

TREATISE ON INTERNATIONAL CRIMINAL LAW, DE KAI AMBOS.

**UNA VISIÓN INTEGRAL DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y DEL
DERECHO PROCESAL PENAL INTERNACIONAL***

Prof. Dr. Thomas WEIGEND**

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2018
Fecha de aprobación: 3 de noviembre de 2018

AMBOS, Kai, *Treatise on International Criminal Law*, 3 tomos, Oxford, Oxford University Press, 2013-2016.

El derecho penal internacional viene cobrando notoriedad desde hace aproximadamente un cuarto de siglo. Tanto la creación por parte de las Naciones Unidas de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), como la aprobación del Estatuto para la Corte Penal Internacional (CPI), han dado lugar a un extenso debate internacional sobre los asuntos fundamentales y específicos del derecho penal internacional: un área jurídica que en las décadas pasadas había sido una cuestión más bien abstracta y trabajada por unos pocos especialistas.

También en Alemania el derecho penal internacional ha pasado a formar parte del plan de estudios de muchas facultades de derecho. Sin embargo, solo algunos especialistas alemanes en derecho penal internacional participan activamente en la discusión internacional en esta área.¹ Uno de ellos es Kai AMBOS, quien enseña derecho penal en la Universidad de Gotinga. Ambos se ha involucrado activamente en el debate sobre el derecho penal internacional desde el comienzo. Participó en la Conferencia de Roma en 1998, en la cual se aprobó el Estatuto de la CPI, y en la

* Traducción del inglés de Guillermo Sandrone (UNC). Revisión a cargo de Leandro A. Dias (UBA). Originalmente publicado en *Criminal Law Forum*, septiembre 2018, vol. 29, n.º 3, pp. 475-491. Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** Profesor de derecho penal (ret.), Universidad de Colonia (Alemania). Contacto: Thomas.Weigend@uni-koeln.de.

¹ Para autores de manuales, véase WERLE y JEBBERGER, cuyo *Völkerstrafrecht* (4.ª ed., 2016) ha sido publicado en ediciones independientes en otros idiomas, incluido el español (*Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3.ª ed., 2017) y el inglés (*Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed. 2014). Otra publicación en inglés es la de SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2.ª ed., 2018; sobre derecho procesal penal, véase SAFFERLING, *Towards an International Criminal Procedure*, 2.ª ed., 2003.

redacción del código alemán de crímenes de derecho internacional. Además de su importante libro sobre derecho penal internacional, escrito en alemán,² AMBOS ha publicado sobre numerosos problemas específicos de derecho penal internacional en inglés y español.³ Este conocimiento profundo del tema constituye el punto de partida del trabajo presentado en este ensayo: el *Treatise on International Criminal Law* (en adelante, el “tratado”), de tres tomos, que fue publicado por Oxford University Press en 2013, 2014 y 2016, respectivamente.⁴ El tratado abarca tanto cuestiones de derecho penal internacional sustantivo (vol. I y II), como de derecho procesal y régimen de la prueba de los tribunales penales internacionales, especialmente de la CPI (vol. III).

I. Observaciones generales

Ya la simple extensión del tratado es impresionante: es difícil imaginar cómo un único autor —incluso con la colaboración de asistentes de investigación diligentes— pudo haber producido un trabajo de aproximadamente mil quinientas páginas, con apoyo en una documentación exhaustiva⁵ y una gran cantidad de notas al pie, en pocos años y a la par de muchos otros trabajos. AMBOS ha tenido un éxito admirable con la fundamentación de su punto de vista tanto en una jurisprudencia prácticamente imposible de manejar, como también en la vasta literatura sobre derecho penal internacional —que incluye trabajos en inglés, francés y español—.

El prólogo al volumen I dice: “El tratado pretende llenar un vacío en la doctrina a través de una presentación de una descripción fundacional, sistemática, integral y consistente del [derecho penal internacional]...”. Ante las distintas ramificaciones del objeto de la disciplina y las numerosas ambigüedades y controversias, se está en presencia de un verdadero trabajo hercúleo, especialmente en lo que se refiere a la “consistencia”. El tratado hace especial hincapié en dar cuenta del estado actual del debate, en particular en la jurisprudencia de los tribunales que resulta relevante. Cada uno de los problemas es presentado en detalle, aunque la pretensión de la completitud no siempre conduce a la claridad, especialmente para lectores que no se encuentran familiarizados con la disciplina. Sin embargo, este libro no es en absoluto un manual meramente

² AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 5.ª ed. 2018.

³ Véase, en especial, su tesis de habilitación, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002.

⁴ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. I: Foundations and General Part, 2013; Vol. II: The Crimes and Sentencing, 2014; Vol. III: International Criminal Procedure, 2016. A continuación, las citas se efectuarán por volumen y número de página, sin otras referencias bibliográficas.

⁵ La lista de literatura especializada utilizada en los volúmenes es tan larga que el editor ha elegido no imprimirla, sino colocarla en un sitio web autónomo.

referencial, distante y neutral; es una obra sumamente personal. AMBOS tiene opiniones nítidas sobre muchos asuntos y no intenta ocultarlas al lector, a pesar de que, en algunos casos, ofrece razones un tanto breves para fundamentar su posición. Dado que el inglés no es mi lengua materna, no puedo opinar sobre la calidad lingüística de la obra; en cualquier caso, las explicaciones son fáciles de comprender para lectores germanohablantes.

AMBOS toma una clara posición sobre el derecho penal internacional: para él, el derecho penal internacional es, ante todo, derecho penal.⁶ Ayuda a proteger los bienes jurídicos individuales y colectivos (I, 65) y, por tanto, a defender un orden jurídico internacional basado en valores como, p. ej., la dignidad humana de cada individuo como “ciudadano del mundo” (I, 58).⁷ Una cuestión que se debate sin una respuesta clara es de qué manera el castigo puede contribuir al logro a estos objetivos (I, 68 ss.); presumiblemente, el autor está a favor de una finalidad de prevención general positiva con una “función didáctica, educativa” de la pena (I, 71).

Después de un capítulo introductorio sobre la historia (I, 1) y la base teórica de la jurisdicción penal internacional (I, 54), AMBOS se dedica a los problemas clásicos de la parte general; concretamente, a la teoría de atribución o imputación penal (I, 81), los requisitos para la autoría y la participación (I, 102), la responsabilidad penal por omisión, particularmente en el caso de la responsabilidad de superior (I, 180), la responsabilidad por tentativa (I, 233), los elementos subjetivos de los crímenes (I, 266) y, por último, las causas de exclusión de la responsabilidad (I, 301). El volumen II del tratado está dedicado a la parte especial. En la primera parte se aborda el genocidio (II, 1), seguido por los crímenes de lesa humanidad (II, 46), los crímenes de guerra (II, 117) y el crimen de agresión (II, 184). El autor aborda brevemente los crímenes “internacionales” contemplados en tratados, como el terrorismo, y se pregunta, puntualmente, si estos delitos ya se han convertido en “verdaderos” crímenes regidos por el derecho internacional, o si es factible esperar que esto suceda en el futuro (II, 222). El volumen finaliza con observaciones acerca del *concursum delictorum* (II, 246) y medición de la pena (II, 267). El volumen III, que es el de mayor extensión, se centra en cuestiones de derecho procesal. Comienza brindando una visión general sobre los fundamentos, la historia y los fines del proceso penal internacional (III, 1). Los derechos del acusado son expuestos en detalle (III, 57), seguido de los regímenes jurídicos de las restantes

⁶ “... la sólida base de derecho penal... convierte al DPI en un derecho penal de nivel supranacional y, en consecuencia, implica la plena aplicación de los principios conocidos del derecho penal liberal post-iluministas, en particular, de los principios de legalidad, culpabilidad y debido proceso”.

⁷ Ambos rechaza la objeción de que no es posible un derecho penal sin una autoridad central de protección (I, 57).

partes del proceso (III, 99). Después de una descripción de las reglas generales que rigen la aplicación del derecho penal respecto de crímenes de importancia transnacional (III, 206), AMBOS se dedica a la cuestión controvertida de la competencia de la CPI en relación con los tribunales nacionales (“complementariedad”; III, 242). Posteriormente, delinea cómo se llevan a cabo los procedimientos ante la CPI (III, 334), así como las reglas probatorias y su admisibilidad (III, 446). Una sección especial está dedicada a la cuestión de la divulgación de la prueba (III, 520). El volumen concluye con secciones sobre recursos judiciales (III, 548), cooperación entre la CPI y los sistemas de justicia nacionales (III, 591) y ejecución de sentencias (III, 635).

En este ensayo no es posible presentar, mucho menos evaluar críticamente, la gran variedad de pensamientos y problemas tratados por el autor en los tres volúmenes. Por ese motivo, en lo que sigue señalaré algunos puntos (en forma más o menos aleatoria), en particular aquellos que generan preguntas o dudas.

II. Cuestiones en particular

1. Parte general

a. Imputación penal y autoría

AMBOS indica, con razón, que el contexto colectivo de la mayoría de los crímenes contra el derecho internacional constituye un problema para el tema crucial de atribuir la realización de un delito a los autores individuales: es difícil identificar las contribuciones individuales que permiten la atribución de las consecuencias relevantes a las personas de manera individual (I, 84). A modo de solución, Ambos propone el concepto de “elemento internacional o contextual” colectivo (“*Gesamtta*”), cuya existencia él considera como “parte de la definición de los *core crimes* internacionales” (I, 85, 177). Sin embargo, una “acción global” en el sentido de una comisión colectiva de un crimen no siempre tiene que estar presente en el caso de crímenes de guerra;⁸ por otra parte, la presencia del elemento contextual no es suficiente para resolver el problema normativo de cómo debe constituirse el vínculo entre el individuo y la realización colectiva de un delito que el individuo no puede controlar por sí mismo. Aquí, el art. 25 del Estatuto de la CPI

⁸ Véase art. 8(1) del Estatuto de la CPI: “La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra *en particular* cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (la bastardilla pertenece al autor).

intenta brindar una solución justa mediante la distinción entre diferentes formas de autoría y participación, para que no haya necesidad de un retorno a formas colectivas de responsabilidad como la empresa criminal conjunta (véase I, 123 ss., 160 ss.).

AMBOS entiende el modelo del art. 25 del Estatuto de ICC como “un concepto unitario de autoría en un sentido funcional (*funktionelle Einheitstäterschaft*)” (I, 146). Esto es correcto, ya que todas las formas de participación allí enumeradas —incluida la contribución intencional a un delito cometido por un grupo— supone que “será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen” (art. 25(3), primer párrafo, Estatuto de la CPI). Sin embargo, la CPI también acentúa que las diferentes formas de participación no son iguales, sino que deben entenderse como graduadas de acuerdo con su orden en el Estatuto (desde la comisión personal hasta la participación en un grupo).⁹

AMBOS toma una postura crítica con relación a ciertos aspectos de la jurisprudencia de la CPI sobre cuestiones de autoría y participación. En ese sentido, critica a la Sala de Cuestiones Preliminares por proceder de una manera metodológicamente dudosa en la decisión sobre el caso *Bemba*,¹⁰ pues no resolvió si se verificaban los requisitos objetivos de la coautoría y, en cambio, declaró que faltaban los requisitos subjetivos: “Este abordaje metodológico es cuestionable ya que los requisitos subjetivos aparecen después de los objetivos y no deben ser invocados para eludir los requisitos objetivos” (I, 152). A su vez, el autor elogia a la Sala de Primera Instancia en *Lubanga*¹¹ por considerar que no es necesario que un coautor esté presente en la escena del crimen: “La ausencia física de un coautor puede ser compensada por su contribución psicológica o intelectual superior, que normalmente ya domina la etapa preparatoria de la comisión” (I, 153). Ambas afirmaciones revelan una tendencia de AMBOS¹² de presentar las opiniones consideradas “dominantes” en el derecho alemán como soluciones correctas para las mismas cuestiones del derecho penal internacional. Dado que la influencia de la doctrina del derecho penal alemán sobre algunas decisiones de las salas de la CPI ya es bastante fuerte,¹³ quizá sería más recomendable

⁹ CPI, Fiscal c. Lubanga Diylo, Sala de Apelaciones, sentencia del 1 de diciembre de 2014, § 462. Sobre este tema, véase WERLE y JEBBERGER, *Völkerstrafrecht*, 4.ª ed. 2016, nm. 542 ss.

¹⁰ CPI, Fiscal c. Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares, decisión del 15 de junio de 2009, § 350.

¹¹ CPI, Fiscal c. Lubanga Diylo, Sala de Apelaciones, sentencia del 14 de marzo de 2012, §§ 1003–1105.

¹² Para otros ejemplos, véase los comentarios sobre el desistimiento de la tentativa (I, 264 s.), sobre deberes de garante (I, 183 s.) y sobre el “conocimiento paralelo en la esfera del lego” respecto de los errores sobre los elementos normativos del tipo (I, 290).

¹³ Véase WEIGEND, *Journal of International Criminal Justice*, t. 9 (2011), p. 91.

promover soluciones "autónomas" para el derecho penal internacional; en todo caso, las teorías alemanas no deberían constituir el estándar principal para determinar si son correctos los argumentos del derecho penal internacional.

b. Omisión

En el Estatuto de la CPI no hay reglas generales sobre la punibilidad de la omisión de prevenir una consecuencia, y la cuestión general de la responsabilidad por omisiones se encuentra controvertida en el derecho penal internacional. AMBOS se pregunta si este tipo de punibilidad surge del derecho internacional consuetudinario o de un principio general. Presenta las (diferentes) soluciones alcanzadas en los diferentes sistemas jurídicos y llega a la siguiente respuesta: "...podría existir un principio general que podría formularse en los siguientes términos, no del todo precisos: los resultados penales graves provocados por omisiones (en lugar de acciones), p. ej., causar la muerte de alguien, deben ser castigados como una 'comisión por omisión' si existe el deber correspondiente de actuar y el agente tenía la capacidad material de actuar (...). Este enfoque es confirmado, además, mediante una interpretación lingüística del término 'comisión', ya que abarca tanto a la acción, como a la omisión" (I, 194). Allí yace una afirmación dubitativa a favor de un "principio general", por razones que, sin embargo, siguen siendo cuestionables (¿por qué "comisión" comprende también la "omisión"?). El alcance limitado del principio (¿por qué solo se aplicaría a "resultados penales graves?") también permanece sin explicación. En relación con las condiciones del "deber de actuar", Ambos inicialmente se refiere a la distinción entre los deberes de protección y de control (I, 184), hallados con frecuencia en Alemania, que sin embargo describen únicamente el *contenido* de los deberes de los garantes, no su fundamento. AMBOS luego introduce como "único criterio global para establecer la responsabilidad por omisión" una "teoría del dominio", según la cual cualquier persona que domine un "acontecimiento peligroso relevante" es garante (I, 195). Este razonamiento general fundamenta la responsabilidad de los superiores conforme al art. 28 del Estatuto de la CPI, pero su alcance es excesivamente amplio: después de todo, un transeúnte casual que cuenta con un cuerda y es capaz de salvar a una persona que se está ahogando no se convierte en garante de la vida de la persona que se está ahogando simplemente porque le resulta posible salvarla. Los problemas con la posición de AMBOS se hacen evidentes en el tema de la participación mediante omisión (I, 196). Sobre este punto, afirma que "quien domina la acción u omisión, es decir, el desarrollo de los acontecimientos que se producen y que dan lugar a un daño penalmente relevante", puede ser responsable como autor de una omisión. Esto puede ser así, pero ¿cuáles son

los fundamentos para responsabilizar como partícipe de la omisión a una persona que, por definición, carece de control sobre los acontecimientos?

c. Responsabilidad de los superiores

La punibilidad de un superior militar o civil por los crímenes cometidos por sus subordinados, en tanto no evite (en forma deliberada o por negligencia) tales crímenes, o no los castigue posteriormente, es una característica especial del derecho penal internacional que surge de fuentes históricas que resultan, en cierto modo, cuestionables. AMBOS presenta los orígenes de este concepto legal y su aplicación en particular por los tribunales *ad hoc* (I, 197 ss.). Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad de los superiores sigue sin estar claro: oscila entre la responsabilidad por la propia conducta desvalorada y tener que asumir la responsabilidad por el accionar desvalorado de otros (I, 206). La pregunta de si la omisión del superior de ejercer la supervisión necesaria sobre su subordinado es (o debe ser) la causa de la comisión de un crimen por parte de este último es particularmente problemática. En este punto, AMBOS recurre a la teoría del “incremento del riesgo” (“*Risikoerhöhungslehre*”), conocida en la doctrina alemana, y postula que el hecho de que las acciones esperadas del superior habrían reducido la probabilidad de que el subordinado cometiera el crimen es suficiente para establecer la responsabilidad del superior. Su razonamiento es el siguiente: “[e]n cualquier caso, el enfoque del riesgo también requiere un examen de causalidad, en el sentido de que el incremento del riesgo debe ser al menos una de las causas del resultado lesivo” (I, 216). De todos modos, esto plantea la pregunta de cómo un concepto normativo (“el incremento del riesgo”) es capaz de constituir una causa en el mundo real. En efecto, AMBOS está principalmente preocupado por erradicar los problemas de prueba.¹⁴ Pero tales problemas no tienen mayor relevancia aquí que en otros delitos de omisión;¹⁵ y la atribución de las consecuencias debería basarse en criterios empíricos, en lugar de tener como propósito facilitar la prueba de la culpabilidad.

¹⁴ “...la existencia de una relación causal exacta entre la falta de supervisión y la comisión de los crímenes difícilmente pueda ser acreditada *ex post*” (I, 216).

¹⁵ ¿Por qué un tribunal no debería ser capaz de determinar que un superior, si hubiera prohibido explícitamente cierto acto —como se podía esperar de él—, habría motivado casi con absoluta seguridad a sus subordinados a no realizar ese acto?

d. *Mens rea*

El art. 30 del Estatuto de la CPI contiene una regulación confusa sobre la *mens rea*, o elemento subjetivo, requerida para la punibilidad. El art. 30(1) del Estatuto requiere —salvo disposición en contrario—¹⁶ “intención y conocimiento” para que un individuo pueda ser responsabilizado. De acuerdo con el art. 30(2), hay “intención” si el autor se propone realizar la conducta y, con respecto a la consecuencia, si “se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. De manera confusa, el art. 30(3) luego define “conocimiento” como la consciencia del autor de que ocurrirá la consecuencia según “el curso normal de los acontecimientos”. AMBOS pretende eliminar la duplicación del mismo requisito, porque considera suficiente *tanto* la “intención” *como* el “conocimiento” con relación a las “consecuencias” (I, 275). Sin embargo, esa interpretación difiere de la redacción inequívoca del art. 30(1) del Estatuto de la CPI, en perjuicio del acusado. Además, haría superflua la variante de “intención”, ya que en todo caso sería suficiente para el autor haber esperado que la consecuencia ocurriera en el curso normal de los acontecimientos.

La cuestión de si el derecho penal internacional y, específicamente, el Estatuto de la CPI, también incluyen el *dolus eventualis* se encuentra discutida en la jurisprudencia.¹⁷ AMBOS sostiene que no lo está, sobre la base de las distinciones entre *dolus eventualis*, temeridad e imprudencia consciente (I, 277 ss.). Sin embargo, tales conceptos son más confusos que útiles, dado que a cada uno se le atribuyen significados diferentes, no solo en el debate alemán, sino también en el internacional. El concepto de “curso ordinario de eventos” del art. 30 del Estatuto de la CPI probablemente comprende algunos casos categorizados como *dolus eventualis* en Alemania, como la situación en la que el autor considera que el acaecimiento de la consecuencia es (muy) probable, en cuyo caso no se requiere ningún elemento volitivo adicional en el derecho penal internacional. Por el contrario, si el autor solo considera que el acaecimiento de la consecuencia es posible, no está actuando con intención y conocimiento en el sentido del art. 30 Estatuto de la CPI.

¹⁶ A diferencia de otros autores (véase, p. ej., WERLE y JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed., 2014, p. 485-488), AMBOS interpreta correctamente la cláusula “salvo disposición en contrario” en el sentido de que solo las normas del Estatuto de la CPI en sí mismas permiten cualquier divergencia respecto del art. 30 del Estatuto de la CPI (I, 291 ss.). Entretanto, sin embargo, la CPI ha decidido que las reglas en los *Elementos del Crimen* deben ser consideradas como leyes especiales preferentes por sobre el art. 30 del Estatuto de la CPI; Fiscal c. Germain Katanga, Sala de Primera Instancia, sentencia del 7 de marzo de 2014, § 770.

¹⁷ Véase las referencias en I, 276-277.

e. Circunstancias eximentes de responsabilidad penal

En el art. 31, los autores del Estatuto de la CPI han enumerado diferentes casos en los que se debe excluir la responsabilidad penal del autor a pesar de que se verifiquen tanto la *mens rea*, o elemento subjetivo, como el *actus reus*, o elemento objetivo. A diferencia de muchos sistemas jurídicos europeos, no se establece ninguna distinción entre las causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad. AMBOS, que es crítico del enfoque “unitario” del Estatuto de la CPI (I, 309 s.), analiza en detalle el art. 31, así como otras posibles circunstancias de impunidad que no se mencionan en el Estatuto. Las secciones sobre desequilibrio en las facultades mentales (I, 314 y ss), embriaguez (I, 324 ss.) y las “defensas procesales”, especialmente el *ne bis in idem*, así como la inmunidad y la amnistía (I, 396 ss.), son informativas, están claramente escritas y se encuentran basadas en un excelente análisis jurídico de derecho comparado.

Es difícil dar una explicación clara y comprensible de la regulación sobre el estado de necesidad (*Notstand*) en el art. 31(1)(d) del Estatuto de la CPI, dado que no refleja ni la distinción angloamericana habitual entre coacción (*duress*) y necesidad (*necessity*, causada por eventos naturales), ni la distinción continental-europea entre estado de necesidad justificante y exculpante, sino que reúne todos esos aspectos diferentes en una regla. AMBOS presenta el derecho angloamericano (I, 342 ss.) cuando analiza los diferentes sistemas jurídicos nacionales y la jurisprudencia del TPIY, específicamente sobre coacción (I, 348 ss.).¹⁸ Afirma que la coacción solo puede ser una excusa (I, 347, 364 ss.) y, por tanto, critica la situación de igualdad en la que el art. 31(1)(d) del Estatuto de la CPI coloca la necesidad y la coacción causadas por fuentes “humanas” (I, 356). Sin embargo, puede haber justificación en casos de coacción (p. ej., si el autor está amenazado de muerte si no hiere físicamente a un tercero); por otro lado, el art. 31(1)(d) del Estatuto de la CPI adopta claramente la solución de ponderar la cantidad de daño (potencial), incluso en el caso de homicidios, ya que la impunidad se concede si el autor bajo coacción “no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar”.

Los casos de error están regulados en el art. 32 del Estatuto de la CPI: se excluye la responsabilidad penal si un error de hecho o de derecho hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen (art. 32(1) y (2), segunda parte); un error de derecho

¹⁸ Especialmente la controvertida decisión TPIY, Fiscal. v. Erdemovic, Sala de Apelaciones, sentencia del 7 de octubre de 1997.

sobre si el acto está prohibido, aparte del caso especial de actuar bajo órdenes, es jurídicamente irrelevante (art. 32(2), primera parte). Con relación a los errores sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación, que no están explícitamente regulados en el Estatuto, AMBOS sugiere una analogía con los errores de hecho (I, 374-375). Sin embargo, su razón (“quien actúa de este modo no comete un ilícito intencionalmente”) no es del todo convincente, ya que lo mismo se aplicaría al autor que comete un error de derecho puro. AMBOS no está satisfecho con la falta general de relevancia de los errores de derecho; aquí, una vez más él demuestra una preferencia por la visión del derecho alemán por sobre la del derecho penal internacional. Si bien la solución que él sugiere (“el art. 32(2) del Estatuto de la CPI debe interpretarse de una manera más flexible o liberal, a través de un criterio de evitabilidad o razonabilidad que permita a los jueces encontrar soluciones prácticas y justas caso por caso”; I, 375-376) parece razonable,¹⁹ probablemente genere incertidumbre, en especial porque Ambos no ofrece ningún estándar para una solución “caso por caso”.

2. Parte especial y medición de la pena

El segundo volumen del tratado se refiere a los cuatro *core crimes* del derecho penal internacional. En virtud de las numerosas infracciones individuales que constituyen crímenes contra la humanidad (art. 7 del Estatuto de la CPI) y crímenes de guerra (art. 8 del Estatuto de la CPI), el autor se limita en gran medida a proporcionar una visión general y argumentar sobre temas fundamentales. En este punto, la perspectiva sobre los principales aspectos controvertidos de la definición de conflicto armado (II, 122-123) y del crimen de agresión (II, 184 ss.) resulta muy útil e iluminadora.

a. Genocidio

En relación con el crimen de genocidio (art. 6 del Estatuto de la CPI), AMBOS parece inclinarse hacia la opinión de que la definición del crimen se cumple si el propósito del autor no es destruir físicamente un grupo, sino destruirlo como una “entidad social” (II, 39; sin embargo, una

¹⁹ La ruta metodológica sugerida para tener en cuenta los errores de prohibición invencibles de la ley a través del art. 31(3), junto con el art. 21 del Estatuto de la CPI (I, 376), exigiría que se demostrara la existencia de un “principio general” en las “leyes nacionales de los sistemas jurídicos del mundo” (art. 21(1)(c) del Estatuto de la CPI). Sin embargo, esto sería difícil, en virtud de la reticencia de los sistemas jurídicos angloamericanos a reconocer los errores de derecho.

opinión diferente se desarrolla en II, 14).²⁰ Esto ampliaría notablemente el ámbito de aplicación del delito de genocidio, p. ej., a los casos de desplazamiento forzado; entonces, la concepción adoptada por AMBOS está en mejores condiciones de explicar el crimen del traslado forzoso de niños (art. 6(e) del Estatuto de la CPI) que la visión opuesta que predomina internacionalmente.²¹ Se encuentra fuertemente debatida la cuestión de si la “intención de destruir” exigida en el art. 6 del Estatuto de la CPI requiere una intención especial o si es suficiente con que el autor espere que la destrucción ocurra.²² AMBOS sugiere que se requiera la intención de las autoridades de nivel superior y medio, mientras que el mero conocimiento debería ser suficiente para aquellos que simplemente cumplen las órdenes (II, 34 ss.). Si bien esa visión refleja la realidad de muchos casos de genocidio, plantea dos problemas: en primer lugar, una misma (y única) intención debería interpretarse de manera diferente para distintos grupos de personas que no pueden ser distinguidos claramente; en segundo lugar, el umbral para la responsabilidad penal de los subordinados sería menor que para sus superiores.²³

b. Crímenes previstos en tratados (“*treaty crimes*”)

AMBOS utiliza el término “crímenes previstos en tratados” para describir las infracciones que un gran número de Estados han acordado combatir conjuntamente (II, 222-223). Para algunos de estos crímenes se plantea la pregunta de si solo pueden ser castigados de acuerdo con el derecho penal nacional, o de si pueden ser sancionados de manera independiente según el derecho internacional. AMBOS adopta un cambio de postura hacia un “verdadero” crimen internacional si una prohibición bajo un acuerdo internacional se refiere a la violación de un bien jurídico universalmente importante y el autor es penalmente responsable a título individual, con independencia de la legislación nacional (II, 227). Sin embargo, es más probable que la última parte de esa definición sea una consecuencia de la clasificación como crimen según el derecho internacional que su condición previa. Si bien AMBOS afirma que el antiguo crimen de piratería constituye un crimen internacional (II, 240-241), rechaza esta clasificación respecto del terrorismo (II, 232 ss.): si bien existe un consenso internacional sobre la definición de terrorismo,

²⁰ Para una visión similar, véase WERLE y JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed., 2014, p. 847.

²¹ Véase TPIY, Fiscal c. Krstic, Sala de Apelaciones, sentencia del 19 de abril de 2004, § 26; KREB, *International Criminal Law Review*, t. 6 (2006), pp. 461-486; SCHABAS, *Genocide in International Law*, 2.ª ed., 2009, p. 221 ss.

²² Véanse las discusiones en KREB, en SAFFERLING (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 8, 3.ª ed., 2018, § 6 VStGB p. 78 ss.; WERLE y JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3.ª ed., 2014, p. 841-2.

²³ Para una propuesta similar, véase VAN DER WILT, *Journal of International Criminal Justice*, t. 4 (2006), pp. 239-243 ss.

al menos por fuera de los conflictos armados, falta la aplicabilidad de la jurisdicción universal. Por esa razón, el terrorismo está “en el mejor de los casos, a punto de convertirse en un verdadero crimen internacional” (II, 234). Estoy de acuerdo con esa conclusión, pero todavía tengo algunas dudas sobre si existe una definición consistente, a pesar de los diversos intentos por desarrollar una en tratados internacionales.

c. Medición de la pena

La medición de la pena de los tribunales penales internacionales se ha convertido recientemente en uno de los focos de la investigación académica. AMBOS le dedica un capítulo detallado a este tema (II, 267 ss.). Critica, con razón, que los estatutos de los tribunales penales prácticamente no establecen lineamientos concretos sobre la medición de la pena (II, 271 ss.); es dudoso que esto constituya (como afirma el autor) una violación del principio *nulla poena sine lege*, ya que el mandato de certeza en el derecho penal internacional solo ha sido vinculado, hasta ahora, con los *requisitos* de la responsabilidad penal. AMBOS reclama, con razón, lineamientos para armonizar mejor las decisiones sobre medición de la pena (II, 286, 302 ss.). Sin embargo, las propias reflexiones de AMBOS, p. ej., sobre un “principio de proporcionalidad” entre la culpabilidad del delincuente y la pena (II, 286-287), muestran que la determinación de factores concretos para esos lineamientos probablemente será dificultosa. La sugerencia de aplicar leyes nacionales en casos de criminalidad internacional para determinar las escalas penales (II, 303-304) puede resultar poco útil, ya que estas normas están insertas en el marco de las reglas de medición de la pena de los respectivos sistemas jurídicos nacionales y, por lo tanto, son incompatibles.

3. Derecho procesal

El tercer volumen, dedicado a cuestiones procesales, comienza con una breve descripción general de los modelos procesales de la Europa continental (“inquisitivo”) y las tradiciones del *common law* (“acusatorio”), que se analizan con frecuencia como dos sistemas opuestos (III, 1 ss.). AMBOS luego muestra (III, 8-9) que el proceso penal de los tribunales internacionales fue en sus inicios (especialmente en el juicio por crímenes de guerra de Núremberg) fuertemente moldeado por las reglas de procedimiento inglesas y estadounidenses, pero que esta influencia se redujo cuando se redactó el Estatuto de la CPI. En la actualidad podemos hablar de un verdadero modelo mixto con un énfasis particular en la protección de los derechos humanos (III, 44).

a. Objetivos procesales y posición legal de las partes del proceso

AMBOS enumera los objetivos específicos de los procesos penales internacionales que establecen un “registro histórico preciso” (III, 48-49), la “restauración de la paz y la seguridad internacionales” (III, 49) y la reparación de las víctimas (III, 51-52). No obstante, reconoce que “estas son metas de envergadura, que llevan ínsito el riesgo de crear expectativas demasiado altas” (III, 50), de modo que, en última instancia, uno debe atenerse al objetivo “socio-pedagógico” de impartir justicia (III, 56).

La sección siguiente (III, 57 ss.) se centra en los derechos del acusado en el proceso, aunque principalmente de acuerdo con la CEDH, que tiene importancia en el nivel regional. En este punto, AMBOS analiza críticamente la muy discutida “evaluación global” del derecho a un proceso equitativo en los términos del art. 6(1) de la CEDH del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (III, 95 ss.), pero finalmente la acepta: “En última instancia, debe determinarse caso por caso si las restricciones individuales al derecho a un proceso equitativo, tomadas en su conjunto, dan lugar a un proceso globalmente inequitativo” (III, 98).

Recién con posterioridad a este análisis AMBOS se aboca a los códigos procesales de los tribunales penales internacionales, especialmente el de la CPI. Aquí, describe la posición de las distintas partes del juicio, con base en el Estatuto y las *Reglas de Procedimiento y Prueba* de la CPI (III, 99 ss.). En relación con el fiscal, el autor aborda el problema crítico de la estrategia de la fiscalía (III, 134-135, 376 ss.). La discreción del fiscal para seleccionar los casos es prácticamente imposible de controlar, al menos cuando no hay acusación. AMBOS critica la falta de una estrategia general escrita, pero al mismo tiempo reconoce que es difícil, o directamente imposible, “formular una estrategia general... sin recurrir a generalidades y trivialidades” (III, 135).

AMBOS hace referencia a la sección anterior al elaborar la posición jurídica del acusado. La cuestión de en qué medida el acusado tiene derecho a representarse por sí mismo —un tema del que se ocupó el TPIY, en particular, en los juicios de Milosevic, Seselj y Karadzic— es abordado, comparativamente, de manera breve. AMBOS es de la opinión que el derecho a defenderse por sí mismo debe retroceder si colisiona con el derecho de los tribunales a “llevar a cabo sus juicios con la menor cantidad posible de complicaciones” (III, 166). Me parece que este criterio restringe en forma excesiva la libertad del acusado a “defenderse personalmente” (art. 67(1) (d) del Estatuto de la CPI).

La discusión sobre la posición legal de las víctimas es completamente consciente de los problemáticos asuntos que involucra y es gratamente concisa (III, 167 ss.).²⁴ Cuando se creó la CPI, se les otorgaron a las víctimas —a diferencia de lo que anteriormente ocurría en los tribunales *ad hoc*— amplios derechos de participación y la posibilidad de una compensación. Si bien esta decisión fue bien intencionada, ha creado serios problemas en la práctica, que AMBOS identifica con claridad. En primer lugar, la cuestión relativa a si alguien puede ejercer sus derechos como víctima depende de la selección de casos del fiscal, que como se mencionó anteriormente es imposible de controlar (III, 178). En segundo lugar, cada caso involucra típicamente a cientos o a miles de víctimas (p. ej., el reclutamiento de niños soldados en el caso *Lubanga*). Escuchar a cada una de ellas individualmente detendría el proceso por completo, por lo que la Corte podrá insistir en su representación legal conjunta (art. 68(3), segunda oración del Estatuto de la CPI, a continuación, III, 187-188). En tercer lugar, los derechos de las víctimas y de los acusados pueden entrar en conflicto, especialmente si las víctimas desean permanecer en el anonimato para su propia protección cuando actúan como testigos de la fiscalía (III, 178-179). Por último, la regulación de las reparaciones (¿individuales o colectivas?) a las víctimas no está exenta de aspectos dudosos (III, 194 ss.).²⁵

b. Cuestiones de competencia

Antes de llevar a cabo la discusión específica sobre el tema, AMBOS realiza un *excursus* general sobre la jurisdicción penal internacional (III, 206 ss.). Mientras que las cuestiones de competencia *ratione loci* (III, 244 ss.), la remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad de la ONU (III, 255 ss.) y la iniciativa *motu proprio* de los procedimientos por la fiscalía (III, 264 ss.) son tratados en forma relativamente breve, el autor se ocupa ampliamente de la “complementariedad” (III, 266 ss.). Esta sección contiene reflexiones interesantes sobre unos cuantos puntos particulares. P. ej., AMBOS ofrece muchas razones convincentes para asumir que un Estado no puede reclamar la complementariedad si su jurisdicción se basa únicamente en el principio de universalidad; como representante de la comunidad internacional, se requiere que la Corte Penal Internacional trate estos casos (III, 269). AMBOS desea medir el criterio de admisibilidad de la “gravedad suficiente” de un caso (art. 17(1)(d) del Estatuto de la CPI) a partir de la importancia

²⁴ Cf. la descripción de los problemas en BOCK, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010.

²⁵ Para una visión empírica sobre cuestiones de reparación, cf. HOVEN, FEILER y SCHEIBEL, *Victims in Trials of Mass Crimes*, 2013.

del acto como tal —y generosamente a favor de la jurisdicción de la CPI—; otras consideraciones deberían desempeñar un papel solo cuando se ejerciera la discreción de la fiscalía de conformidad con el art. 53 del Estatuto de la CPI (III, 292 ss.). AMBOS también opina que la tramitación de un juicio penal nacional (que ha finalizado) y que padeció graves irregularidades legales no debería constituir un obstáculo para que la CPI se ocupe del caso; aquí, también, el sistema nacional de justicia no está dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no puede “realmente hacerlo” (véase el art. 17(1)(b) del Estatuto de la CPI, III, 315 ss.).

c. Proceso ante la CPI

La sección siguiente (III, 334 ss.) proporciona un resumen claro y focalizado del proceso ante la CPI, con fundamento en las normas y la jurisprudencia relevantes. La cooperación entre la Fiscalía y la Sala de Cuestiones Preliminares es una característica especial del proceso antes la CPI. La Sala de Cuestiones Preliminares tiene la tarea de supervisar de manera independiente el inicio de las investigaciones por parte de la fiscalía (art. 15(3) y (4) del Estatuto de la CPI), las etapas clave de la investigación, como la detención de un sospechoso (art. 57 y 58 del Estatuto de la CPI), así como la acusación (art. 61 del Estatuto de la CPI) (al respecto III, 345 ss.). Una vez que la Sala de Cuestiones Preliminares ha confirmado los cargos, estos son inalterables y el fiscal ya no puede modificarlos sin autorización (III, 418-419). En el juicio, la presentación de las pruebas se deja básicamente a las partes; sin embargo, como AMBOS señala acertadamente (III, 363), el juicio contiene distintos elementos inquisitivos, en especial, la facultad de la Sala de Primera Instancia de ordenar la presentación de pruebas adicionales (art. 64(6)(d) del Estatuto de la CPI) (III, 453-454).

Ambos adopta una visión crítica de la regulación del Estatuto de la CPI sobre el “Procedimiento en caso de declaración de culpabilidad” (art. 65 del Estatuto de la CPI, III, 433 ss.). A diferencia de la regulación sobre las declaraciones de culpabilidad ante los tribunales *ad hoc*, la admisión de culpabilidad ante la CPI no impide la obtención de pruebas. Una admisión constituye prueba que puede suponer la condena del acusado (art. 65(2) del Estatuto de la CPI). Sin embargo, la Sala de Primera Instancia también puede presentar pruebas adicionales si considera que esto es “en interés de la justicia y en particular en interés de las víctimas” (art. 65 (4) del Estatuto de la CPI). AMBOS cree que se trata de un “exceso de regulación” de la declaración de culpabilidad, de una manera que socava su función como un procedimiento abreviado” (III, 445); considera que se le da demasiado peso a los deseos de las víctimas y al interés

general de establecer la “verdad material” (III, 442, 444). Sin embargo, AMBOS no explica por qué el “procedimiento abreviado” ha de invalidar el interés general de averiguar la verdad.

d. Derecho probatorio

AMBOS dedica alrededor de setenta páginas al derecho probatorio (III, 446 ss.). Intenta primero desentrañar la difícil terminología de los requisitos de admisibilidad de la prueba en los procedimientos judiciales del art. 69(4) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, para lo cual pone de manifiesto la diferencia entre la pertinencia, el valor probatorio y la fiabilidad de los elementos de prueba (III, 448 y ss.). A continuación, muestra que las reglas sobre prueba en los juicios ante la CPI son más flexibles que las reglas estrictas que se aplican en los sistemas jurídicos del *common law*; en particular, la prueba de testimonio de oídas es admisible y no hay necesidad de llevar a cabo una corroboración, incluso en caso de elementos probatorios “débiles” (III, 473 ss.). Se proporciona una buena explicación acerca de la controversia entre las distintas salas de la CPI con respecto a la preparación intensiva de los testigos para sus declaraciones por la parte que los cita (“*witness proofing*”) (III, 478 y ss), así como sobre la posición semi-neutral de los peritos (III, 482 ss.).

Respecto de la CPI (como sucede respecto de todos los tribunales penales) surge la pregunta de si las pruebas obtenidas ilegalmente son admisibles (III, 513 ss.). Aquí, AMBOS construye un contraste verbal un tanto oscuro entre la “regla de exclusión” (que supuestamente se aplica según el *common law*) y la “mera inadmisibilidad” (en los sistemas jurídicos continental-europeos) (III, 514). Pero en realidad ambas expresiones se refieren a la perspectiva de un juicio acusatorio en lo relativo a la cuestión de si el tribunal excluirá la prueba presentada por una de las partes y, por tanto, impedirá su consideración por parte del jurado. En cambio, el punto crucial en los juicios inquisitivos no es la “admisibilidad” de la prueba (ya que no hay “admisión” como tal y es el propio tribunal el que presenta la prueba), sino la cuestión de si la sentencia puede estar basada en una prueba.

El art. 69(7) del Estatuto de la CPI establece que la prueba obtenida ilegalmente no será admisible si la violación suscita serias dudas sobre su fiabilidad o si su admisión atenta contra la integridad del juicio o redundante en su grave desmedro. A partir del enfoque de la jurisprudencia alemana, AMBOS interpreta el art. 69(7) del Estatuto de la CPI como una invitación a los jueces a emplear una ponderación integral; tanto la importancia de la prueba para establecer los hechos como la gravedad del crimen que se quiere probar deben ser considerados al llevar a cabo la

ponderación. No sorprende que este “difícil ejercicio de ponderación” (III, 517) no conduzca a resultados claros.²⁶ Tampoco es, en absoluto, superior a la aplicación de los dos criterios mencionados en el art. 69(7) del Estatuto de la CPI.

Las últimas secciones del libro están dedicadas a otros temas de relevancia práctica: AMBOS proporciona un informe detallado y especializado sobre las reglas de divulgación de la prueba para la defensa (III, 520 ss.) y el sistema recursivo (III, 548 ss.). El tomo termina con unas generales relativamente breves acerca de la cooperación (con frecuencia difícil a nivel político) entre la CPI y los sistemas de justicia nacionales (III, 591 ss.) y sobre la ejecución (III, 635 ss.).

En sus observaciones finales, AMBOS hace un llamado a abandonar el debate improductivo sobre si es preferible el tipo de proceso acusatorio o inquisitivo. En su lugar, se debería crear un modelo procesal “tan solo como un marco general propuesto, que deje suficiente espacio para que sus operadores, especialmente los jueces, ajusten las reglas de procedimiento a sus realidades procesales cotidianas” (III, 660). El derecho a un proceso equitativo y la eficiencia deberían ser los principios rectores (III, 661). Con esto podemos indudablemente estar de acuerdo, pero es la combinación correcta entre los dos lo que es crucial.

III. Conclusión

Una reseña de esta clase naturalmente hace énfasis en los puntos que llaman la atención del crítico como potencialmente dudosos o que requieren de una explicación adicional. Inevitablemente, el extenso tratado de AMBOS contiene algunos pasajes que podrían ser mejorados; en particular, en algunos casos, menos palabras pueden conducir a una mayor claridad. Pero ninguno de los interrogantes y objeciones sobre los detalles individuales cambia el hecho de que AMBOS ha tenido éxito con la producción de un trabajo que resulta absolutamente impactante, y no solo en términos cuantitativos. Sobre la base de sus propios y numerosos estudios preliminares dibuja, hábilmente y con erudición, un círculo que va desde los fundamentos del derecho penal internacional y la teoría del delito hasta cerrar con los detalles del régimen de ejecución. Su tratado no solo proporciona una evaluación asombrosamente completa de las publicaciones relevantes sobre derecho penal internacional hasta la fecha, sino que también es un

²⁶ “Sin embargo, en última instancia la decisión debe ser tomada caso por caso... Por supuesto que las salas tienen una sana dosis de discrecionalidad, en línea con la discrecionalidad general en asuntos probatorios” (III, 520).

verdadero tesoro, repleto de ideas originales sobre cuestiones importantes de derecho sustantivo y procesal.

Dado que los dos primeros volúmenes sobre derecho sustantivo se publicaron en 2014, no abarcan los acontecimientos más recientes, especialmente la crisis política de la CPI tras las críticas de los Estados africanos.²⁷ Por consiguiente, espero que el autor conserve el vigor y la energía para mantener actualizado este *opus magnum* en ediciones posteriores.

²⁷ Sobre este asunto, véase, p. ej., WERLE, FERNANDEZ y VORMBAUM (dir.), *Africa and the International Criminal Court*, 2014. La incorporación del crimen de agresión en el Estatuto de la CPI (art. 8 bis del Estatuto de la CPI), que tuvo lugar en 2017, está esencialmente cubierta por el trabajo de AMBOS mediante un extenso debate sobre las resoluciones de la Conferencia de Kampala (2010) (II, 184 ss.).