamente por los subordinados (autores principales), ya que también abarca situaciones en las que los subordinados simplemente ayudaron e instigaron el crimen de otros (participación secundaria/accesoria). Adoptando una interpretación amplia de la palabra 'cometer' del Artículo 7(3) del Estatuto del ICTY, la Sala de Primera Instancia de Orić sostuvo que se debe dar un peso decisivo al propósito de la responsabilidad penal superior, ya que tiene como objetivo obligar a los comandantes a garantizar que los subordinados no violen el derecho internacional humanitario, ya sea por actos lesivos o por la omisión de un deber de protección. Esta aplicación del derecho internacional humanitario se vería menoscabada en un grado inconcebible si un superior tuviera que impedir que sus subordinados solo mataran o maltrataran personalmente, mientras que podría mirar hacia otro lado si observara que los subordinados 'simplemente' ayudaron e instigaron a otros a conseguir el mismo mal"[1229].

Es exigible al superior la adopción de medidas necesarias y razonables para impedir que se cometan los crímenes[1230]. Necesario es lo que se considere exigible o propicio para lograr el propósito de evitar los hechos y lo razonable lo que sea lógico y congruente con la finalidad de impedir los hechos. Así, no se consideraría medida necesaria que el superior se limite a recomendar a los subordinados la observancia de las leyes de la guerra, en vez de ordenar con todo rigor que se abstengan de realizar hechos delictivos y

Federal de Tucumán, Argentina; Sentencia del 21 de septiembre de 2007, Rol N° 3744-07, Corte Suprema de Justicia, Chile.

[1229] ELEWA BADAR, M. Op. Cit. Pág. 367.

[1230] Ver: ICTY, El Fiscal v. Z Delalic y otros, TC, Sentencia (IT-96-21-T), 16.11.1998. Párr.394; El Fiscal v. Zlatko Aleksovski, TC, Sentencia (IT-95-14/1-T), 25.06.1999. Párr.81; El Fiscal v. Enver Hadzihasanovic y Amir Kubura, TC, Sentencia (IT-01-47-T), 15.03.2006. Párr. 96; El Fiscal v. Blaskic., TC, Sentencia (IT-95-14-T), 03.03.2000. Párrs. 733 y 734, y AC, Sentencia (IT-95-14-A), 29072004. Párr.72.

asegurarse de que sus órdenes de cumplan. No sería razonable que el superior ordene bombardear un pueblo con civiles desarmados, para evitar que los subordinados entren al mismo y cometan delitos.

La relación que debe existir entre los superiores y los subordinados, ya sea formal (de *iure*) o de hecho (de *facto*), la jurisprudencia del ICTY requiere que el superior tenga un control efectivo sobre los subordinados. Ello se produce cuando se tiene dominio o poder real sobre los subordinados. Así, en el caso *Delalić* el ICTY confirmó que "para que el principio de responsabilidad del superior sea aplicable, es necesario que el superior tenga un control efectivo sobre las personas que cometen las violaciones subyacentes del derecho internacional humanitario, en el sentido de tener la capacidad material para prevenir y sancionar la comisión de estos delitos. Con la advertencia que tal autoridad puede tener un carácter tanto de facto como de jure, la Sala de Primera Instancia en consecuencia comparte la opinión expresada por la Comisión de Derecho Internacional de que la doctrina de responsabilidad del superior se extiende a los superiores civiles, sólo en la medida en que ejerzan cierto grado de control sobre sus subordinados que es similar a la de los comandantes militares"[1231],

En el caso del ejército, se ha entendido que dentro de la organización militar, los comandantes tienen el control efectivo, con fundamento en lo cual probado el cargo oficial y sus facultades, esto funcionaría como presunción de la existencia de tal control efectivo; lo que admite prueba en contrario[1232].

En el citado caso *Matsui* se estimó por los jueces que la capacidad de mando del acusado, para poder controlar los hechos y, por lo tanto, decidir sobre su responsabilidad penal,

[1231] Ver ICTY, *Delalić, Mucić, Delić y Landźo*, TC, Judgment, cit. Párr. 378. En similar sentido ICTY, Aleksovski, TC, Sentencia, cit., párr.137; Hadzihasanovic y Kubura, TC, Sentencia. Párrs. 76-79 y Blaskic., TC, Sentencia. Párr. 733.

[1232] Ver ICTY, El Fiscal v. Zeinil Delalic, Zdravko Mucić también conocido como "Pavo", Hazim Delić y Esad Landźo, también conocido como "Zenga, AC, Sentencia (IT-96-21-A), 20.02.2001, en la cual se afirmó: "197. En la determinación de las cuestiones de responsabilidad es necesario atender al ejercicio efectivo del poder o control y no a títulos formales. Esto se aplicaría igualmente en el contexto de responsabilidad. En general, la posesión de un poder de jure en sí misma puede no ser suficiente para la determinación de responsabilidad de mando si no se manifiesta en un control efectivo, aunque un tribunal puede presumir que la posesión de tal poder *prima facie,* resulta en un control efectivo a menos que se pruebe se produce lo contrario".

estaba determinada por el cargo o posición *de iure*, esto es, por su nombramiento oficial. Además, se consideró que la enfermedad de Matsui no era tan grave como para no poder actuar conforme a sus responsabilidades. Por lo tanto, no era relevante probar la ignorancia, estar indispuesto o la ausencia en el lugar de los hechos, para excluir la responsabilidad sobre los actos realizados por los efectivos militares bajo su mando. Lo trascendente era el cargo de jefe o superior que se le hubiere asignado sobre la tropa y el incumplimiento de sus deberes de control[1233].

La jurisprudencia del ITCR ha explicado que la doctrina de la responsabilidad penal del superior jerárquico, es una norma de derecho internacional consuetudinario[1234].

Sobre los requisitos de la responsabilidad del superior el tribunal considera que deben darse "tres elementos esenciales": (i) la existencia de una relación superior-subordinado de control efectivo entre el imputado y autor del delito; (ii) el conocimiento, o el conocimiento constructivo, del acusado de que el delito se iba a cometer, estaba siendo o había sido cometido; y,(iii) la falta del acusado de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir, detener el crimen o castigar al perpetrador.[1235].

Sobre el primer requisito, el tribunal expone que "el puesto de comandante es una condición necesaria para la responsabilidad del superior, pero no puede ser determinada solo por el estatus formal. El factor que determina la responsabilidad es la posesión real, o no posesión, de una posición de mando sobre los subordinados. Por lo tanto, aunque una persona en un cargo *de jure* como comandante, en ciertas circunstancias puede ser suficiente para invocar responsabilidad bajo el Artículo 6 (3), en última instancia, es la relación real de mando (ya sea *de jure* o *de facto*) que se requiere para la responsabilidad de mando. El decisivo criterio para determinar quién es superior es su capacidad, como lo demuestran los deberes y competencia, para

[1233] *Idem.*

[1234] Ver ICTR, The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, TC, Sentencia (95-1A-T), 07.06.2001. Párr.37 y The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, TC, Sentencia (95-1-T), 21.05.1999. Párr.209.

[1235] ICTR, The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, Sentencia (ICTR-95-1A-T), 07.06.2001.Párr. 38. Otras referencias en: ICTR, Kayishema and Ruzindana, TC, Sentencia, cit. Párr. 217-223, 225-227 y 229-231; Bagilishema, TC, Sentencia, cit. Párr.217.

controlar efectivamente a sus subordinados"[1236]. También se reconoce que el puesto de superior puede ser ocupado por un civil.

En cuanto al elemento subjetivo, si no existe en el superior conocimiento real, se aplica el principio del conocimiento constructivo o el que evidencia que aquél tenía razones para saber. Con el objeto de determinar este conocimiento, si bien es significativa la posición de mando que ocupa el superior y puede ser un indicio de que podía conocer, no es suficiente para probar tal situación.

Sobre la ausencia de medidas necesarias y razonables, para el ICTR solo se puede responsabilizar a un superior por no tomar las medidas que estaban dentro de sus facultades. Apunta, así, al requisito de capacidad, necesario para estimar que el superior tenía posibilidad de realizar el deber de actuación. Para el tribunal "es el grado de control efectivo del comandante —su capacidad material para controlar a los subordinados— lo que guiará al Cámara para determinar si él o ella tomó medidas razonables para prevenir, detener o castigar los delitos de los subordinados. Tal habilidad material no debe ser considerada abstractamente, pero debe evaluarse caso por caso, considerando todas las circunstancias"[1237].

También el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, se refieren al requisito de adoptar medidas necesarias y razonables.

Las obligaciones de prevenir los hechos por el superior, no pueden ser sustituidas por la sanción a sus subalternos. La principal misión del jefe es evitar que los delitos que podrían cometer sus subordinados se lleven a efecto. Así se ha pronunciado el tribunal: "al respecto, la Sala advierte que la obligación de prevenir o sancionar no proporciona al acusado opciones alternativas. Por ejemplo, donde el acusado sabía o tenía motivos para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer delitos y no los impidió,

[1236] ICTR, Jean Paul Akayesu, TC, Sentencia, cit. Párr. 39.

[1237] Idem.

el acusado no puede compensar la falta de acción castigando a los subordinados después."

Sobre la necesaria sanción al superior, el ICTR, citando al ICTY, sostiene que "la responsabilidad de mando de la falta de castigo puede desencadenarse por un patrón de conducta de base amplia por parte de un superior, que fomenta en efecto la comisión de atrocidades por parte de sus subordinados"[1238]. De tal manera que la obligación de sancionar sería un deber adicional a la evitación de los delitos o un deber cuyo cumplimiento excluiría la responsabilidad del superior, si se establece justificadamente la falta de conocimiento y la falta de razones para conocer previamente la comisión de delitos por los subordinados. "La Sala es de la opinión de que en caso de no sancionar, la responsabilidad del superior puede surgir de su incapacidad para crear o mantener entre las personas bajo su control, un ambiente de disciplina y respeto a la ley"[1239].

3.3 La responsabilidad del superior en los tribunales mixtos

En este tema destacan especialmente el Tribunal Especial para el Líbano que contempla en el artículo 3, la responsabilidad del superior de los delitos cometidos por sus subordinados que se encuentren bajo su autoridad y supervisión efectivas y sobre los que no haya ejercido el debido control cuando: "a) El superior tuviera conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o se disponían a cometer tales delitos o hubiera ignorado, en forma deliberada, información que pusiera claramente de relieve esas circunstancias; b) los delitos estuvieran relacionados con actividades pertenecientes al ámbito efectivo de responsabilidad y control del superior; y e) el superior no hubiera tomado todas las medidas razonables que fuesen necesarias y entraran dentro de sus atribuciones para prevenir o suprimir su comisión o para someter la cuestión a las autoridades competentes a efectos de su investigación y enjuiciamiento".

[1238] Idem.

[1239] Idem.

Representó también un avance en la doctrina de la responsabilidad del superior, el artículo 16 del Reglamento número 2000/15, de 6 de junio de 2000, sobre el Establecimiento de Grupos de Expertos con Jurisdicción Exclusiva en materia de Delitos Graves, de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental y el artículo 29 de la Ley relativa a la Creación de Salas Extraordinarias en el seno de los Tribunales de Camboya para la Persecución de los Crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática[1240].

En el **Tribunal Especial de Sierra Leona**, se reconoce la responsabilidad del superior con fundamento en el artículo 6 (3) del Estatuto, así que cualquiera de los actos a que se refieren los artículos 2 al 4, que haya sido cometido por un subordinado, no exime de responsabilidad penal a su superior jerárquico si éste sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer dichos actos o los hubiera realizado y el superior no hubiera tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o sancionar a sus autores. Lo cual es coincidente con la regulación de la responsabilidad del superior en el ER.

La redacción del numeral 3 del artículo 6 es semejante al ER en esta materia. Se requiere que el acusado haya ocupado un cargo de responsabilidad superior y haya ejercido un control efectivo sobre sus subordinados. La responsabilidad del superior en los conflictos armados, procede del derecho internacional consuetudinario. En el concepto de superior se incluyen no solo a los comandantes militares, sino también a los líderes políticos y otros civiles superiores, en posesión de autoridad.[1241]

La responsabilidad de los superiores por omisión ocurre al no realizar un acto exigido por el derecho internacional. Particularmente, la omisión culposa del superior, consiste en

[1240] Para referencias más amplias de los diversos tribunales, Ver: LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, «Capítulo V. Los Tribunales Penales Híbridos e Internacionalizados en Derecho Penal Internacional», de Alicia Gil y Gil y otros, *Derecho Penal Internacional*, Editorial: Dykinson. Madrid, 2019, 2ª ed.; CESARE P. R. ROMANO, ANDRÉ NOLLKAEMPER Y JANN K. KLEFFNER (eds.), International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

[1241] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs.782, 785 y 786; SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, 18.05.2012, No. SCSL-03-01-T. Párrs.6977 y 6978.

omitir prevenir o sancionar los delitos previstos en el Estatuto y que hayan sido cometidos por sus subordinados. Se trata de un abandono o descuido del deber para prevenir o castigar a los autores. La responsabilidad del superior abarca no solo los hechos principales materialmente perpetrados por los subordinados, sino también cualquier conducta de estos, que consista en planear, ordenar, instigar o ayudar y animar un delito.[1242]

La responsabilidad del superior se aplicó en la acusación de la Fiscalía en el caso Samuel Hinga Norman y otros, haciendo mención del poder de mando *de jure* y *de facto* y el control efectivo. La responsabilidad existe cuando el superior sabía o tenía razones para saber que los subordinados estaban a punto de cometer tales actos o los habían cometido, y cada acusado no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o para sancionar a los perpetradores de los mismos. [1243]
También se expresó por la Fiscalía, que la responsabilidad individual del superior se da en concierto con los subordinados para ejecutar el plan establecido, el propósito o designio.[1244]

La TC reconoció que la omisión de los superiores consistente en la falta persistente de prevención o castigo de los delitos, a los subordinados, a lo largo del tiempo, implica la responsabilidad del superior en virtud del Artículo 6(3) del Estatuto.[1245]

En resumen, el artículo 6(3) exige tres requisitos: 1. La existencia de una relación superior-subordinado entre el imputado como superior y el autor del delito; 2. El imputado sabía o tenía motivos para saber que el delito estaba a punto de cometerse o se

[1242] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.783.

[1243] SCSL, Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, TI, Indictment, No. SCSL-03-14-I, 05.02.2004. Párrs.13 y 21.

[1244] SCSL, Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, TI, Indictment, No. SCSL-03-14-I, 05.02.2004. Párr.19.

[1245] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.777.

había cometido; y 3. El imputado no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir el delito o sancionar a los autores del mismo.[1246]

Sobre el primer requisito, conocido como ejercicio de control efectivo, la doctrina de responsabilidad de mando, se basa en la existencia de un poder de *jure* o de *facto*, para controlar los actos de los subordinados. Lo relevante es que el superior posea la capacidad material para prevenir o castigar la comisión del delito. La existencia de un poder de *jure*, sirve como presunción de que existe un control efectivo, a menos que se pruebe lo contrario. El solo hecho de influir sustancialmente en otros, no es suficiente para entenderlo como control efectivo. El control efectivo puede probarse por la formalidad del procedimiento con que se llevó a cabio el nombramiento del superior, la capacidad para dictar órdenes o tomar medidas disciplinarias, el hecho que los subordinados muestren mayor disciplina en presencia del superior, el perfil público del superior y la capacidad para transmitir informes a autoridades competentes. La existencia de una relación superior subordinado, de manera temporal, no impide la atribución de responsabilidades, siempre que el superior ejerza un control efectivo. Tampoco se excluye la responsabilidad ante la existencia de responsabilidad concurrente de otros superiores en una cadena de mando. El poder o autoridad delegado en un acusado, puede ser evaluado caso por caso, teniendo en cuenta el efecto acumulativo de las diversas funciones del imputado.[1247]

El control efectivo puede probarse por la formalidad del procedimiento con que se llevó a cabo el nombramiento del superior, la capacidad para dictar órdenes o tomar medidas disciplinarias, el hecho que los subordinados muestren mayor disciplina en presencia del superior, el perfil público del superior y la capacidad para transmitir informes a autoridades competentes.[1248] Pero no será necesaria la identificación del perpetrador principal, particularmente por su nombre, para reconocer la existencia de una relación de

[1246] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs.778-781.

[1247] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs.538 y 784.

[1248] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs.785 y 787.

superior a subordinado; es suficiente identificar a los subordinados, como pertenecientes a una unidad o grupo controlado por el superior.[1249]

En un conflicto caracterizado por la participación de ejércitos irregulares o grupos rebeldes, los tradicionales indicios de control efectivo previstos en la jurisprudencia, pueden no ser apropiados o útiles. La formalidad de la estructura de una organización es relevante, pero no determinante, para la cuestión del control efectivo de sus líderes. Cuanto menos desarrollada esté la estructura, más importante será centrarse en la naturaleza de la autoridad del superior en lugar de su designación formal. En estos casos, los indicios que permitirán evaluar la capacidad de los superiores para ejercer control efectivo sobre sus subordinados, incluyen entre otros, que el superior tenga derechos privilegiados a los beneficios de la guerra, como propiedad saqueada y recursos naturales, que ejerza control sobre el destino de personas vulnerables como niños y mujeres, que el superior tenga acceso independiente y/o control de los medios para hacer la guerra, incluidas armas y municiones y equipo de comunicaciones, que el superior se asigna premios o privilegios con posiciones de poder e influencia, que el superior tenga la capacidad de intimidar a los subordinados para que obedezcan y esté en la disposición de hacerlo; que el superior esté protegido por guardias de seguridad personal, leales a él, similar a una guardia pretoriana moderna; el superior alimenta o representa la ideología del movimiento al que se adhieren los subordinados, y el superior interactúa con organismos externos o individuos en nombre del grupo.[1250]

En cuanto al segundo requisito, el de conocimiento real o conocimiento imputado, en el primero se trata de un conocimiento efectivo del superior, de que los delitos relevantes fueron cometidos o estaban a punto de cometerse por los subordinados, y en el segundo es un conocimiento atribuido al superior, cuando se establece que el superior tenía motivos para saber que sus subordinados estaban cometiendo o estaban a punto de cometer un delito. [1251]

[1249] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.790.

[1250] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Parrs.539 y 788.

[1251] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs.791-794.

En el conocimiento real no existe presunción de tal conocimiento, pero en ausencia de evidencia directa, puede establecerse a través de evidencia circunstancial. Factores indicativos de conocimiento real incluyen, en primer lugar, la posición superior de un individuo y la proximidad geográfica y temporal del superior a los delitos; el tipo y alcance de los delitos, el tiempo durante el cual ocurrieron, el número y tipo de tropas y logística involucrada, la ocurrencia generalizada de delitos, el ritmo táctico de las operaciones, el modus operandi de actos ilegales similares y los oficiales y el personal involucrado.[1252] Las pruebas requeridas para demostrar el conocimiento real, pueden diferir según la posición de autoridad que ocupe un superior y el nivel de responsabilidad en la cadena de mando. Se ha encontrado que la pertenencia del acusado a una estructura organizada y disciplinada con mecanismos de información y seguimiento, facilita la prueba del conocimiento real. Por el contrario, el estándar de prueba del conocimiento real de un superior que ejerce un tipo de autoridad más informal será más alto.[1253]

El conocimiento imputado o atribuido requiere la demostración de que el superior contaba con información específica, que habría puesto al sujeto activo sobre aviso de los delitos cometidos o a punto de cometerse por los subordinados. El superior no puede ser considerado responsable por no haber adquirido dicha información en primer lugar; pero, basta con que el superior esté en posesión de suficiente información, incluso de carácter general, escrita u oral, sobre la probabilidad de actos ilegales por parte de los subordinados. Por lo tanto, la falta de conclusión o de realización de investigaciones adicionales, a pesar de la información alarmante, equivale a conocimiento imputado. No es necesario que la información obligaría a la conclusión de la existencia de delitos concretos. Más bien, la información debe haber advertido al acusado del riesgo presente y real, de que se cometieron o estaban a punto de cometerse los delitos contemplados en el Estatuto. Ejemplos de dicha información incluyen que un subordinado tiene un carácter violento o inestable y que un subordinado ha estado bebiendo antes de ser enviado a una misión. Además, los informes dirigidos al superior, el nivel de entrenamiento e

[1252] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007.Párr.792.

[1253] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007.Párr.793.

instrucción de los oficiales subordinados son factores a ser tenidos en cuenta al determinar el conocimiento imputado.[1254]

La sola ignorancia negligente, esto es la falta de conocimiento de la realidad por infracción al deber, es insuficiente para atribuir conocimiento imputado. Lo que se requiere es el conocimiento fáctico de la información por parte del superior, que debería haberlo incitado a adquirir mayor conocimiento. La responsabilidad de conformidad con el Artículo 6(3) del Estatuto se impondrá cuando el superior intencionadamente permanezca ciego a los actos criminales de sus subordinados.[1255]

Sobre el tercer requisito, esto es, la omisión de prevenir o sancionar, debe establecerse que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar los delitos de sus subordinados. Se trata de dos deberes alternativos, por un lado, intervenir para impedir delitos que se van a cometer y por otro lado el deber de sancionar, cuando el superior no tuvo conocimiento de estos delitos, sino hasta que fueron cometidos.[1256]

En cuanto al tipo de medidas necesarias y razonables que debe tomar un superior para prevenir los delitos de los subordinados, es una cuestión de prueba más que de derecho sustantivo. En general, las medidas requeridas del superior se limitan a aquellas dentro de su capacidad material, según las circunstancias concretas, incluyendo aquellas que puedan estar más allá de sus poderes formales. El tipo y el alcance de las medidas a tomar dependen del grado de control efectivo ejercido por el superior en el momento pertinente, y sobre la gravedad e inminencia de los delitos que están a punto de cometerse. La prevención del superior debe abarcar tanto la ejecución, como la planificación y preparación de los delitos de los subordinados. El superior debe intervenir tan pronto como tenga conocimiento de la planeación o preparación de delitos a ser cometidos por

[1254] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párrs. 794 y 795.

[1255] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.195.

[1256] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.797.

sus subordinados y siempre que tenga la capacidad efectiva para impedir su comienzo o continuación.[1257]

El deber de castigar de parte del superior surge cuando sus subordinados han cometido cualquiera de los crímenes previstos en el Estatuto. La sanción debe darse cumpliendo los estándares del debido proceso. El superior debe investigar responsablemente para establecer los hechos y ordenar o ejecutar las sanciones correspondientes. En caso de carecer de facultades sancionadoras, debe denunciar a los perpetradores de los delitos, ante la autoridad competente.[1258]

La responsabilidad del artículo 6.1 del Estatuto, referida a los que actúen planeando, instigando, ordenando, cometiendo o de otra manera ayudando e instigando a planear, preparar o ejecutar un crimen, es distinta a la del art.6.3 del Estatuto, que corresponde a la del superior. No pueden concurrir ambas responsabilidades. Lo que sí puede acontecer es que la responsabilidad de quien actúa conforme el artículo 6.1, de lugar a la imposición de una pena agravada cuando se trate de una persona que ocupa una posición de superioridad.[1259] Esto supone que al actuar como superior no evitando o debiendo evitar los crímenes de sus subordinados, se tratará típicamente solo de un caso de responsabilidad del superior.

La responsabilidad del superior en las **Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya** reproduce la jurisprudencia de los *tribunales ad hoc*. Representó un avance en la doctrina de la responsabilidad del superior, el artículo 29 de la Ley relativa a la Creación de Salas Extraordinarias en el seno de los Tribunales de Camboya para la Persecución de los Crímenes cometidos durante el período de Kampuchea Democrática[1260]. En lo que corresponde a la responsabilidad del superior dicho artículo

[1257] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.798.

[1258] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.799; SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009. Párrs. 502 y sigs.

[1259] SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007. Párr.800.

[1260] Para referencias más amplias de los diversos tribunales, Ver: LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, «Capítulo V. Los Tribunales Penales Híbridos e Internacionalizados en Derecho Penal Internacional», de

expresa: “El hecho de que se haya cometido alguno de los actos a que se refieren los artículos 3, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley por un subordinado no exime al superior de la responsabilidad penal personal si el superior tenía mando y control efectivo o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o había hecho y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para evitar tales actos o para castigar a los perpetradores”. La redacción sigue el patrón de los demás tribunales penales internacionales, con la particularidad de que menciona expresamente los requisitos de la existencia de mando y control efectivo o autoridad, requisitos que la jurisprudencia internacional ha establecido. Los conceptos de mando, control efectivo y autoridad, en realidad, no son los mismos. La autoridad está referida al poder de hecho o de derecho que se tiene el sujeto superior para gobernar o mandar, pero que todavía no implica tener control efectivo, es solo la potencialidad que permite mandar. El control efectivo es una situación en la que materialmente existen las condiciones para utilizar a los subordinados en el cumplimiento de la voluntad del superior y determinar los resultados conforme a ella. Tener el mando requiere encontrarse en una posición privilegiada en la estructura que permite mantener una relación operativa superior con respecto a los subordinados.

Se exigen tres requisitos para responsabilizar a un superior de la conducta delictiva de sus subordinados. En primer lugar, debe existir una relación superior-subordinado entre el acusado y la persona que cometió el delito. La responsabilidad del superior, aplicable tanto a superiores militares como civiles, puede derivarse de relaciones de subordinación tanto directas como indirectas. El superior debe haber ejercido un control efectivo sobre el perpetrador, en el sentido de poseer la capacidad material para prevenir o castigar el hecho criminal. Si un superior tenía control efectivo es una cuestión de evidencia, no de ley y, por lo tanto, debe evaluarse caso por caso. En segundo lugar, el superior debe haber sabido, o haber tenido motivos para saber, que un subordinado estaba a punto de cometer o había cometido un delito, cuando poseía información suficientemente alarmante para justificar una información adicional. El superior debe tener conocimiento de que su subordinado cometió un delito y no simplemente conocimiento de la ocurrencia de un

Alicia Gil y Gil y otros, *Derecho Penal Internacional*, Editorial: Dykinson. Madrid, 2019, 2ª ed.; CESARE P. R. ROMANO, ANDRÉ NOLLKAEMPER Y JANN K. KLEFFNER (eds.), International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

delito. Sin embargo, esta información no necesita proporcionar detalles específicos sobre los actos ilícitos cometidos o a punto de cometerse. El tercer requisito es que el superior haya dejado de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el delito o castigar al perpetrador. Las medidas deben ser genuinas y dentro del poder material del superior. La falta de prevención y la falta de castigo surgen en diferentes momentos: la responsabilidad de un superior de prevenir un delito surge antes de su comisión, mientras que la responsabilidad de castigar un autor surge después de la comisión de un delito.[1261]

En las **Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Leste** la responsabilidad del superior se ha regulado en el artículo 16 de la Regulación 2000/15, prescribiendo: "Además de otros motivos de responsabilidad penal previstos en el presente reglamento para infracciones penales graves a que se refieren los artículos 4 a 7 del presente reglamento, el hecho de que cualquiera de los actos a que se refieren los citados artículos 4 a 7 fuera cometido por un subordinado no releva a su superior de la responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer tales actos o lo había hecho y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o sancionar a sus autores". La redacción es semejante a las de otras normativas de los tribunales penales internacionales.

Para el **Tribunal Especial para el Líbano**, la responsabilidad del superior ha sido reconocida en el numeral 2 del del artículo 3 del Estatuto del TEL, afirmando que en las relaciones entre superiores y subordinados, un superior será penalmente responsable de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 2 de este Estatuto, cometido por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, como resultado de su falta de ejercer el control adecuadamente. sobre dichos subordinados, cuando: (a) El superior sabía o ignoraba conscientemente información que indicaba claramente que los subordinados estaban cometiendo o estaban a punto de cometer tales delitos; b) Los delitos se referían a actividades que estaban dentro del alcance efectivo de responsabilidad y control del superior; y (c) el superior no tomó todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento.

[1261] ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018. Párrs. 3725 y 3726.

En las **Salas Africanas Extraordinarias** los crímenes que hayan sido cometidos por un subordinado, no eximen de responsabilidad penal a su superior jerárquico si éste sabía o tenía motivos para saber que el subordinado estaba a punto de cometer dichos actos o los hubiera realizado y el superior no hubiera tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir tales actos o sancionar a sus autores. En términos generales, esto es coincidente con el artículo 28 del ER, el artículo 6 del Estatuto del TPIR y el artículo 7 del ETPIY; por lo que son aplicables en las Salas Africanas Extraordinarias los criterios desarrollados por la jurisprudencia de estos tribunales, en esta materia.[1262] Consecuentemente, la responsabilidad del superior ha sido reconocida expresamente por la jurisprudencia de las Salas Africanas.[1263]

La jurisprudencia de las Salas Africanas, tomando en cuenta la jurisprudencia internacional, ha afirmado con relación a la responsabilidad del superior, que su posición como tal en la relación de subordinación con otros sujetos, deriva más de la situación de *facto* que de la de *iure*. Este último factor es un indicio de control efectivo. Por lo tanto, lo determinante es demostrar que el acusado tenía jerárquicamente un control efectivo sobre sus subordinados, ya sea de forma oficial o no y que se traduzca en la capacidad material para prevenir o sancionar los actos de éstos. [1264]

Sobre el control efectivo se ha afirmado por estos tribunales que se evidencia en el superior, con su poder de dictar órdenes y hacerlas cumplir, capacidad para imponer sanciones disciplinarias, facultad para capturar o liberar soldados. El control efectivo no exige que el subordinado esté directamente bajo las órdenes del imputado, basta comprobar su capacidad material para ejercer ese control, incluso indirectamente.[1265] Sin embargo, ya afirmamos en otro lugar que será necesario analizar cada caso en sus elementos concretos. Particularmente las órdenes frente a las cuáles los sujetos que las reciben no reconocen la obligatoriedad de las mismas, pero las aceptan como sugerencias o propuestas para realizar el delito, podrán dar lugar a una responsabilidad de inducción

[1262] CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016. Párr.1810.

[1263] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.510.

[1264] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.410.

[1265] CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017. Párr.416 Ibídem.Párr.416.

para el sujeto que las emite y coautoría directa para los sujetos que realizan materialmente los hechos.

En términos prácticos la responsabilidad del inductor es semejante a la del autor, por lo que las diferencias en su atribución, tienen efectos sancionatorios equivalentes; lo que no significa que tengan una mera relevancia académica, pues las diferencias deben evidenciarse procesalmente, para dar cumplimiento al principio de legalidad y al principio de motivación de las sentencias; lo primero por la necesidad de hacer cumplir la ley en su sentido más exacto y lo segundo para cumplir con el requisito de explicar razonadamente por el tribunal, las actuaciones de los sujetos intervinientes y su responsabilidad. Asimismo por el subprincipio de proporcionalidad la pena debe ajustarse a diferentes conductas.

El **Tribunal Especial de Kosovo** acepta la responsabilidad del superior, de conformidad al artículo 16(1) c, de la LCE y la Oficina del Fiscal Especial. También con fundamento en el artículo 161 del CPK que regula esta clase de responsabilidad. Es aplicable en este tribunal toda la jurisprudencia internacional penal, pues de conformidad al numeral 3 del artículo 3 de la Ley sobre las Cámaras Especiales y la Oficina del Fiscal Especial, para determinar el derecho internacional consuetudinario que es fuente reconocida para estos tribunales, los jueces pueden asistirse de otras fuentes subsidiarias del derecho internacional, tales como la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la CPI y otros tribunales penales internacionales.

En fin, la responsabilidad del superior ha sido plenamente reconocida por los tribunales mixtos, reafirmando el carácter de concepto perteneciente al derecho internacional consuetudinario.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

PRIMERA. Los precedentes históricos de los que se tiene constancia sobre la relevancia que se ha dado al elemento mental, para atribuir a un sujeto la responsabilidad sobre una conducta punible, son muy antiguos; pertenecientes a diferentes culturas y sistemas. Dentro de los momentos históricos más relevantes en los que la base filosófica o doctrinaria se construyó, destacan las etapas más prósperas de Grecia Antigua, el Imperio Romano y el pensamiento cristiano. Es ahí donde la doble consideración de los actos en su parte material y subjetiva fue objeto de reflexión cultural y se sentaron las bases del enfrentamiento entre el determinismo y el libre albedrío, como fundamento de la responsabilidad. Ese elemento mental, abordado bajo diferentes conceptos, como malicia, mala intención, propósito, descuido, accidente, voluntad, conciencia, conocimiento, dolo, imprudencia, culpabilidad, mente, mente-cerebro, etc., revela que a través de la historia y los tiempos actuales, el ser humano ha sido reconocido como conductor de sus actos. Tanto en el DA como en el DCE existe evidencia al respecto.

SEGUNDA. En el DCE son variadas las expresiones legales referidas a actos intencionales o accidentales y las diferentes consecuencias. En la Edad Media destacan: en España, la Ley Cuarta del Título VIII, de Las Siete Partidas y en Alemania la *Constitutio Criminalis Carolina.* En el DA el tratamiento bipartito del delito en una parte material y otra subjetiva, según fuentes históricas, es más antiguo que el del DCE. La *mens rea* comenzó a aplicarse por los jueces ingleses en los años 1600, cuando estimaron que solo el acto no podía originar responsabilidad penal, pues era necesario asociarlo a un estado de mente culpable del acusado. Pero los inicios de una teoría o consideración sistematizada en el DCE se produjeron a consecuencia de los trabajos del derecho penal italiano sobre la culpabilidad, basados en conceptos del derecho romano, y sobre esa base desarrolló durante los siglos XVI y XVII su concepción. Posteriormente, uno de los significativos momentos del desarrollo del principio de culpabilidad, a nivel práctico, al menos dentro del derecho continental europeo, ocurrió con el planteamiento de la doctrina clásica a principios del siglo XX, cuando Von Liszt y Beling, influidos por el naturalismo

del siglo XIX, distinguieron fundamentalmente dos partes en el delito: una parte externa y una parte interna. Por lo tanto, con estas bases históricas en el que el DCE y el DA comparten esa visión dual del delito, en el que la parte subjetiva es esencial, se sostiene en esta tesis que es posible configurar el principio de culpabilidad de forma unívoca para el DPI.

TERCERA. El principio de culpabilidad es un derecho humano y proviene de otros derechos humanos más generales y dadas sus características de interdependencia, se interconecta con un sistema amplio de derechos. Dentro de los principales derechos humanos que sustentan el principio, están los de libertad, dignidad y presunción de inocencia. La vinculación del principio de culpabilidad con el de dignidad, ocurre porque el ser humano no puede ser concebido como un ser autómata, un objeto, que solo es parte de las interacciones de la realidad y donde su voluntad no influye en las consecuencias. Aplicar sanciones a un sujeto por estar involucrado en la causación material de los hechos delictivos, sin valorar su voluntad, es una manifestación de desprecio a su dignidad humana. Por otro lado, el principio tiene dentro de sus funciones, asegurar que los sujetos no sean arbitrariamente perseguidos o sancionados por el titular del *Ius Puniendi*. Esto supone la prevalencia del Estado de derecho –*Rule of Law*- en el que se respeten los principios de legalidad y seguridad jurídica, así como otros subprincipios derivados de aquellos: determinación o taxatividad, prohibición de retroactividad, etc. El contenido del principio de culpabilidad se expresaría en los siguientes subprincipios: a) Responsabilidad subjetiva; b) Que esa responsabilidad sea personal o individual, no colectiva; c) Capacidad de culpa y; d) Proporcionalidad; todos los cuales tienen categoría de derechos humanos.

Se sostiene en esta tesis, que la justificación para considerar la necesidad del principio de culpabilidad como un derecho humano, que no puede ser sustituido por el derecho a la dignidad o el de libertad, es que hasta ahora es el único fundamento jurídico universal de primer rango, que asegura de mejor manera tratar al ser humano con dignidad en los contenidos de las leyes penales que lo gobiernan y en la aplicación de la misma. La dignidad y la libertad son derechos demasiado amplios, que se convierten en abstractos frente al *Ius Puniendi*, mientras el principio de culpabilidad es un derecho más concreto, que dados sus contenidos, obliga al poder público a comprobar la responsabilidad personal, a tipificar y sancionar conductas voluntarias que se manifiesten en reconocidas formas de responsabilidad subjetiva, comprobar la capacidad de culpa de los sujetos,

imponer penas proporcionales y con ello excluir la responsabilidad objetiva. Las propuestas de eliminación de la culpabilidad o la reducción de sus contenidos, no es nada nuevo, es volver al pasado, en sociedades en las que la ignorancia, la adivinación, la irracionalidad y la creencia en la infalibilidad del rey o juzgador, partían de la idea de que los astros o los dioses colocaban a los culpables en el lugar que merecían, de modo que no tenía sentido distinguir entre actos fortuitos y voluntarios. El que se veía involucrado en un delito, era por su destino y los jueces solo debían hacer cumplir la ley, si los dioses o el destino no lo impedían.

CUARTA. Tanto en el DCE como en el anglosajón se ha evidenciado el reconocimiento del principio de culpabilidad y la tendencia en el DA, a dar sustento al principio, bajo el fundamento del libre albedrío. A la base del principio de culpabilidad se asocia el conflicto filosófico, neurocientífico y jurídico del libre albedrío y determinismo. El debate filosófico ha aportado históricamente la mayor riqueza de los conceptos. Algunos representantes de la Neurociencia creen haber demostrado el determinismo, con experimentos cuyos resultados son extrapolados a conclusiones muy subjetivas y no científicas. En esta tesis se sostiene que la Neurociencia está teniendo importantes avances, pero que en muchos casos sus experimentos se han interpretado incorrectamente para negar el libre albedrío y el principio de culpabilidad. Lo que es evidente es la capacidad del individuo para decidir actuar o no actuar, lo que cada uno podemos comprobar internamente en nuestra vida diaria. El hecho de que un tercero no pueda constatarlo directamente, no le quita su realidad. En todo caso la prueba de estos hechos es un asunto procesal, que podrá manifestarse en diferentes medios probatorios como la prueba indiciaria. Para algunos la Neurociencia ya demostró que el ser humano tiene capacidad de actuar o no actuar, lo que sería fundamento del libre albedrío y la culpabilidad. En el campo jurídico, para evadir las diferencias conceptuales, algunos autores han optado por reconfigurar el contenido de la culpabilidad hasta vaciarla de elementos personales, sustituyéndola por intereses sociales, necesidades del sistema, etc. El debate sobre el libre albedrío para el DPI, es estéril y se deben asumir posiciones prácticas en favor de la justicia. Además, un alejamiento del libre albedrío, como fundamento de la voluntad, muy arraigado en el pensamiento jurídico de los países del DA, probablemente por ser única alternativa práctica, para responsabilizar a un acusado; implicaría una nueva barrera a superar por el DPI, para integrar los conceptos de los diferentes sistemas. En todo caso, la reflexión y estudios académicos deberían estar

destinados a explicar, cómo el concepto de culpabilidad de la teoría del delito, cumple con el principio de culpabilidad como derecho humano.

QUINTA. En la evolución del principio de culpabilidad a nivel internacional, revela que el reconocimiento del principio de culpabilidad por parte de los tribunales de derechos humanos, como el TEDH y la CIADH, así como los tribunales constitucionales de muchos países, han sido pasos trascendentales en la consolidación del principio, pues ya no puede ser concebido de cualquier manera, sino bajo unos estándares definidos desde el rango de los derechos humanos o fundamentales. En virtud de que la parte general del del DPI, se encuentra bajo construcción, el principio de culpabilidad como derecho humano, debe ser fundamento en la elaboración de los conceptos de culpabilidad. Se trata de alcanzar también consensos y para ello, como ha sido una práctica del derecho internacional, muchas veces se renuncia a la precisión o la coherencia de las teorías domésticas, para encontrar puntos de apoyo conceptuales comunes entre diversos sistemas jurídicos. El principio de culpabilidad es, precisamente, un concepto universal que debe fundamentar la teoría del delito en el DPI.

SEXTA. Existe un deber de protección y promoción de los derechos humanos, que impide evadir en el DPI el reconocimiento y aplicación del principio de culpabilidad. Aunque las obligaciones que tienen los Estados, organismos y sujetos que ejercen poder equivalente, se reducen a estos conceptos de respetar, promover y proteger, en realidad se está haciendo referencia a más deberes, como son, promover, prevenir, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Sin embargo, la normativa de los tribunales penales internacionales no observa el valor preferente o de jerarquía universal de los derechos humanos. Los tribunales penales internacionales están obligados a hacer efectiva la preeminencia de las normas de derechos humanos, mediante la aplicación directa o reelaboración de normas para ajustarlas a los derechos humanos y no solo, a que toda interpretación de la normativa penal internacional, se haga conforme el derecho internacional de los derechos humanos.

SÉPTIMA. En el DCE la dogmática tiene un mayor grado de desarrollo, pero al mismo tiempo un alto nivel de abstracción, que no siempre se traduce con facilidad a nivel procesal y en el que muchas veces la aplicación práctica supone elegir entre múltiples ideas contrapuestas. Esto no significa que el derecho anglosajón carezca de dispersión y

contradicciones. Precisamente, en el derecho inglés, la existencia de leyes dispersas en materia penal y decisiones judiciales (*case law*) van aumentando las dificultades para tener certeza, accesibilidad, claridad y coherencia. Este ha sido el argumento de la *Law Comission* o Comisión Codificadora, para justificar la empresa para la que fue constituida, pero abandonada. Dado que el derecho penal anglosajón tiene un enfoque más práctico, aunque menos preciso en sus conceptos, estos son más ontológicos que normativos; lo que en determinados casos, ofrece alguna dificultad para unificar los mismos en el DPI, con conceptos procedentes del DCE, cuyas concepciones pueden tener únicamente un carácter teórico normativo y abstracto. Así la omisión no puede configurarse solo como una infracción al deber, sino como una conducta voluntaria en que se decide infringir ese deber.

OCTAVA. Tanto el sistema anglosajón como el *Roman Law*, tienen un marco conceptual o estructura de la conducta delictiva que utilizan para aplicar la ley penal a los hechos. Se trata de elementos definidos en sus contenidos y un orden propuesto para su utilización práctica. La concepción de la estructura del crimen en el DA es coincidente con el ER. En el artículo 30 del Estatuto de Roma, el numeral 1 parte de reconocer los elementos materiales del crimen y el elemento subjetivo para completar su estructura. Con ello se expone una relativa coincidencia en la forma en que se estructura el delito en el derecho anglosajón y en el derecho continental europeo, con obvias diferencias de contenido. El primero reconoce dos partes en el crimen: una parte externa o física, que se designa en la tradición del derecho consuetudinario, como *actus reus* y una parte interna o mental, a la que se llama *mens rea*. El derecho continental europeo concibe la estructura del delito también en forma bipartita: el ilícito penal y la culpabilidad; pero atribuye en ambas partes, tanto elementos externos como internos. Si bien no existe una Dogmática Penal como la del DCE, existen en el derecho anglosajón los llamados principios, que expresan algunas reglas generales. Se sostiene que en realidad se trata de tres elementos los que deben existir para que pueda atribuirse responsabilidad -liability-: *actus reus, mens rea* y la falta de defensas. En el DPI, el *actus reus*, parte objetiva o material del delito, es la suma de todos los elementos materiales, como son la acción o conducta material, las consecuencias y circunstancias, así como la causalidad si se trata de tipos que requieren resultado material. Esto es coincidente con el DA.

NOVENA. La conducta material es el acto o la omisión y se describe en forma básica en el ER y en forma más detallada en los EC. No se siguen en el DPI, como en el derecho anglosajón, otros conceptos que se consideran conductas del mismo rango del acto u omisión, como las ofensas de estatus o los estados situacionales o la tenencia o posesión de ciertos objetos. Estos comportamientos en el DPI se considerarán como conductas, expresadas en actos u omisiones. Se admite que la acción pueda ser realizada de manera activa o positiva y mediante omisión, a pesar de que no existe una disposición específica en el ER que regule la omisión, pues tanto los autores del DPI como la jurisprudencia, la han admitido. En la práctica de los tribunales y la ley, no se utiliza la diferenciación del RL, entre omisión general y comisión por omisión; sin embargo, no son conceptos desconocidos en el mundo académico anglosajón y el DPI. Los motivos de exclusión de la conducta son compartidos entre el DPI, el DA y el RL, tales como la fuerza irresistible, inconsciencia absoluta y actos reflejos. Asimismo, su ubicación en el *actus reus* del DA y en el tipo objetivo del DCE, acarrea un efecto jurídico semejante.

DÉCIMA. Las consecuencias son los resultados o los estados de daño o peligro que se producen como efecto de la conducta realizada. Se retoma la división de delitos de conducta y de resultado del derecho anglosajón, para estimar que solo en estos últimos el resultado es un elemento del *actus reus*. Si éstos tienen un carácter de lesión material, la causalidad se aplica. Esta tiene alguna similitud en el DPI con el tratamiento del DA y DCE. En el CL, la causalidad se divide en fáctica y legal, con alguna aproximación a la causalidad y la imputación objetiva del DCE. Las circunstancias determinan otros elementos relativos a lugar, tiempo, personas, modalidad, medios o instrumentos, objeto de la acción, etc. En general, se trata de todos los hechos, cualidades o motivos, objetivos o subjetivos, con respecto a los sujetos, o cualesquiera otras modalidades del crimen. Particularmente, en cuanto a las "circunstancias de contexto", que según la letra c) del numeral 7, de la Introducción de los Elementos de los Crímenes, aparecen enumeradas en último lugar de la estructura del delito, habrá que diferenciarlas de las simples "circunstancias" de la letra a) del mismo artículo 7 que se ha mencionado. Estas últimas determinan los elementos relativos a lugar, tiempo, personas, modalidad, medios o instrumentos, objeto de la acción, etc. y las "circunstancias de contexto", agregan condiciones del entorno o situación que determinan de modo general a todo el delito.

DÉCIMA PRIMERA. La *mens rea* en referencia a la estructura del crimen, en el DA, es el estado mental que debe acompañar al *actus reus*; pero cuando se le entiende como principio filosófico, se concibe como principio de culpabilidad- *principle of fault, principle of culpability*-, como fundamento de la exigencia de elección libre de la conducta y reproche o censura del comportamiento. En el DPI, la exigencia de *mens rea* o responsabilidad subjetiva para los delitos, es coincidente entre los diversos sistemas, aunque subsiste la responsabilidad objetiva -*strict liability*- en el DA y en algunos países que siguen otros sistemas jurídicos. En el DPI no se admite la responsabilidad objetiva y el requisito mental del delito es en términos generales, coincidente, con todos los sistemas jurídicos domésticos. La *mens rea* del crimen en el DA, ya se utilice como principio o como elemento de la estructura, no solo tiene un sentido normativo, sino también un origen psicológico conectado al principio de libertad humana.

DÉCIMA SEGUNDA. En la idea de identificar conceptos comunes entre el DA, el RL y el DPI, se puede afirmar que las modalidades del *mens rea*, pueden dar lugar a definiciones compartidas con todas las figuras. Lo determinante es elegir dentro de la variedad de conceptos proveídos por normativas, autores de derecho y jurisprudencias nacionales e internacionales, aquellos que reúnan elementos comunes o al menos un fundamento comprensible en los diferentes sistemas de derecho. En el CL, la *intent* tiene dos variedades, la directa y la indirecta -*oblique intent*. Aunque no es exacta la conversión de conceptos entre el DPI, el CL y el DCE, la intención directa e intención indirecta del DPI, tienen equivalencias conceptuales tanto en el DCE como en el *Common Law*. Así la *direct intent* o propósito del DA, es el dolo directo de primer grado del *Roman Law*. La *oblique intent* o intención indirecta en el CL, puede traducirse conceptualmente tanto como dolo directo de segundo grado o como dolo eventual, por esas abundantes definiciones teóricas; pero en el DCE, la *oblique intent* o *indirect intent*, debería entenderse como aquella que contiene casos de dolo directo de segundo grado o dolo indirecto, en el que coexisten dos resultados, uno abarcado por el propósito principal y el otro pretendido secundariamente por la necesidad de alcanzar el primero o como una consecuencia necesaria del principal objetivo.

DÉCIMA TERCERA. La *recklessness* del CL tiene contenidos conceptuales diversos y, por lo tanto, ha dado lugar a que en el DPI y en el DCE no se le pueda entender de manera unívoca, para tener una sola traducción de su significado. La *Law Comission* de

Inglaterra, en el Reporte y Borrador del Código expresó que la *recklessness* es un concepto que tiene cuatro significados diferentes, dependiendo de si se usa en el contexto de los delitos contra la persona no mortales, los daños penales y el homicidio culposo, violación o delito de conducción. Por ello, para evitar una confusión entre la *oblique intent* y la *recklessness* del CL con el *dolus eventualis* citado en el DPI y reconocido en el DCE, la *recklessness* debiese definirse como una imprudencia o culpa consciente del RL, como lo hace el CPM. La *negligence* del DPI sería equivalente a la imprudencia o culpa inconsciente del DCE. El dolo eventual debería ser concebido como una categoría especial de dolo o intención en el DPI, definida por cualquiera de las teorías conocidas en el DCE, pero en la que no concurre una consecuencia secundaria unida a la que se pretendía principalmente. Una de esas teorías, muy semejante a la comprensión anglosajona, es la teoría de la probabilidad sustancial, según la cual cuando el sujeto sigue actuando con probabilidad rayana en la certeza de que el resultado se produzca, actúa con dolo de ese tipo. Algunos autores prefieren una solución ecléctica, que agregue la aceptación o que el sujeto se conforme con el acto. Por ahora, el *dolus eventualis* se enfrenta al rechazo mayoritario en la jurisprudencia de la CPI; pero no hay razones convincentes para descartar su procedencia, toda vez que se afinen los conceptos para darle coherencia y pueda ser insertado sin contradicciones con el resto de grados de la *mens rea*.

DÉCIMA CUARTA. En el DA, se reconocen otras clasificaciones de la *intent*, como la intención básica, la intención específica -*specific intent* o *dolus especialis*- y la intención ulterior- *ulterior intent* o *further intent*-. La intención básica -*basic intent*- o intención general, se refiere a delitos que no implican un *mens rea* ulterior, esto es, que el *mens rea* corresponde exactamente con el *actus reus*. La intención específica es un estado mental específico, que adicionalmente exigen algunos tipos penales. Este significado adopta la intención específica del DPI. En el DCE la intención específica equivale a los elementos subjetivos que acompañan al dolo en algunos delitos, que pueden corresponder a determinadas o especiales intenciones, motivaciones o impulsos. En cuanto a la aplicación concurrente o separada de la intención y el conocimiento, es claro, que el artículo 30 del ER requiere que los dos elementos operen conjuntamente como elementos mentales; pero en el derecho anglosajón tales elementos aparecen separados como modalidades distintas de la conducta y esto ha derivado en que el DPI se apliquen conjunta o separadamente en los casos concretos. En el inciso primero del artículo 30 ER

se presentan en forma acumulativa, más cercana a los contenidos del dolo natural del DCE, que requiere voluntad y conocimiento. Lo que sí ocurre en el RL es que según la modalidad de dolo, habrá una preeminencia o mayor intensidad del elemento volitivo sobre el cognoscitivo o viceversa. Sin embargo, algunos autores entienden que los apartados 2 y 3 del ER, permiten separar los elementos materiales que requieren intención y los que exigen conocimiento. La intención solo se refiere a la conducta y las consecuencias, mientras el conocimiento opera sobre las circunstancias y las consecuencias. La intención y el conocimiento deben operar concurrentemente, con respecto a las consecuencias.

DÉCIMA QUINTA. El inciso primero del artículo 30.1 del ER, prescribe la responsabilidad por actuación con intencionalidad y conocimiento, que son los únicos grados subjetivos expresamente mencionados. La imprudencia ha sido introducida bajo una interpretación judicial con fundamento en este inciso, que determina la posibilidad de que dicha regla general (intención y conocimiento), se modifique por otra disposición. Lo cual permitiría aceptar otras clases de *mens rea* o una aplicación separada de la intención y el conocimiento. Así la CPI ha incluido la imprudencia o culpa, en casos de responsabilidad del superior, interpretando el artículo 28 del ER.

DÉCIMA SEXTA. En el derecho anglosajón los intervinientes en un delito se dividen en dos categorías: *principals* y *accessories*, correspondiendo a las figuras de autores y partícipes del DCE. En la CPI, TPIY y TPIR se han utilizado las denominaciones del DA. La jurisprudencia ha establecido que la colaboración de los accesorios debe haber sido sustancial para la comisión del delito por el perpetrador, mientras que la contribución de los autores, objetivamente, debe haber sido mayor que la de los secundarios y esencial para la realización del delito. Debe reconocerse que los conceptos de contribución sustancial, esencial o significativa, no han tenido la debida uniformidad en la jurisprudencia. En cuanto a la *mens rea*, en términos generales, se hace una diferenciación entre principales y accesorios, exigiendo para aquellos, intención de cometer y/o conocimiento del delito, mientras que para los segundos su intención y conocimiento, o su intención, está dirigida a inducir o cooperar con el principal, previendo los actos intencionales de comisión del crimen por parte del autor. La jurisprudencia de la CPI ha interpretado que los autores pueden ser autores directos individuales, co-perpetradores directos, autores indirectos individuales y co-perpetradores indirectos. El autor directo

individual es quien realiza físicamente por sí solo el crimen, teniendo control del mismo. La jurisprudencia de la CPI ha mencionada expresamente la teoría del dominio del hecho o teoría del control sobre el crimen.

DÉCIMA SÉPTIMA. El autor indirecto individual es el que realiza por medio de otro un delito, teniendo control del mismo y siendo el único que lo tiene. El otro sujeto, quien realizó directamente el delito, puede haber actuado sin dolo o coaccionado, o como accesorio. El autor indirecto individual sigue caracterizándose por aportar la conducta esencial para la comisión del delito, pues el sujeto utilizado como instrumento o el accesorio, no tienen esa nota distintiva. Es el hombre de atrás, en la terminología del derecho continental europeo. El *mens rea* del autor indirecto, es igual al que se requiere para el autor directo, debe tener intención y conocimiento para cometer el delito, de conformidad al artículo 30 ER. El co-perpetrador directo es el que realiza físicamente junto con otros el delito, teniendo un control del mismo, repartido entre los coautores. La contribución al delito se hace en forma física o directa y no es exclusiva para uno solo de los perpetradores. Los co-perpetradores generalmente tienen un acuerdo común, lo que no significa necesariamente que deba existir un plan. La CPI ha establecido que al implementar el plan, los co-perpetradores ejercen control conjunto sobre los crímenes. Dada la posición de cada miembro y su rol de acuerdo al plan, los sujetos hacen una contribución esencial y coordinada para su realización.

DÉCIMA OCTAVA. El artículo 25.3 b) ER, fuera del caso de las órdenes que instruye un autor, contiene tres conductas de accesorios: el que ordene- *orders*-, el que proponga-*solicits*- o el que induzca-*induces*- la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. Se puede entender que la calidad que tienen los involucrados en esta disposición, es la de los inductores o instigadores del DCE. Mientras, en el derecho anglosajón, podrán tener equivalentes en las acciones de inducir, instigar, solicitar, procurar, etc. El artículo 25 3 (c), trata de los cómplices o cooperadores, pues se refiere a los que con el propósito de facilitar la comisión de un crimen, ayuden, animen o de otra manera ayuden en su comisión o tentativa de comisión, incluida la provisión de los medios para su comisión.

DÉCIMA NOVENA. La empresa criminal común o conjunta, no ha sido una figura creada por la CPI, sino por el TPIY y seguida por otros tribunales *ad hoc*. Sin embargo,

el artículo 25 3 d) del ER, contiene un caso de participación conjunta organizada. Es una figura especial que atiende a las características típicas de los crímenes internacionales, que se realizan en forma colectiva y sistematizada. Se han distinguido tres clases de ECC: 1) JCE I, actuando bajo designio común, con la misma intención, bastando probar que el acusado participó voluntariamente en uno de los aspectos del plan; 2) JCE II, actos realizados por una unidad militar o administrativa, como los campos de concentración bajo los designios de un plan concertado, donde la intención se infiere de la posición de autoridad, y; 3) JCE III, actos que están más allá del designio común específico, pero que forman parte del plan general y son previsibles, o se trata de hechos que habían acordado los perpetradores, pero que cometidos por uno de ellos, son la consecuencia natural y previsible de la realización de ese propósito común. Los requisitos de la *mens rea* de las categorías primera y tercera de la ECC, son diferentes, pues la ECC I, exige que todos los intervinientes en la misma, compartan la misma intención. Lo cual no significa que deba probarse que cada imputado estuvo de acuerdo con la realización de cada uno de los delitos, pero es necesario probar que entre los miembros que cometieron físicamente el delito y el acusado, existió un plan común para cometer al menos ese delito.

VIGÉSIMA. En cuanto a la *mens rea* de la JCE II, debe haber conocimiento de la naturaleza del sistema de malos tratos y la intención de promover el diseño común de malos tratos. Tal intención puede probarse ya sea directamente o como una cuestión de inferencia a partir de la naturaleza de la autoridad del acusado dentro del campo o jerarquía organizacional. Los sujetos que son parte de la ECC son principales. Los accesorios, tales como los cómplices o los instigadores, podrían ser responsabilizados en conexión con los autores, pero sin asumir el acuerdo o plan común y, por lo tanto, sin pertenecer a la ECC. Como requisito de *mens rea* para los accesorios, basta el conocimiento -*knowledge*- de la asistencia o ayuda al principal para la comisión de un específico delito. Por el contrario, en el caso de designio o propósito común se requiere un compromiso mayor, por ejemplo, ya sea intentar cometer el crimen o intentar perseguir el designio delictivo común, además de la previsión de que tales crímenes fuera del propósito criminal común podrían ser probablemente cometidos.

VIGÉSIMA PRIMERA. Sobre la responsabilidad imprudente del artículo 28 del ER, hay diversidad de opiniones, si la expresión "debió haber tenido conocimiento" se refiere a una *recklessness* o la *negligence*, cuestión que tendría una solución más clara al

identificar la primera con la culpa consciente y la segunda la culpa inconsciente. De esta manera la *mens rea* correspondería a *negligence*, pues el superior, no advierte ningún riesgo de lesión del bien jurídico. Se entiende como caso distinto el del art. 28.b) ER, en el que el superior "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos". En estos casos estamos frente a una figura intencional, supuesto conocido en el DA como ceguera intencional o *wilful blindness,* que se ha asimilado al *dolus eventualis*. Se trataría de rechazar informarse adecuadamente sobre los hechos delictivos, pero cuando ya el superior tiene algunos indicios o información incompleta o de un modo general, como una sospecha. Relacionando los artículos 25 y 28 del ER y tomando en cuenta la jurisprudencia del DPI, se puede concluir que la responsabilidad subjetiva del superior jerárquico, puede ser dolosa por comisión y dolosa por omisión, pero también imprudente por omisión. Cuando el sujeto "debió haber sabido" (conocimiento constructivo), se podrían diferenciar dos tipos de casos: un estado mental que consiste en abstenerse deliberadamente de hacer indagaciones, cuyo resultado la persona no desea conocer, y un estado mental que consiste simplemente en dejar de hacer las indagaciones que una persona razonable y prudente haría. El caso de cerrar los ojos –*wilful blindness*- es conocimiento real a los ojos de la ley, mientras que el dejar de investigar, por no advertir el riesgo, es *negligence*.

VIGÉSIMA SEGUNDA. Sobre el *mens rea* o elemento subjetivo para establecer la responsabilidad del superior, teniendo en cuenta el tratamiento diferenciado para los jefes militares y los superiores civiles, se requiere para los primeros, que hubieren sabido o hayan podido saber, que los efectivos militares estaban cometiendo delitos o se proponían realizarlos (artículo 28 a) i) ER); mientras que a los superiores civiles se les exige tener conocimiento (haber sabido) o deliberadamente que hubieren hecho caso omiso de información, que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (artículo 28 b) apartado i) EPCI). Esta diferenciación implicaría que a los superiores civiles no se les aplicaría sanción por "haber debido saber" y no les sería aplicable la negligencia inconsciente.

VIGÉSIMA TERCERA. Se ha determinado que los sistemas de derecho más relevantes del derecho, son el anglosajón y el europeo continental, por ello son los apropiados para unificar conceptos de responsabilidad subjetiva en el DPI, no solo por el número de

Estados que siguen estos sistemas, sino porque son los únicos que plantean una estructura completa del delito. Como se ha advertido a través del estudio de los conceptos y modalidades de la mens rea o responsabilidad subjetiva, muchas teorías son tan variadas que presentan una diversidad de definiciones a nivel doméstico, tanto en el derecho anglosajón como en el derecho continental europeo. Algunas de esas doctrinas son similares entre ambos modelos de derecho y con ello permiten reconocer que una formulación escrita de la doctrina de la responsabilidad subjetiva, en el Estatuto de Roma o en sus normativas anexas, no tendría dificultades en ser entendida y aplicada correctamente en el DPI, por jueces, fiscales y demás operadores, formados en los diversos sistemas.

Por lo que en consideración a todo lo anterior, se hacen las siguientes propuestas:

PRIMERA. Reconocer expresamente el principio de culpabilidad o *principle of fault* o *principle of culpability*, en el Estatuto de Roma. El principio debería formularse conforme los contenidos que se expresaron y que reúnen el concepto como derecho humano, esto es, la responsabilidad individual o personal, responsabilidad subjetiva, capacidad de responsabilidad o culpa y proporcionalidad. Para ello debe procederse a reformar el ER.

SEGUNDA. Reformar el Art. 21 del ER para que cumpliendo con las obligaciones internacionales, en vez de ser referente de interpretación, las normas de derechos humanos tengan aplicación preeminente. Es decir, se establezca que las normas de derechos humanos, prevalecen sobre cualquier disposición del DPI y deberán ser aplicadas directamente a los casos que se conozcan en la CPI.

TERCERA. Crear una Parte General o *General Principles*, de forma sistematizada, en una normativa adicional o constituyendo la parte inicial de los Elementos de los Crímenes. En esta parte debe definirse con amplitud, los principios, una estructura del delito, las modalidades de responsabilidad subjetiva y el concurso de delincuentes. No se propone importar conceptos y jurisprudencia del CL y RL, sino definir conceptos propios del DPI teniendo en cuenta las coincidencias con tales sistemas.

CUARTA. En esta coexistencia de tribunales internacionales falta un director que facilite la visión común. La Corte Penal Internacional, como tribunal universal, debería ser la institución que asumiera la tarea de fijar la jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales penales internacionales, que se creen a futuro. Para ello se requieren reformas en el ER, en las que se atribuya a sus Cámaras o Salas de Apelación la tarea de fijar la jurisprudencia obligatoria, con tres sentencias uniformes sobre el mismo asunto, sin que esto impida la observancia del principio de independencia de los jueces de cualquier tribunal penal internacional; ni que ello produzca la petrificación del DPI. Con el objeto de realizar este propósito, se sugiere acudir a la regla de que los cambios de jurisprudencia requieren razonamiento o motivación específica. Además, se debería atribuir competencia a las Cámaras de Apelación de la CPI, para que dicten opiniones, sobre puntos específicos de DPI, cuando así lo requieran otras Cámaras de Apelación de tribunales penales internacionales.

QUINTA. Reformar el Art.25 ER, conforme la jurisprudencia y las opiniones de los autores del DPI, para definir quienes son principales y accesorios y sin que esto constituya un catálogo cerrado, pues en la actualidad solo se atribuyen conductas que dan lugar a responsabilidades penales, pero no se hace referencia a la calidad que tiene cada una de las conductas. Considerando las similitudes sobre las modalidades de responsabilidad entre el DA y el DCE, se propone que se exprese que los principales o autores – *principals or perpetrators*- son el autor directo, el autor indirecto y los coautores, reservando el concepto de accesorios para los instigadores -*instigators*- y los cómplices -*aiders and abettors*-. Asimismo, en la Parte General que se propone en la Introducción de los Elementos de los Crímenes, se deben establecer distinciones básicas de los conceptos, como aquellos elementos materiales y mentales mínimos que distinguen a cada clase de autor y accesorio, de tal manera de dejar en claro sus características más importantes. Esto serviría también de fundamento a una reforma de las reglas de imposición de las penas, del artículo 78.1 del ER y el artículo 145 c) de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, para cumplir con el principio de proporcionalidad, asignando penas diferenciadas bajo un catálogo básico preestablecido.

SEXTA. Reformar el art.30 ER, para clasificar la intención en directa individual, directa conjunta, indirecta individual y la indirecta conjunta, así como definir sus características básicas Se deberían también establecer las características básicas de la intención general

y la intención específica. Se debe incluir la figura del *dolus eventualis*, dejando en claro que la *recklessness* equivale a la negligencia consciente y la *negligence* corresponde a la imprudencia inconsciente. La intención indirecta *-oblique intent-*, sería equivalente al dolo indirecto o de consecuencias necesarias del DCE, en donde existe la concurrencia de un propósito principal y otro que se considera necesario para alcanzar el primero. El *dolus eventualis* debería tener por elemento, no la posibilidad, que es término ontológico, sino la probabilidad rayana en la certeza de que el hecho se produzca o el resultado casi cierto o prácticamente seguro y la aceptación o conformidad con el hecho. Igualmente como debe ocurrir para la creación de la Parte General y las modalidades de participación, no debe ser pretensión importar conceptos y jurisprudencia del CL y RL sin más, sino definir conceptos propios del DPI teniendo en cuenta las coincidencias o conexiones con tales sistemas.

SÉPTIMA. Reformar el artículo 28 para definir expresamente el *mens rea* requerido para los superiores. Esto es, los casos de intención y los de negligencia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y REVISTAS

ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALLEN, MICHAEL J., *Elliott and Wood's cases and materials on Criminal Law*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

ALONSO, MARÍA LUZ, «La Perduración del Fuero Juzgo y el Derecho de los Castellanos de Toledo», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 48, 1978.

AMBOS, KAI- DUFF, ANTONY- ROBERTS, JULIAN- WEIGEND, THOMAS & HEINZE, ALEXANDER (Eds.), *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*, Volume I, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

AMBOS, KAI, HEINZE, ALEXANDER, RACKOW, PETER and GOVERNA, JACOPO, *Treatise on International Criminal Law*: *Volume I: Foundations and General Part*, second ed., Oxford University Press, New York, 2021.

AMBOS, KAI, «Individual Criminal Responsibility», en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court,* Triffterer, Otto, edit., second edition. C.H. Beck-Hart-Nomos, Munich, 2008.

AMBOS, KAI, *Dominio del Hecho por Dominio de la Voluntad en virtud de Aparatos Organizados de Poder*, traducción Manuel Cancio Meliá, Cuadernos de Conferencias y Artículos No 20, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

AMBOS. KAI, «La responsabilidad del superior en el Derecho Penal Internacional». Traducción del inglés de Oscar Julian Guerrero y Mónica Karayan. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LII, 1999.

AMBOS, KAI, «Creatividad Judicial en el Tribunal Especial para el Líbano:¿Es el Terrorismo un Crimen Internacional?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, No. 7, UNED, México 2012.

AMEZCUA, LUIS, «Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 8. Editorial Porrúa, México, D.F., 2007.

ANDER-EGG, EZEQUIEL, *Diccionario de Psicología*, 3a. edición. Editorial Brujas, Córdoba, 2016.

ANDREU GALVEZ, MANUEL y DÍEZ SPELZ, JUAN FRANCISCO, «Los derechos humanos libertarios: un producto de la modernidad», en *Derechos Humanos: Perspectivas de Juristas Iusnaturalistas*, HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN A. (Coordinador), TOMO I, Sustento Histórico, Antropológico y Filosófico de los Derechos Humanos, Tirant lo Blanch, México, 2022.

ARISTOTLE, *The Nichomachean Ethics*. Translated by Peters, F.H. 10th Edition. Kegan Paul, Trench, Trübner & Co. Ltd. London, 1906.

ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Curso de Derecho Penal: parte general*, (3a. ed.), Ediciones Experiencia, Barcelona, 2016.

ARROYO ZAPATERO, LUIS, «Principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea», en *Rev. Penal. Ed. Praxis*, Barcelona 1999.

ASHWORTH, ANDREW, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 1999.

BAKER, DENNIS, *Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2012.

BARRERA-VÁSQUEZ, ALFREDO, *Los Mayas. Historia Documental de México*, cuarta edición corregida y aumentada, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Históricas. México D.F. 2013.

BASSIOUNI, CHERIF, «El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido». Trabajo publicado por vez primera en la *Revue Internationale de Droit Penal*, 1974, con el título *An Appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law*, y reproducido con algunas modificaciones en BASSIOUNI, CH., *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code, Sijthoff & Noordhoff*, Alphen aan den Rijn, traducción Jose L. De La Cuesta Arzamendi, The Netherlands, 1980.

BASSIOUNI, M. CHERIF, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd rev. ed., International and Comparative Criminal Law Series, Martinus Nijhoff, Leiden, 2013.

BENDA, ERNESTO, «Dignidad humana y derechos de la personalidad», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE Y OTROS, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

BERMANG, PAUL, *Criminal Law*, 3th edit., Nolo, Berkeley, CA., 2016.

BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS y ROCA DE AGAPITO, LUIS, *Las Consecuencias Jurídicas Del Delito*, Manuales, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BERNAL DEL CASTILLO, JESÚS, *Derecho Penal Comparado. La definición de delito en los sistemas anglosajón y continental*, Atelier, Barcelona, 2011.

BLACK'S LAW DICTIONARY, 7ª ed., West Group, Minnesota, 1999.

BOAS, GIDEON, SCHABAS, WILLIAM y SCHARF, MICHAEL, *International Criminal Justice: Legitimacy and Coherence*, Northampton, MA, USA, 2012.

BOMBILLAR SÁENZ, FRANCISCO MIGUEL, «El Sistema Constitucional del Reino Unido», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (ReDCE). Año 8. Núm. 15. Enero-junio/2011.

BOTICA, AURELIAN, *The Concept of Intention in the Old Testament, Philo of Alexandria and the Early Rabbinic Literature: a Study in Human Intentionality in the area of Criminal, Cultic and Religious and Ethical Law*, Gorgias Press, NJ, 2011.

BOTTERELL, ANDREW, «Understanding The Voluntary Act Principle», en TANGUAY-RENAUD, FRANCOIS and STRIBOPOULOS, JAMES, *Rethinking Criminal Law Theory: New Canadian Perspectives in the Philosophy of Domestic, Transnational, and International Criminal Law*, 17a Ed., Hart Publishing, Oxford, 2012.

BOWKER, JOHN, *The concise Oxford Dictionary of world religions*. Oxford (Reino Unido): Oxford University Press, 1997.

BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN, *Los límites a los derechos fundamentales*, Tesis doctoral, UCM, 2015.

BRANDON, S.G.F, *A Dictionary of comparative religion*, Scribner´s Sons, New York, 1970.

BÜCK, VALENTINE, « El Consejo Constitucional y las reformas penales recientes», en *Documentos del Consejo Constitucional*, No. 10 - mayo 2001.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO-CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO, Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta, Buenos Aires, 2006.

CADENA AFANADOR, WALTER y DEVIA GARZÓN, CAMILO, «Timor-Leste o la Construcción de la Nación en un Estado Fallido», en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol.5 no.2 Bogotá July/Dec. 2010.

CARRARA, FRANCESCO, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Tomo I, traducida por Octavio Béeche y Alberto Gallegos, ILANUD- Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2000.

CAMPOS, BIDART, Tratado Elemental del Derecho Constitucional Argentino. Tomo I-A. Ediar, Buenos Aires, 2000.

CÁRDENAS ARAVENA, CLAUDIA ARAVENA, «El Principio de Culpabilidad: Estado de la Cuestión», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 15-N° 2, 2008.

CARLAN, PHILIP E., An Introduction to Criminal Law, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, MA.,2011.

CARO CORIA, DINO CARLOS, "El Elemento Subjetivo del Crimen Imputado en el Caso Lubanga", en Análisis de la Primera Sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga. Ambos, Kai y otros. Editores. Konrad- Adenauer-Stiftung e. V. Bogotá, Colombia. 2014.

CARRIÓ, ALEJANDRO, *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*, 5ta. Edición actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi - José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2006.

CASASOLA GOMEZ AGUADO, ALFONSO, *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*, Dykinson, Madrid, 2018.

CASSESE, ANTONIO, *International Criminal Law*, Second Edit., Oxford University Press, NY, 2008.

CATHOLIC UNIVERSITY OF AMERICA, New Catholic Encyclopedia, Thomsom Gale, Detroit, 2003.

CHAN, WINNIE- SIMESTER, A.P., «*Four Functions Of Mens Rea*». Cambridge Law Journal, 70(2), July 2011.

CICERÓN, MARCO TULIO, *De los Oficios, Libro Primero*, Capítulo XXV, Imprenta Real, Madrid, 1788 (Traducción de Manuel de Valbuena).

CICERONIS, M. TVLLI, *De Officiis. Liber Primvs*. 89. (Traducción automática) http://www.thelatinlibrary.com/cicero/off1.shtml#89

CICR, *¿Qué es el derecho internacional humanitario?*, 2004.

CIMIOTTA, EMANUELE, *I Tribunali Penali Misti*, CEDAM, Milán, 2009.

CLAPHAM, ANDREW, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, New York, 2006.

CLARK, MARY T, *Augustine: philosopher of freedom; a study in comparative philosophy*, Desclée Company. New York, 1958.

CLARKSON, CHRISTOPHER M. V., *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2010.

COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS S, *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia,1996.

COKE, EDWARD, *The Third Part of The Institutes of the Laws of England*, Printed by M Flesher for W. Lee and D, Pakeman, London, 1629.

CORRECHER MIRA, JORGE, *Principio de Legalidad. Penal: Ley Formal Vs. Law in Action*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

COX, BRIAN L., «Recklessness, Intent, and War Crimes: Refining the Legal Standard and Clarifying the Role of International Criminal Tribunals as a Source of Customary International Law», in *Georgetown Journal of International Law*, Vol.52, Cornell Law Faculty Publications, Cornell University, 2020.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, LIBRO VERDE: *La presunción de inocencia*, Bruselas, 26.4.2006 COM (2006)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13, diciembre 2013.

CONSUEGRA ANAYA, NATALIA, *Diccionario de Psicología*, ECOE Ediciones, Bogotá, 2022.

CORRAL MARAVER, NOELLIA, *La política criminal de la Unión Europea*, Editorial Reus, 1ª Edición, Madrid, 2020.

COUSO SALAS, JAIME, *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Tirant Lo Blanch, 2005.

CRAWFORD, EMILY, *International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

CORNFORD, ANDREW, «Beyond Fair Labelling: Offence Differentiation in Criminal Law», en *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 42, Issue 4, Winter 2022.

CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON, DARRYL y WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 3th edition, Cambridge, 2014.

CUELLO CALÓN, EUGENIO, «La Reforma de la Legislación Penal de la Unión Soviética», *Dialnet. Unirioja*, 1960.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN Y OTROS, *Curso De Derecho Penal*, Editorial Tecnos, s/l, 2022.

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN, «¿Tipicidad sin Tipo Subjetivo? Sobre lo Inescindible del Tipo Objetivo y el Tipo Subjetivo en Teoría del Delito», en Cuadernos de Política Criminal, Número 132, III, Época II, 2020. Págs. 25-66.

CUNEO NASH, SILVIO, «El Neorrealismo Italiano y la Co-Culpabilidad», en PERIN, ANDREA (Edit.), *Imputación penal y culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DAVENPORT, ANNIKEN, *Basic Criminal Law: The U.S. Constitution, Procedure, and Crimes*, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2006.

DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, JESÚS y CONTRERAS BUSTAMANTE, RAÚL, *Diccionario Jurídico*, Tirant Lo Blanch, México, 2019

DE SILVA GUTIÉRREZ, GUSTAVO, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2021.

DENG, FRANCIS M. Y OTROS, *Sovereignty as Responsibility. Conflict Management in Africa, Brookings Institution Press*, Washington DC, 1996.

DICKER, GEORGES, *Descartes : An Analytical and Historical Introduction*. Vol. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2013.

DIEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *Derecho Penal Español, Parte General*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

DIEZ RODRIGUEZ, ELENA, *El Principio de Justicia Universal contra la Impunidad de Crímenes Internacionales*, primera edición, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2018.

DIHLE, ALBRECHT, *The theory of will in classical antiquity*, Berkeley: University of California Press, Berkeley, 1982.

DILMAN, ILHAM, *Free Will*, Routledge, London, 2001.

DIX, GEORGE E., *Criminal Law*, 19th edit., Gilbert, St. Paul, 2016.

DONDÉ MATUTE, FRANCISCO JAVIER, *Derecho Penal Internacional*, 1ª edición, México, Editorial Oxford University Press, 2008.

DONNA, EDGARDO ALBERTO, «Capacidad de Culpabilidad o Inculpabilidad», en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, abril 1998.

DRESSLER, JOSHUA, *Cases and Materials on Criminal Law*, Thomson/West, St. Paul, MN., 2007.

DRESSLER, JOSHUA, *Understanding Criminal Law*, 7th. Edit., LexisNexis, New Providence, NJ, 2015.

DUBBER, MARKUS, AND TATJANA HÖRNLE, *Criminal Law: A Comparative Approach*, Oxford University Press, Incorporated, 2014.

DUFF, ANTONY y GREEN, STUART P. (Edit.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, Oxford University Press. New York, 2005.

DURAND, FRÉDÉRIC, «Three Centuries of Violence and Struggle in East Timor (1726-2008)», en *Mass Violence & Resistance (MV&R),* 14 October, 2011.

EL ZEIDY, MOHAMED M., «The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law», in *Michigan. Journal of International Law*, Vol. 23, Issue 4, Págs. 869-967 (2002).

ELEWA BADAR, MOHAMED, «Dolus Eventualis and the Rome Statute Without It?», en *New Criminal Law Review*, University of California, 2009, Vol. 12, Number 3.

ELEWA BADAR, MOHAMED, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, Bloomsbury Publishing, Kindle Edition, 2013.

ESQUINAS VALVERDE, PATRICIA, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, GARCÍA AMEZ, JAVIER y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO J., «Neurociencias y Derecho Penal de un sistema de libertades Derecho Penal y Comportamiento Humano», en *Avances desde la Neurociencia y la Inteligencia Artificial*, CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, (director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

FERNÁNDEZ BUDAJIR, LUIS GUILLERMO, *Aproximación al concepto de Willful Blindness y su Tratamiento en Criminal Law*, Tesis, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2018.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *Derecho Público Romano*. 24ªed. Tratados y Manuales, Capítulo VI, Cizur Menor, 2021.

FERNÁNDEZ RIVEIRA, ROSA MARÍA, «El Modelo Británico de Nombramientos Judiciales: Judicial Independence in Law», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 44, 2019

FERRANTE, MARCELO, «Argentina», en *The Handbook of Comparative Criminal Law. Stanford Law Books*. Heller, Kevin Jon & Dubber, Markus, Stanford University Press, California, 2011.

FERRARO, JOSEPH, «Freedom and Determination in History According to Marx and Engels», *Monthly Review Press*, New York, 1992.

FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de Filosofía*, Tomo I, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1964.

FERRER ARROYO, FRANCISCO JAVIER, «El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista Jurídica* año 2014 número 1, Universidad de Palermo. Buenos Aires, 2015.

FISSE, BRENT, *Howard's Criminal Law*, The Law Book Company Limited, Sydney, 1990.

FITZJAMES STEPHEN, JAMES, *A History of The Criminal Law of England*, Vol II, Cap. XVIII, Mc Millan and Co., London, 1883.

FLETCHER, GEORGE P, *The Grammar of Criminal Law*, Volume one: Foundations, Oxford University Press, Nueva York, 2007.

FLETCHER, GEORGE P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.

FLETCHER, GEORGE, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 1998.

FLETCHER, GEORGE, *Gramática del Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde (trad.), Hamurabi, Buenos Aires, 2008.

FRASCHINA, ANDREA VERÓNICA, *Análisis comparativo de la competencia de los distintos Tribunales Penales Internacionales e Internacionalizados*, Memoria de Investigación, No.21, para la Fundación Cátedra Iberoamericana, Universidad de Baleares, Palma de Mallorca, 2008.

FRAMARINO DEI MALATESTA, NICOLA, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, Vol. I, traducida por Carrejo, Simón y Guerrero, Jorge. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997.

FREDE, MICHAEL and LONG, A. A., *A Free Will : Origins of the Notion in Ancient Thought*, Sather Classical Lectures, University of California Press, Berkeley, 2011.

DURAND, FRÉDÉRIC, «Three Centuries of Violence and Struggle in East Timor (1726-2008)», en *Mass Violence & Resistance (MV&R),* 14 October, 2011.

FROHLICH, JOEL. «¿Existe el libre albedrío?», en *Knowing Neurons*, 14 de mayo 2022. https://knowingneurons.com/es/existe-el-libre-albedrio/

FRY, ELINOR y VAN SLIEDREGT, ELIES, «Targeted Groups, Rape and Dolus Eventualis: Evaluación de las contribuciones de la ECCC al derecho penal internacional

sustantivo», en *Journal of International Criminal Justic*e , vol.18, número 3, julio de 2020.

FUENTESECA, PABLO, «El Derecho romano y la historia del Derecho Europeo», en *Fundamentos Romanísticos Del Derecho Contemporáneo*, Tomo XI, Biblioteca Jurídica Digital BOE, Ourense, 1998.

GARCÍA AMEZ, JAVIER, «Delito de Acción. La Tipicidad», en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL Y OTROS, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

GARCÍA SÁNCHEZ, JUSTO, (dir.), *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, editores: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano: Boletín Oficial del Estado, BOE. Madrid 2021

GARROCHO SALCEDO, ANA MARÍA, «La Responsabilidad del Superior por Omisión», en *Derecho Penal Internacional*, Gil y Maculan (dirs.), 2ª ed., Dykinson. Madrid, 2019.

GARROCHO SALCEDO, ANA MARÍA, «Imprudencia y Derecho Penal Internacional: Algunas Consideraciones sobre su Previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº. 19, 2017.

GIL IBAÑEZ, JOSÉ LUIS, *Temas de Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional*, Colex, Madrid, 2007.

GIL RENDÓN, RAYMUNDO, *El control Constitucional y los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2021.

GIL Y GIL, ALICIA, «El Elemento Subjetivo de los Crímenes (Mens Rea)», en GIL Y GIL, ALICIA y OTROS, *Derecho Penal Internacional*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2019.

GIL Y GIL, ALICIA. «Imprudencia y Derecho Penal Internacional: Algunas Consideraciones sobre su Previsión en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.» en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, ISSN-e 1695-0194, Nº. 19, 2017.

GIL y GIL, ALICIA Y MACULAN, ELENA, (directoras), *Derecho Penal Internacional*. Madrid, Editorial Dykinson, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Sección de Publicaciones, Universidad de Madrid, Madrid, 1966.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

GREPPI, EDOARDO, «La Evolución de la Responsabilidad Penal Individual bajo el Derecho Internacional», en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, artículo publicado el 30-10-1999, número 835.

GROS ESPIELL, H., *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

GUANAIS DE AGUIAR FILHO, OLIVEIROS, *Imprudencia Inconsciente y Derecho Penal de la Culpabilidad*, Tesis doctoral, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2015.

HERRING, JONATHAN, *Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, GB, 2016.

HERRING, JONATHAN, *Great Debates in Criminal Law*, 2tn edit., Basingstoke: Palgrave Macmillan, Hampshire, 2012.

HESSE, CONRADO, «Significado de los derechos fundamentales», en BENDA, ERNESTO y OTROS, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

HIRSH, HANS JOACHIM, *Derecho Penal. Obras Completas*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

HØGESTØL, SOPHIE A.E., «The Habré Judgment at the Extraordinary African Chambers: A Singular Victory in the Fight Against Impunity», en Nordic Journal of Human Rights, Vol. 34, asunto 3, 2016.

HOLMES, JOHN, *The Principle of Complementary. The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Chapter One, Edited by Roy S. Lee, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1999.

HORDER, JEREMY, *Ashworth´s Principle of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

HUXLEY-BINNS, REBECCA, *Criminal Law : Law Revision and Study Guide*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

JACKOBS, GHUNTER, *Derecho Penal Parte General*, (trad. Cuello Contreras, Joaquín-Serrano González, José Luis), Marcial Pons, Madrid, 1997.

JESCHECK, HANS HEINRICH, «El Principio de Culpabilidad como fundamento y límite de la Punibilidad», en *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, 1995.

JESCHECK, HANS HENRICH, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª edición, Traducción de Manzanares Samaniego, José Luis, Editorial Comares, Granada, 1993.

JESCHECK, HANS-HEINRICH, «Evolución del Concepto Jurídico Penal de Culpabilidad en Alemania y Austria», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (trad. Esquinas Valverde, Patricia), 2003.

JIMÉNEZ, EZEQUIEL, «Hybrid Tribunals as Capacity Building: ¿Narrowing The Impunity Gap?», en *Revista En Letra*, publicación del Centro de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Jurídicas y Sociales, número 4, Tomo II, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, CUSTODIA, *Dominio del hecho y Autoría Mediata en Aparatos Organizados de Poder*, Dykinson, Madrid, 2017.

JONES, OWEN D., MONTAGUE, READ and YAFFE, GIDEON †, «Detecting Mens Rea in the Brain», en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 169, No.1, 2020.

JONES, DAVID ARTHUR, *Crime and Criminal Responsibility*, Nelson- Hall. Chicago, 1978.

JONES, TIMOTHY H., *Criminal Law*, Thomson/W. Green, Edinburgh, 2008.

KADIDIATOU, HAMA, *Le statut et les fonctions du juge pénal international*, L'Harmattan, París, 2014.

KADISH, SANFOR H. and SCHULHOFER, STEPHEN J., *Criminal Law and its Processes*, Fifth Edition, Little Brown and Company, fifth edit., Boston, USA, 1989.

KANT, INMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2008.

KEILER, JOHANNES and ROEF, DAVID, *Comparative Concepts of Criminal Law*, Intersentia, Cambridge, UK, 2015.

KEIM CAMPBELL, JOSEPH, O'ROURKE, MICHAEL and SHIER, DAVID, *Freedom and Determinism*, 9th edit., A Bradford Book, Cambridge, 2004.

LARENZ, KARL, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas, Madrid, 1993.

LARRAÑAGA MONJARÁZ, PABLO, *La Responsabilidad*, Tesis doctoral, Universidad de Alicante, Valencia, 2016.

LASCANO, C. J., director, *Derecho Penal Parte General*, Advocatus, Córdoba, 2002.

LAW COMISSION. CRIMINAL LAW, *A Criminal Code for England and Wales*. Volume 1. Report and Draft Criminal Code Bill.

LEVEAU, FANNY, «Liability of Child Soldiers Under International Criminal Law», in *Osgoode Hall Review of Law and Policy*, York University of Canada, York, 2014.

LEVENSON, LAURIE L., The Glannon Guide to Criminal Law, fourth edit., Wolters-Kluwer, New York, 2015.

LEVINE, EUGENIA, «Command Responsibility. The Mens Rea Requirement», en *Global Policy Forum*, February, 2005.

LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, «Capítulo V. Los Tribunales Penales Híbridos e Internacionalizados en Derecho Penal Internacional», en *Derecho Penal Internacional*, Alicia Gil y Gil y otros, Editorial: Dykinson, 2ª. ed., Madrid, 2019.

LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, *El Crimen Contra la Humanidad*, Dykinson, Madrid, 2015.

LIÑAN LAFUENTE, Alfredo, «La Tipificación del Crimen de Persecución en el Estatuto de Roma y su Primera Aplicación Jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 10-12 (2008).

LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, «La Tipificación del Crimen de Persecución en el Estatuto de Roma y su Primera Aplicación Jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Recpc.10-12 (2008) - http://criminet.ugr.es/recpc -

LIPPMAN, MATTEW ROSS, *Contemporary Criminal Law: Concepts, Cases, and Controversies*, Sage Publications, 2007.

LIPPMAN, MATTHEW ROSS, MCCONVILLE, SEAN AND YERUSHALMI, MORDECHAI, *Islamic Criminal Law and Procedure: an Introduction*, Praeger, New York, 1988.

LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER, *Derechos Humanos y Justicia Penal*, Poder Judicial, Heredia, Costa Rica, 2007.

LLORENÇ, AGUILERA AGÜERA, «El libre albedrío, ¿una ilusión del cerebro?», en *Revista Cuerpo Mente*.

LONDOÑO S., NÉSTOR RAÚL, «La Obligatoriedad de los Principios de Derecho en el *Common Law* de los Estados Unidos», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, No.106, enero-Junio 2007.

LOVELESS, JANET, *Complete criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

LUZON PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, 3ª Edición, Valencia, 2016.

MACEDO, STEPHEN (edit.), *Universal Jurisdiction : National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004.

MACULÁN, ELENA y GIL Y GIL, ALICIA, «Las Formas de Intervención Punibles: Autoría y Participación», en Derecho *Penal Internacional*, Gil y Gil, Alicia y Otros, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2019.

MACULÁN, ELENA, «Capítulo IV. La Corte Penal Internacional », en Derecho Penal Internacional, de Alicia Gil y Gil y otros, 2ª ed., Editorial Dykinson. Madrid, 2019.

MAGALLÓN IBARRA, J. M., *El Renacimiento Medieval de la Jurisprudencia Romana*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México, 2002.

MALCOLM, JOHN G., «Morally Innocent, Legally Guilty: The Case for Mens Rea Reform», *Federalist Society Review*, Volume 18, Sep. 7, 2017.

MALEKIAN, FARHAD, *Principles of Islamic International Criminal Law. A Comparative Search*, second edition, Brill, Leiden, 2011.

MARGADANT S, GUILLERMO FLORIS, *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*, Dirección General de Publicaciones, UNAM, México, 1971.

MARTÍNEZ, CUSTODIA JIMÉNEZ, «Derecho Penal Comparado. La Definición del Delito en los Sistemas Anglosajón y Continental», en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2012.

MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal Parte General*, (trad. Bofill Genzsh, Jorge y Aimone Gibson, Enrique), Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAYER, MAX ERNST, *Derecho Penal Parte General*, B de F, Montevideo, 2007.

MCALHONE, CHRISTINA, *Criminal Law: The Fundamentals*, Sweet & Maxwell, London, 2013.

MCDIARMID, CLAIRE, *Scottish Criminal Law Essentials*, Third Edition, EUP, Croydon, London, 2018.

MCGRATH, ALISTER E, *Christian Theology: An Introduction*, second edition, Blackwell Publishers, Massachusetts, 1997.

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 7ª. Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2004.

MOLAN, MICHAEL T., *Criminal Law*, 8th ed., OUP, Oxford, 2012.

MOMMSEN, TEODORO, *Derecho Penal Romano*, 1ª edic., Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

MORÁN NAVARRO, SERGIO ARNOLDO, *Manual de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, México, 2022.

MORENO-TORRES HERRERA, MARÍA ROSA, «Las fases de ejecución del delito», en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL Y OTROS, 6ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MORINEAU, MARTA, «Una Introducción al Common Law», 2ª reimp., Capítulo I, *Historia del Derecho Inglés*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general*, 11ª Edición, revisada y puesta al día con la colaboración de Pastora García Álvarez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Teoría General del Delito*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

NASH ROJAS, C., *El Sistema Interamericanos de Derechos Humanos en Acción. Aciertos y Desafíos*, Editorial Porrúa, México, 2009.

NEWTON, MICHAEL A., «El Alto Tribunal Penal Iraquí: Controversias y Contribuciones», en *International Review of the Red Cross*, junio de 2006, N.º 862.

NIKKEN, PEDRO, «La Protección De Los Derechos Humanos: Haciendo Efectiva la Progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en *Revista IIDH*, Vol. 52, 2010.

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2010.

NÚÑEZ, JOSÉ FERNANDO, «El principio de culpabilidad: ente rector de la imputación subjetiva por dolo o por imprudencia», en *Revista Jurídica Digital*, Universidad de los Andes, 2019.

EBBE, OBI N.I.(Edit.), *Comparative and International Criminal Justice Systems : Policing, Judiciary, and Corrections*, CRC Press, Taylor & Francis Group, Boca Ratón, 2013. Págs.218 y sigs.

O'CONNOR, TIMOTHY and FRANKLIN, CHRISTOPHER, *Free Will, The Stanford Encyclopedia of Phylosophy*, Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), 2022.

O'KEEFE, TIM, "Ancient Theories of Freedom and Determinism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2021.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe Timor-Leste*, 1º de marzo de 2007.

OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR, «La Aplicación del Concepto de Autoría Mediata a través de Aparatos Organizados de Poder por los Tribunales Penales Internacionales: Especial Referencia a los Casos "Al Bashir", "Al-Gaddafi" y "Al-Senussi" ante la Corte Penal Internacional.», en MACULAN, ELENA, GIL, ALICIA, MEJAS, SONIA ALDA Y OTROS, *Intervención Delictiva y Derecho Penal Internacional : Reglas de Atribución de la Responsabilidad en Crímenes Internacionales*, Dykinson, 2013.

OLLÉ SESÉ, MANUEL, *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, La Ley, Madrid, 2008.

ORAEGBUNAM, IKENGA K. E., «Crime and Punishment in Igbo Customary Law: The Challenge Of Nigerian Criminal Jurisprudence», in *African Journal Online*.

ORENTLICHER, DIANE, «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», in *Yale Law Journal*, No 100, Vol IV.

ORLANDO, PABLO, «El Derecho Penal Islámico y su Concepción de la Pena», en *Derecho y Humanidades*, No 16 vol. 1, 2010.

ORTÍZ RODRÍGUEZ, ALFONSO, «Dolo de Ímpetu y Dolo Indeterminado. Formas Imperfectas del Delito», en *Revista Nuevo Foro Penal, EAFIT*, 1(5), Medellín, 2016.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 9ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

PALAVECINO CÁCERES, CLAUDIO, «Culpa y Castigo en la Antigua Grecia», en *Derecho y Humanidades*, No. 16 vol. 1, 2010.

PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

PEREZNIETO CASTRO, LEONEL, *Introducción al Estudio del Derecho*, Tirant lo Blanch, México, 2021.

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *Culpabilidad e Imputación Penal*, Tirant lo Blanch, 2019.

PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *Teoría del Delito*, 3a. reimp. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, 4ª. Edición, Editorial Tecnos, 2021.

PORTOCARRERO OLAVE, F., «Influencia del Derecho Musulmán en el Derecho Español», en *Revista de la Universidad Católica*, Tomo 06 N°7-9 (Oct-Set.-Dic. 1938), Pontificia Universidad Católica de Perú.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, Tomo I, C.S.I. C., Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1955.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3ª Edic., Aranzadi, Navarra, 2002.

RAIMONDO, FABIAN, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, University of Amsterdam, 2007.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Edición del Tricentenario, 2021.

REID, SUE TITUS, *Criminal Law*, 3th. Edit., Prentice Hall, New Jersey, 1995.

REMIRO BROTÓNS, A., *Derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

REYES MILK , MICHELLE E., «El principio de inmunidad de los Jefes de Estado en actividad y su regulación en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional», en *Agenda Internacional*, Año XV, N° 26, 2008.

RITTER VON FEUERBACH - PAUL JOHANN ANSELM, *Tratado de Derecho Penal*, traducido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, 2007

ROACH, KENT, *Criminal Law, Essentials of Canadian Law*, Irwin Law, Sixth Edition, Toronto, 2015.

ROBERSON, CLIFF and O´REILLEY, MICHAEL D., *Principles of Criminal Law*. Seventh Edition, Pearson, Boston, Massachusetts, 2020.

ROBINSON, P.H., «Mens Rea», in *The Encyclopedia of Crime and Justice*, Dressler, Joshua, (Ed. In chief), 2nd Edition, USA, 2002.

ROBINSON, PAUL H., «A Brief History of Distinctions in Criminal Culpability», *The Hastings Law Journal*, Vol.31, 1980. Págs. 815 y sigs.

ROBINSON, PAUL H. and DUBBER, MARKUS D., *The American Model Penal Code: A Brief Overview*, Faculty Scholarship at Penn Law, 131, 2007.

ROBINSON, PAUL H. and CAHILL, MICHAEL T., *Criminal Law*, Wolters Kluwer, New York, 2012.

ROBLES VELASCO, LUIS MARIANO, «Breves Apuntes Sobre los Fundamentos del Derecho Europeo y el Derecho Romano», en *Revista Quaestio Iuris*, 10(1): 291-316 (2017).

RODRÍGUEZ PINZON, DIEGO, MARTÍN, CLAUDIA y OJEA QUINTANA, TOMÁS, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, BID, Washington, 1999.

RODRÍGUEZ RESCIA, VÍCTOR MANUEL, «El Debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos», en: *Liber Amicorum* : Héctor Fix-Zamudio, editado por Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1295-1328. San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

ROMANO, CESARE P. R., NOLLKAEMPER, ANDRÉ Y KLEFFNER, JANN K. (eds.), International Criminal Courts – Sierra Leone, East Timor, Kosovo, and Cambodia, Oxford University Press, Nueva York, 2004.

ROMERO SÁNCHEZ, VÍCTOR MANUEL, «Do Libet's Experiments Deny the Existence of Free Will?», en *Signos Filosóficos*, vol. XVIII, no. 36, July-December, 2016.

ROSSI, GABRIELA, «Lo que es por accidente y sus diversas causas en Metafísica E de Aristóteles», en *Eidos* no.28, Barranquilla, en/junio 2018.

ROTH-ARRIAZA, NAOMI y BERNADEU, ALMUDENA, «Many Roads to Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Conflict Guatemala», en ALMQVIST, JESSICA y ESPÓSITO, CARLOS, (edits.), *The Role of Courts in Transitional Justice : Voices From Latin America and Spain*, Routledge- Edwards Brothers Inc., Lillington, 2012.

ROXIN, CLAUS, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, 7.a ed. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2000.

ROXIN, CLAUS, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, traductor Miguel Ontiveros Alonso, Editorial Ubijus,México, D.F., 2009.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, traducida por Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

RUBIA, FRANCISCO J., *El Fantasma de la Libertad: Datos de la Revolución Neurocientífica*, Editorial Crítica, Barcelona, 2009.

SALVIOLI, FABIÁN, *Introducción a los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SÁNCHEZ VILANOVA, MARÍA, «Primeros pasos de la neuroimagen en el proceso penal estadounidense», en *Política Criminal*, Vol.15, no.29, Santiago, 2020.

SANTA MARÍA D´ANGELO, RAFAEL, «La persona humana como sujeto y objeto del Derecho Internacional de los derechos humanos», en *Derechos Humanos: Perspectivas de Juristas Iusnaturalistas*, HERRERA FRAGOSO, AGUSTÍN A., Tomo I, Tirant Lo Blanch, 2022.

SCHABAS, WILLIAM A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University press, 2012.

SEIX, FRANCISCO, (Editor), *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo XXI, Barcelona, 1910.

SIMESTER, A.P. y SULLIVAN, G.R., *Criminal Law Theory and Doctrine*, sixth edit., Hart Publishing, Oxford, 2016.

SOLER GIL, FRANCISCO JOSÉ, «Relevancia de los Experimentos de Benjamin Libet y de John-Dylan Haynes para el Debate en Torno a la Libertad Humana en los Procesos de Decisión», en *Thémata, Revista de Filosofía*, Número 41, 2009.

SRIRAM, CHANDRA LEKHA- MARTÍN.ORTEGA, SANDRA y HERMAN, JOHANNA, *War Conflict and Human Rights : Theory and Practice*, third edition, Routledge, London, 2009.

STOLLER, ENRIQUE ALBERTO, «Las garantías constitucionales», en *Garantías y Procesos Constitucionales*, SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, (director), EJC, Argentina, 2003.

STOREY, TONY y LIDBURY, ALAN, *Criminal Law*, Willan Publisher, Devon, UK, 2007.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE, Model Penal Code Official Draft and Explanatory Notes, Philadelphia, Pa, 1985.

THOMAS, MARK, *Criminal Law*, Hall & Stott, Second Edition, Saltford, UK, 2020.

THOMPSON, JOSÉ, «Derechos Humanos, Garantías Fundamentales y Administración de Justicia», *Revista IIDH*, 1989, 65-84.

TIMOR-LESTE LEGAL EDUCATION PROJECT (TLLEP), *Introduction to the Laws of Timor-Leste. Criminal Law, Dili*. https://law.stanford.edu/projects/timor-leste-legal-education-project/

TRIFFTERER, OTTO (editor), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, second edit., C.H.Beck- Hart- Nomos, Munich, 2008.

VAN DER VYVER, JOHAN D., «The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law», en *U. Miami Int´l. & Comp. L. Rev*. Vol. 12, Págs.57-149, 2004.

VÁSQUEZ, LUIS DANIEL y SERRANO, SANDRA, *«Los principios de universidad interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica»*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia,2022.

VENTURA, MANUEL J., Y OTROS, "Aiding and Abetting." Chapter. *In Modes of Liability in International Criminal Law*, edited by Marjolein Cupido, Manuel J. Ventura, and Lachezar Yanev, 173–256, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

WASTI, TAHIR, *The Application of Islamic Criminal Law in Pakistan: Sharia in Practice*, Brill, Leiden, 2009.

WERLE, GERHARD y JESSBERGER, FLORIAN, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, , Valencia, 2017

WILLIAMS, GLANVILLE LLEWELYN, *Criminal Law*: *The General Part*, 2d. ed., Stevens, London, 1962.

WILLIAMS, SARAH, *Hybrid and Internationalized Criminal Tribunals: Selected Jurisdictional Issues*, Bloomsbury Publishing Plc, 2012.

ZAFFARONI, E. R., ALIAGA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZHAI, GUOQIANG, «La práctica del control de constitucionalidad en China», en *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 71, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL - RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA Y OTROS, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 5.ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

SITIOS WEB

African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR)	https://achpr.au.int/index.php/en
African Journals OnLine (AJOL)	https://www.ajol.info/index.php/ajol
Amnistía Internacional	https://www.amnesty.org/
Archivo Chile	https://www.archivochile.com/
Asamblea Legislativa de Costa Rica	http://www.asamblea.go.cr/
Asamblea Legislativa de la India	https://legislative.gov.in/
Asociación de Derechos Humanos de La Sorbona	https://adhsorbonne.com/
Biblioteca del Congreso Nacional de Chile	https://www.bcn.cl/portal/
Biblioteca Digital de las Islas Baleares. UIB	http://ibdigital.uib.es/
Biblioteca Jurídica BOE.	https://www.boe.es/biblioteca_juridica
Biblioteca Jurídica Virtual UNAM	https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Cámaras Africanas Extraordinarias	http://www.chambresafricaines.org/
Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya	https://www.eccc.gov.kh/en/
Cambridge Dictionary	https://dictionary.cambridge.org/es/

Casemine	https://www.casemine.com/
Comisión de Derechos Humanos	https://www.ohchr.org
Comisión Europea	https://commission.europa.eu/index_es
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	https://www.oas.org/es/cidh/
Comité Internacional de la Cruz Roja	https://www.icrc.org/es
Consejo Constitucional de Francia	https://www.conseil-constitutionnel.fr
Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos	www.african-court.org
Corte Constitucional de Colombia	https://www.corteconstitucional.gov.co/
Corte Interamericana de Derechos Humanos	https://www.corteidh.or.cr
Corte Internacional de Justicia	https://www.icj-cij.org/
Corte Penal Internacional	https://www.icc-cpi.int
Corte Popular Suprema de la República Popular de China	https://english.court.gov.cn/
Corte Suprema de Canadá	https://scc-csc.lexum.com/
Corte Suprema de Filipinas	https://elibrary.judiciary.gov.ph/
Corte Suprema de India	https://main.sci.gov.in/
Corte Suprema de Justicia de El Salvador	https://www.jurisprudencia.gob.sv/
Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos	https://www.supremecourt.gov
Corte Suprema de Nigeria	https://supremecourt.gov.ng
Corte Suprema del Reino Unido	https://www.supremecourt.uk
Crimeline	https://crimeline.co.uk/about-us/
Cruz Roja España	https://www.cruzroja.es/
Departamento de Estado de Estados Unidos	https://www.state.gov/
Department of Justice Canada (Laws)	https://laws-lois.justice.gc.ca/
Diccionario Merriam Webster inglés - español	https://www.merriam-webster.com/
Diccionario Panhispánico del Español Jurídico	https://dpej.rae.es/

Diccionario Usual del Poder Judicial Costa Rica	https://diccionariousual.poder-judicial.go.cr/
Early English Laws. King´s College London	https://earlyenglishlaws.ac.uk/
El Comité para los Derechos Humanos en Corea del Norte	https://www.hrnk.org/
El Congreso Nacional del Pueblo de la República Popular de China	http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/
Enciclopedia Católica Online	https://ec.aciprensa.com/
Enciclopedia Jurídica	http://www.enciclopedia-juridica.com/
Encyclopaedia Britannica	https://www.britannica.com/
Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia	https://www.eccc.gov.kh/en
E-pg Pathshala (India)	https://epgp.inflibnet.ac.in/
EURLEX (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea)	https://eur-lex.europa.eu/
Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia	https://www.eccc.gov.kh/
Facing History & Ourselves	https://www.facinghistory.org/
Filosofía en español	https://www.filosofia.org/
Fundación DIALNET	https://dialnet.unirioja.es/
Gaceta Oficial de la República de Cuba Ministerio de Justicia	https://www.gacetaoficial.gob.cu/es
Guernsey Bar	https://www.guernseybar.com/
Herramienta de búsqueda legal JADE	https://jade.io/t/home
ICC Legal Tools Database	https://www.legal-tools.org/
Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales (ICLR)	https://www.iclr.co.uk/
Instituto de Formación Legal de Uganda	https://ulii.org/
Instituto de Formación Legal Universidad de Cornell	https://www.law.cornell.edu
International Committee of the Red Cross ICRC	https://www.icrc.org/es/

International Center for Transitional Justice ICTJ	https://www.ictj.org/
Instituto Español de Estudios Estratégicos	https://www.ieee.es/
International Criminal Law Society	http://www.icls.de/
Journal of International Criminal Justice	https://academic.oup.com/jicj/
Judicial College of Victoria	https://www.judicialcollege.vic.edu.au/
JuriGlobe Universidad de Otawa	https://www.juriglobe.ca/
Justia Company	https://company.justia.com/
Kosovo Specialist Chambers & Specialist Prosecutor's Office	https://www.scp-ks.org/
Legislación del Reino Unido	https://www.legislation.gov.uk
Massachusetts Cases	http://masscases.com/
Ministerio de Derecho y Justicia de India	https://legislative.gov.in/
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina	http://www.saij.gob.ar
Ministerio de Justicia de Timor Leste	https://www.mj.gov.tl/
Ministerio de Relaciones Exteriores de China	https://www.mfa.gov.cn/esp/
Oficina de Asuntos Legales de Naciones Unidas	https://www.un.org/ola/
Oficina del Alto Comisionado de DDHH de la ONU	https://www.ohchr.org/
Official Documents System of the United Nations	https://documents-dds-ny.un.org/
ONU Mujeres	https://www.endvawnow.org/
Organización de Estados Americanos OEA	https://www.oas.org/
Organización de las Naciones Unidas	https://www.un.org
Osgoode Digital Commons (ODC) York University	http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/

Otras Revistas de la Biblioteca Virtual de la UNAM	https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/
Oxford Academic	https://academic.oup.com/
Parlamento del Reino Unido	https://www.parliament.uk/
Peacekeeping UN	https://peacekeeping.un.org/es/mission/unmik
Plataforma vlex Chile	http://vlex.cl/
Plataforma vlex Colombia	http://vlex.com.co/
Plataforma vlex República Dominicana	https://do.vlex.com/
Portal de Libros Electrónicos de la Universidad de Chile	https://libros.uchile.cl/index.php/sisib
Portal Jurídico LP de Perú	https://lpderecho.pe/
Portal Oficial del Estado argentino	https://www.argentina.gob.ar/
Proyecto de Constituciones Comparadas (PCC)	https://www.constituteproject.org/
Publicaciones EAFIT	https://publicaciones.eafit.edu.co/
Real Academia de la Lengua Española	https://www.rae.es
Refworld ACNUR	https://www.refworld.org.es/
Repositorio Académico de la Universidad de Chile.	https://repositorio.uchile.cl/
Repositorio de leyes del Reino Unido	https://e-lawresources.co.uk/Home.php
Repositorio Global de la Comunidad Musulmana Ahmmadiyya	https://www.ahmadiyya-islam.org/
Repositorio Institucional de la Universidad Complutense de Madrid	https://eprints.ucm.es/
Revistas Científicas UNED	https://revistas.uned.es/
Revista de Derecho y Humanidades Universidad de Chile	https://derechoyhumanidades.uchile.cl/
Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología	http://criminet.ugr.es/
Revista Jurídica de la Universidad de Granada	https://www.ugr.es/

Revista Jurídica de la Universidad de Palermo	https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/revista_juridica/
Revista Jurídica Digital, Universidad de los Andes	http://rjd.uandes.cl/
Revista Pensamiento Penal	https://www.pensamientopenal.com.ar/
Scientific Electronic Library Online (SCIELO).	https://scielo.org/es/
SCRIBD.	https://es.scribd.com/
Servicio de Búsqueda de la Corte Constitucional de Corea	https://search.ccourt.go.kr/
SHERLOC (Sharing Electronic Resources and Laws on Crime) UNODC	https://sherloc.unodc.org/cld/en/st/home.html
Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), Ministerio de Justicia y Derechos Humanos	http://www.saij.gob.ar/quienes-somos
Sistema de Documentos Oficiales de la ONU	https://documents-dds-ny.un.org/
Special Tribunal for Lebanon	https://www.stl-tsl.org/en
TDX (Tesis Doctorals en Xarxa)	https://www.tdx.cat/
The African Court on Human and Peoples' Rights	https://www.african-court.org/wpafc/jurisdiction/
The Australian Human Rights Institute, University of NSW	https://www.humanrights.unsw.edu.au/about-us/theinstitute
The Avalon Project Yale University	https://avalon.law.yale.edu/
The Federalist Society	https://fedsoc.org/
The Hybrid Justice Project	https://hybridjustice.com/
The Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutor's Office	https://www.scp-ks.org/en
The Special Tribunal for Lebanon	https://www.stl-tsl.org/en/
The University of Michigan Law School Scholarship Repository	https://repository.law.umich.edu/
Tirant on line LATAM	https://latam.tirantonline.com/latam/

Tribunal Constitucional de Republica Dominicana	https://www.tribunalconstitucional.gob.do/
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home
Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia	https://www.icty.org/en/about
Tribunal Penal Internacional para Ruanda	https://unictr.irmct.org/
United Settlement	https://www.uniset.ca/
Universidad de Texas	https://www.utexas.edu/
University of California Press	https://online.ucpress.edu/
University of Oslo. Faculty of Law	https://www.jus.uio.no/english/
UNMISET	https://peacekeeping.un.org/mission/past/unmiset/index.html
UNODC	https://www.unodc.org/
UN Women	https://www.endvawnow.org/
William & Mary Law School	https://law.wm.edu/
World Courts	http://www.worldcourts.com/
World History Encyclopedia	https://www.worldhistory.org/

JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES

Corte Penal Internacional

CPI, Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, PTC I, Decisión sobre la Confirmación de Cargos, No. ICC-01/04-01/06-803, 29.01.2007.

CPI, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, No.: ICC-01/04-01/07, 30.09.2008.

CPI, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, PTC II, Decisión en aplicación del art.61(7)(a) y (b)ER", NºICC-01/05-01/08-424, 15.06.2009.

CPI, Prosecutor v. Al Bashir, PTC I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No.ICC-02/05-01/09-3, 04.03.2009.

CPI, Prosecutor v. Abu Garda, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, No.ICC-02/05-02/09-243-Red, 08.02.2010.

CPI, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, PTC I, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana, No. ICC-01/04-01/10, 28,09.2010.

CPI, Prosecutor v. Banda and Jerbo, PTC I, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges", No. ICC-02/05-03/09-121- Corr-Red, 07.03.2011.

CPI, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, PTC I, Decision on the Confirmation of Charges, No. ICC-01/04-01/10-465-Red-, 16.12.2011.

CPI, PTC II, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, No. ICC-01/09-01/11-01, 08.03.2011.

CPI, Prosecutor v. Gbagbo, Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo, No. ICC-02/11-01/11-1, 23.11.2011.

CPI, PTC II, Decision on the Confirmation of Charges against William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, No.ICC-01/09-01/11-373, 23.01.2012.

CPI, Prosecutor v. Callixte Mbarushimana PTC I, No. ICC-01/04-01/10, 14.03.2012.

CPI, Prosecutor v. Lubanga, TC I, No. ICC-01/04-01/06, 14.03.2012.

CPI, Prosecutor v. Germain Katanga, TC II, No.: ICC-01/04-01/07, 07.03.2014.

CPI, Prosecutor v. Lubanga, AC, No. No. ICC-01/04-01/06 A 5, 01.12.2014.

CPI, Prosecutor v. Dominic Ongwen, PTC II, No. ICC-02/04-01/15, 23.03.2016

CPI, Prosecutor v.Ahmad Al Faqi Al Mahdi, PTC I, No. ICC-01/12-01/15, 24.03.2016.

CPI, Prosecutor v.Ahmad Al Faqi Al Mahdi,TC VIII, No. ICC-01/12-01/15, 27.09.2016.

CPI, Prosecutor v Bemba Gombo et al., TC VII, No. ICC-01/05-01/13-1989, 19.10.2016.

CPI, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, TC III, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (ICC-01/05-01/08), 21.03.2016.

CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda,TC VI, No.: ICC-01/04-02/06, 08.07.2019.

CPI, Prosecutor v. Dominic Ongwen, TC IX, No. ICC-02/04-01/15, 04.02.2021.

CPI, Prosecutor v. Mahamat Said Abdel Kani, PTC II, No. ICC-01/14-01/21, 09.12.2021.

CPI, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, AC, No. ICC-01/04-02/06 A A2, 30.03.2021.

Tribunal Penal Internacional Para La Ex – Yugoslavia

TPIY, Prosecutor v. Dusko Tadic, No. IT-94-1-T, 07.05.1997

TPIY, Prosecutor v. Furundzija, TC, No.: IT-95-17/1-T,10,12.1998.

TPIY, Zejnil Delalic, Zdravko Mucic also known as "Pavo",Hazim Delic, Esad Landzo also known as "Zenga", Order On Esad Landzo's Submission Regarding Diminished Or Lack Of Mental Capacity, TC,18.06.1998.

TPIY, Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (también conocido como “Pavo”), Hazim Delić y Esad Landźo (también conocido como “Zenga”), TC, Judgment (IT-96-21-T), 16.11.1998.

TPIY, El Fiscal v. Zlatko Aleksovski, TC, Sentencia (IT-95-14/1-T), 25.06.1999.

TPIY, Prosecutor v. Blaskic, TC, No. IT-95-14-T, 03.03.2000.

TPIY, Prosecutor v. Kupreskić et al., TC II, Judgment, No. IT-95-16-T, 14.01. 2000.

TPIY, Prosecutor v. Radislav Krstic, TC, No. IT-98-33-T, 02.08.2001.

TPIY, Prosecutor v. Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic and Dragoljub Prcac, No. IT-98-30/1-T, TC, 02.11.2001.

TPIY, Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez, TC, No. IT-95-14/2-T, 26.02.2001.

TPIY,Prosecutor v. Radislav Krstic, TC, No. IT-98-33-T,02.08.2001.

TPIY, Prosecutor v. Enver Hadzihasanovic et al, TC II, No. IT-01-47-PT, 12.11.2002.

TPIY, Prosecutor v. Naletilić and Martinović, TC, No. IT-98-34-T, 31.03.2003.

TPIY, Prosecutor v. Milomir Stakić, TC, No. IT-97-24-T, 31.07.2003.

TPIY, Prosecutor v. Rasdoslav Brdnanin, TC II, No. IT-99-36-T,01.09. 2004.

TPIY, Prosecutor v. Sefer Halilović, TC, Judgment (IT-01-48), 16.11.2005.

TPIY, Prosecutor v. Limaj et al., No.IT-03-66-T, TC, 30.11.2005.

TPIY, Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura, TC, Judgment, N. IT-01-47, 15.03.2006.

TPIY, Prosecutor v. Naser Orić, TC, Judgment (IT-03-68-T), 30.06. 2006.

TPIY, Prosecutor v. Mrkšić, TC, No. IT-95-13/1-T, 27.09.2007.

TPIY, Prosecutor v. Milan Milotinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević y Sreten Lukić, TC, No. IT-05-87-T, 26.02.2009.

TPIY, Prosecutor v. Momcilo Perisic, TC, No. No. IT-04-81-T, 06.09.2011.

ICTY, The Prosecutor v. Dordević, TC, No. IT-05-87-1-T, 23.02. 2011.

ICTY, Prosecutor v. Haradinaj et al., TC, Retrial Judgment (IT-04-84bis-T), 29.11.2012.

TPIY, Prosecutor v Stanisić and Simatović , TC, No. IT-03-69-T, 30.05.2013, Vol II.

TPIY, Prosecutor v. Stanisic y Zupljanin, TC, No. IT-08-91-T, 27.03.2013.

TPIY, Prosecutor v. Karadzic, TC, No. IT- 95-5 /18-T, 24.03.2016.

TPIY, Prosecutor v. Erdemović, AC, No. IT-96-22-A, 07.10.1997.

TPIY, Prosecutor v. DuskoTadic, AC, No.IT-94-1-A,15.07.1999.

TPIY, Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, AC, No. IT-95-14/1-A, 24.03. 2000.

TPIY, Prosecutor v. Furundzija, AC, No.: IT-95-17/1-A,21.07.2000.

ICTY, El Fiscal v. Zeinil Delalic, Zdravko Mucić también conocido como "Pavo", Hazim Delić y Esad Landźo, también conocido como "Zenga, AC, Sentencia (IT-96-21-A), 20.02.2001.

ICTY, *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, AC, Judgment (IT-97-25-A), 17.09.2003.

TPIY, Prosecutor v. Slobodan Milosevic, AC, Decision on The Prosecution's Interlocutory Appeal against the Trial Chamber's 10 April 2003 Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, No.: IT-02-54-AR73.5, 28.10.2003.

TPIY, Prosecutor v. Tihomir Blaskic, AC, No.IT-95-14-A, 29.07.2004.

TPIY, Prosecutor v. Krstic, AC, No. IT-98-33-A, 19.04.2004.

TPIY, Kvocka et al., AC, No. IT-98-30/1-A, 28.02.2005.

TPIY, Prosecutor v. Rasdoslav Brdnanin, AC, No. IT-99-36-A, 03.04.2007.

TPIY, Prosecutor v. Milan Milutinovic, AC, No. IT-05-87-T, 14.06.2007.

TPIY, Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura, AC, Judgment (IT-01-47-A), 22.04.2008.

TPIY, Decision on Radov and Karadzic's Motions Challenging Jurisdiction (Omission Liability,Jce-Iii - Special Intent Crimes, Superior Responsibility), AC, No. IT-95-5118-AR72.1, IT-95-5118-AR72.2,IT-95-5118-AR72.3, 25.06.2009.

TPIY, Prosecutor v. Momčilo Perišić, AC, No. IT-04-81-A, 28022013.

TPIY, Prosecutor v Djordjević, AC, No. IT-05-87/1-A, 27.01.2014.

TPIY, Fiscal V. Jadranko Prlic y Otros, AC, No.: IT-04-74-A, 29.11.2017.

Tribunal Penal Internacional Para Ruanda

TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, TC, No. ICTR-96-04-T, 02.09.1998.

TPIR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, TC, Sentencia (95-1-T), 21.05.1999.

TPIR, Prosecutor v. Ignace Bagilishema, TC I, Sentencia (95-1A-T), 07.06.2001.

TPIR, Prosecutor v. Athanase Seromba, TC, No. ICTR-2001-66, 13.12.2006.

TPIR, Prosecutor v Ngirabatware , No. ICTR-99-54-T, TC, 20.12.2012.

TPIR, Prosecutor v. Jean Paul Akayesu y otros, AC, No. ICTR-96-04, 01.06.2001

TPIR, Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, AC, No. ICTR-95-, 01.06.2001.

TPIY, Prosecutor v. Krstid, AC, No: IT-98-33-A, 19.04.2004.

TPIR, Prosecutor v. Gérard, Ntakirutiman and Elizaphan Ntakirutiman, AC, Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A, 13.12.2004

TPIR, Prosecutor v. Semanza, AC, No. ICTR-97-20-A, 20.05.2005.

TPIR, Prosecutor v Ndahimana, AC, No. ICTR-01-68-A, 16.12.2013.

Tribunal Especial de Sierra Leona

SCSL, Prosecutor v. Samuel Hinga Norman, Moinina Fofana and Allieu Kondewa, TI, Indictment, No. SCSL-03-14-I, 05.02.2004.

SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Amended Indictment, No. SCSL-2003-01-I, 17.03.2006.

SCSL, Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara y Santigie Borbor Kanu, TC II, No. SCSL-04-16-T, 20.06.2007.

SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, TCI, Judgment, No. SCSL-04-15-T, 02.03.2009.

SCSL, Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao, AC, Judgment, No. SCSL-04-15-A, 26.10.2009.

SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, TC II, Judgment, No. SCSL-03-01-T, 18.05.2012.

SCSL, Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, AC, No. SCSL-03-01-A., 26.09.2013.

Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Camboya

ECCC, Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch, TC, No. 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26.07.2010.

ECCC, Prosecutor v. Nuon Chea, Khieu Samphan and others, TC, No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, 16.11.2018.

ECCC, Prosecutor v. Khieu Samphân , SCC, No. 002/19-09-2007-ECCC/SC, 23.12.2022.

Salas Especiales de Delitos Graves en Timor Leste

SPSC- DDC, Prosecutor v. Nahak, No. 09/2001, 11.12.2001.

SPSC- DDC, Prosecutor v. Joni Marques, Manuel Da Costa, João Da Costa y Otros, No. 09/2001, 11.12.2001.

SPSC- DDC, Prosecutor v. Anastacio Martins and Domingos Goncalves, No. I I/200 I, 13.11. 2003.

SPSC- DDC, Prosecutor v. Carlos Soares also known as Carman, Judgment, No.9/2002, 08.12.2003.

SPSC-DDC, Prosecutor v. Lino de Carvalho, Judgment, No. 10/2001, 18.03.2004.

SPSC-DDC, Prosecutor v. Umbertus Ena and Carlos Ena, Judgment, No. 5/2002, 23.03.2004.

SPSC- DDC, Prosecutor v. Abilio Mendes Correia, Judgment, No. 19/2001, 29.03.2004.

SPSC-DDC, Prosecutor v. Alarico Mesquita, Florindo Moreira, Domingos Amati and others, Judgment, No. 28/2003, 06.12.2004.

SPSC- DDC, Prosecutor v. lnacio Olivera, Gilberto Fernandes, Jose Da Costa, Judgment, No. 12/2002, 23.02.2004.

SPSC-DDC, Prosecutor v. Francisco Pedro & Apolinario dos Santos, Court Decision on Defense Motion to Partially Dismiss the Indictment, No. 1 / 2001, 11.02.2005.

SPSC-DDC, Prosecutor v. Domingos Amati and Francisco Matos, Judgment, No: 12/2003, 04.03.2005.

SPSC- DDC, Prosecutor v. Francisco Perreira, Judgment, No. 34/2003, 27.04.2005.

Tribunal Especial del Líbano

STL, Interlocutory Decision on the Applicable Law: Criminal Association and Review of the Indictment, STL-17-07/I/AC/R176bis, 18.10.2017.

STL, Prosecutor Connected Case Submission, STL-11-02/CCS/PTJ, 23.09.2019.

STL, Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi and Assad Hassan Sabra, No. STL-11-01/T/TC, 18.08.2020.

Salas Extraordinarias Africanas

CAEDA, Ministère Public c. Hissein Habré, 30.05.2016.

CAEDAP, Le Precureur General c. Hissene Habré, 27.04.2017.

Tribunal Especial de Kosovo

KSC, The Prosecutor v. Pjetër Shala, PTJ, Decisión sobre confirmación de cargos, No. KSC-BC-2020-04, 12.06.2020.

KSC, The Prosecutor v. Thaçi, Veseli, Selimi and Krasniqi, CAC, No. KSC-BC-2020-06, 23.12.2021.

KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, TP II, No. KSC-BC-2020-07, 18.05.2022.

KSC, The Prosecutor v. Salih Mustaf, TP I, No. KSC-BC-2020-05, 16.12.2022.

KSC, The Prosecutor v. Hysni Gucati and Nasim Haradinaj, CAC, No.KSC-CA-2022-01, 02.02.2023.