

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN ESTADO DE DERECHO Y GOBERNANZA GLOBAL

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL



TESIS DOCTORAL

**EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO EN EL ESTATUTO DE ROMA: UN
ANÁLISIS DE DERECHO PENAL COMPARADO**

TUTORA: PROF. DRA. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ

LIGIA MARÍA VARGAS MENDOZA

SALAMANCA 2019

A mis padres

Resumen: La Corte Penal Internacional es el primer tribunal internacional que ejerce jurisdicción penal con vocación de universalidad y permanencia. No obstante, las normas que la regulan fueron construidas a través de negociaciones políticas, haciendo evidente la influencia preponderante de algunos Estados. Aún así, con el propósito de llegar a consensos, el punto de partida a la hora de interpretar el Estatuto de Roma debe ser la multiculturalidad que permea y explica las diversas tradiciones jurídicas, sin imponer una tradición sobre otras. Esto, si quiere conservarse la idea de que el derecho penal internacional es un derecho común a la humanidad. Este texto busca plantear una interpretación de los elementos subjetivos del delito, consagrados en el Estatuto de Roma, a partir de la comprensión y comparación de cinco sistemas jurídico-penales: Inglaterra, Estados Unidos, Francia, España y Colombia. El objetivo es aumentar la seguridad jurídica, la legitimidad del ordenamiento penal internacional y aportar a que la Corte haga una aplicación garantista del derecho penal internacional. La comparación realizada pone en evidencia que todos los Estados comparten criterios mínimos de aplicación de los elementos subjetivos del derecho penal, con base en los cuales debe fortalecerse la actividad universal de la Corte Penal Internacional.

Abstract: The International Criminal Court is the first international tribunal that exercises criminal jurisdiction and aspires at both permanence and universality. Nevertheless, the law established in the Rome Statute was created through political negotiations. As a consequence, it reflects the influence of some of the most powerful States. Even so, with the intention of achieving consensus, the Rome Statute's interpretation must be done from a multicultural point of view, because multiculturalism explains the divergent legal traditions around the globe. International Criminal Law must be the common law of all humanity. This work offers a common interpretation of the subjective elements of the crimes under the Rome Statute, which stems from the comparison and understanding of five criminal law systems: England, United States, France, Spain, and Colombia. The purpose is to strengthen the rule of law and the legitimacy of international criminal law. It also aims at allowing the Court to observe the same guaranties when applying international criminal law to all citizens. This work demonstrates that all criminal law systems under study share minimum criteria for the application of the subjective elements of crime. In order to become a truly universal tribunal, the International Criminal Court should respect this common ground.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	1
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN A LOS SISTEMAS JURÍDICOS	21
1. El Derecho en Inglaterra.....	22
a. Recuento histórico.....	26
b. Estructura del Estado.....	31
c. Sistema judicial.....	32
d. Fuentes de derecho.....	36
i. La Constitución	37
ii. Legislación	42
iii. Jurisprudencia.....	46
iv. Costumbre.....	55
v. Doctrina.....	56
2. El Derecho en los Estados Unidos.....	57
a. Recuento histórico.....	59
b. Estructura del Estado.....	65
c. Sistema judicial.....	70
d. Fuentes de derecho.....	77
i. La Constitución	78
ii. Legislación	82
iii. Jurisprudencia.....	84
iv. Doctrina.....	88
3. El Derecho en Francia	89
a. Recuento histórico.....	90
b. Estructura del Estado.....	93
c. Sistema judicial.....	99
d. Fuentes de derecho.....	108
vi. La Constitución	108
vii. Legislación.....	111
i. Jurisprudencia.....	115
ii. Costumbre.....	116
iii. Doctrina.....	117
4. El Derecho en España.....	117
a. Recuento histórico.....	118
b. Estructura del Estado.....	120
c. Sistema judicial.....	129
d. Fuentes de derecho.....	133
i. La Constitución	134
ii. Legislación	137
iii. Jurisprudencia.....	139
iv. Costumbre.....	141

v.	Doctrina.....	141
vi.	Otras fuentes.....	141
5.	El Derecho en Colombia.....	142
a.	Recuento histórico.....	144
b.	Estructura del Estado.....	149
c.	Sistema judicial.....	157
d.	Fuentes de derecho.....	162
i.	La Constitución.....	163
ii.	Legislación.....	166
iii.	Jurisprudencia.....	167
iv.	Costumbre.....	169
v.	Doctrina.....	169
vi.	Otras fuentes.....	170
	CAPÍTULO II: EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO EN CALVE COMPARADA.....	171
1.	Presupuesto para el análisis.....	171
a.	La estructura del delito en el <i>common law</i>	171
b.	La estructura del delito en Francia.....	179
c.	La estructura del delito en Iberoamérica.....	182
2.	Los elementos del delito comunes a los distintos sistemas.....	184
a.	El principio de legalidad.....	185
b.	Elemento material o elemento externo.....	193
i.	Clasificación de los delitos.....	210
ii.	Causalidad.....	231
3.	Elemento mental o elemento moral.....	242
a.	La culpabilidad.....	251
b.	El dolo.....	265
c.	La imprudencia.....	294
d.	Infracciones de responsabilidad absoluta.....	311
e.	Causas de exclusión de la responsabilidad penal vinculadas al elemento subjetivo.....	317
	CAPÍTULO III: ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO EN EL ESTATUTO DE ROMA.....	331
1.	El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	332
a.	Cuestiones previas.....	332
i.	Surgimiento y legitimidad de la Corte Penal Internacional.....	332
ii.	Un texto en varios idiomas.....	356
i.	El principio de legalidad.....	360
ii.	Las fuentes del derecho en el Estatuto de Roma.....	367
iii.	La competencia de la Corte Penal Internacional.....	381
2.	El elemento subjetivo en el Estatuto de Roma.....	399
a.	Comprensión transversal del elemento subjetivo en el Estatuto de Roma.....	399
b.	El elemento subjetivo. Elemento de intencionalidad.....	418
i.	Presupuesto de análisis.....	418
ii.	El artículo 30 del Estatuto de Roma.....	422
iii.	Las distintas formas de elemento de intencionalidad.....	424
1.	El dolo directo de primer grado.....	424
2.	El dolo directo de segundo grado.....	432

3.	El dolo eventual.....	435
4.	Ignorancia deliberada o <i>willful blindness</i>	447
5.	Imprudencia o <i>negligence</i>	450
iv.	La cláusula «salvo disposición en contrario».....	455
v.	El elemento subjetivo de la responsabilidad del superior.....	464
c.	Los elementos subjetivos en los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.....	475
i.	Genocidio.....	481
1.	Objeto del elemento subjetivo.....	482
a.	Elementos objetivos del delito (<i>actus reus</i>).....	483
b.	El elemento contextual.....	491
2.	El elemento de intencionalidad.....	494
i.	Los crímenes de lesa humanidad.....	500
1.	Objeto del elemento subjetivo.....	508
a.	El elemento contextual.....	508
b.	Elementos objetivos del delito (<i>actus reus</i>).....	521
2.	El elemento de intencionalidad.....	531
ii.	Crímenes de Guerra.....	536
1.	Objeto del elemento subjetivo.....	540
a.	El elemento contextual.....	540
b.	El elemento objetivo (<i>actus reus</i>).....	547
2.	El elemento de intencionalidad.....	549
iii.	El crimen de agresión.....	555
1.	Objeto del elemento subjetivo.....	561
2.	El elemento de intencionalidad.....	576
	CONCLUSIONES.....	580
	CONCLUDING REMARKS.....	595
	BIBLIOGRAFÍA.....	609

INTRODUCCIÓN

En el mundo globalizado, los sucesos jurídicos de un Estado generan reacciones en los demás; los ciudadanos y los gobiernos han adoptado actitudes globales, impulsados por los fenómenos económicos que tienen ese carácter. A partir de esa conciencia universal y a través de un complejo proceso histórico motivado, en gran medida, por la comisión de crímenes muy graves y a gran escala, surgieron en el panorama universal una serie de instituciones de carácter penal cuyo objetivo era juzgar y sancionar estas conductas. Uno de los grandes hitos de ese proceso histórico es la creación de la Corte Penal Internacional, con sede en La Haya, Países Bajos. Una de las razones de su importancia es que tiene vocación de universalidad y permanencia. Por primera vez en la historia del derecho penal internacional se ha creado una institución judicial que pretende tener competencia sin límites territoriales y continuar en el futuro; no está diseñada para juzgar unos crímenes pasados y luego cerrarse.

La Corte Penal Internacional fue creada mediante el Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998 y comenzó a operar el 1 de julio de 2002, luego de que 60 Estados ratificaran el Estatuto. En principio, la Corte tiene competencia sobre los delitos de genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad que se cometan en un Estado miembro o por nacionales de ese Estado, después de la fecha de entrada en vigor o de ratificación del Estatuto. Adicionalmente, luego de la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, que se llevó a cabo en Kampala, Uganda, en el año 2010, la Corte tiene competencia material sobre el crimen de agresión, siempre y cuando se cumpla con los requisitos establecidos para activar esta competencia.

Al ser una institución de carácter internacional, tanto los redactores del instrumento que la creó, como los jueces, fiscales, abogados y demás operadores, provienen de todas las tradiciones jurídicas. Más aún, dada su vocación universal, la Corte tiene competencia para juzgar crímenes cometidos por sujetos de todos los Estados miembros, cuyas tradiciones jurídicas son muy diversas. Esto se hace evidente de muchas formas en los documentos que regulan el funcionamiento de la institución, así como en las decisiones y sentencias que ella expide y tiene consecuencias en términos de seguridad jurídica. Es frecuente encontrar

interpretaciones normativas claramente inspiradas por una tradición jurídica, que lleva a conclusiones que se contradicen posteriormente con otras interpretaciones que pueden tener la misma fuerza normativa. Así mismo, suelen encontrarse trasplantes conceptuales, donde conceptos de orden interno son aplicados directamente en el ordenamiento internacional, a pesar de que puedan ser desconocidos para una parte de los operadores jurídicos de la Corte o, incluso, para los procesados y sus defensores.

A esto se suma, que los instrumentos internacionales que rigen la Corte Penal Internacional, principalmente el Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, tienen conceptos de difícil aplicación, que no son fácilmente comprensibles para quienes tienen la obligación de llevar a cabo la actuación penal en estos ámbitos. Una de las razones de este fenómeno es que sus redactores fueron principalmente políticos. Los pocos abogados que participaron en estos procesos eran en su mayoría, expertos en derecho internacional y rara vez se dio la intervención de un abogado penalista¹. En ese contexto, la redacción de estos textos está guiada, al menos en un porcentaje importante, por intereses de tipo político, que impulsa a los participantes a tratar de mantenerse cerca de las soluciones nacionales a los distintos problemas jurídicos.

Otra razón es que las distintas tradiciones jurídico penales mundiales no siempre coinciden entre sí. A pesar de que las diferencias no son tan profundas como suele creerse y existen varios puntos de convergencia, lo cierto es que la implementación de un sistema penal internacional tiene el gran obstáculo de superar la idea de que el vínculo inescindible entre el derecho penal y la soberanía estatal, implica que una actuación internacional en este ámbito constituye una violación inaceptable de la soberanía de los Estados. Esta concepción ha generado problemas serios en la legitimidad de la Corte Penal Internacional y, ha dificultado los procesos de ratificación del Estatuto de Roma. No deja de ser preocupante que los Estados política y económicamente más poderosos del mundo como China, Rusia, India, Pakistán, Israel, Turquía y los Estados Unidos, no hayan ratificado el Estatuto de Roma, entre otras

¹ BASEDOW, Jurgén. "Comparative Law and its Clients" American Journal of Comparative Law, 821, 2014. Disponible en <http://hdl.handle.net/11858/00-001M000-002D-BA60-2>. Consultado el 8 de febrero de 2019. p. 851.

razones, porque no consideran adecuado que una institución internacional juzgue penalmente a sus nacionales.

Ahora bien, estos problemas pueden solucionarse a través de la identificación de los principios generales del derecho y de la creación de conceptos unificadores con base en esos principios. Para ello, se hacen necesarios verdaderos ejercicios de derecho comparado² que identifiquen clara y correctamente los puntos comunes y divergentes entre los sistemas de los distintos países y establezcan cuales son los principios inquebrantables para que la aplicación del derecho penal sea legítima en todos los ordenamientos jurídico-penales. El punto de partida debe ser la diversidad. La multiculturalidad que permea y explica las distintas tradiciones del derecho, debe observarse con el propósito específico de llegar a consensos, sin la intención de imponer una tradición sobre otra y dejando de lado las actitudes paternalistas, si no quiere terminarse por anular la idea misma del derecho internacional como el derecho común a la humanidad³.

La creación y el mantenimiento de un sistema de derecho que vincula a toda la humanidad y que está diseñado para juzgar los crímenes más graves, se fundamenta en la idea de que hay conductas tan graves que no pueden quedar impunes, independientemente del lugar en el cual se hayan cometido o la nacionalidad de los sujetos que las hayan llevado a cabo. Esta obligación de sancionarlas surge del hecho de que estas conductas afectan a la humanidad

² Al respecto afirma MARCHUK que *“Only careful filtering of the notions from different legal systems through the general principles of law “is capable of yielding fruitful results”*. MARCHUK, Iryna. *The fundamental concept of crime in International Criminal Law. A comparative Law Analysis*. Springer, New York, 2014. p. 156. [Sólo el filtrado cuidadoso de las nociones de diferentes sistemas legales a través de los principios generales del derecho "es capaz de producir resultados fructíferos] (traducción libre).

³ “So far as diversity is assessed with the specific purpose of reaching a consensus on the definition of international, common rules, comparative international law harmoniously supplements international law. On the other hand, if comparative international law were to be designed as a way to claim the existence of specific approaches to international law, there is a risk that it would eventually lead to the disintegration of the core idea of international law as the common law of humankind”. FORTEAU, Mathias. “Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission”. *The American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 3 July 2015. Disponible en https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.109.3.0498?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents. Consultado el 8 de febrero de 2019. p. 513. [En la medida en que la diversidad se evalúa con el propósito específico de alcanzar un consenso sobre la definición de normas internacionales comunes, el derecho internacional comparado complementa armoniosamente el derecho internacional. Por otro lado, si el derecho internacional comparado se diseñara como una forma de reclamar la existencia de enfoques específicos al derecho internacional, existe el riesgo de que eventualmente conduzca a la desintegración de la idea central del derecho internacional como el derecho común de la humanidad]

como un todo, porque atacan la esencia misma de la raza humana. Sin embargo, esa misma esencia tiene como uno de sus pilares el hecho de que la raza humana está compuesta por personas de muy distintas características étnicas, nacionales y culturales.

Por ello, para que la Corte Penal Internacional pueda cumplir sus objetivos de la mejor manera, se hace necesario crear y articular categorías funcionales que permitan acomodar los términos de alguna manera en la que puedan identificarse las equivalencias y armonizarse las diferencias de los distintos sistemas jurídicos. Para eso se hace indispensable el derecho penal comparado, que no es el trasplante de un modelo dominante al derecho penal internacional, sino la hibridación inspirada por el pluralismo. La amalgama fascinante de derecho internacional, derecho penal y principios generales del derecho, derivados de los ordenamientos internos.

Este proceso debe estar encaminado a cumplir dos objetivos. Por una parte, es fundamental aumentar la seguridad jurídica y con ella, la legitimidad del ordenamiento penal internacional. En la medida en la que se creen conceptos que sean fácilmente comprensibles para operadores jurídicos de todas las nacionalidades, que puedan interpretarlos y aplicarlos sin necesidad de enfrentar su tradición jurídica con la de sus colegas, se hará más previsible la aplicación del derecho, pues no dependerá de la familia jurídica en la que se haya educado quien esté realizando la interpretación o redactando la sentencia. A su turno, esto implica que, las soluciones a los problemas jurídicos que se alcancen por esta vía gozarán de una mayor legitimidad, pues estarán basadas en aquellos principios indispensables para el ejercicio de la acción penal en todos los sistemas.

Por otra parte, esos mismos principios garantizan que los juicios penales que se lleven a cabo en las cortes internacionales, pero especialmente en la Corte Penal Internacional, se desarrollen respetando los derechos de quienes enfrentan la justicia penal internacional. Cabe recordar que el literal 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma establece que: “(...) *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". Si las categorías de los crímenes y los elementos que las componen están basadas en las estructuras comunes a todos los ordenamientos internos, sin distinciones determinadas por el poder político de los distintos Estados y en su capacidad de negociación al interior de las organizaciones internacionales, entonces quienes sean juzgados estarán en capacidad de comprender el proceso penal. Más aún, los abogados defensores tendrán una mayor capacidad de actuación, ejerciendo de manera más eficiente la defensa técnica. Además, las normas penales de carácter internacional cumplirán de mejor manera las funciones de prevención del delito.

A pesar de la importancia de llevar a cabo estos procesos de interpretación armónica, se trata de una actividad enormemente complicada y dispendiosa. Por eso, hacerlo con todos los elementos del Estatuto de Roma resulta excesivo para los objetivos de este trabajo, lo que genera la necesidad de realizar elecciones⁴. La primera de ellas y, quizás una de las más importantes es el objeto de estudio, dado que en el Estatuto de Roma han quedado plasmadas varias figuras que requieren un análisis cuidadoso, más si se tiene en cuenta que el derecho penal internacional es aún, un área del derecho en desarrollo. A diferencia de lo que sucede con el derecho penal en países como Alemania, España o Inglaterra, donde a lo largo del tiempo se han construido complejas estructuras para estudiar el delito y sus consecuencias, el derecho penal internacional es, en muchos aspectos, un campo inexplorado.

⁴ Igual sucede en las cortes internacionales cuando los tribunales deciden adelantar estudios de derecho penal comparado para solucionar un problema jurídico. Al respecto explica JAIN que *"The first challenge that tribunals face when conducting a comparative analysis of legal systems is the issue of selection. Given their time, resource, language, and knowledge constraints, it would be impossible for them to conduct a comprehensive analysis of every domestic criminal law system. The courts may then adopt the majority's stance in Erdemović and deduce general principles from systems that are "practically accessible" to the judges"*. JAIN, Neha. "Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment". *The American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 3, July 2015. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.109.3.0486>. Consultado el 8 de febrero de 2019. p. 490. [El primer reto al que se enfrentan los tribunales cuando realizan un análisis comparado de los sistemas legales es el problema de la selección. Dadas sus restricciones de tiempo, recursos, idioma y conocimiento, sería imposible realizar un análisis comprensivo de cada sistema de derecho penal interno. Las cortes deben entonces adoptar la postura de la mayoría en *Erdemović* y *deducir los principios generales de los sistemas que son "practicamente accesibles" para los jueces.*] (traducción libre).

Así pues, el objetivo de este trabajo es formular una interpretación del artículo 30 del Estatuto de Roma que sea compatible con las posturas legales, jurisprudenciales y doctrinales de los sistemas jurídicos de cinco países de tradiciones jurídicas distintas. Dentro de todas las figuras consagradas en el Estatuto de Roma, una de las más llamativas es el *elemento de intencionalidad*, establecido en el artículo 30 del Estatuto de Roma⁵, de acuerdo con el cual, los crímenes de la competencia del Estatuto deben llevarse a cabo con intención y conocimiento para que el sujeto pueda ser declarado penalmente responsable y sancionado por la Corte. Esto implica que este artículo incorpora la intención (dolo directo de primer grado en el derecho penal iberoamericano) como un elemento subjetivo presente en todos los delitos, por regla general. Por eso, se hace necesario establecer como debe ser esa intención y que otras formas de elemento subjetivo pueden estar presentes en los delitos de competencia del Estatuto.

El interés en esta figura se deriva de cuatro circunstancias. En primer lugar, en todos los Estados se ha acogido alguna forma del principio de culpabilidad, según el cual se prohíbe la responsabilidad objetiva en materia penal, al menos frente a los crímenes más graves. Esto significa que no se sanciona al sujeto solamente por haber producido el resultado prohibido por la norma penal, sino que se exige, simultáneamente, un compromiso de la mente del sujeto en la comisión de la conducta, para que pueda responsabilizársele por haber vulnerado un interés o bien jurídico protegido por la norma. Esto implica que el elemento de intencionalidad, es decir, el estado mental del sujeto, su conocimiento y su voluntad al momento de cometer la conducta, son esenciales para determinar la responsabilidad penal.

A nivel interno, esa exigencia es especialmente fuerte cuando se trata de crímenes muy graves, pues en algunos ordenamientos penales como el francés y el de los Estados Unidos

⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional “*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. 16 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional 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*”.

se han establecido infracciones penales de responsabilidad objetiva, pero de muy poca gravedad. En ese orden de ideas, el elemento mental es imprescindible dentro de la estructura de los crímenes internacionales consagrados en el Estatuto de Roma pues, tal como lo reconoce el mismo instrumento internacional, se trata de “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*”⁶, por los que no podría imponerse una pena sin tener en cuenta este elemento, en respeto al principio de culpabilidad.

En segundo lugar, aunque en una primera lectura no resulte tan evidente, la descripción que hace el artículo 30 del Estatuto de Roma es ambigua y se presta para equívocos. Una de las discusiones más sonadas en el derecho penal internacional, la generaron las Salas de Cuestiones Preliminares I y II que decidieron de forma contraria con respecto a la posibilidad de condenar a título de dolo eventual con base en el artículo 30 del Estatuto. En la decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*⁷ la Sala de Cuestiones Preliminares I admitió el dolo eventual, utilizando la expresión latina *dolus eventualis*, como elemento subjetivo suficiente para imputar el resultado del crimen de guerra de reclutamiento de menores.

No obstante, posteriormente, la Sala de Cuestiones Preliminares II, en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura y Kenyatta*⁸, equiparando erróneamente el dolo eventual a la imprudencia consciente (*recklessness*), abandonó esta interpretación exigiendo, por lo menos, dolo de consecuencias necesarias y las sentencias posteriores han sostenido esta postura. El asunto se complica porque las estructuras que se refieren a los elementos subjetivos de los crímenes en los ordenamientos internos son sumamente diversas, incluso en lo referente a los términos que se utilizan para referirse a ellas. Aún así, como se verá más adelante, esto no implica que las figuras sean irreconciliables pues, de hecho, existen núcleos comunes que permiten llegar a consensos más allá de las diferencias conceptuales y lingüísticas.

⁶ Estatuto de Roma, artículo 5.

⁷ Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I. Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. par. 352.

⁸ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Situation in the Republic of Kenya in The Case of The Prosecutor V. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta And Mohammed Hussein Ali. Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the confirmation of charges, 23 de January 2012. par. 411.

En tercer lugar, aún a pesar de su importancia, el elemento de intencionalidad sigue siendo uno de los elementos del derecho penal internacional menos estudiado⁹. De hecho, hasta la redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma, ningún otro instrumento internacional había incorporado una definición de los elementos mentales con los que debe realizarse la conducta para que constituya un crimen internacional. La falta de estudio en este asunto también puede explicar, al menos en parte, que se presenten contradicciones al interior de las decisiones de las Salas de la Corte Penal Internacional, pues en todos los ordenamientos, los jueces suelen apoyarse en la doctrina para interpretar los elementos de los delitos, aunque sea de manera tangencial.

Finalmente, cabe destacar que el artículo inicia con una cláusula que abre el espectro a las diferentes formas de lo que el derecho penal de tradición continental, conoce como tipo subjetivo. De acuerdo con ella, la norma del artículo 30 se aplicará «*salvo disposición en contrario*» («*unless otherwise provided*», «*sauf disposition contraire*»), por lo cual, aunque allí se ha consagrado la regla general, los crímenes de la competencia de la Corte pueden cometerse con otras formas subjetivas, siempre y cuando estas hayan sido consagradas en otras normas. Esto ha sido así en varios casos, principalmente en los crímenes de guerra, en los cuales se han incorporado, por ejemplo, formas de imprudencia con representación con respecto a elementos objetivos determinados. En el mismo sentido, el artículo 28 del Estatuto consagra la “*responsabilidad de los jefes y otros superiores*”, incorporando la imprudencia y la ceguera voluntaria, una forma específica de *mens rea* ampliamente conocida en los ordenamientos jurídico penales de tradición anglosajona.

En ese marco, el objetivo general de este trabajo surge del hecho de que el Estatuto de la Corte Penal Internacional trata de abarcar todas las tradiciones jurídicas, incluso a través del uso del lenguaje, al utilizar expresiones como «Elemento de Intencionalidad» «Mental Element» o «*Élément Psychologique*», o al menos de no hacer referencia explícita a una sola

⁹ Asegura SATZGER que “*All in all, it is submitted that the mental element of international crimes definitely needs further analysis and jurisprudence in order to satisfy the needs for a coherent legal system at the international level*”. SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. 2 ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2018. p. 274. [En general, se afirma que el elemento mental de los crímenes internacionales definitivamente necesita más análisis y jurisprudencia para satisfacer las necesidades de un sistema legal coherente a nivel internacional] (traducción libre).

de ellas, a pesar de que como cualquier instrumento internacional, el Estatuto de Roma es fruto de arduas discusiones políticas entre los delegados de los Estados que pudo ser aprobado solo a partir de amplias concesiones diplomáticas. Así pues, el propósito es establecer los puntos comunes a partir de los cuales es posible interpretar el artículo 30 del Estatuto, de tal forma que su disposición sea aplicable a personas de todos los ordenamientos jurídicos, a pesar de que todos renuncien a partes no esenciales de sus concepciones jurídico penales, para que esto sea posible.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que los ordenamientos internos de los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma tienen la obligación de perseguir, investigar y sancionar los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional que se cometan en su territorio o por sus nacionales. En consecuencia, la jurisprudencia de la Corte se convierte en una fuente jurídica importante en situaciones como el conflicto colombiano, donde una nueva jurisdicción debe juzgar y sancionar los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra que se hayan cometido por los distintos actores en 50 años de conflicto armado. Para que esta incorporación de las normas del Estatuto de Roma sea posible, aún como fuente subsidiaria para la interpretación de las leyes penales de orden nacional, se hace necesario que no solo su contenido, sino también la interpretación que de ellas haya hecho la Corte, sea compatible con los principios básicos de los ordenamientos internos.

La segunda selección que debe hacerse se refiere a los países a estudiar. A pesar de que la única garantía de que existiera una inclusión de todos los ciudadanos del mundo, de acuerdo con la vocación de universalidad de la Corte, sería estudiar todos los sistemas, resulta evidente que esa ambición es imposible de cumplir, pues existen recursos limitados. Esto, partiendo de la hipótesis de que los elementos subjetivos del delito exigidos en los distintos sistemas jurídico penales, pueden conjugarse en una sola estructura, al menos en cuanto a los requisitos mínimos, necesarios para realizar una correcta imputación de los crímenes internacionales. No solo el tiempo y el espacio restringen el objeto de estudio de toda investigación, sino que debe tenerse en cuenta que existen barreras idiomáticas que dificultan la tarea. Además, es necesario considerar el acceso a la información, pues no es posible acceder a las fuentes jurídicas y culturales necesarias para conocer un sistema jurídico a tal

punto que sea posible establecer un estándar normativo que cumpla con los objetivos propuestos.

De acuerdo con el derecho comparado y sus métodos, existen tres mecanismos para seleccionar los países que desean estudiarse¹⁰. El primero de ellos es el muestreo por conveniencia, que se refiere a la selección puramente subjetiva de los casos a estudiar, con base en la idea de que los resultados apoyarán la hipótesis. Aunque por lo general es la manera en la que inician las investigaciones, esta opción es la menos rigurosa y es muy probable que lleve a generalizaciones infundadas.

La segunda opción es el muestreo aleatorio, mediante el cual se garantizaría que todos los Estados tuvieran la misma opción de ser estudiados. Un ejemplo de selección aleatoria sería, por ejemplo, seleccionar al azar, países de la lista de Estados miembros de la Corte Penal Internacional. El problema de esta selección es que se corre el riesgo de que los países elegidos no puedan estudiarse, bien por su idioma, bien por que la bibliografía no sea accesible. En consecuencia, se ha utilizado el tercer método de selección disponible, que es el muestreo teóricamente informado. A través de él, se han seleccionado los países teniendo en cuenta criterios objetivos, como su influencia en la redacción del Estatuto, y subjetivos, como el idioma en el que se encuentran sus fuentes jurídicas.

El documento analiza los sistemas jurídicos de España, Colombia, Estados Unidos, Inglaterra y Francia. Cada uno de esos sistemas fue seleccionado por diversas razones, pero uno de los propósitos principales era que estuvieran representados tres de los seis idiomas oficiales del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹¹. El idioma de un país responde siempre a procesos históricos, por lo cual cuando dos o más Estados comparten el mismo idioma, suelen existir entre ellos vínculos históricos que también tienen influencia en la cultura jurídica de cada

¹⁰ LINOS, Katerina. "How to Select and Develop International Law Case Studies: Lessons from Comparative Law and Comparative Politics" *The American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 3, July 2015. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.109.3.0475?seq=1&cid=pdf>- Consultado el 8 de febrero de 2019. p. 479.

¹¹ Estatuto de Roma, "*Artículo 128 Textos auténticos El original del presente Estatuto, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que enviará copia certificada a todos los Estados*".

país. Por eso, aunque sea imposible afirmar que las conclusiones de este trabajo son aplicables a todos los sistemas jurídicos directamente, al menos puede sostenerse que en los sistemas jurídicos histórica y culturalmente cercanos a los que se han estudiado, las conclusiones pueden ser similares.

España ratificó el Estatuto de Roma el 24 de octubre de 2000 y desde la Conferencia de Roma ha sido un Estado comprometido con la implementación y el desarrollo de la Corte Penal Internacional. Este Estado ha ratificado todos los instrumentos internacionales que regulan crímenes graves y que se han incluido en el Estatuto de Roma, además de apoyar económicamente a la institución. Sin embargo, la razón primordial por la cual se ha seleccionado este sistema jurídico es la necesidad de que en el análisis quedara representada la doctrina continental de derecho penal, cuyas estructuras han tenido un gran desarrollo a lo largo del tiempo. La construcción de la teoría del delito en esta tradición, de la que hacen parte España y Colombia y que encuentra sus raíces en la doctrina alemana, ha tenido gran influencia en la aplicación del derecho penal internacional.

Un ejemplo de ello es el voto disidente de la sentencia de primera instancia en contra de *Lubanga*, en el cual se argumenta en contra de la trasposición de la teoría alemana sobre coautoría para fundamentar la condena¹². Lo mismo sucedió en la sentencia en contra de *Katanga*, cuyo fundamento fue la teoría de CLAUS ROXIN sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder¹³. Estos ejemplos, aunados a otros casos en los cuales la Corte ha hecho

¹² “*In these two instances, the judges relied heavily on the scholarship of the German academic Claus Roxin as the primary authority for the control theory of co-perpetration, and in the result, this approach was imported directly from the German legal system*”. International Criminal Court, Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of The Congo, Case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, 14 March 2012. p. 6. [En estas dos instancias los jueces fundaron decididamente su criterio en la teoría del académico alemán Claus Roxin como primera autoridad con respecto a la teoría del control en la coautoría y, en consecuencia, esta aproximación fue importada directamente del sistema legal alemán] (traducción libre).

¹³ “*Il convient, en l’occurrence, de se référer à la théorie du « contrôle sur l’organisation » (Organisationsherrschaft) qui permet la mise en œuvre de la responsabilité de « l’auteur derrière l’auteur »*. Claus Roxin est à l’origine de cette théorie qui, le plus souvent, semble donc être appelée à recouvrir les hypothèses de commission d’un crime par l’intermédiaire de personnes qui sont pénalement responsables”. Court Pénale Internationale, Situation en République Démocratique du Congo, Chambre de Première Instance II, Affaire Le Procureur C. Germain Katanga, Jugement rendu en Application De L’article 74 du Statut, 7 Mars 2014, Para 1404. P. 577. [Es conveniente referirse a la teoría del “control sobre la organización” (Organisationsherrschaft) que permite la imputación de responsabilidad del “autor detrás del autor”. Claus

uso de las teorías penales alemanas demuestran la importancia de la doctrina continental para la implementación del Estatuto de Roma. Dado que la dogmática penal española ha sido muy importante para la difusión e implementación de estas teorías en otros países de habla hispana, pero especialmente en América Latina, su inclusión en este trabajo constituye un gran punto de partida para la comparación.

El caso de Colombia es paradigmático porque, en la actualidad, el país atraviesa una coyuntura que lo obliga a conocer el Estatuto de Roma y a tener en cuenta las actuaciones de la Corte Penal Internacional. En primer lugar, a raíz del conflicto armado de más de 50 años que existe en el país, la Corte Penal Internacional abrió una situación preliminar contra Colombia en 2004. A partir de allí, la fiscalía de la Corte ha hecho seguimiento a la comisión de crímenes de su competencia y a los procesos de investigación y sanción que los involucran. En segundo lugar, de acuerdo con el *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, el derecho penal internacional es una de las fuentes jurídicas que debe tener en cuenta la Jurisdicción Especial para la Paz para desempeñar sus funciones. Finalmente, cabe destacar que, dado que en el contexto del conflicto colombiano se han cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado con respecto a estas normas, lo que permite evidenciar la manera en la cual se interpretan dentro del ordenamiento interno.

Todo lo anterior hace que la investigación del caso colombiano sea enriquecedora para este trabajo. Sin embargo, se debe reconocer que la aproximación a cualquier norma de derecho interno o derecho internacional necesariamente implica una comparación con el ordenamiento jurídico penal colombiano, aunque sea de manera inconsciente, dada la nacionalidad de la autora¹⁴. La comparación con el sistema propio genera una mejor

Roxin está en el origen de esta teoría que, frecuentemente, se utiliza cuando el delito es cometido por instrumentos responsables] (traducción libre).

¹⁴ Al respecto explica WINTERTON que "(...) first, just as the study of one's own legal system is facilitated by comparing it with another, so the examination of a foreign legal system is made easier and more rewarding by comparing it to one's own. Second, the intelligent study of a foreign legal system is difficult if not impossible without at least subconsciously comparing it to one's own". WINTERTON, George. "Comparative Law Teaching" 23 Am. Journal of Comparative Law, 69, 1975. Disponible en https://www.jstor.org/stable/839541?seq=1#page_scan_tab_contents. Consultado el 8 de febrero de 2019. p. 70. [(...) primero, tal como el estudio de su propio sistema legal se facilita por la comparación con otro, así el examen de un sistema jurídico extranjero se hace más fácil y más fructífero al compararlo con el sistema propio.

comprensión de las estructuras penales de otros Estados, en la medida en la que sobre este sistema existe un conocimiento más amplio. Por esa razón, resulta preferible realizar las comparaciones de manera expresa en el texto y así, además, evitar juicios soterrados.

La incorporación de los Estados Unidos en el trabajo puede ser cuestionada, en la medida en la que este país no ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El 31 de diciembre de 2000, el presidente Bill Clinton firmó el Estatuto de Roma, tomando por sorpresa a la comunidad internacional. No obstante, el 8 de mayo de 2002, el gobierno de los Estados Unidos, encabezado por el presidente George W. Bush, informó de manera oficial al Secretario General de las Naciones Unidas que retiraba la firma y que no ratificarían el tratado, aún cuando esto es un procedimiento no establecido dentro del mismo. A pesar de ello, la delegación de los Estados Unidos fue muy influyente durante la Conferencia de Roma y muchas de las normas que quedaron consagradas en el tratado fueron concesiones hechas a esa delegación con el objetivo de que la Corte contara con el apoyo de los Estados Unidos¹⁵.

Por su parte, Inglaterra incorporó el Estatuto de Roma a su legislación interna mediante el *International Criminal Court Act 2001* y aplicandolo directamente condenó a un militar por la comisión de crímenes de guerra. En Inglaterra nació el *common law*; sistema jurídico que utilizan en la actualidad todos los Estados que hacen o hicieron parte de la Common Wealth, por lo cual al incorporar este sistema jurídico a la investigación se permite el acercamiento a un gran número de países del mundo, a pesar de que cada sistema jurídico tenga sus características particulares. Si bien este sistema es la base del sistema norteamericano, el ordenamiento penal inglés se distingue en varios aspectos y, además, se trata de un país anglosajón que sí es parte del Estatuto.

Por último, el sistema francés se ha seleccionado debido a que, por una parte, ha tenido una gran influencia en la configuración del Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otras

Segundo, un estudio consciente de un sistema legal extranjero es difícil si no imposible, sin compararlo al menos inconscientemente con el propio] (traducción libre).

¹⁵ KIRSCH, Philippe. ROBINSON, Darryl. "Reaching Agreement at the Rome Conference". En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 90. Del mismo parecer, AMBOS, Kai. *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. Fontamara, México D.F., 2008. p. 43.

razones, porque presentó uno de los proyectos que se utilizaron como base para la redacción del Estatuto de Roma. Dentro de este proyecto, resultaban interesantes algunas referencias expresas al elemento moral del derecho penal francés, o cuando menos a su terminología, como por ejemplo la inclusión de la “intención general” e “intención específica”¹⁶. Aunque el proyecto fue fusionado con otras propuestas y en la discusión política se privilegiaron intereses más allá de la teoría penal, para los cual hubo que modificar los textos y así lograr abarcar los intereses de todas las delegaciones diplomáticas, es inegable que Francia ha sido uno de los Estados más interesados en el buen desarrollo de la Corte Penal Internacional.

Adicionalmente, el estudio del derecho penal francés resulta muy interesante, en la medida en la que este tiene características muy particulares, a pesar de hacer parte de Europa continental y de ser considerado uno de los sistemas jurídicos continentales más emblemáticos. Si a eso se suma la gran influencia de Francia en los Estados africanos que fueron colonizados por ellos en épocas pasadas, su estudio permite tener una base para un eventual acercamiento a estos sistemas, que son los que más han sentido la intervención de la Corte Penal Internacional, como por ejemplo Mali, República Democrática del Congo y la República Centroafricana. Finalmente, cabe recordar que el francés también es uno de los seis idiomas oficiales de la Corte¹⁷.

¹⁶ “(...) This reference to “general intent” can only be fully understood through knowledge of the French legal system from which it stems. In the same way, a footnote on the *mens rea* of intent in this draft proposal makes express reference to the “specific intent” for genocide, which again is derived from the French law analysis of intent”. ELLIOT, Catherine. “The French Law of Intent and Its Influence on the Development of International Criminal Law” En *Criminal Law Forum*, Volume 11, Issue 1. March 2000. Disponible en <https://doi.org/10.1023/A:1009417120616>. Consultado el 30 de octubre de 2017. p. 45. [(...) Estas referencias a la “intención general” solo puede ser entendida completamente a través del conocimiento del sistema legal francés de donde proviene. En el mismo sentido, un pie de página sobre la *mens rea* en el borrador de esta propuesta hace referencia expresa a la “intención específica” del genocidio, que, de nuevo, se deriva del análisis de la intención en el derecho francés] (traducción libre).

¹⁷ De acuerdo con AMBOS, “[e]ste ordenamiento jurídico sin embargo, no solo se puede considerar retrospectivamente como la tradición jurídica más importante en el espacio continental europeo, sino que también representa el único que ha tenido éxito – junto con él, por lo demás dominante, círculo jurídico angloamericano – en configurar eficazmente el desarrollo del derecho penal internacional. Esto se evidencia ya en la “parte general” del ECPI. (...) El motivo de la incesante influencia francesa reside, por un lado, en la habilidad de negociación de la diplomacia francesa, pero, por el otro, precisamente también, en el “factor idiomático”, elemento este de suma importancia en el terreno de las negociaciones internacionales”. AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Temis, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2005. p. 50.

Lastimosamente, si se quisiera hacer un análisis completo del elemento subjetivo del Estatuto de Roma que fuera aplicable a todos los ordenamientos jurídicos o, cuando menos, a todas las familias jurídicas, sería necesario incluir en el estudio los sistemas jurídicos de Oriente, Asia y Africa. Frecuentemente, incluso dentro de las sentencias de los tribunales penales internacionales, los estudios de derecho comparado se limitan a analizar países occidentales. Si bien esto responde en parte a un límite idiomático y a la falta de acceso a la bibliografía, cuando menos debe reconocerse que la verdadera universalidad solo se alcanzará cuando los estudios incluyan también a los países no occidentales y todos tengan la misma relevancia en la configuración del derecho penal internacional.

Para lograr el objetivo propuesto, el trabajo está dividido en tres capítulos. El primer capítulo plantea una aproximación a los cinco sistemas jurídicos que se van a estudiar con el propósito de brindar un panorama general del ordenamiento en el que se encuadran los sistemas jurídico penales. Cada uno de los apartados de este primer capítulo hace referencia a la historia, la estructura del Estado, el sistema judicial y el sistema de fuentes del derecho de cada uno de los países. A partir de allí, el lector adquiere una visión general del sistema jurídico, que le permite comprender los fundamentos y las razones que justifican la organización del sistema penal. Es probable que el lector encuentre este capítulo un tanto descriptivo y alejado del objeto de estudio. No obstante, es necesario pues solo una comprensión adecuada de la cultura jurídica de un Estado permite conocer y analizar el sistema jurídico penal y comprender los fundamentos de la estructura del delito¹⁸.

El segundo capítulo presenta los distintos sistemas de derecho penal internacional. Luego de haber descrito los sistemas jurídicos de cada Estado de forma individual, se hace una pequeña introducción a cada uno de los sistemas penales, pero esta vez agrupándolos de acuerdo a la

¹⁸ “*The first thing the student of comparative law must learn therefore is that a lawyer studying the legal system of another country must make no assumptions as to the role law and legal institutions should or will play therein. (...) he must first educate himself in that country's culture and only when he has mastered that will he be able to study the foreign law intelligently*”. WINTERTON, George. “Comparative Law Teaching” 23 Am. Journal of Comparative Law, 69, 1975. Disponible en https://www.jstor.org/stable/839541?seq=1#page_scan_tab_contents. Consultado el 8 de febrero de 2019. p. 82. [Lo primero que debe aprender el estudiante de derecho comparado es que un abogado que estudia el sistema legal de otro país no debe hacer suposiciones sobre el papel que la ley y las instituciones legales deben desempeñar o desempeñan en el mismo (...) primero debe educarse en la cultura de ese país y solo cuando domine eso podrá estudiar la ley extranjera con inteligencia] (traducción libre).

tradición jurídica a la que pertenecen. Así pues, se explica la estructura del delito en el *common law*, la estructura del delito en Francia y la estructura del delito en Iberoamérica, a partir de las explicaciones dadas en el primer capítulo. En las páginas siguientes, se detallan los elementos principales de las construcciones dogmáticas sobre los elementos del delito, como el principio de legalidad, el elemento material o tipicidad objetiva, el dolo y las causas de exclusión de la responsabilidad penal, pero ya no para cada uno de los sistemas, sino a partir de la comparación entre los conceptos que de ellas se tienen en cada ordenamiento. En este punto es esencial que el lector recuerde que el objeto de este trabajo es el elemento subjetivo del delito, por lo cual las referencias a otros elementos solamente tiene el propósito de aportar a la adecuada comprensión de las diferentes formas de tipo subjetivo.

Finalmente, el tercer capítulo se refiere al derecho penal internacional. Allí, se explica brevemente el contexto histórico en el que surgió la Corte Penal Internacional, sus problemas de legitimidad y la necesidad que existe de crear una “parte general” del derecho penal internacional. Posteriormente, el texto se detiene en los elementos subjetivos de los crímenes, en la estructura del artículo 30 y en las propuestas de interpretación que se derivan del análisis de derecho penal comparado que se ha realizado en los artículos anteriores. Por último, se explican de manera general de los crímenes de competencia de la Corte, haciendo especial énfasis en sus elementos subjetivos y en la aplicación del artículo 30 en el caso concreto. El texto cierra con las conclusiones pertinentes y un apartado dedicado a la bibliografía.

Antes de continuar, el lector debe tener en cuenta que el objetivo de este texto está referido a las formas de tipo subjetivo o de *mens rea* que son necesarias para que exista responsabilidad penal de acuerdo con el Estatuto de Roma. En consecuencia, algunas de las explicaciones y descripciones de las estructuras jurídicas pueden ameritar una mayor profundidad en otros contextos, pero en este texto solo pretenden brindarse los contornos necesarios para que se comprenda el funcionamiento de las formas de tipo subjetivo o *mens rea* en los ordenamientos internos y en el artículo 30 del Estatuto de Roma y para que sea posible compararlos.

CAPÍTULO I: APROXIMACIÓN A LOS SISTEMAS JURÍDICOS

El derecho, como cualquier producto de la razón humana, está permeado por la cultura de una sociedad, en un espacio y en un tiempo determinados, por lo que no existe un solo sistema de *common law*, un solo sistema de *derecho continental* o un *sistema socialista*; por el contrario, cada Estado cuenta con su propio sistema, que puede compartir con otro algunas características, con base en las cuales se puede afirmar que esos sistemas pertenecen a una misma tradición o familia jurídica. “(...) *A diferencia de «sistema jurídico», la expresión «tradición jurídica» indica un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado (...)*¹⁹”. En consecuencia, para conocer el funcionamiento de un sistema jurídico, lo más adecuado es estudiar el sistema jurídico de cada Estado por separado. Ahora bien, en ese proceso se identifican factores comunes, que permiten afirmar que un ordenamiento jurídico determinado está más o menos cerca de otro y, por tanto, pertenece a una tradición jurídica y no a otra.

Desde luego, estudiar todos los sistemas jurídicos excede los límites de cualquier proyecto y ese no es el objetivo, por lo que se han seleccionado solo cinco sistemas. En este primer capítulo se plantea una aproximación inicial a cada uno de ellos, a través de un breve recuento histórico sobre la formación del sistema, la explicación de la organización política de cada uno de los Estados, su sistema judicial y su sistema de fuentes de derecho. Primero se presentan los dos sistemas jurídicos que pertenecen a la tradición del *Common Law*, Inglaterra y Estados Unidos. Luego, se explica el ordenamiento jurídico francés, que tiene rasgos muy particulares, aunque hace parte de los sistemas jurídicos continentales, con fuertes raíces en el derecho romano. Finalmente, se explica el funcionamiento del sistema jurídico español y se cierra el capítulo con una explicación del derecho colombiano, ambos

¹⁹ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995. p. 14.

con tradiciones de derecho continental y muy vinculados históricamente, aunque hoy en día tengan importantes elementos diferenciadores.

1. El Derecho en Inglaterra.

Para aproximarnos al derecho inglés es necesario partir de la diferencia entre el derecho de Inglaterra y el derecho del Reino Unido o de Gran Bretaña. Inglaterra y Gales cuentan con un sistema jurídico independiente y diferente del de Escocia e Irlanda del Norte. No hablaremos pues del sistema jurídico ni del Reino Unido ni de Gran Bretaña, dado que el sistema jurídico de Inglaterra y Gales, no rige en Irlanda del Norte, Escocia, las Islas de la Mancha o la Isla de Man²⁰.

Ahora bien, Inglaterra es la cuna del *Common Law*, es decir, de un sistema jurídico que se caracteriza por basarse en la solución de casos concretos con base en un pensamiento analógico y una estructura jerárquica de precedente que genera un sistema pragmático, que da más relevancia al precedente judicial, como fuente de derecho, que a las posturas doctrinales, y que tiene una forma determinada de entender y aplicar los actos del Parlamento²¹. El sistema inglés del *Common Law* fue adoptado por otros Estados, especialmente por aquellos que fueron colonias del Reino Unido, como Estados Unidos, la

²⁰ TINOCO PASTRANA, Ángel. *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001. p. 25.

²¹ De acuerdo con DE CRUZ: “*The Key features of the common law tradition are: a) a case-based system of law, which functions through analogical reasoning; b) an hierarchical doctrinal of precedent; c) sources of law that include statutes as well as cases; d) typical institutions such as the trust, tort law, stopper, and agency. (...) e) a distinctive improvisatory and pragmatic legal style; f) categories of law, such as contract and tort, as separate bodies of law as well as two main bodies of law, common law and equity, which may, nevertheless, be administered by the same court. (...) g) no substantive or structural public/private law distinction as that which exists in civil law systems*”. DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. 3rd edition, Routledge-Cavendish, New York, 2007. p. 103. [Los elementos característicos de la tradición del common law son a) un sistema basado en la solución de casos que funciona a partir del razonamiento analógico; b) una doctrina de precedente gerárquico; c) las fuentes de derecho incluyen tanto los casos como las leyes; d) instituciones características como la fiducia, la ley de *torts*, *stopper* y la agencia. (...); e) un estilo pragmático y que tiende a la improvisación; f) categorías de derecho que suelen tratarse de forma separada, tales como el contrato y las *torts*, así como dos cuerpos normativos distintos, *common law* y equidad, aún así pueden ser aplicados por la misma Corte. (...) g) no existe una división estructural o sustantiva entre las áreas de derecho público y derecho privado] (traducción libre).

India, Australia, Nueva Zelanda y Canadá (a excepción de la provincia de Quebec) y, la expresión *common law* proviene de que se trataba de un derecho común a todos estos Estados.

Sin embargo, el término *common law* tiene varios significados que deben ser tenidos en cuenta, sobre todo, con el ánimo de evitar confusiones. En primer lugar, tal como lo hemos utilizado hasta ahora, designa la tradición jurídica que comparten los sistemas de derecho de los Estados angloamericanos. En segundo lugar, puede referirse a las normas emanadas de los precedentes judiciales, diferenciándolas de las leyes promulgadas formalmente por los órganos legislativos. Finalmente, se utiliza el término para designar el precedente de los tribunales ingleses, llamados *common law courts*, en contraposición con las normas de «equidad» o «*Equity*», sistema de normas con importantes raíces históricas y que aún hoy se aplica tanto en Inglaterra, como en los Estados Unidos²², aunque su uso es cada vez menor. A lo largo de este texto se utilizará el término para referirse a todos estos conceptos.

El razonamiento inductivo es el pilar sobre el cual se construye el sistema del *common law*, pues se trata de normas derivadas de casos concretos, en los que el juez al decidir la solución aplicable, genera un precedente vinculante para otros jueces que se enfrenten a un problema similar. Así pues, las normas del *common law* están estrechamente vinculadas a los supuestos fácticos, que son determinantes para elegir la norma aplicable. Esto implica que, “*el jurista del common law huye de la abstracción conceptual y se centra, en cambio, en la respuesta práctica razonable a los casos concretos que se le presentan y debe resolver. Por eso el common law es fundamentalmente un derecho jurisprudencial del caso concreto o case law*”²³. La forma de solucionar los casos y, por tanto, de entender el derecho, no parte de la norma abstracta, creada en la mayoría de los casos por el legislador, y aplicada al caso concreto. El operador jurídico inglés identifica en la jurisprudencia los precedentes cuyos hechos son similares a los del caso que él está tratando de resolver y le da a este último la misma solución.

²² RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982. p. 25.

²³ ALISTE SANTOS, Tomás J. *Sistema de Common Law*. Universidad Internacional de la Rioja, Ratio Legis, Salamanca, 2013. p. 56.

Esta forma de entender el derecho está fuertemente influenciada por una concepción de la ley ligada al pasado común de la nación, de donde provienen las normas. Ahora bien, “*this requires that it be possible to show, not that the laws are exactly the same as in some distant historical past, but rather than the present laws fit into a public conception of the nation’s identity as a people shaped by its collective history*”²⁴. Es decir, que el objetivo no es mantener una ley estática, que no cambie a través del tiempo, sino que las normas encajen en el concepto de nación de una comunidad que tiene un trasfondo histórico común.

También, entienden los jueces que así cumplen una función de defensa del sistema, pues no solamente se cercioran de que la aplicación de la ley sea fiel a la tradición, sino que esta idea de unidad de la nación a través de su cultura jurídica influencia en gran medida la interpretación de las normas emanadas del Parlamento, pues se asume que ni siquiera el Parlamento puede ir en contra del *case law*. De esta forma, los jueces del *common law* garantizan también la defensa del sistema. Así sucede cuando dichos jueces proceden a interpretar el *statute law*, siendo conscientes del carácter vinculante del *case law*, y por lo tanto asumiendo una interpretación muy restrictiva de las leyes en virtud de la denominada *ejusdem generis rule*, que obliga a una interpretación a la literalidad de la norma. Los jueces interpretan literalmente las normas, asumiendo como presunción, si claramente no hay disposición en contrario, que el *common law* resulta incólume por la aplicación de la ley, en el sentido de entender que ésta no desea introducir ningún cambio en el mismo²⁵.

El razonamiento inductivo, propio del sistema inglés, lleva a que la legitimidad del sistema jurídico esté dada por la idea de que el derecho es razonable y que toda la nación comparte su apropiación histórica, por lo que los ingleses entienden que los jueces declaran el derecho que les es común o «*common law*», que es válido no solo porque la persona involucrada en el conflicto cree que lo es, sino porque todos son conscientes de que la comunidad reconoce la validez del ordenamiento jurídico. Así pues, la validez del derecho inglés está fuertemente

²⁴ POSTEMA, *Bentham ...*, op. cit., p. 21. [Esto no implica demostrar que la norma es idéntica a la que se utilizaba en el pasado histórico, sino que la norma actual se encaja en la concepción pública de la identidad de la nación, de acuerdo con como se ha ido construyendo a partir de la historia colectiva]. (traducción libre).

²⁵ ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 59.

ligada con el concepto de nación²⁶. “*Common law theory arose, in part, in response to the threat of centralize power exercise by those who’s propose to make law guided by nothing but their own assessments of the demands of justice, expediency, and the common good. Against the spreading ideology of political absolutism and rationalism, Common law theory reasserted the medieval idea that law is not something made either by king, Parliament, or judges, but rather is the expression of a deeper reality which is merely discovered and publicly declared by them*”²⁷.

Lo anterior no implica que el sistema jurídico inglés sea un sistema estático, por el contrario, se trata de un ordenamiento dinámico que cuenta con varias herramientas para que los jueces adapten las normas a los cambios sociales a los que se enfrentan, haciendo que el derecho evolucione con la cultura, a través de las sentencias que se emiten en los tribunales. Esto, incluso con una mayor flexibilidad que aquella que tienen los sistemas que dan más relevancia a las leyes emitidas por el órgano legislativo, pues, como se mostrará más adelante, incluso la Constitución de Inglaterra tiene un carácter abierto y adaptable a los cambios. Así lo reconoce la doctrina, que aunque acepta que puede construirse una teoría sobre el derecho inglés, no puede pretenderse que esta abarque toda la tradición jurídica de la nación, a la que frecuentemente se refiere como viva (*living*), pues aunque el derecho se base en principios, estos son y deben ser siempre, susceptibles de ser cambiados y corregidos según las necesidades que genere la evolución de la sociedad. El único elemento que no varía dentro

²⁶ Así lo explica POSTEMA: “Finally, the use and acceptance of the Common Law rests on a *shared*, sense of its reasonableness and historical appropriateness. The fact that it is *shared*, mutually recognized, is essential. It is not enough that each member of the community believes that the rules are reasonable, good, or wise; they must also believe that others in the community believe this as well, and that fact is important for their acceptance of the law as reasonable and, in consequence, as valid”. POSTEMA, *Bentham ...*, op. cit., p. 8. [Finalmente, el uso y la aceptación del *common law* se basa en un sentido compartido de su razonabilidad y oportunidad. El hecho de que sea compartido, mutuamente reconocido, es esencial. No es suficiente con que cada miembro de la comunidad crea que la regla es razonable, buena o sabia; ellos deben creer también que otros en la comunidad creen esto al igual que ellos y eso es importante para que se acepte que la norma es razonable y, en consecuencia, como válida] (traducción libre).

²⁷ *Ibídem*, p. 3. [La teoría del *common law* surgió, en parte, como respuesta a la amenaza que suponía la centralización del poder, ejercida por aquellos que proponían crear una ley guía solamente por sus consideraciones sobre la justicia, la eficiencia y el bien común. En contra de la expansión de la ideología del absolutismo y el racionalismo político, la teoría del *common law* recuperó la idea medieval que de que la ley no es algo hecho por el rey, el parlamento o lo jueces, pero es una expresión de una realidad más profunda que es solamente descubierta y declarada públicamente] (traducción libre).

del derecho inglés es la lógica que subyace a toda la construcción jurídica, como se verá a continuación²⁸.

a. Recuento histórico

La creación y el desarrollo del *common law* inglés, ha sido esquematizado de distintas maneras²⁹. Para los propósitos de este documento resulta adecuada la clasificación que propone ALISTE SANTOS³⁰, que está dividida en tres periodos fundamentales: la formación del *common law*, el desarrollo de los tribunales del *common law* y su relación con la jurisdicción de *equity*; y, por último, la reorganización judicial del siglo XIX y el incremento de la actividad legislativa durante el siglo XX.

La formación del sistema inició con la conquista de Inglaterra por parte de Guillermo II, duque de Normandía en 1066, quien introdujo una serie de cambios en la sociedad inglesa lo que generó el sistema jurídico que tiene hoy ese país. Este monarca gobernaba apoyado en la *Curia Regis*, un grupo de clérigos y terratenientes que lo aconsejaban y cumplían varias funciones de gobierno. La más importante a nivel jurídico era la emisión de *writs*. Los *writs* eran órdenes que emitía el rey o la *Curia Regis*, dirigidas a los tribunales para que atendieran la consulta o el conflicto de un ciudadano. Quien no tenía una de estas órdenes no podía acudir al aparato de justicia para que dieran solución a su caso³¹. Otorgar o no una de estas órdenes era una cuestión puramente potestativa y en muchas ocasiones estaba librada al arbitrio de la Cancillería Real, presidida por el *Lord Canciller*, que podía negarse si

²⁸ “A «rational science» of Common Law, then, is possible. But it can never hope neatly to capture within its four corners the rich, living tradition of Common Law. No codification, no reduction of the law to principles without reminder is possible. Principles can, and must, be constructed, but they are always corrigible. And, systematic consistency is not always desirable, for it can purchase at a price too dear – the price of oversimplification and inflexibility. Even in the present century a Common Lawyer is willing to admit that ‘The common law is tolerant of much illogicality’ at least on the surface, as long as there is «logic at the root of it»”. POSTEMA, *Bentham...*, op. cit., pp. 37-38. También, GOODHART, A.L. *English Law and the Moral Law*. Stevens and Sons Limited, London, 1955. p. 37.

²⁹ TARDIF propone una de las divisiones más comunes que es la que utiliza cuatro fases o etapas, que inician antes de la conquista normanda en 1066. La segunda fase, que es donde nace realmente este sistema jurídico va de 1066 hasta 1400, luego se produce el florecimiento del sistema, hasta 1873 y, a partir de allí se desarrolla la época moderna. TARDIF, Éric. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 2da ed. Limusa, México, 2016. p. 104.

³⁰ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 80.

³¹ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 109.

consideraba que el conflicto no ameritaba una intervención judicial³².

El uso de los *writs* marcó el desarrollo del *common law* como un sistema profundamente formalista y con una clara predilección por solucionar los casos concretos, más allá de la creación de normas abstractas. En la orden emitida por la Corona se incluía un pequeño resumen de los hechos y la función del juez consistía en determinar si se había seleccionado el *writ* adecuado para el caso, pues de lo contrario el juicio no podía llevarse a cabo. Luego, la solución del caso se dejaba a un jurado³³. El pensamiento jurídico se desarrolló a partir de esta forma de llevar a cabo los procesos judiciales, pues se basaban en la identificación de los hechos del caso con los hechos de un *writ* emitido con anterioridad para poder acudir a los tribunales³⁴, lo que se asemeja a la actual revisión del precedente, porque el elemento esencial de los *writs* eran los hechos del caso.

Las órdenes del rey constituían también una forma de acentuar el poder de la corona y de demostrar a los señores feudales de la época el poder del monarca. A lo largo de Inglaterra existían una serie de cortes locales que funcionaban bajo la protección de los señores feudales y que competían con las Cortes del Rey por el poder judicial, para demostrarle al Rey que también los señores feudales tenían autoridad. Sin embargo, *“la pugna entre la autoridad del monarca y la potestad de los antiguos tribunales locales para apoderarse de la administración de la justicia en todo el reino se fue resolviendo gradualmente a favor del primero, por virtud de estas órdenes reales, llamadas writs, que se fueron expidiendo al correr el tiempo, en diversas formas y para variados objetos”*³⁵.

Esta forma de abordar el derecho se acentuaría con el paso del tiempo. En 1154, Enrique II

³² “Writs were instructions from the Crown to a royal officer, judge or magistrate, authorizing him to summon the person to court and to resolve the conflict in the presence of the parties concerned. The writ contained a brief summary of the affair”. SERVIDIO-DELABRE, *Common... op. cit.*, p. 16.

³³ *Ibidem*, p. 17.

³⁴ STRONG, CARBALLO y PIÑEIRO explican que “the medieval emphasis on practical education led to the development of one of the most important features of English common law, namely the emphasis on individual case analysis. Unlike the civil law, which uses deductive reasoning to move from general principles of law to particular outcomes in specific cases, the common law uses analogical or inductive reasoning to generate general principles of law as a result of legal conclusions generated in large numbers of individual disputes”. STRONG, S.I. FACH GÓMEZ, Katia. CARBALLO PIÑEIRO, Laura. *Comparative Law for Spanish-English Speaking Lawyers*. Edward Elgar Publishing, Northampton, 2016. p. 48.

³⁵ RABASA, *El Derecho...*, *op. cit.*, p. 82.

Plantagenet instituyó los jueces itinerantes en un intento por aumentar su autoridad y disminuir la de las cortes locales. Los tribunales de Westminster, con sede en Londres tenían dificultades para impartir justicia en toda Inglaterra, pues para la población era más fácil y económico acudir a las cortes locales que desplazarse hasta Londres. Los jueces itinerantes solucionaron en parte el problema, ya que recogían los casos en las zonas más alejadas y luego regresaban a Londres para que los Tribunales de Westminster los discutieran y les dieran solución. Para hacerlo, los jueces analizaban las costumbres de los distintos territorios y elegían aplicar las que consideraban más coherentes. Así nació el principio de *stare decisis* o «estarse a lo decidido», pues una vez que el tribunal había solucionado un caso de una manera determinada, todos los casos con hechos similares debían solucionarse igual: “cuando un problema jurídico surgía, la decisión tomada para resolverlo era considerada como una regla que debía ser seguida en todos los casos similares subsecuentes, haciendo el derecho más predecible, y afianzando así la idea de common law”³⁶.

Pero la pugna por la autoridad judicial continuó, por lo que dentro de las *Provisions of Oxford* de 1258, se incluyó una norma según la cual la corona no podía emitir más *writs* y, por consiguiente, las cortes locales recuperaban algunas de las competencias que habían perdido. En consecuencia, durante los 30 años siguientes el sistema jurídico inglés evolucionó muy poco. En respuesta a esta situación Eduardo I emitió en 1285 el *Statute of Westminster II*, en el cual daba una solución intermedia entre las necesidades de justicia de los pobladores y los deseos de autoridad del rey y de los nobles. La Corona podía emitir nuevos *writs*, mediante los cuales la población podía acudir a las Cortes del Rey, pero solamente para casos análogos a los que originaron los *writs* vigentes antes de las *Provisions of Oxford*³⁷.

Dado que los jueces y los abogados estaban realmente interesados en aumentar las competencias de los tribunales del rey, “se intentó demostrar, por medio de todos los artificios posibles de la lógica, que también casos nuevos, que en realidad nada tenían en común con pretensiones que ya recibían amparo ante los tribunales del rey, eran similares

³⁶ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 108.

³⁷ LOSANO, Mario G. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*. Editorial Debate, Madrid, 1982. p. 171.

o análogos a uno de aquellos que se reconocían dignos de tutela judicial”³⁸. Así, el *common law* adquirió otra de sus características: el fuerte pensamiento analógico de los operadores jurídicos. Los abogados recordaban a los jueces cómo había sido la solución para los casos que trataban de probar como análogos, aprovechando la poca cantidad de normas escritas que existían en esa época y el auge de la norma de *stare decisis*³⁹.

Aún así los tribunales de Westminster se vieron fuertemente limitados y la solución de casos sujeta a un excesivo formalismo que dificultaba la impartición de justicia. En consecuencia, los litigantes comenzaron a acudir directamente al rey para solicitarle que diera solución a sus conflictos, apelando a su conciencia y a su deber de mantener la paz y la justicia en el reino. Poco a poco esta función fue delegada en el Canciller⁴⁰ quien decidía los casos en equidad. Este es el origen de la *Equity*, que aún hoy se utiliza en Inglaterra, e incluso en países donde se comparte esta tradición jurídica, como Estados Unidos.

Para 1474⁴¹, el Canciller ya no dirimía los conflictos que llegaban a él enviados por el rey, sino que actuaba por su propia autoridad y los ciudadanos acudían a él directamente. Dado que la mayoría de los cancilleres eran clérigos de profesión, basaban sus decisiones en principios de derecho natural y de equidad, tomando las decisiones que consideraban correctas. Adicionalmente, la Corte de Cancillería promovió la flexibilidad y la evolución del derecho en Inglaterra ya que, “[r]oyal judges were extremely hesitant to modify a common law rule in a particular case. The preservation of the common law was the justification. The idea was simply that it was more important to have a rule that was constant than one that was always fair. (...) In such a case, the King, then the Court of Chancery, could be petitioned for equitable relief”⁴². En la mayoría de los casos, por su propia formación el Canciller tenía

³⁸ DELL’AQUILA, Enrico. *Introducción al Estudio del Derecho Inglés*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992. p. 84.

³⁹ ITURRALDE SESMA, *El precedente...* op. cit., p. 24.

⁴⁰ TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...* op. cit., p. 33.

⁴¹ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., pp. 111-112.

⁴² SERVIDIO-DELABRE, Eileen. *Common Law, Introduction to the English and American legal systems*. Éditions Dalloz, Paris, 2004. p. 21. [Los jueces reales eran extremadamente vacilantes para modificar una norma de *common law* en un caso particular, argumentando que debían preservar el *common law* como justificación. La idea era simplemente que era más importante tener una regla constante que una que fuera siempre justa. (...) En esos casos, se podía solicitar al Rey y luego la Corte de Cancillería una colución equitativa] (traducción libre).

muy poco conocimiento de las normas que aplicaban los tribunales, es decir del *common law* y, dado que su objetivo principal era dar solución a las injusticias que se producían por estos tribunales, la Corte de la Cancillería se consolidó como un complemento de las cortes de *common law*.

Sin embargo, con el tiempo también la Corte de Cancillería comenzó a sentirse obligada por sus decisiones pasadas por lo cual empezó a afianzar principios que aplicaba a los casos similares, aunque continuó siendo más flexible que las cortes de *common law*⁴³. Esto hizo que las decisiones en equidad fueran previsibles y brindaran mayor seguridad a las personas que acudían al Canciller en busca de justicia. Muchos de estos principios que se fueron estableciendo con el tiempo constituían verdaderos remedios a situaciones injustas generadas por el *common law* o para las que sencillamente no existía una norma de derecho⁴⁴.

Dada la importancia del precedente, que comenzó a hacerse evidente también en los juicios de equidad, durante el reinado de Eduardo I, específicamente en 1270, surgieron los *Year Books* o anuarios, que fueron uno de los primeros textos publicados por la imprenta de Inglaterra. Estos libros recogían resúmenes de los procesos judiciales más importantes, incluyendo elementos de derecho procesal y sustancial. Los anuarios se publicaron por el Estado hasta 1535, cuando su realización se trasladó a manos de privados que continuaron publicándolos hasta 1866⁴⁵. Las normas contenidas en estos documentos aún hoy son importantes para el funcionamiento del derecho inglés, pues los *year books* son citados por jueces y abogados en el día a día de su labor. Por eso, los *year books* constituyen otra muestra importante del pensamiento jurídico de Inglaterra, pues no solo evidencian la importancia de la jurisprudencia para el desarrollo del sistema jurídico, sino que afianzan la idea de que el derecho hunde sus raíces en el pasado común de la nación y, por tanto, pueden utilizarse aún hoy normas que otros ordenamientos considerarían muy antiguas.

En definitiva, los ingleses creen que el *common law* tiene sus raíces en los precedentes

⁴³ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁴ JAMES, Philip S. *Introduction to English Law*. 12th edition. Butterworths, Londres, 1989. p. 30.

⁴⁵ Sobre los *Year Books*, LOSANO, *Los Grandes ...*, op.cit., p. 179. También, TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 111.

judiciales de las cortes del rey o cortes de *common law* y que se actualiza y se desarrolla con las sentencia que se emiten en la actualidad⁴⁶, pero eso no implica que haya normas que sean inútiles, solo porque son muy antiguas. Por eso, como en ningún otro lugar, en Inglaterra, “*el proceso histórico de compilación de casos judiciales, constituye el fundamento que nutre y da continuidad al derecho jurisprudencial o case law entendido como el elemento más creativo y protagonista del sistema del common law*”⁴⁷.

b. Estructura del Estado

Tal como sucedió con el desarrollo del derecho, la organización política de Inglaterra nació vinculada a la corona y, aún hoy, mantiene dicha vinculación, aunque en la actualidad la Reina solamente desempeña un “*papel simbólico y ceremonial que juega dentro del parlamento*”⁴⁸. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la reina no es solo la monarca de Inglaterra, sino que reina en Inglaterra y en otros quince Estados soberanos que conforman la Mancomunidad de Naciones. También el Parlamento Inglés es el Parlamento del Reino Unido, es decir de las cuatro naciones constitutivas: Escocia, Gales Inglaterra e Irlanda del Norte. Sin embargo, Escocia, Gales e Irlanda del Norte cuentan, además con administraciones nacionales descentralizadas. Para efectos de este trabajo, hablaremos de la organización política de Inglaterra, aunque desligarla del Reino Unido solo sea posible para efectos académicos.

Inglaterra funciona como una monarquía parlamentaria, y, de acuerdo con la teoría moderna sobre la soberanía de Inglaterra, esta recae en la Reina en el Parlamento (*the Queen in Parliament*) y ninguna otra persona o institución es soberana. Por ello, “*Parliament is the one authority capable of making, declaring, and amending the law of England without reference to any other authority and without any legal limit to its own power*”⁴⁹. Esto implica

⁴⁶ TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 19.

⁴⁷ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 125.

⁴⁸ CURREA SAMPER, Ana María. VIVES FRANCO, Germán C. *Introducción al Estudio del Common Law*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989. p. 68.

⁴⁹ POLLOCK, Frederick. *Sovereignty in English Law*, Harvard Law Review Vol. 8, No. 5, Diciembre, 26, 1894, p. 243. [El Parlamento es la única autoridad capaz de hacer, declarar y enmendar la ley de Inglaterra sin hacer referencia a ninguna otra autoridad y sin ningún límite legal a su propio poder]. (traducción libre).

no solamente que el Parlamento emite normas, sino que incluso puede modificar la Constitución y es uno de los límites más importantes al poder absoluto del monarca⁵⁰.

El Parlamento inglés está compuesto por dos cámaras, la Cámara Alta o Cámara de los Lores y la Cámara Baja o Cámara de los Comunes. Los miembros de la Cámara de los Comunes son elegidos democráticamente, mientras que los Lores son miembros del Clero y de la nobleza. Por mandato constitucional, la monarca nombra al líder del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes como Primer Ministro, es decir como Jefe de Gobierno, luego de haberle preguntado formalmente si se considera en capacidad de conformar el nuevo gobierno. En consecuencia, “*el primer ministro debe ser miembro de dicho recinto por lo que tiene una triple personalidad política: es diputado, líder del partido que ganó la elección para la Cámara de los Comunes y primer ministro*”⁵¹. En caso de que en las elecciones ningún partido resulte con la mayoría de las curules parlamentarias, es la monarca la que debe nombrar al Primer Ministro de manera discrecional.

c. Sistema judicial

Igual que sucede con el sistema jurídico, no existe un aparato judicial unificado para el Reino Unido. Inglaterra y Gales tienen el suyo, mientras que Escocia e Irlanda del Norte cuentan con uno propio cada uno. Sin embargo, en algunos asuntos específicos como inmigraciones o justicia militar, la competencia es ejercida por un mismo tribunal⁵².

Hasta el año 2005, el máximo órgano judicial inglés era la Cámara de los Lores que combinaba competencias judiciales y legislativas. Sin embargo, este sistema se criticaba debido a que vulneraba los principios de independencia judicial y separación de poderes⁵³.

⁵⁰ La lucha contra el absolutismo monárquico resultó más precoz que en otras democracias. Desde 1215, la Magna Carta de Juan sin Tierra estableció el principio según el cual la corona no podría levantar impuestos sin el consentimiento del Consejo Común del Reino (luego llamado Gran Consejo), que reunía los representantes de la nobleza y del alto clero, y que se volvería el Parlamento en el siglo siguiente, dividiéndose en dos cámaras: una en la que se congregarían los burgueses (los comunes), y la otra que sería sede de las reuniones de la nobleza (los lores). TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 129.

⁵¹ *Ibidem*, p. 126.

⁵² TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 140.

⁵³ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op.cit., p. 177.

En primer lugar, la independencia e imparcialidad de los *Law Lords*⁵⁴, es decir de los Lores que impartían justicia podía cuestionarse fácilmente a partir de su participación en el proceso de creación de las leyes y su vínculo con la política, a pesar de que los miembros de la Cámara de los Lores no son elegidos democráticamente. En segundo lugar, no existía separación de poderes ya que el máximo tribunal era a su vez una parte del órgano legislativo.

El *Constitutional Act Reform* de 2005 creó un nuevo órgano en el vértice del aparato judicial, la *Supreme Court of United Kingdom*. La Corte está conformada por 12 jueces conocidos como *Justices of the Supreme Court*, incluyendo al presidente y el vicepresidente y sus competencias se reducen a estudiar casos que han pasado por la Corte de Apelación⁵⁵ y, casos que han sido conocidos en primera instancia por la *Queen's Bench*, solamente en lo referente a asuntos de derecho o que son llevados directamente a ella, mediante un recurso de apelación, por plantear un asunto de importancia pública general. La Corte comenzó a funcionar el 1 de octubre de 2009 y su jurisdicción abarca todo el territorio de Gran Bretaña. Además, tiene competencia para dirimir los conflictos de competencia entre el Reino Unido y las diversas naciones constitutivas⁵⁶.

En orden de importancia descendente, la siguiente Corte es la Corte de Apelación (*Court of Appeal*), con sede en Londres y dividida en dos salas: una encargada de las materias civiles y otra de las materias penales. La Sala Civil conoce las apelaciones contra sentencias dictadas por la Alta Corte. En materia penal, la Corte de Apelación conoce de los recursos interpuestos contra las sentencias de la Corte de la Corona. Además, conoce las apelaciones del Tribunal de Apelaciones de lo Laboral (*Employment Appeals Tribunal*). En todos los casos, las apelaciones solamente pueden versar sobre asuntos de derecho. Para poder interponer un recurso de apelación ante esta Corte se requiere una autorización que es otorgada por la

⁵⁴ STRONG. GÓMEZ. CARBALLO PIÑEIRO. *Comparative ...*, op.cit., p. 150.

⁵⁵ De acuerdo con TARDIF: “La Corte Suprema estudia relativamente pocos asuntos por año: alrededor de unos 100, que provienen de la Corte de Apelación (...)”. TARDIF, *Sistemas ...*, op.cit., p. 143.

⁵⁶ JAMES explica que: “Appeal will be allowed if the court think (i) that the jury's decision was under all the circumstances ‘unsafe or unsatisfactory’ or (ii) the decision was wrong in point of law, or (iii) that there was a ‘material irregularity’ in the course of the trial: but an appeal may be dismissed if the court consider that «no miscarriage of justice was actually occurred»” JAMES, *Introduction...*, op. cit., p. 41.

misma Corte, solo si el apelante tiene reales posibilidades de éxito o si los jueces consideran que la importancia de la cuestión amerita ser admitida⁵⁷.

La Alta Corte de Justicia (*High Court of Justice*) está compuesta por tres divisiones: la Cancillería (*Chancery*), la Banca de la Reina (*Queen's Bench Division*) y la División de Familia (*Family Division*). Las tres divisiones tienen competencia para resolver sentencias de apelación sobre casos de los tribunales menores, así como casos en primera instancia. La Cancillería se encarga de solucionar los casos que tradicionalmente se resolvían en los tribunales de Equidad, como quiebras, hipotecas, escrituras, impuestos, testamentos y sucesiones. Por su parte, la *Queen's Bench Division* atiende demandas civiles y cuenta con un Tribunal de Almirantazgo y un Tribunal de asuntos comerciales⁵⁸.

La Corte de la Corona (*Crown Court*) tiene 77 sedes en diferentes ciudades de Inglaterra y Gales y tiene jurisdicción sobre los delitos graves en primera instancia, entre ellos violación, homicidio y secuestro, casos que lleva con la participación de jurado. Además, conoce en apelación de los delitos menos graves que son judicializados en primera instancia por el Tribunal de Magistrados⁵⁹. Así mismo, puede conocer de casos penales en primera instancia que serían competencia de las Cortes de Magistrados, cuando el imputado solicita ser oído por la Corte de la Corona con jurado⁶⁰.

En el último nivel del aparato judicial inglés se encuentran las Cortes de Magistrados (*Magistrates' Courts*), las Cortes de Condado (*County Court*), y la Corte de Familia (*Family Court*). Las Cortes de Condado resuelven la mayoría de los casos civiles en primera instancia, al igual que la Corte de Familia lo hace en el ámbito de su competencia. Las Cortes de Magistrados son competentes para conocer de las causas penales por los ilícitos menos graves y por delitos intermedios (*either way offences*) cuando el acusado acepta su responsabilidad y no solicita ser escuchado por un jurado. Estas cortes solo pueden imponer penas de seis meses de prisión, salvo en los casos de concurso, en los cuales se pueden imponer penas hasta

⁵⁷ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 143.

⁵⁸ JAMES, *Introduction...*, op. cit., p. 37.

⁵⁹ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 39.

⁶⁰ ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 182.

de un año, o multas de hasta 5.000 libras⁶¹. Las Cortes de Magistrados, con más de 300 sedes, están compuestas por dos o tres jueces que no son profesionales ni cuentan con formación jurídica, lo que ha sido fundamentado en la sencillez de los procesos que deben atender. En los procesos están apoyados por un secretario (*Clerk*) que sí cuenta con conocimientos jurídicos⁶².

En lo que se refiere a la materia administrativa, existe una jurisdicción especial, cuya primera instancia está a cargo del *First-tier Tribunal* y las apelaciones son llevadas por el *Upper Tribunal*. Sin embargo, cabe mencionar que su existencia es reciente, pues fue creado por el *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*⁶³. Adicionalmente, vale la pena mencionar el *Privy Council*, instituido en 1833 que, aunque no hace parte del aparato judicial del Reino Unido, constituye la cúspide del sistema judicial de muchos Estados de la Mancomunidad. Aun cuando sus decisiones no son vinculantes para el Reino Unido, por lo general son tenidas en cuenta por los jueces como argumentos disuasorios, ya que está compuesto en su mayoría, por los mismos jueces de las Altas Cortes inglesas⁶⁴. Finalmente, se debe tener en cuenta que también hacen parte de la administración de justicia el *Crown Prosecutor Service* o Servicio de Fiscalía de la Corona, que está presidido por el *Attorney General* y compuesto por los *prosecutors*, encargados de la instrucción, procesamiento y acusación en las causas penales.

Para concluir este apartado, la profesión de los abogados merece una mención especial, dado que a diferencia de lo que sucede en la mayoría de los países del mundo, en Inglaterra hay dos tipos de abogados. Los abogados se dividen en *barristers* y *solicitors*, cada uno de los cuales tiene funciones delimitadas⁶⁵. Los *barristers* son los abogados que litigan ante las cortes y que deben formarse en las *Inn of Court*, instituciones que surgieron junto con el *common law* y de las cuales aún existen cuatro en Londres, la *Middle Temple*, la *Gray's Inn*,

⁶¹ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op.cit., p. 184.

⁶² Tardif explica que: “*en cuanto a la composición de las Magistrates' Courts, atendiendo a la sencillez de la mayoría de procesos que conocen, habitualmente están formados por jueces no profesionales, sin formación jurídica alguna, y conocidos como lay magistrates, equivalentes a los jueces de paz existentes en muchos países de civil law*”. TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 141.

⁶³ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 173.

⁶⁴ STRONG. GÓMEZ. CARBALLO PIÑEIRO. *Comparative ...*, op. cit., p. 149.

⁶⁵ TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op.cit., p. 50.

la *Lincoln's Inn* y la *Inner Temple*⁶⁶. Para poder desempeñarse como *barrister*, los abogados deben ingresar a una de estas instituciones, para recibir una educación práctica, dirigida principalmente a que obtengan las habilidades necesarias para desenvolverse en un juicio.

Los *solicitors* también son abogados, pero no litigan ante las altas cortes, sino que se ocupan de los casos que se llevan ante tribunales de primera instancia y se encargan del trato con los clientes, las conciliaciones e incluso, en algunos casos, son los encargados de contactar a los usuarios con los *barristers*⁶⁷.

d. Fuentes de derecho

En el derecho inglés se entiende que los precedentes y la legislación son fuentes principales, mientras que la costumbre y los libros de autoridad son fuentes subsidiarias⁶⁸. Aunque “*es indudable que el Parlamento podría promulgar leyes que derogasen o alterasen tales reglas, hasta ahora no lo han hecho*”⁶⁹ por lo que se considera que tanto las leyes como el precedente son fuentes principales porque su validez no depende de otra fuente de derecho. Adicionalmente, las normas de rango constitucional son concebidas como normas emanadas por el Parlamento que pueden ser modificadas por éste, a pesar de que esto no se haya hecho. Sea cual sea la fuente aplicada, “*el derecho en el Reino Unido no nace de lo abstracto para aplicarse a lo concreto; nace de lo concreto para llegar a convertirse en una regla*”⁷⁰. En los apartados siguientes se analizarán cada una de las fuentes.

⁶⁶ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 62.

⁶⁷ STRONG. FACH GÓMEZ. CARBALLO PIÑEIRO. *Comparative ...*, op. cit., p. 48.

⁶⁸ “(...) two principal and two subsidiary sources are Legislation, and Judicial Precedent; the subsidiary sources are Custom and Books of Authority” JAMES, *Introduction ...*, op. cit., p. 7. [(...) las dos fuentes principales son la legislación y el precedente judicial; las fuentes subsidiarias son la costumbre y los libros de autoridad] (traducción libre).

⁶⁹ ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 153.

⁷⁰ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 146.

i. La Constitución

Uno de las características más sobresalientes del sistema jurídico inglés es que, a diferencia de la mayoría de los países, no cuenta con una constitución escrita⁷¹. Sin embargo “*la expresión inglesa unwritten Constitution, está muy lejos de significar falta de constitución, porque el constitucionalismo inglés se deriva de un cuerpo diverso de textos históricos y costumbres arraigadas, que son fuentes convencionales tradicionalmente consideradas como las reglas que gobiernan las relaciones entre los poderes políticos de la nación orgánicamente representados por el Soberano, el Parlamento y los tribunales del common law*”⁷². Así pues, consecuente con el pensamiento jurídico inglés, la inexistencia de una constitución escrita es un ejemplo de la continuidad de la tradición y el vínculo que sostienen con su pasado.

Las normas constitucionales de Inglaterra se dividen entre leyes constitucionales (*the laws of the Constitution*) que son normas declaradas por los tribunales o por el Parlamento; y convenciones constitucionales (*conventions of the Constitution*) que son normas surgidas de la práctica con el paso del tiempo. “*Este sistema constitucional es único e irreplicable*”⁷³. Dentro de las normas constitucionales escritas se encuentran la Magna Carta de 1215, la declaración de Derechos de 1688, la Ley de Sucesión al trono de 1700, las leyes sobre el Parlamento de 1911 y 1949 y la ley de Derechos Humanos de 1998⁷⁴. A pesar de que el propósito de la Carta Magna era limitar las potestades del monarca y garantizar la seguridad jurídica, y hoy en día esas garantías están dadas en gran medida por la función del

⁷¹ Al respecto afirma LAWS que “*Better historians than I would surely support the view that the relative stability of British political life over 300 years and more is not unconnected with the flexible, evolutive nature of our constitutional arrangements. And note this: a written constitution only seems to be, never in truth can be, the last word. It must always be interpreted*”. LAWS, John. *Constitutional Guarantees*. Statute Law Review 29. Oxford University Press, 2008. Disponible en <https://academic.oup.com/slr/article-abstract/29/1/1/1673207> Consultado el 30 de abril de 2018. p. 4. [Mejores historiadores que yo seguramente apoyarían que la relativa estabilidad de la política británica a lo largo de los últimos 300 años y más no está desvinculada de la naturaleza flexible y evolutiva de nuestros arreglos constitucionales. Y note esto: una constitución escrita solo parece ser, nunca en realidad puede ser, la última palabra. Ella debe ser interpretada] (traducción libre).

⁷² ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 89.

⁷³ LOSANO, *Los Grandes ...*, op. cit., p. 89. En el mismo sentido, STRONG, FACH GÓMEZ. CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative...*, op. cit., p. 89. Y, DE CRUZ, *Comparative ...*, op. cit., p. 104.

⁷⁴ TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 38.

Parlamento, la Carta Magna sigue teniendo una importante aplicación el sistema jurídico inglés, sobre todo en lo que se refiere a las libertades de los ciudadanos⁷⁵.

Como se dijo, las convenciones constitucionales son tradiciones que se consideran vinculantes⁷⁶. Las principales convenciones constitucionales incluyen que la Reina no se pronuncia públicamente sobre asuntos meramente políticos; la sanción real a todas las normas promulgadas por las dos cámaras del Parlamento; la renuncia del gobierno si no cuenta con la confianza de la Cámara de los Comunes; que los ministros del gobierno deben pertenecer a una de las dos Cámaras del Parlamento; que los ministros son responsables ante la Cámara de los Comunes por las actuaciones de los funcionarios que trabajan en el ministerio a su cargo, y en caso de una falta grave cometida por estos, el ministro deberá presentar su renuncia; que la Cámara de los Lores no debe oponerse a un proyecto de ley que verse sobre un tema previsto en el manifiesto del Partido Comunista; y que, la Cámara de los Lores no puede rehusarse a aprobar el presupuesto si éste ya cuenta con el voto favorable de la Cámara de los Comunes, entre muchas otras⁷⁷.

También es importante tener en cuenta que existen principios constitucionales que han sido declarados por los tribunales, como por ejemplo el principio de soberanía o la existencia de un Primer Ministro, se encuentran en sentencias de los Altos Tribunales y no en instrumentos legislativos y, aún así *“any departure from this convention would be practically inconceivable [even though] there is no positive rule to this effect”*⁷⁸.

⁷⁵ “(...) el propósito de la Carta Magna, que era el impedir la posibilidad de una administración arbitraria y luchar por la certeza jurídica y seguridad legal. (...) Es claro que este acuerdo no fue voluntario, fue arrancado al Rey Juan por la presión y la amenaza de la fuerza”. CURREA SAMPER. VIVES FRANCO, *Introducción* ..., op. cit., pp. 25-34.

⁷⁶ “Conventions are unwritten rules of constitutional conduct, traditions that have been developed over years and are considered binding. These conventions are important source of constitutional law. One will get a fairly inaccurate view of the workings of English institutions knowing only Acts of Parliament or common law and not these conventions” .SERVIDIO-DELABRE, *Common* ..., op. cit., p. 55. [Las convenciones son reglas de escritas sobre conductas constitucionales; tradiciones que se han desarrollado a lo largo de los años y que se consideran vinculantes. Estas convenciones son fuentes importantes de derecho constitucional. Se obtendría una visión muy inapropiada de las instituciones inglesas solo conociendo los Actos del Parlamento o las normas de *common law* y no estas convenciones] (traducción libre).

⁷⁷ TARDIF, *Sistemas* ..., op. cit., p. 138.

⁷⁸ LORD IRVINE OF LAIRG. *Human Rights, Constitutional Law, and the development of the English Legal System. Selected Essays*. Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2003. p. 276. [cualquier desviación de estas convenciones sería prácticamente inconcebible aunque no exista una regla positiva a este respecto] (traducción libre).

El hecho de que Inglaterra tenga una constitución no escrita tiene como consecuencia que las normas constitucionales inglesas son muy flexibles⁷⁹, dado que pueden ser modificadas por el mismo órgano que promulga las leyes, el Parlamento, y método que cualquier otra ley, por lo que “*es válido decir que es uno de los mejores ejemplos de constituciones flexibles puesto que no cuenta con un texto único en el cual se contemplan los procesos, situaciones, motivos, órganos e instituciones con la capacidad de modificar, derogar o aumentar el texto constitucional*”⁸⁰. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia inglesa que en *Thoburn v Sunderland City Council (2002)* estableció, no solo la naturaleza flexible de la Constitución, sino que la concibió como una gran ventaja pues permite que sus normas puedan evolucionar con el tiempo⁸¹.

Esta flexibilidad está intrínsecamente, vinculada a la soberanía del Parlamento⁸², pues al ser este soberano, tiene la potestad para modificar la Constitución⁸³. Incluso, en Inglaterra, por lo general la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Parlamento no se cuestiona, pues si una ley contraviene la norma superior, la postura más tradicional interpreta que el

⁷⁹ Al respecto explica LAWS que “[t]he reason for this difficulty over entrenchment, as every law student knows, is because of the doctrine of Parliamentary sovereignty. For present purposes, this doctrine itself has two characteristics: (i) Parliament can make or unmake any law whatsoever and (ii) Parliament cannot bind its successors”. LAWS. *Constitutional ...*, op.cit. p. 3. [La razón de esta dificultad del atrincheramiento, como sabe todo estudiante, es la doctrina de la Soberanía del Parlamento. Para estos propósitos, esta doctrina tiene dos características: (i) el Parlamento puede hacer o deshacer cualquier ley y (ii) el Parlamento no puede obligar a sus sucesores] (traducción libre).

⁸⁰ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 117.

⁸¹ *Thoburn v Sunderland City Council* High Court, Queens Bench Division, 18 de febrero de 2002.

⁸² “(...) *Within the British constitutional order, the division of functions between the different branches of government is not set in tablets of stone. The separation of powers itself is not viewed as a single paradigm of institutional arrangements which can be achieved once and for all time. Rather, it is perceived as an ideal which must be pursued in a manner appropriate to contemporary circumstances. As political, legal and social conditions evolve over time so, too, conceptions change of what the respective institutions of government should do, and of the powers which each should exercise over the others. (...)*” LORD IRVINE OF LAIRG. *Human Rights...*, op. cit., p. 160. [(...) dentro del sistema constitucional británico

⁸³ A este respecto ha propuesto LAWS que “[u]pon this approach, Parliamentary sovereignty is preserved. The legislature remains empowered to repeal any statute, including a constitutional statute, provided in the latter case that it makes clear that is what it is doing. The same rule applies to constitutional rights, recognized as such by the common law. Such rights could be abrogated by Parliament; but again, only if Parliament makes it clear that that is what it is doing”. LAWS. *Constitutional ...*, op.cit. p. 3. [Con base en esta postura, se preserva la soberanía del Parlamento. El poder legislativo continúa mantenimiento el poder de modificar cualquier estatuto, incluyendo los estatutos constitucionales, pero en ese caso debe dejar claro que es esto lo que está haciendo. La misma regla aplica para los derechos constitucionales reconocidos como tales por el *common law*. Estos derechos pueden ser derogados por el Parlamento pero, de nuevo, solamente si el Parlamento deja claro que es esto lo que está haciendo] (traducción libre).

órgano legislativo ha derogado un aparte de la Constitución tácitamente⁸⁴. Sin embargo, los Derechos Humanos y su evolución han tenido un gran impacto en el derecho de Inglaterra, tal como ha sucedido con otros ordenamientos. El primer gran cambio fue introducido en 1688 cuando el Parlamento nombró a Guillermo de Orange como rey y restringió sus prerrogativas, obligándolo a someterse a las leyes y a no suspenderlas en ningún caso, mediante la promulgación del *Bill of Rights* del 13 de febrero de 1688⁸⁵.

El segundo cambio fue introducido en 1998, mediante el *Human Rights Act*, por el cual se incorporó la Convención Europea de Derechos Humanos al ordenamiento inglés, pues aunque los jueces no tienen competencia para ejercer control sobre las leyes, ya que el Parlamento es absolutamente soberano, esta norma les permite informar al Parlamento la existencia de una norma que va en contra de la Convención, para que considere modificarla. Aunque realizar la modificación no es obligatorio, este es un gran avance en la concepción de soberanía inglesa, pues le permite alguna forma de control judicial sobre las leyes⁸⁶.

Estos dos estatutos son un claro ejemplo de lo que se conoce como estatutos constitucionales (*constitutional statutes*) dentro del ordenamiento jurídico inglés. Como su nombre lo indica, se trata de actos legislativos que positivizan normas de carácter constitucional y, en consecuencia, hacen parte de la Constitución. En ese orden de ideas, cada vez es menos cierto que la Constitución inglesa sea una norma no escrita, en la medida en la que algunas de sus partes han sido promulgadas por el Parlamento. No obstante los jueces aún no han dado una definición del concepto de estatutos constitucionales, salvo por el juez Laws LJ, quien en la sentencia del caso *Thoburn v Sunderland City Council* afirmó que un estatuto constitucional “(a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights”⁸⁷. Aunque esta definición se ha calificado de incompleta

⁸⁴ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 121.

⁸⁵ CURREA SAMPER, VIVES FRANCO, *Introducción ...*, op. cit., p. 65.

⁸⁶ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, ...*, op. cit., p. 69. En el mismo sentido, LORD IRVINE OF LAIRG. *Human Rights ...*, op. cit., p. 282.

⁸⁷ Queen Bench, *Thoburn v Sunderland City Council* 2002. par. 62. [(a) condiciona la relación legal entre el ciudadano y el Estado de una manera general o (b) aumenta o disminuye aquello que puede verse ahora como derechos constitucionales fundamentales](traducción libre).

pues no todos los estatutos de rango constitucional se refieren a derechos fundamentales o a la relación entre los ciudadanos y el Estado⁸⁸.

Adicionalmente, la existencia de estos estatutos ha planteado, de nuevo, la pregunta de si existe una jerarquía entre los actos del Parlamento, lo que implicaría que en estricto sentido no puede interpretarse la contradicción entre ellos como una derogación tácita. La primera vez que se planteó que los estatutos constitucionales no estaban sujetos a la doctrina de la derogatoria tácita (*implied repeal*), fue en la sentencia *R v Secretary of State for Transport*, en la que la Cámara de los Lores pareció sugerir que esta doctrina no se aplicaba al *European Communities Act 1972*, aunque no dieron una explicación para fundamentar ese tratamiento distinto. En consecuencia, durante los primeros años de la década del 2000 esta sentencia generó gran confusión. “*Over the same period, the courts began breathing new life into the ‘principle of legality’, that is, the interpretive presumption that Parliament does not intend to violate important rights or principles. Courts increasingly relied on this presumption to narrowly interpret a range of legislation, often in the name of protecting ‘constitutional’ common law rights*”⁸⁹.

Con base en esta presunción y en el precedente de la Cámara de los Lores, la Banca de la Reina afirmó en la sentencia del caso *Thoburn*, en la que se analizó un posible conflicto entre el *European Communities Act de 1972* y el *Weights and Measurements Act*. El análisis giró en torno al hecho de que el primero es un acto del Parlamento que tiene carácter constitucional, en la medida en la que regula la integración del Reino Unido a la Comunidad Económica Europea, a la Comunidad Europea de la Energía Atómica y a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, por lo que resultaba cuestionable que el segundo pudiera derogarlo tácitamente, aunque se tratara de una norma posterior. De acuerdo con la *ratio decidendi* de esta sentencia, los estatutos constitucionales no están sujetos a la doctrina de la

⁸⁸ AHMED, Farrah. PERRY, Adam. “Constitutional Statutes” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, No. 2, 2017. Disponible en <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/37/2/461/2737433> Consultado el 9 de mayo de 2018. p. 466.

⁸⁹ AHMED. PERRY. *Constitutional...* op. cit. p. 462. [Durante el mismo periodo, las cortes comenzaron a darle más vida al principio de legalidad, a través de la presunción interpretativa según la cual el Parlamento no pretende violar derechos o principios importantes mediante sus actuaciones. Las cortes se han apoyado cada vez más en esta presunción para interpretar la legislación de manera restrictiva, frecuentemente con el propósito de proteger los derechos constitucionales] (traducción libre).

derogatoria tácita, sino que un estatuto de este tipo solo puede ser derogado mediante un estandar más alto, que se alcanza a través de la derogatoria expresa o de palabras excepcionalmente claras⁹⁰.

Aunque el asunto no está cerrado, lo cierto es que los estatutos constitucionales cada vez toman más fuerza dentro del ordenamiento jurídico inglés y esto ha implicado importantes cambios para la forma de entender el derecho en ese país. Dentro de los estatutos constitucionales más citados se encuentran el *Petition of Right* de 1628, el *Act of Settlement* de 1701, el *Act of Union* de 1707, el *Treaty of Union with Ireland Act* de 1800, el *Scotland Act* de 1998, el *Constitutional Reform Act* de 2005 y el *Government of Wales Act* de 2006.

ii. Legislación

Por lo general se considera que en los sistemas jurídicos del *Common Law*, las leyes emanadas del Parlamento tienen muy poco o incluso ningún protagonismo⁹¹. No obstante, mientras que las leyes escritas están fundadas en la promulgación válida por el Parlamento, de acuerdo con las normas constitucionales, las normas no escritas, surgen de la costumbre y la labor del precedente⁹². Por ello, si bien el precedente tiene una función primordial dentro del desarrollo del derecho, cada vez más áreas jurídicas están guiadas por leyes (*statutes*). Esto es más cierto en las materias en las que hay menos jurisprudencia y, en estos casos, “*the law applicable may depend on the particular facts of the case and/or the interpretation of the intention of the legislature in the statute concerned*”⁹³.

⁹⁰ Queen Bench, *Thoburn v Sunderland City Council* 2002. par. 60.

⁹¹ “*Although civil law lawyers see the common law tradition as distinctive in the way that it allows judges to make law, there are some areas where codification is routine, even in English-speaking countries. In fact, most English-speaking nations enact a wide variety of statutory provisions*”. STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative...*, op. cit., p. 95.

⁹² “*(...) Written laws, leges scriptae, exist in virtue of valid enactment according to established constitutional rules; unwritten laws in virtue of customary acceptance, use, and practice*” POSTEMA. *Bentham ...*, op. cit., p. 23.

⁹³ DE CRUZ, ..., op. cit., p. 104. [la ley aplicable puede depender de los hechos particulares del caso o de la interpretación de la intención del legislador en la norma pertinente] (traducción libre).

La relación entre las normas del *common law* y las leyes promulgadas por el Parlamento no es siempre pacífica. En ciertas materias, donde una predomina sobre la otra o, donde incluso, una de las dos es la única fuente de derecho que regula la materia, la solución de los casos es más sencilla; en otros asuntos más complejos, es necesario determinar cual de las dos fuentes debe prevalecer, para lo cual se han desarrollado una serie de criterios y reglas para armonizar las normas aplicables⁹⁴. Aún así, “*mientras que para el civilista los oráculos legislativos son sus maestros, los libros de autoridad son los códigos, y los libros de texto son comentarios de los códigos, para el jurista del common law los oráculos no son maestros sino jueces, los libros de autoridad informes de los casos resueltos judicialmente y sus libros de texto son tratados sobre asuntos de derecho*”⁹⁵.

Por ello, TARDIF asegura que un importante sector de la doctrina inglesa considera que la plena incorporación de una ley al ordenamiento jurídico solo se produce cuando, luego de haber sido promulgada por el Parlamento y sancionada por la Reina, la jurisprudencia la aplica al caso concreto y crea precedente con ella⁹⁶. No obstante, con base en la soberanía del Parlamento, los jueces no suelen discutir la validez de las leyes, incluso, aseguran que, si el Parlamento ha sido engañado o se ha desviado de sus funciones, solamente le corresponde al Parlamento remediar el asunto⁹⁷.

El proceso legislativo inicia en la Cámara de los Comunes, aunque es posible que en materias poco controversiales se inicie el trámite en la Cámara de los Lores; en cualquier caso, todos los proyectos de ley deben ser debatidos y aprobados por las dos Cámaras para luego, recibir la aprobación de la Reina (*Royal Assent*). Aunque teóricamente la Reina podría negarse a aprobar un proyecto de ley, es muy poco probable que esto suceda, pues incluso ella respeta

⁹⁴ *Ibidem*,. 289.

⁹⁵ CUREA SAMPER. VIVES FRANCO, *Introducción ...*, op. cit., p. 109.

⁹⁶ “*La ley cuenta con un papel secundario en el catálogo de fuentes del derecho ya que para que hablemos de su completa incorporación al ordenamiento jurídico se requiere que, más allá de que sea creada y promulgada conforme a derecho, tenga una aplicación en el sistema jurídico. Por ello, se puede decir que un texto legislativo entra por completo al common law solamente una vez que las reglas que enuncia son aplicadas formal y materialmente en una sentencia*” TARDIF. *Sistemas ...*, op. cit., pp. 154-155.

⁹⁷ POLLOCK explica que “It is now quite well understood that the judges will not discuss the validity of an Act of Parliament. They will not even entertain allegations that a private Act was obtained by fraud or improper practices. If Parliament has been deceived, the remedy is with Parliament alone”. POLLOCK, *Sovereignty ...*, op. cit., p. 247.

la soberanía del Parlamento. De hecho, ningún soberano se ha negado a firmar un proyecto de ley desde 1708⁹⁸. Luego, el proyecto se publica y se convierte en ley.

Pero, a pesar de que todas las normas en Inglaterra se promulgan por el mismo procedimiento, con base en la idea de la soberanía del Parlamento como se explicó anteriormente, en *Thoburn v Sunderland City Council (2002)* se estableció que existe una jerarquía entre las leyes. Estas se dividen entre leyes ordinarias y leyes constitucionales. Según esta sentencia, los criterios para distinguir una ley constitucional son “(a) *conditions the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights*”⁹⁹. Es decir, que las leyes constitucionales son aquellas que de manera general modifican la relación entre los ciudadanos y el Estado o, las que modifican el alcance de los derechos constitucionales.

Ahora bien, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, no solo el Parlamento puede emitir leyes, sino que tiene la capacidad de delegar sus poderes en otros organismos del Estado. Esta delegación puede darse de tres maneras. Por una parte, el Parlamento puede delegar sus poderes formalmente mediante una ley (*Statutory Instruments*) a un departamento o a un ministerio del gobierno. Por otra parte, la ley de gobiernos locales de 1972 (*The Local Government Act 1972*) otorga potestades legislativas a los gobiernos locales para emitir leyes que regulen su funcionamiento (*Bye-laws*), pero estas leyes deberán ser aprobadas siempre por el gobierno central. Finalmente, en casos de emergencia, el gobierno puede emitir leyes que deben ser aprobadas por el *Privy Council* y sancionadas por la Reina. Mediante este mecanismo también se pueden promulgar leyes para incorporar las directivas de la Unión Europea al ordenamiento jurídico inglés¹⁰⁰.

⁹⁸ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law ...*, op. cit., p. 58.

⁹⁹ *Thoburn v Sunderland City Council* High Court, Queens Bench Division, 18 de febrero de 2002. Para mayor explicación al respecto, SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, ...*, op. cit., p. 55. [(a) condiciona la relación legal entre los ciudadanos y el Estado de una manera general y suprema o (b) aumenta o disminuye el ámbito de lo que se considera como derechos constitucionales fundamentales].

¹⁰⁰ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 59.

Como cualquier abogado sabe, sin importar en qué sistema jurídico se haya formado, la aplicación de una ley no siempre es una cuestión sencilla y en la mayoría de ocasiones es necesario interpretar las normas. En Inglaterra, cuando un juez o un abogado se enfrentan a un caso concreto, si existe una ley al respecto deberán aplicarla, incluso si existen normas de *common law* o precedentes que sean contrarios, con fundamento en la soberanía del Parlamento¹⁰¹. Pero, dada la importancia del precedente en este sistema jurídico, la interpretación que haga el juez de una ley, a su vez creará una norma, por lo que en casos posteriores, los jueces deberán aplicar la misma interpretación sobre esa ley.

Como consecuencia, la interpretación de las leyes por parte de la jurisprudencia es un asunto de suma importancia para el derecho inglés y se han establecido tres reglas para llevarla a cabo¹⁰². La única ley promulgada al respecto es *The Interpretation Act 1978*, aunque solamente contiene normas generales que buscan preservar la interpretación literal de las palabras. Por ejemplo, establece que las palabras escritas en género masculino incluyen al género femenino o, que lo que este escrito en plural, incluye lo singular¹⁰³. De acuerdo con este estatuto, en principio las normas son interpretadas según el sentido literal y natural de las palabras. Sin embargo, esto no siempre es suficiente y por consiguiente, ha sido el precedente el encargado de establecer las dos reglas de interpretación que se utilizan en Inglaterra¹⁰⁴.

¹⁰¹ “When judges in England are confronted with a legal question in a case, they have different possibilities for finding a solution. Due to the principle of parliamentary sovereignty, legislation voted by Parliament is superior to all other sources of law, so that if there is a parliamentary act that can resolve the question, these must be applied”. *Ibidem.*, p.77.

¹⁰² Es importante tener en cuenta que “[s]ome courts and commentators distinguish between the term ‘interpretation’, which is said to refer only for legal instruments, and ‘construction’, which is said to refer only for contracts. Other authorities use the two terms interchangeably, such that a court may construe a statute as well as a contract”. STRONG, FACH GÓMEZ. CARBALLO PIÑEIRO. *Comparative Law...*, op. cit., p. 100.

¹⁰³ Parlamento del Reino Unido. *Interpretation Act 1978*, 20 de julio de 1978. Al respecto, JAMES, *Introduction...*, op. cit., p. 11.

¹⁰⁴ Al respecto afirma RADBRUCH que “[p]ero incluso allí donde el Parlamento ha logrado un statute law, las últimas sentencias de la magistratura y el common law constituyen todavía la parte más importante. La ley deberá ser interpretada y entendida solo en base a su propio texto, el Motive, es decir la exposición de motivos del legislador y las reformas que se produzcan sobre ella, caen de inmediato en un deseado olvido”. RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del Derecho Inglés*. Traducción de Juan Carlos Peg Ros. Marcial Ponds, Madrid, 2001. p. 47.

Cuando la interpretación literal tiene como consecuencia una solución absurda para el caso concreto o simplemente no da ninguna solución, la primera regla de interpretación obliga a los jueces a interpretar la disposición en concordancia con el resto de los artículos del cuerpo normativo al cual pertenece la norma, lo que se conoce como la regla de oro (*Golden rule*); la segunda regla se conoce como la regla del error (*mischief rule*) que obliga a los jueces a interpretar la ley de acuerdo con las siguientes cuatro preguntas: 1) ¿cuál era la ley antes de que fuera promulgada esta norma?, 2) ¿cuál era el problema que quería solucionar el Parlamento?, 3) ¿cuál era la solución que quería dar el Parlamento? y, 4) ¿cuál es la razón para haber dado esa solución?¹⁰⁵.

Como se ve, a pesar de que el precedente ha sido reiterativo a la hora de establecer las normas de interpretación y, es común encontrar grandes apartados al respecto en los libros sobre el sistema jurídico inglés, estas reglas para interpretar leyes no son muy distintas de las que se utilizan en otros ordenamientos jurídicos. De hecho, es muy posible que, como sucede en otros países, “*judges use their own discretion for finding a method of interpretation or perhaps more closely to the truth, for finding a justification for the interpretation that they give to a statute*”¹⁰⁶.

iii. Jurisprudencia

La jurisprudencia en Inglaterra, así como en otros países de *common law*, no es solamente una fuente de derecho, sino que es el elemento más particular de todo el sistema jurídico; tanto así que las normas establecidas en las sentencias reciben el mismo nombre que toda la tradición jurídica, *common law*. La importancia del precedente está basada en que el juez no crea la ley, sino que la declara o expone públicamente. De acuerdo con el pensamiento inglés, los precedentes no son la ley en sí misma, sino “*the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form part of the*

¹⁰⁵ DE CRUZ, *Comparative Law ...*, o cit., p. 285.

¹⁰⁶ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 65.[los jueces usan su propia discrecionalidad para encontrar un método de interpretación o, tal vez lo que está más cercano a la verdad, para encontrar una justificación para la interpretación que le han dado a un estatuto].

common law”¹⁰⁷ pues las normas hacen parte de la cultura y se han formado con el devenir de la historia y hacen parte de la unidad nacional¹⁰⁸.

La jurisprudencia es utilizada como fuente de derecho a través de un sistema de precedente, que es vinculante para los jueces, y que está basado en un razonamiento analógico, determinado por la verosimilitud entre los hechos de los casos comparados, para identificar si los hechos de los dos casos son suficientemente parecidos para fundamentar la aplicación de la regla que se utilizó en el caso anterior al caso nuevo¹⁰⁹. No se trata de un análisis inductivo o deductivo, sino de que la comparación entre los hechos de los dos casos permite evidenciar una identidad entre ellos tal, que la misma regla les es aplicable a los dos, es decir, que existe entre ellos identidad de razón o «*eadem ratio decidendi*»¹¹⁰.

Mediante este proceso, se construyen los tres tipos de decisiones judiciales que se emiten en el derecho Inglés. Las decisiones judiciales se clasifican en tres grupos¹¹¹. En primer lugar, las decisiones judiciales más importantes son aquellas que abordan materias constitucionales; luego, se encuentran las que establecen o modifican normas de *common law*; y, finalmente, las que determinan la interpretación de una ley. Como se dijo en el apartado anterior, la interpretación que la jurisprudencia realiza de una ley del Parlamento se convierte en precedente vinculante para los jueces que tengan que aplicarlas en casos posteriores. Esto sumado a que aún en la actualidad hay quienes opinan que las leyes dependen de las normas del *common law* para que su incorporación al ordenamiento jurídico sea completa, determina la importancia de este tipo de sentencias¹¹².

¹⁰⁷ POSTEMA. Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Clarendon Law Series, New York, 1986. p. 9. [la principal y más importante evidencia que puede darse con respecto a la existencia de una costumbre que debe formar parte del common law]

¹⁰⁸ “Common Law decisions do not create the social unity, they only confirm, affirm, and maintain it. Common law is ‘Lex Communis Angliae’ – law of this English community (...)” POSTEMA. *Bentham...*, op. cit., p. 19.

¹⁰⁹ ALISTE SANTOS. *Sistema...*, op. cit., p. 132. En el mismo sentido, POSTEMA. *Bentham ...*, op. cit., p. 31.

¹¹⁰ El uso del precedente está determinado por una serie de reglas, que reciben el nombre de la «doctrina del precedente» (*doctrine of precedent*) Explica SERVIDIO-DELABRE “The doctrine of precedent dictates that in certain circumstances, judges are required to follow previous decisions. This underlines the importance of “cases” in English legal system”. SERVIDIO-DELABRE, *Common ...*, op. cit., p. 78.

¹¹¹ Se dice que: “Judicial decisions arise in three different contexts (1) as a matter of constitutional law; (2) as a matter of common law; and (3) as a matter of statutory interpretation”. STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative ...*, op. cit., p. 160.

¹¹² En ese sentido: “It must always be born in mind that case law retained its primacy as the only true source of law in English law, so that statutes should be narrowly construed and that case law should govern any case

El funcionamiento del precedente en Inglaterra está basado en un principio, sin el cual no es posible entender la obligatoriedad de seguirlo, según el cual funciona todo el sistema: el principio de *stare decisis et non quieta movere*¹¹³. La redacción en latín significa “mantener lo que ha sido decidido y no cambiar lo establecido”¹¹⁴; es decir, que los tribunales están obligados a mantener la decisión del caso anterior, a menos que el juzgador pueda establecer diferencias relevantes entre los hechos del caso anterior y los del caso que está juzgando¹¹⁵. La utilización del precedente, con base en este principio, tiene dos funciones dentro del ordenamiento jurídico inglés¹¹⁶. Por una parte, el principio *stare decisis* garantiza la igualdad en la aplicación de la ley, pues los casos iguales serán decididos iguales y, en esa medida, ayuda a que el sistema sea más justo. Por otra parte, gracias a este principio, hay seguridad jurídica en el ordenamiento inglés. Con base en los casos decididos las personas conocen las normas que deben determinar su comportamiento y, pueden generar expectativas sobre cual sería la solución del juez si elevaran sus asuntos ante él. Esto hace que el sistema sea predecible y, en consecuencia, certero.

Ahora bien, el funcionamiento del principio de *stare decisis* depende de la jerarquía del sistema judicial de Inglaterra, pues no todas las sentencias anteriores son vinculantes para todos los jueces. En principio, las sentencias de los tribunales superiores son vinculantes para todos los tribunales o jueces inferiores. Así, por ejemplo, las sentencias de la Cámara de los Lores, cuando esta tenía competencias judiciales, y hoy de la Corte Suprema del Reino Unido, son vinculantes para todos los jueces del Reino. De igual forma, por regla general los jueces

in which a statute statute did not appear wide enough to cover a given situation”. DE CRUZ, *Comparative ...*, op. cit., p. 247

¹¹³ Se debe tener en cuenta que “el principio del *stare decisis* no se encuentra expresamente formulado en ningún texto legal –statute law– y es de genuina elaboración y tradición jurisprudencial. Existe una creencia muy extendida en torno al carácter vinculante de principio de *stare decisis*. Dicha creencia tiene una explicación histórica. Se fundamenta en la rigidez de la aplicación de este principio en el common law inglés desde 1898, cuando se fórmula el carácter vinculante de los propios precedentes por la Cámara de los Lores (caso *London Tramways v London County Council*), hasta 1966, año en el que se redacta la célebre *Practice Statement* (Declaración práctica de la Cámara de los Lores), por la cual se procede a flexibilizar la regla del *stare decisis*, facultando a los law lords para adherirse o no discrecionalmente a sus propios precedentes”. ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op.cit., p. 133.

¹¹⁴ TARDIF, *Sistemas ...*, op.cit., p. 147.

¹¹⁵ ITURRALDE SESMA, *El precedente ...*, op. cit., p. 32.

¹¹⁶ STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative ...*, op. cit., p. 161.

respetarán su propio precedente y, juzgarán igual los casos iguales, esta es la “*self-binding rule*”.

No obstante, el principio de *stare decisis* es una regla general de razonamiento dentro del *common law*, por lo cual se han identificado distintas circunstancias en las que se hace una excepción y éste no se aplica¹¹⁷. En primer lugar, en *Young v Bristol Aeroplane Co. Ltd.* (1944) la División Civil de la Corte de Apelación estableció, que no está obligada por su propio precedente cuando dos de sus decisiones se contradigan, pues tendrá que aplicar una y descartar la otra. Tampoco será vinculante su precedente cuando este haya sido contradicho por una decisión posterior de la Cámara de los Lores o de la Corte Suprema, caso en el cual la Corte de Apelación podrá apegarse a la decisión de su superior¹¹⁸.

La División Criminal de la Corte de Apelaciones aplica el principio de *stare decisis* de una manera más flexible, pues “*the Criminal Division takes into consideration that it is often dealing with the liberty of individuals*”¹¹⁹. En esa medida, además de aplicar las excepciones que estableció la División Civil, tampoco sigue su precedente cuando considera que genera una injusticia en el caso concreto. Esto lo estableció la misma Corte en la sentencia *R v Taylor* (1950), decisión considerada muy importante porque fue emitida por unanimidad de un tribunal compuesto por 7 jueces. En ella se dijo que, ya que el eje central de los temas que aborda el tribunal es la libertad de los ciudadanos, si el tribunal reunido en pleno encuentra que el derecho ha sido pasado por alto o malentendido en una decisión anterior y, que en razón de esa decisión, una persona acusada ha sido encarcelada, es “*deber inexcusable*” del tribunal reconsiderar la decisión y garantizar que las personas sean correctamente juzgadas.

¹¹⁷ ALISTE SANTOS, ... op. cit., p. 136.

¹¹⁸ Así lo explica ITURRALDE SESMA: “La regla del *stare decisis* respecto de la *Court of Appeal* es la establecida en el caso *Young v. Bristol Aeroplane Co. Ltd* [1944] K.B. 718 (*Court of Appeal*). Aquí se establece que la *Court of Appeal* está obligada por sus propias decisiones (así como por las decisiones de los tribunales de jurisdicción concurrente), con las excepciones siguientes: 1) cuando hay dos decisiones en conflicto el tribunal está legitimado y obligado para decidir cuál de sus dos decisiones seguirá y cual rechazará; 2) El tribunal está obligado a rechazar una decisión propia cuando ésta, aunque no expresamente derogada, no puede coexistir con una decisión de la *House of Lords*, y 3) El tribunal no está obligado a seguir una decisión propia si está convencido que la decisión fue tomada *per incuriam*” ITURRALDE SESMA, *El precedente ...*, op. cit., p. 54. En el mismo sentido, SERVIDIO-DELABRE, *Common ...*, op. cit., p. 84.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 84-85. [La División Criminal tiene en cuenta que normalmente está lidiando con la libertad de los individuos] (traducción libre).

En consecuencia, las excepciones que se aplican en los casos civiles no son las únicas que pueden aplicarse¹²⁰. Las Divisiones de la *High Court* están vinculadas por el precedente de la Corte Suprema y de la Corte de Apelación, así como por su propio precedente, salvo que puedan aplicar las excepciones anteriores. De nuevo, cuando la *Queen's Bench* juzga casos penales, aplica el principio de *stare decisis* de una forma más flexible¹²¹.

Hasta 1966 la Cámara de los Lores era muy reacia a dictar sentencias en contra de su propio precedente. Sin embargo, mediante la *Declaración Práctica de la Cámara de los Lores (Practice Statement)* el 26 de julio, el Lord Canciller informó que desde esa fecha la Cámara se separaría de su precedente cuando considerara que eso era lo correcto. A partir de ese momento, la Cámara de los Lores estableció en varias decisiones, cuales serían las reglas que debían seguir para poderse apartar del precedente. En primer lugar, la libertad otorgada por la declaración debía ejercerse de manera limitada. En segundo lugar, no es posible derogar el precedente si, al hacerlo, se subvierten las expectativas legítimas de las personas, según las cuales hayan celebrado un contrato o determinado su comportamiento. En tercer lugar, las decisiones sobre interpretación de las leyes no deben ser derogadas, sino en casos extraordinarios. En cuarto lugar, no se debe derogar un precedente si no es posible prever las consecuencias de hacerlo o, si el cambio lo debería realizar la legislación por requerirse armonizar la decisión con todo el sistema jurídico. Finalmente, no basta con que los jueces consideren que la decisión era errónea, para modificarla, es necesario que los jueces consideren que la solución es injusta o ya no se adecúa a la época¹²².

Aun así, la sentencia completa no constituye precedente, sino que el elemento vinculante de la sentencia es la regla que se aplica, siempre y cuando esté vinculada a los hechos del caso que se está juzgando. Esta regla se conoce como la *ratio decidendi* del caso¹²³. La *ratio decidendi* está expresada en las sentencias en forma de “*statement of legal principle*”¹²⁴, que incorpora los hechos del caso y la solución que los jueces le han dado. La creación de la *ratio*

¹²⁰ R v Taylor 1950.

¹²¹ SERVIDIO-DELABRE, *Common ...*, op. cit., p. 84. p. 85.

¹²² ITURRALDE SESMA, *El precedente ...*, op. cit., p. 51-52.

¹²³ JAMES, *Introduction ...*, op. cit. p. 18.

¹²⁴ DE CRUZ..., op. cit., p. 225. En el mismo sentido, SERVIDIO-DELABRE, *Common ...*, op. cit., p. 79. Y ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 142. [declaración del principio legal] (traducción libre).

decidendi es descrita así: “(...) *once the facts have been determined, judges will then apply the law to them. In so doing, the judges generally give their reasons for the legal decisions taken. This or these reasons form what is call the ratio decidendi of a case and it is this «ratio» that is binding in future cases*”¹²⁵.

Por ello, el precedente nunca puede concebirse como una regla general, sino que siempre deberá presentarse vinculada a los hechos, pues solo así es posible realizar una analogía; “*la ratio decidendi constituye la premisa mayor de un silogismo cuya premisa menor es la situación de hecho del caso, y cuya conclusión es la decisión. Si un cambio en el supuesto contenido de la ratio implica un cambio en la decisión, ello significa que la supuesta ratio decidendi es la ratio real*”¹²⁶. Aunque esté claro que este es el elemento vinculante de la sentencia, determinar la regla vinculante de una sentencia no es una tarea fácil, ya que en la mayoría de los casos no es evidente y se requiere un análisis detallado de la sentencia para identificarla. Esto lo hará cada juez, en el momento en el que tenga que aplicar cada precedente.

En ocasiones las decisiones están basadas en más de una razón y, en estos casos, todas serán precedentes vinculantes en casos futuros. Esto puede ocurrir en dos supuestos; o bien porque un juez individual o un tribunal han fundamentado su decisión en varias premisas, o bien porque cada uno de los miembros de un cuerpo colegiado ha dado razones distintas para fundamentar la solución que han dado al caso¹²⁷. Sin embargo, es importante no confundir varias *ratios*, con comentarios adicionales que los jueces hayan incorporado en la sentencia, incluso sobre asuntos legales, pero que no están directamente vinculados con los hechos del caso o con la solución dada. A estos comentarios se les conoce como *obiter dicta* (*obiter*

¹²⁵ SERVIDIO-DELABRE, *Common...*, op. cit., p. 87. [una vez que los hechos del caso se han determinado, los jueces aplicarán la ley a ellos. Al hacerlo, los jueces generalmente dan razones para las decisiones legales que han tomado. Esas razones forman lo que se conoce como *ratio decidendi* del caso y es esa «ratio» la que es vinculante para los casos futuros](traducción libre).

¹²⁶ ITURRALDE SESMA, *El precedente...*, op. cit., p. 85.

¹²⁷ Explica SERVIDIO-DELABRE, “(...) There are certain decisions that are written in such a manner that it will be more in the realm of a mind reader than a lawyer or a judge to refer out the *ratio decidendi*. Difficulties for discovering the *ratio* can be further complicated by the fact that a decision may have more than one. This can occur for two reasons. Either the individual judge has given more than one reason for his decision. Or there is more than one judge deciding the case and although they arrive are the same conclusion, they give different reasons for doing so”. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, Introduction to the English and American legal systems*. Éditions Dalloz, Paris, 2004. p. 91.

dictum en singular) y aunque no generan precedente vinculante, pueden utilizarse como argumentos persuasivos¹²⁸.

Además de las excepciones planteadas por la División Civil de la Corte de Apelación con respecto al precedente, existen otros mecanismos dentro del derecho inglés, mediante los cuales un juez y, por tanto, un abogado tratando de ganar su caso, pueden apartarse de un precedente vinculante. En primer lugar, la regla enunciada en una sentencia no será vinculante para los jueces que decidan casos posteriores, si el juez abarcó hechos más amplios que aquellos que motivaron a las partes a acudir a la jurisdicción, pues ha emitido una norma demasiado amplia. Esta es la máxima de *ruling too wide*¹²⁹.

En segundo lugar, otra forma de alejarse del precedente es diferenciar los hechos del caso que se busca resolver, de los hechos de los casos anteriores. Como se explicó, las reglas del precedente están basadas en un sistema analógico de pensamiento, que permite aplicar la regla de derecho establecida por el precedente, solo cuando los hechos del caso son iguales o muy similares. Pues bien, si un juez inglés no desea aplicar un precedente, tiene la opción de distinguir el caso, (*distinguishing*) es decir, decidir no aplicar el precedente, con base en los hechos, la ley o ambos¹³⁰. La opción de distinguir los casos está basada en la posibilidad de afirmar que a pesar de las similitudes entre dos casos, las diferencias entre ellos son suficientemente determinantes para que sea posible apartarse del precedente.

Otra opción que se utiliza frecuentemente para no aplicar el precedente está vinculada con la estructura jerárquica del sistema judicial inglés. Una corte jerárquicamente superior puede desconocer el precedente de una corte inferior y, promulgar una sentencia en el sentido contrario, derogando el precedente anterior. A esta regla se le conoce como *overruling*¹³¹. Ahora bien, cuando un tribunal inferior tiene razones fundadas para considerar que el tribunal

¹²⁸ SERVEIDO-DELABRE define: “the *obiter dictum* is a statement found in a decision that is not necessary for the decision in the case”. *Ibidem*. p. 87.

¹²⁹ DELL’AQUILA, *Introducción...*, op. cit., p. 95.

¹³⁰ DE CRUZ, *Comparative...*, op. cit., p. 105.

¹³¹ SERVIDIO-DELABRE explica que: “Overruling is where a legal principle that is laid down in one case is changed in a future case. This can only be done by a court that is higher in the hierarchy than the court that had taken the earlier decision that is overrule”. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 92.

superior va a anular un precedente cuando se le presente la oportunidad, puede anticiparse a esa decisión y fallar el caso en el sentido en el que cree que lo haría el tribunal superior. Esta anticipación a la anulación, recibe el nombre de *anticipatory overruling*. También es posible que el juez respete el precedente y aplique la norma vinculante, pero declare, a su vez, que no se volverá a aplicar esta regla en casos posteriores idénticos, porque entiende que es inadecuada o improcedente. En este caso, lo que hace el juez se conoce como *prospective overruling* y la afirmación de que la regla es inadecuada deberá estar debidamente motivada en la sentencia¹³².

Finalmente, cualquier corte inglesa puede apartarse de un precedente cuando considera que la decisión ha sido tomada *per incuriam*, (literalmente, por descuido), bien porque la corte ha omitido un precedente vinculante en el momento de juzgar el caso, o bien porque ha ignorado una regla jurídica que debía ser aplicada¹³³. En *Morelle v. Wakeling* (1955)¹³⁴, Lord Evershed estableció que, aunque como regla general los únicos casos que pueden considerarse tomados *per incuriam* son aquellos en los que se ha ignorado un precedente vinculante o una norma, esta definición no es exhaustiva, pero en todo caso, aquellas sentencias que se puede afirmar que han sido decididos *per incuriam*, deben ser acontecimientos extraordinarios, en concordancia con la regla de *stare decisis*¹³⁵. Más allá de esto, la regla *per incuriam* es aún en la actualidad un concepto jurídico indeterminado¹³⁶, por lo que la motivación en las sentencias que dictaminan que una decisión anterior ha sido tomada *per incuriam* debe ser consistente.

Finalmente, es necesario concluir este apartado haciendo mención de la existencia de un segundo cuerpo normativo en el derecho inglés, que aplican los jueces junto con el *common law* y las leyes: la *equity* o el sistema de juicios en equidad. Como se describió en el apartado dedicado a la historia del *common law* inglés, paralelamente con los tribunales de Westminster, se desarrolló otro sistema de solución de controversias, en cabeza del Lord

¹³² ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 146.

¹³³ ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op.cit., p. 144.

¹³⁴ Queen's Bench *Morelle v. Wakeling* (1955) 2 Q.B. 389, p. 406.

¹³⁵ ITURRALDE SESMA. *El precedente...*, op. cit., p. 57.

¹³⁶ ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 145.

Canciller y de la Corte de la Cancillería, que no aplicaba las mismas normas del *common law*, sino que fallaba en equidad. Hoy en día, el sistema inglés sigue utilizando los dos sistemas de normas, aunque ya no se trata de dos jurisdicciones distintas. Los *Judicature Acts* de 1873 y 1875 unificaron las jurisdicciones de *equity* y *common law* en una sola, estableciendo que todas las divisiones de la *High Court* pueden aplicar las normas de los dos sistemas¹³⁷.

Más aún, el *Judicature Act* de 1873 estableció que cuando exista un conflicto entre dos normas, una de *common law* y otra de *equity*, la segunda deberá prevalecer¹³⁸. En consecuencia, esto no significa que los dos sistemas jurídicos se hayan fusionado, sino, simplemente, que pueden ser aplicados por los mismos jueces, por tanto, los *Judicature Acts*, no son normas de carácter sustantivo, sino procesal. Estas dos leyes suprimieron los antiguos Tribunales de Westminster y la Corte de Cancillería, creando una nueva organización judicial que, aunque ha sido modificada, es en esencia la que se mantiene hoy en día. Adicionalmente, los *Judicature Acts*, también acabaron con los *writs* y crearon un mecanismo unificado y más sencillo para acudir a la jurisdicción, que se denomina *claim form* e introdujo la segunda instancia¹³⁹.

Aún hoy, las normas de equidad se utilizan como correctores de las normas de *common law*, buscando la justicia en el caso concreto. Esto lo demuestran algunas de las máximas de equidad (*maxims of equity*) como, por ejemplo, aquella que exige que quien solicite una solución en equidad no puede ser responsable del conflicto, (“*he who comes into equity must come with clean hands*”) o la afirmación de que quien busca equidad, debe actuar con equidad, (*he who seeks equity must do equity*)¹⁴⁰. Por lo general, se habla de las doce máximas de *equity*, haciendo referencia a los principios recogidos por SNELL en su tratado,

¹³⁷ TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 35.

¹³⁸ SERVIDIO-DELABRE expresa que “*The Judicature Act 1873 provided that when there is a conflict between the rules of common law and the rules of equity, the rules of equity will prevail*”. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, ...*, op. cit., p. 22.

¹³⁹ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 170.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 105.

Snell's Principles of Equity, aún así, es muy difícil determinar cual es el número real de reglas de equidad que operan actualmente en el sistema inglés¹⁴¹.

En todo caso, la *equity* sigue teniendo como objetivo principal complementar las normas del *common law*, por lo cual, “(...) podemos decir que si el *common law* es un corpus formado por precedentes judiciales que sirven como criterios de resolución de casos posteriores en virtud de la regla del *stare decisis*, la *equity* estaría integrada por un conjunto de remedios correctivos aplicados ante la insuficiencia del *common law*”¹⁴². Los fallos en equidad otorgan a los jueces mayor discrecionalidad, pues pueden decidir el caso concreto según como consideren que es justo, guiados por unos principios generales como el sentido común, la razonabilidad de la decisión, y la buena fe¹⁴³.

iv. Costumbre

La costumbre tuvo una función más importante en el paso de la que tiene actualmente. La mayoría de las costumbres han sido declaradas y establecidas como leyes de *common law* por las sentencias¹⁴⁴. Sin embargo, aún hoy se reconocen algunas costumbres locales y pueden ser aplicadas por la jurisprudencia pues son interpretadas como excepciones al *common law* general. Para reconocer su existencia y poder aplicarlas en el caso concreto, la jurisprudencia ha establecido cuatro requisitos: (i) la costumbre debe ser razonable; (ii) debe ser cierta; (iii) debe ser local; y, finalmente, (iv) debe existir desde tiempo inmemorial¹⁴⁵.

Cuando la jurisprudencia exige que la costumbre sea cierta, se refiere a que debe haber sido ejercida de forma pacífica por los ciudadanos, quienes la deben reconocer abiertamente como

¹⁴¹ ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit., p. 161.

¹⁴² *Ibidem*, p. 157.

¹⁴³ ALISTE SANTOS, afirma que: “*haciendo un balance general, ciertamente la concepción de la equity como sistema complementario del common law es de una gran originalidad, y su auxilio históricamente ha contribuido a corregir la rigidez y fomentar una aplicación del derecho acorde con un espíritu jurídico realista dirigido a la consecución de soluciones justas a cada caso concreto*”. *Ibidem*. p. 165.

¹⁴⁴ DELL'AQUILA, *Introducción ...*, op. cit., p. 104.

¹⁴⁵ TARDIF, *Sistemas Jurídicos ...*, op. cit., p. 155. También, SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 109-110. En el mismo sentido, CURREA SAMPER. VIVES FRANCO. *Introducción...*, op. cit., p. 99-100.

un derecho y deben entender que actuar conforme con esa costumbre constituye una obligación dentro de la comunidad. Con respecto a que la costumbre sea local, la exigencia concreta es que esa práctica esté circunscrita a los pobladores de un área geográfica determinada o determinable. La razonabilidad de la costumbre hace referencia a que esta no contradiga un principio fundamental del *common law*, como alegar que existe un derecho consuetudinario de cometer un delito, por ejemplo¹⁴⁶. Finalmente, «*tiempo inmemorial*» significa literalmente el año 1189 de acuerdo con el *Estatuto de Westminster* de 1275, que estableció esta fecha como el momento desde el cual debe existir una práctica para ser reconocida como costumbre obligatoria¹⁴⁷. Sin embargo, en la práctica, quien alega la costumbre debe probar que puede presumirse y no que puede probarse, que esa es la práctica habitual desde esa época¹⁴⁸.

v. Doctrina

En Inglaterra la doctrina no tiene la influencia que tiene en los países de tradición jurídica continental, es especial los europeos. Como ya se dijo, por regla general la fuente más consultada es el precedente y, no es muy común encontrar doctrina citada en las sentencias. Debido al razonamiento inductivo propio de la tradición jurídica del Reino Unido, el análisis del derecho se realiza normalmente vinculando la norma del precedente a los hechos del caso (*fact-dependent*)¹⁴⁹, por lo cual, la abstracción propia del trabajo académico no es considerada una fuente de autoridad dentro del ordenamiento jurídico y, en la mayoría de los casos no es citada ni por los abogados ni por los jueces. Cuando se tiene en cuenta, es solamente como una fuente subsidiaria o como un argumento de persuasión. Lo más común es que, tanto la formación jurídica como el desarrollo de la profesión esten basadas en las recopilaciones de precedentes. Pero, esto no significa que no se escriba sobre asuntos

¹⁴⁶ WALKER, R.J. *The English Legal System*. Londres, Butterworths, 1985. p. 67.

¹⁴⁷ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law*, ..., op. cit., p. 110.

¹⁴⁸ “*But in practice the burden upon a plaintiff to establish such a custom (...) is not so formidable. For if he can prove that such a origin for the usage will be presumed, provided, of course, that such an origin was possible; and custom itself is such a lawful origin*” JAMES, *Introduction...*, op. cit., p. 22. [Pero en la práctica, el umbral de prueba que debe alcanzar quien alega la costumbre no es tan formidable. Él puede probar que el origen de tal comportamiento se presume, probando, desde luego, que ese origen es posible y que la costumbre tiene por sí misma un origen legal] (traducción libre).

¹⁴⁹ STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative ...*, op. cit., p. 219.

jurídicos. Es más, en las áreas más novedosas del derecho la doctrina ha ido adquiriendo relevancia con el paso del tiempo.¹⁵⁰.

En todo caso, cuando no exista una ley que gobierne el caso concreto, el juez deberá acudir al *common law* para emitir su fallo. Si el *common law* no ofrece ninguna solución, el juez deberá usar el razonamiento analógico para identificar en la equidad o, incluso, en la costumbre la norma que debe aplicarse en este tipo de casos. Una vez pronunciada la sentencia, la *ratio decidendi* se convertirá en precedente vinculante, y así crece y se actualiza este sistema jurídico constantemente.

2. El Derecho en los Estados Unidos.

Los territorios que conforman hoy los Estados Unidos de América, fueron hasta 1776 colonias del Imperio Británico. Como tales, se les impuso el sistema jurídico inglés, por lo que aún en la actualidad, el derecho estadounidense pertenece a la familia del *common law*. No obstante, este sistema jurídico cuenta con características muy particulares, que lo diferencian en gran medida del *common law* inglés, a pesar de que ambos ordenamientos compartan el mismo origen. Esto se debe, entre otros factores, a que las trece colonias originales estaban conformadas por una población multicultural, integrada no solo por los colonos ingleses, sino por los nativos de esos territorios y los esclavos africanos que fueron llevados al Continente Americano como mano de obra. En este contexto, la ley no fue solamente una herramienta de organización, sino que constituyó y, aun hoy constituye, un factor de unificación para las generaciones de inmigrantes, provenientes de un sinnúmero de culturas jurídicas diversas¹⁵¹.

¹⁵⁰ “Doctrinal writing in common law countries does not have the status of authoritative sources of law as in Continent countries, but the situation may well change, particularly in the newer areas of law”. DE CRUZ, *Comparative...*, op. cit., p. 105. [Los escritos doctrinales en los países de *common law* no tiene el carácter de fuentes jurídicas de autoridad como en los países continentales, pero la situación podría cambiar especialmente en las áreas más nuevas del derecho] (traducción libre).

¹⁵¹ Explica JUNKER: “I would add here that law – even positive law – is not only related to the world view of the culture, but contributes to shaping it. This is all the more true in a pluralistic culture such as that in the United States, where law has played a culturally unifying role among generations of immigrants and their descendants from a variety of legal cultures” JUNKER, Kirk W. *Legal Culture in the United States. An introduction*. Routledge, New York, 2016. p. 6. [Añadiré que la ley - incluso la ley positiva – no solamente está relacionada al punto de vista de la cultura, sino que contribuye a su formación. Esto es mucho más cierto en

Un gran ejemplo de las distintas tradiciones jurídicas que se conjugan dentro del ordenamiento estadounidense es el sistema jurídico del Estado de Luisiana, que antes de ser parte de los Estados Unidos fue una colonia francesa y luego fue colonia española. Por ello, en su sistema jurídico existen bastantes instituciones propias de los sistemas con tradición de *civil law*. Esto no significa que Luisiana tenga un sistema jurídico más similar al de Francia o España que al de Estados Unidos, pues, “*el Common Law goza de preeminencia. Por ello se ha manifestado que la vigencia del Civil Law en este Estado, es más aparente que real*”¹⁵². Dos son los factores que han influido en mayor medida en la evolución del sistema jurídico de los Estados Unidos como un sistema propio, distinguiéndolo del sistema de Inglaterra. Por una parte, el federalismo ha tenido un papel preponderante dentro de todo el ordenamiento jurídico. En los Estados Unidos no existe un sistema jurídico, sino cincuenta y uno. Cada uno de los Estados cuenta con sus propias normas, su propia organización política y judicial, e incluso, con su propia constitución.

Además de ello, existe una Constitución federal, que regula el funcionamiento de los Estados Unidos como nación, consagra los derechos inalienables de todos los ciudadanos y, a la cual se encuentran subordinados todos los estados federados¹⁵³; a lo largo de este trabajo se detallarán las consecuencias que tiene el federalismo en las distintas instituciones del sistema jurídico. Por otra parte, a pesar de que en Estados Unidos se ha adoptado el sistema de *stare decisis* proveniente de Inglaterra y, en consecuencia, el precedente judicial cumple una importante función dentro del sistema jurídico, los estadounidenses son mucho menos

una cultura pluralista como la de los Estados Unidos, donde la ley ha jugado un papel unificador de la cultura dentro de las generaciones de inmigrantes y sus descendientes que provienen de variadas culturas legales] (traducción libre).

¹⁵² TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, ob, cit. p. 72. En el mismo sentido, ALISTE SANTOS cuenta que “[E]n el territorio continental de los Estados Unidos actuales conviven dos sistemas jurídicos diferenciados: el *common law* de origen inglés (adoptado por las colonias británicas de la costa este) y una especie de mixtura entre *common law* y *civil law* en la actual Luisiana, que mantiene un sistema de inspiración romanista inspirado en el viejo derecho francés y español, pero sujeto en cuanto su aplicación a la metodología del *case law* propio de los sistemas de *common law*.” ALISTE SANTOS, *Sistema...*, op. cit. p. 113.

¹⁵³ SERVEIDO-DELABRE cuenta que: “*One of the major differences between England and the United States is due to the American federal system. (...) There is not one body of law in the United States but fifty-one different bodies; the federal government and each state having its own legal system and its own law*”. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 189. [Una de las mayores diferencias entre Inglaterra y los Estados Unidos se debe al sistema federal americano. (...) No existe un cuerpo normativo en la ley de los Estados Unidos sino cincuenta y un cuerpos distintos; el gobierno federal y cada estado tiene su propio Sistema jurídico y su propia ley] (traducción libre).

estrictos en su aplicación y en términos generales, son menos formalistas a la hora de aplicar el derecho¹⁵⁴. Como se expondrá más adelante, la doctrina del *stare decisis* opera en los Estados Unidos de una manera muy diferente a como opera en Inglaterra. Estas diferencias también han influido en la separación de los dos sistemas y en su caracterización como ordenamientos jurídicos individuales¹⁵⁵.

Siguiendo el orden establecido en la primera parte de este capítulo, a continuación se hará un breve recuento histórico de la evolución del sistema jurídico estadounidense, continuando con su organización política y judicial y, finalmente, se expondrá el sistema estadounidense de fuentes del derecho.

a. Recuento histórico

La historia del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos puede dividirse en tres etapas: la colonial, la de la confederación y la de la federación que inició con la Constitución de 1787 y se ha mantenido hasta la actualidad¹⁵⁶. Dentro de ellas, es importante resaltar que el periodo que va desde la independencia hasta la Guerra de Secesión, “*es considerada la edad de oro del derecho estadounidense, el periodo creativo, o de la transformación y americanización del derecho*”¹⁵⁷. Esto se debe, entre otras razones, a que tres Estados prohibieron por ley la

¹⁵⁴ ATIYAH, P.S., SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law*. Clarendon Paperbacks, New York, 2002. p. 116.

¹⁵⁵ Sin embargo, es importante tener en cuenta que ATIYAH concluye su investigación sobre el formalismo en ambos sistemas jurídicos afirmando que: “*The English legal system is not nearly as formal as many American lawyers think, and the American system relies for more informal reasoning than many English lawyers believe*”. Esto se debe a que “*Law to the American, is not something impose or laydown from above, by a sovereign. It comes from grass-roots origins – from the people. If formal legal rules ought to be modified because of substantive considerations in some exceptional situations, the person in that exceptional situation, in the front line, as it were, must be trusted, at least in the first instance (...)*”. *Ibidem*, p. 33. [El Sistema legal inglés no es tan formal como piensan muchos abogados norteamericanos y, el Sistema americano se basa en un razonamiento más informal de lo que piensan muchos abogados ingleses” Esto se debe a que “La ley para los americanos no es algo impuesto o establecida desde arriba por un soberano. Proviene de orígenes populares – de la gente. Si las leyes formales tienen que modificarse con base en consideraciones substantivas de algunas situaciones excepcionales, a la persona que se encuentra en esa situación excepcional debe creersele, al menos en principio (...)]. (traducción libre)

¹⁵⁶ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit. p. 160.

¹⁵⁷ TINOCO PASTRANA utiliza otro esquema para dividir la historia de los Estados Unidos, que está distribuida en dos fases “la «prerrevolucionaria» y la «posrevolucionaria». La primera, va desde los inicios de la colonización de estos territorios hasta la independencia de las trece colonias en 1776. La segunda, comienza a partir de esta fecha. Se caracteriza por la aparición de la nación de los Estados Unidos de América y la

aplicación de decisiones inglesas emitidas con posterioridad al momento de la independencia (4 de julio de 1776), lo que generó una importante actividad legislativa. Así mismo, se promulgó la Constitución federal en 1787 y la Declaración de Derechos en 1791¹⁵⁸.

El origen del sistema jurídico estadounidense está marcado por el proceso de colonización del Imperio Británico en las trece colonias originales, fundadas entre los siglos XVI y XVII en la costa este del territorio actual de los Estados Unidos. Las trece colonias originales eran Massachusetts, Nuevo Hampshire, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Pensilvania, Nueva Jersey, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia. En ellas, operaba, en principio, el sistema jurídico inglés de acuerdo con una sentencia de la Corte de la Banca del Rey, promulgada en 1608, conocida como el caso Calvino (*Calvin (1608) 7 Co. I, 17b, 77 E.R. 397*), en la que se estableció que en las colonias se aplicaría el derecho inglés, salvo en dos circunstancias excepcionales.

En primer lugar, se aplicaría el derecho vigente en los territorios colonizados cuando estos contarán con un derecho «civilizado». En segundo lugar, el derecho inglés solo sería aplicable «en la medida en que fuera adaptado a las instituciones y circunstancias locales»¹⁵⁹. No obstante, en 1693 mediante la sentencia *Blankard vs Galdy*, la Cámara de los Lores modificó la decisión anterior y estableció que “si un nuevo territorio era descubierto por súbditos ingleses, como su derecho era parte integrante de su patrimonio hereditario, lo llevarían con ellos a donde quiera que se establecieran”¹⁶⁰. Aún así, la implementación del derecho inglés

promulgación de la Constitución federal, y en consecuencia, por la configuración de sus instituciones fundamentales. La segunda fase a su vez se puede dividir en dos etapas. La primera comprende el periodo que va desde la independencia hasta la Guerra de Secesión. La segunda comienza a partir de la Guerra (1876), con la Reconstrucción, e iría hasta nuestros días. (...)” TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op.cit., p. 65. También ALISTE SANTOS opta por un esquema de dos fases, según él: “(...) el *common law* en los Estados Unidos de América ofrece una evolución histórica en la que están nítidamente perfiladas dos fases fundamentales: De un lado, la época de dominio y colonización inglesa de los territorios norteamericanos de la vertiente atlántica que transcurre desde el siglo XVII hasta 1776, cuando las famosas 13 colonias declararon la independencia frente a Inglaterra comenzando la revolución americana. De otro, la etapa histórica que va de 1776 a la actualidad, en la cual se produce el desarrollo del *common law* en Norteamérica con rasgos propios que permiten verificar algunas diferencias sutiles respecto al genuino *common law* inglés” ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op.cit., p. 112.

¹⁵⁸ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995. p. 131.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 130.

¹⁶⁰ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 164.

en las colonias americanas no fue fácil, debido a su compleja estructura, las dificultades de acceso a la literatura y los precedentes para poder aplicar este sistema jurídico, la escasez de abogados y jueces, y a que “*en algunos círculos hasta existía un sentimiento de rechazo hacia las leyes vigentes en la madre patria que eran consideradas opresivas (...)*”¹⁶¹.

Además, la recepción del derecho inglés no fue homogénea en todas las colonias, sino que mientras las colonias del sur eran más conservadoras y apegadas al régimen inglés, las del norte se alejaban y las del centro trataban de equilibrar el derecho inglés con su propia tradición jurídica, implementando un sistema intermedio. En mayor o menor medida, los colonos comenzaron a legislar en los distintos territorios, creando códigos que mezclaban el derecho inglés con normas evangélicas y de derecho natural¹⁶². Dentro de ellos cabe mencionar el Código de Massachusetts de 1634 y el de Pennsylvania de 1682. Sin embargo, no se trataba de libros sistemáticos de derecho, sino que en ellos se encontraban normas de todo tipo. Varias instituciones importantes dentro del ordenamiento jurídico de los Estados Unidos son herencia de la época de la colonización, como sucede con la separación entre *equity* y *common law*, los *writs* como forma procesal y el sistema adversarial como método para llevar adelante los juicios¹⁶³.

En 1775 se inició la revolución que consolidó la independencia, proclamada el 4 de julio de 1776. A partir de este momento comienza la segunda etapa de la historia de los Estados Unidos; la etapa de la confederación. Cada una de las antiguas colonias deseaba conservar su soberanía y temían la implementación de un gobierno central dada la experiencia reciente con el gobierno inglés. Sin embargo, eran conscientes de que los nuevos Estados individualmente considerados eran vulnerables frente a los intentos de reconquista por parte del Imperio Británico, por lo que se creó un Congreso, encargado de redactar los «*Artículos de la Confederación y Unión Perpetua*», aprobados por representantes de cada uno de los trece nuevos estados, el 15 de noviembre de 1777¹⁶⁴. En este documento se creaba solamente

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 165.

¹⁶² TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 66.

¹⁶³ HAZARD, Geoffrey C. TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Trad. Gascón Inchausti, Fernando. Thomson Aranzadi, Madrid, 2006. p. 25.

¹⁶⁴ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 168. En el mismo sentido, TINOCO PASTRANA. *Fundamentos...*, op. cit., p. 69.

un congreso central, con un poder mínimo, principalmente referido a los temas de política exterior, pero todos los demás poderes estaban conferidos a los gobiernos estatales. No se creó ningún poder ejecutivo o judicial central y, cualquier decisión debía ser aprobada por al menos 9 de los 13 estados¹⁶⁵. A esto se sumó una alianza militar establecida en el «*Tratado de París*» de 3 de septiembre de 1783, que además consolidó la independencia de los Estados Unidos, pues Estados Unidos, representado por John Adams, Benjamin Franklin y John Jay, y el Reino de Gran Bretaña, representado por el parlamentario David Hartley, acordaron el cese de hostilidades, poniendo fin a la guerra de independencia.

Simultáneamente, cada uno de los nuevos Estados promulgó una constitución y sus propias leyes, la mayoría de ellas con base en el desarrollo que había tenido el sistema jurídico interno durante el periodo de la colonia. Cada estado contaba con un sistema judicial y político particular, así como con normas procesales distintas. Aunque de una manera más sencilla, estos diversos sistemas se asemejaban en gran medida al sistema inglés¹⁶⁶. Las constituciones estatales impusieron a sus jueces la utilización de las normas del *common law* inglés que estuvieran vigentes hasta el momento de la independencia, “*ni las leyes promulgadas en Inglaterra con posterioridad a 1776 ni el desarrollo del common law inglés posterior a esa fecha se aplicaron en América. El derecho inglés y el americano se desarrollaron de forma independiente a partir de la declaración de independencia americana*”¹⁶⁷. Además, estas normas solo podían utilizarse en la medida en la que fueran compatibles con los nuevos ordenamientos jurídicos, de acuerdo con disposiciones conocidas como «normas de recepción»¹⁶⁸, incorporadas en las constituciones estatales.

Por ello, la influencia del *common law* inglés puede verse aún hoy en el derecho estadounidense, tanto sustantivo como procesal. A este respecto, es importante tener en

¹⁶⁵ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law*, ..., op. cit., p. 119.

¹⁶⁶ HAZARD y TARUFFO explican que: “Hasta 1776 cada colonia había tenido vínculos más fuertes con Londres que con las demás colonias en materia de administración, comercio, finanzas y derecho. Cada colonia había desarrollado sus propias instituciones jurídicas sobre la base de este conjunto de relaciones con la metrópoli. Por ello, cada colonia tenía sus jueces, su legislación, su proceso y su profesión legal. Todos estos sistemas se asemejaban al modelo inglés, de ahí que sean considerados con acierto con sistemas de *common law*. En todo caso, los sistemas americanos eran más sencillos que el original”. HAZARD, TARUFFO, *La Justicia* ..., op. cit., p. 23.

¹⁶⁷ ITURRALDE SESMA, *El precedente* ..., op. cit., p. 133.

¹⁶⁸ HAZARD, TARUFFO, *La Justicia* ..., op. cit., p. 52.

cuenta que uno de los argumentos a favor de declarar la independencia del imperio británico era el reconocimiento de los derechos de los colonos, que hacían parte del *common law* pero que les habían sido negados sistemáticamente. “*Se entendía que la (sic) common law incluía no sólo los derechos sustantivos, sino también el sistema procesal al que estos derechos se hallaban estrechamente ligados. Este sistema se consideraba como una protección esencial de los derechos de los ciudadanos y una defensa contra la opresión estatal*”¹⁶⁹. Como consecuencia, aún hoy los procesos judiciales en los Estados Unidos se desarrollan a través del sistema adversarial, propio de Inglaterra.

El periodo de la confederación no fue muy largo y el 17 de septiembre de 1787 se adoptó una Constitución federal en la «*Convención Constitucional de Filadelfia*», que posteriormente fue aprobada en cada uno de los Estados. Mediante este instrumento se creó un Estado federal, que cuenta con un solo poder central, dividido en tres ramas: ejecutiva, legislativa y judicial. Así mismo, se mantuvieron los sistemas de gobierno estatales, con todos los poderes que, de acuerdo con la misma Constitución, no le fueran expresamente delegados a la federación¹⁷⁰, por lo que, a partir de ese momento, existen en los Estados Unidos cincuenta y un sistemas de gobierno.

La adopción de la Constitución fue un proceso sumamente complejo, pues el país se encontraba dividido entre quienes deseaban constituir un Estado federal y quienes consideraban que debía mantenerse la confederación, dejando la soberanía en cabeza de los Estados, lo que significaba que continuaban reteniendo para sí la mayoría del poder. Uno de los documentos más importantes de esta época son *Los Papeles Federalistas*, publicados por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, en varios periódicos de Nueva York bajo el seudónimo *Publius*. Estos artículos contienen argumentos a favor de la creación de la federación y, aunque es difícil saber hasta que punto fueron influyentes en su momento, “*in any case, these papers, (...), are probably, after the Constitution and the Declaration of*

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁷⁰ RABASA, *El Derecho...*, op. cit., p. 462.

*Independence, the most important documents for understanding politics in the United States at the time*¹⁷¹.

Otra de las consecuencias de la división interna con respecto a la promulgación de la Constitución, fue la adopción de la «*Declaración de Derechos de 1791*». Para que la Constitución fuera aceptada se le prometió a los Estados que uno de los primeros actos del Congreso sería promulgar una serie de enmiendas, consagrando aquellos derechos de los ciudadanos estadounidenses que se consideraban inalienables, para que el gobierno federal no pudiera restringirlos, ni abolirlos, en ningún caso. Estos derechos se consagraron en las primeras diez enmiendas a la Constitución y, posteriormente, se han adoptado otras enmiendas con el mismo propósito¹⁷².

Así surgió el sistema jurídico que rige actualmente en los Estados Unidos. A diferencia de lo que ha pasado en muchos Estados, desde 1787 la Constitución de los Estados Unidos no ha cambiado y solamente se le han adicionado 27 enmiendas, incluyendo las diez que conforman la Declaración de Derechos. Este instrumento es el centro de todo el ordenamiento jurídico y tiene una gran influencia en todo el funcionamiento de la Nación, a tal punto que, como se explicará más adelante, en cualquier asunto judicial pueden abordarse temas constitucionales y, todos los jueces del país están llamados a aplicar la Constitución.

¹⁷¹ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 120. [En todo caso, estos papeles (...) son probablemente, luego de la Constitución y la Declaración de Independencia, los documentos más importantes para entender la política de los Estados Unidos de esa época] (traducción libre).

¹⁷² SERVIDIO-DELABRE explica que “*The promised bill of rights was adopted in 1791. These constitutionally protected rights enumerate in the first ten amendments (and others that can be found in later amendments) prohibit the federal government from limiting these rights through legislation. So that no one, not even Congress, can limit, except exceptionally, constitutionally protected rights. Through what is called the doctrine of Selective Incorporation, these rights limit also the power of the state legislations to vote laws in certain areas*”. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, ...*, op. cit., p. 121. [La declaración de derechos prometida fue adoptada en 1791. Estos derechos constitucionalmente protegidos enumerados en las diez enmiendas (y otros encontrados en las enmiendas posteriores) prohíben que el gobierno pueda limitar estos derechos a través de la legislación. Para que nadie, ni siquiera el Congreso, pueda limitar salvo excepcionalmente, los derechos protegidos constitucionalmente. A través de lo que se ha llamado la doctrina de la incorporación selectiva, estos derechos también limitan el poder de los órganos legislativos de los Estados para legislar con respecto de ciertas materias] (traducción libre).

b. Estructura del Estado

Como se sabe, Estados Unidos es un Estado federal¹⁷³, conformado por cincuenta estados, además del distrito de Columbia, que en varios aspectos, cuenta con un funcionamiento particular, como en la organización del aparato judicial. Cada uno de los estados federados es diferente en cuanto a su población, la extensión del territorio y la riqueza, lo que responde al desarrollo histórico de la Nación. Como consecuencia, varias provisiones constitucionales están diseñadas para equilibrar estas diferencias, garantizando que todos los Estados tengan el mismo grado de participación en la toma de decisiones. Una de las más importantes es el artículo IV, sección 2 de la Constitución¹⁷⁴, de acuerdo con el cual a todos los ciudadanos de los Estados Unidos se les garantizarán los mismos privilegios e inmunidades que sean concedidos por uno de los Estados federados a sus ciudadanos. La disposición pretende evitar que los gobiernos estatales discriminen a los ciudadanos de los otros Estados, concediendo a los ciudadanos propios privilegios exclusivos.

En los siete artículos que conforman la Constitución se establece la organización del gobierno central, incluyendo detalladamente las competencias de los órganos del poder central y de los distintos estados, así como algunas normas que regulan la relación entre ellos. En la Constitución se establece, además, un sistema fuerte de pesos y contrapesos (*checks and balances*) que se basa en la delimitación de las funciones de cada órgano, sin que las ramas del poder público puedan intervenir directamente en el desempeño de las demás. Esto está aunado a un estricto régimen de incompatibilidades que garantiza que ninguna persona desempeñe funciones en dos ramas del poder público simultáneamente, en especial en el Congreso y en la rama judicial, en contraposición con el modelo inglés¹⁷⁵, como respuesta al sistema que opera en Inglaterra, en el cual hasta la reforma del 2005, la Cámara de los Lores cumplía funciones legislativas y judiciales.

¹⁷³ Afirma TARDIF que “*el concepto de Estado federal nació en los Estados Unidos de América*”. TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 175.

¹⁷⁴ The Constitution of the United States, Article IV, Section 2, 1: “The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States”.

¹⁷⁵ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 170.

El primer artículo de la Constitución establece la organización y las competencias del Congreso federal, a través de las cuales se determinan, además, las materias en las cuales tiene competencia el gobierno central. Dentro de ellas están el comercio internacional, las relaciones internacionales, la emisión de moneda, los delitos federales, los correos, la solución de los conflictos entre los Estados y las leyes referentes a la naturalización de extranjeros. Adicionalmente, la Constitución contempla también competencias que comparten los gobiernos estatales con el gobierno central, que se denominan competencias concurrentes. Algunas de estas competencias se refieren a normas fiscales y leyes relativas a la quiebra.

Finalmente, existen una serie de poderes implícitos, que son aquellos que, aunque la Constitución no los asigna directamente a la Federación, se consideran necesarios para que ésta pueda desempeñar sus funciones. Esto lo estableció el presidente de la Corte Suprema Chief Justice Marshall en la sentencia *McCulloch v. Maryland* (1819), donde dijo que “*with these great powers must go the means of executing them; the government who has the power must be able to use the “appropriate” means to execute this power. (...)*”¹⁷⁶. Con base en estos poderes, el gobierno central ha regulado la seguridad social y el transporte interestatal, por ejemplo¹⁷⁷. A esto hay que añadir que, de acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema en *Missouri v. Holland* (1920), la competencia del gobierno federal en materia de asuntos internacionales es independiente de las demás competencias establecidas por la Constitución, por lo cual el poder central es el único con potestad para firmar y ratificar tratados internacionales, independientemente de cuál de los dos gobiernos, federal o estatal, tenga competencia interna frente a la materia regulada por el tratado¹⁷⁸.

Por otro lado, el Congreso de los Estados Unidos está conformado por dos cámaras: la Cámara de Representantes y el Senado. La primera de ellas cuenta con 435 miembros elegidos de acuerdo con el número de habitantes con los que cuenta cada estado. El Senado

¹⁷⁶ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 158. [Estos grandes poderes deben estar acompañados de los medios para ejecutarlos; el gobierno que tiene el poder debe ser capaz de apropiarse los medios para ejecutar ese poder] (traducción libre).

¹⁷⁷ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 175.

¹⁷⁸ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 156.

está conformado por 100 miembros, pues cada estado cuenta con dos escaños. Mientras que los representantes a la cámara tienen un periodo de dos años, los senadores ocupan las curules por un sexenio. No obstante, las elecciones del Senado son escalonadas, por lo que cada dos años se renueva solo un tercio de esta cámara. Como se dijo, la mayoría de los poderes del Congreso se encuentran en la sección 8 del artículo 1 de la Constitución federal, que inicia con la frase “*Congress shall have power (...)*” (*El Congreso tendrá poder*).

Al hacer referencia al Congreso de los Estados Unidos, es necesario mencionar la actividad de cabildeo o *lobbying*, que llama la atención de quienes no se han educado dentro de este sistema jurídico. Esta actividad está ampliamente regulada en los Estados Unidos, a través de normas como el *Lobbying Disclosure Act*, el *Foreign Agents Representation Act*, las normas relativas al cobro de honorarios condicionales (*contingency fees*), las que restringen la realización de *lobbying* con el uso de recursos públicos, las leyes de postempleo de los altos funcionarios públicos del Estado, y los códigos de ética de la Cámara de Representantes y del Senado que tocan el tema. A través del cabildeo, grupos de presión con todo tipo de intereses, intervienen en el proceso legislativo, buscando que las normas emitidas por el legislativo los favorezcan. “*Se considera que las actividades relacionadas con el lobbying se basan en derechos adquiridos, como la libertad de expresión, de asociación y de petición, establecidos en la enmienda I de la Constitución estadounidense*”¹⁷⁹.

El segundo artículo de la Constitución federal regula el poder ejecutivo, que recae en el presidente de los Estados Unidos, que es elegido por el Colegio electoral, junto con el vicepresidente. El sistema de elección presidencial de los Estados Unidos es muy peculiar, pues no se utiliza la democracia directa, como “*resultado del compromiso adquirido entre aquellos constitucionalistas que querían que el Congreso eligiera al presidente, y de aquellos que preferían que decidiera el voto popular nacional*”¹⁸⁰. De acuerdo con el número de congresistas con el que cuenta cada estado, se asigna el número de miembros en el Colegio Electoral, cuyo voto en la elección presidencial dependerá de la elección de los electores de

¹⁷⁹ TARDIF. *Sistemas ...*, op. cit., p. 187.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 177.

cada estado. En esa medida, es posible que el presidente de los Estados Unidos no sea quien obtuvo la mayoría del voto popular.

El presidente puede presentar iniciativas legislativas junto con su reporte anual sobre el estado de la unión, o a través de los congresistas de su partido. Adicionalmente, cuenta con un derecho de veto, pues, en principio, se requiere que éste sancione los proyectos de ley aprobados por ambas cámaras para que éstos se conviertan en ley de la federación. Sin embargo, el Congreso puede ignorar el veto del presidente y, si el proyecto de ley se aprueba por segunda vez, con una mayoría de dos tercios en cada cámara, será promulgado como ley federal. En cuanto a la función del vicepresidente cabe mencionar que preside el Senado, aunque solamente cuenta con derecho de voto cuando exista un empate. Igualmente, debe cumplir con las encomiendas del presidente en eventos nacionales y extranjeros. En caso de una ausencia presidencial, el vicepresidente asumirá la jefatura del Estado. Finalmente, como sucede en otros regímenes presidencialistas, el poder ejecutivo tiene la potestad de emitir normas administrativas, que atribuyen poderes, obligaciones, derechos y deberes a funcionarios públicos y a los particulares.

A lo largo de la vigencia de la Constitución, las potestades del órgano ejecutivo han sido reguladas por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En la sentencia *Marbury v. Madison*¹⁸¹, la Corte estableció, que los poderes de la rama ejecutiva pueden ser de dos tipos; los primeros son aquellos absolutamente discrecionales, dado que tienen un carácter puramente político, en los cuales no puede intervenir la rama judicial de ninguna manera. Los segundos, carecen de este carácter discrecional, debido a que son poderes otorgados a esta rama del poder público por la ley. En este segundo caso, los jueces pueden intervenir, para garantizar que el presidente u otros órganos ejecutivos cumplan con su deber, a través de la emisión de un *mandamus*. Esta sentencia es muy importante dentro de la organización de los Estados Unidos porque refleja el sistema de pesos y contrapesos con el que funciona el Estado. Además, pone en evidencia el gran poder con el que cuenta la Corte Suprema de los Estados Unidos, que como se verá en el apartado siguiente, ha moldeado importantes sectores de la organización estatal a través de sus pronunciamientos.

¹⁸¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, Sentencia, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 137 (1803).

Otro de los mecanismos de control que establece la Constitución es el proceso de juicio político o *impeachment* que se encuentra regulado a lo largo del documento. A diferencia de lo que sucede en Inglaterra, el presidente de los Estados Unidos no hace parte del Congreso y por tanto no tiene una relación de dependencia política. Sin embargo, de acuerdo con el artículo II, sección 4 de la Constitución federal, “[t]he President, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors”¹⁸². En estos casos, será la Cámara de Representantes la encargada de investigar y presentar la acusación ante el Senado, quien definirá si el funcionario es retirado de su cargo¹⁸³.

Para cerrar este apartado, es importante tener en cuenta que cada uno de los cincuenta estados tiene una organización política establecida en su propia constitución¹⁸⁴ y que puede diferir en mayor o menor medida, de la organización federal. Aunque resulta imposible reseñar aquí el funcionamiento de cada estado, valga mencionar que el poder ejecutivo recae en un gobernador que es elegido por elección popular. En estos casos adquiere relevancia la democracia directa, pues a diferencia de lo que sucede con la elección presidencial, en la elección de los gobernadores no interviene el Colegio Electoral. La gran mayoría de los gobernadores de Estados Unidos poseen derecho de veto sobre la legislación estatal y tienen un periodo de dos o cuatro años. Al mismo tiempo, todos los estados cuentan con un órgano legislativo, cuyo nombre varía entre *Legislature*, *State Legislature*, o *General Assembly*, entre otros.

¹⁸² [El Presidentes, Vicepresidente, y todos los oficiales civiles de los Estados Unidos podrán ser removidos de su cargo a través de un juicio político o una acusación por traición, soborno u otros crímenes y faltas graves]. (Traducción libre).

¹⁸³ TARDIF afirma que aunque de acuerdo con la Constitución cualquier miembro de las ramas ejecutiva y judicial puede ser sometido al juicio político, “a majority of the fifteen officials who have been impeached in the House of Representatives and tried in the Senate, and all of the seven convicted and removed from office, have been judges” TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 180. [una mayoría de los quince oficiales que han sido acusado en la Cámara de Representantes y juzgados por el Senado, y los siete que han sido condenados y retirados del cargo, han sido jueces”. También sobre el proceso de *impeachment*, BAZAN, Elizabeth. *Congressional Authority Over the Federal Courts*. CRS Report for Congress, Washington, 2005. Disponible en <https://fs.org/sgp/crs/misc/RL32926.pdf> . p. 8. Además, CORLEY, Pamela C. WARD, Artemus. MARTINEK, Wendy L. *American Judicial Process*. Routledge, New York, 2016. p. 114.

¹⁸⁴ “Los estados cuentan con órdenes jurídicos propios establecidos por su Constitución, documentos a menudo largos y que han sufrido frecuentes enmiendas”. TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 189.

A diferencia de lo que sucede con el poder central, los poderes de los Estados no están enumerados en la Constitución Federal, que se limita a establecer que los Estados están obligados a garantizar la salud y el bienestar de sus ciudadanos. Se trata de una disposición sumamente amplia, que ha llevado a que las Cortes estén encargadas de limitar los poderes estatales. No obstante, en principio, los Estados tendrán competencia en todo aquello que no les esté prohibido o donde la Constitución no establezca la competencia exclusiva del gobierno federal¹⁸⁵.

c. Sistema judicial

También como consecuencia del federalismo, en los Estados Unidos operan simultáneamente cincuenta y dos jurisdicciones¹⁸⁶: una en cada uno de los cincuenta estados, otro para el Distrito de Columbia y la jurisdicción federal¹⁸⁷. La fuente de creación de cada una de estas jurisdicciones es distinta, mientras que la jurisdicción federal se basa en la Constitución de los Estados Unidos, los ordenamientos estatales se basan en las constituciones estatales. Sin embargo, en la cúspide de todo el sistema judicial estadounidense se encuentra la Corte Suprema de los Estados Unidos.

El artículo 3, sección 1, de la Constitución federal establece que *“The judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish”*¹⁸⁸. La Corte Suprema es el único tribunal mencionado expresamente en la Constitución y goza de amplias potestades, principalmente porque es el máximo interprete de la Constitución federal¹⁸⁹ y porque es la

¹⁸⁵ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 161.

¹⁸⁶ CORLEY, WARD, MARTINEK, *American...*, op. cit., p. 105.

¹⁸⁷ La mayoría de los litigios en los Estados Unidos son resueltos en las jurisdicciones estatales. TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 190.

¹⁸⁸ [El poder judicial de los Estados Unidos debe recaer en una Corte Suprema y en aquellas cortes interiores que el Congreso podría crear y organizar de cuando en cuando] (traducción libre).

¹⁸⁹ Se debe tener en cuenta que *“[e]n el sistema americano, el derecho procesal civil regula demás la solución de importantes controversias de derecho público, salvo cuando se trata de cuestiones de naturaleza penal. Se incluyen aquí controversias relativas a la constitucionalidad de las leyes, la legalidad del comportamiento de funcionarios públicos o el ámbito de las potestades que tienen atribuidas los órganos administrativos. (...) En los Estados Unidos estos asuntos son resueltos por los mismos tribunales que resuelven las causas ordinarias entre particulares, y con arreglo a los mismos procedimientos empleados para las causas ordinarias”*. HAZARD, TARUFFO, *La Justicia ...*, op. cit., p. 43.

única Corte que emite precedentes vinculantes para todos los demás tribunales de la nación¹⁹⁰. En la actualidad se compone de nueve miembros y sus decisiones son pronunciadas por el tribunal en pleno. Sin embargo, la conformación de la Corte puede variar según lo establezca el Congreso¹⁹¹. Los jueces de la Corte Suprema de Justicia tienen un periodo vitalicio por disposición constitucional.

Las demás cortes del orden federal han sido creadas por el Congreso en ejercicio de la potestad otorgada por la Constitución, pero no por expresa disposición de ésta. En consecuencia, el Congreso puede crear cortes nuevas o eliminar las que están en funcionamiento¹⁹². La primera ley en desarrollar estas cortes fue el *Judiciary Act de 1789*. En la actualidad, el sistema judicial federal está integrado por tres niveles, La Corte Suprema, las Cortes Federales de Apelación y los Tribunales Federales de Distrito. Los Tribunales Federales de Distrito son los encargados de llevar a cabo los juicios en primera instancia (*original jurisdiction*)¹⁹³ tanto en el área civil como en el área penal, con excepción de algunas materias que corresponden a tribunales especializados. Existen 94 de estos tribunales, pues al menos hay un Tribunal de Distrito en cada uno de los estados de Estados Unidos y los estados más grandes, como California y Texas, cuentan con varios.

Las Cortes Federales de Apelación actúan en salas de tres jueces, generalmente seleccionados de manera aleatoria¹⁹⁴, aunque esta práctica puede variar en los distintos circuitos. Cuando un caso se considera de suma importancia, puede ser estudiado por una sala integrada por

¹⁹⁰ Explica SERVIDIO-DELABRE: “*The Supreme Court of the United States (...), created in 1789, has the final word on how the U.S. Constitution is to be interpreted. (...) Consequently, the fact that the Supreme Court's interpretation of these fundamental instrument are binding precedents for all American courts, federal or state, combined with the power of judicial review, confers on this Court substantial power over all other branches of the federal government and in certain areas, state governments*” SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 175. [La Corte Suprema de los Estados Unidos (...) creada en 1789, tiene la última palabra sobre como se debe interpretar la Corte de los Estados Unidos. (...) En consecuencia, el hecho de que las interpretaciones de la Corte Suprema con respect a este instrument fundamental sean precedertes vinculantes para todas las cortes americanas, federales o estatales, combinado con el poder de revision judicial, confiere a esta Corte un poder sustancial sobre todas las otras ramas del gobierno federal y en ciertas áreas, sobre los gobiernos estatales] (traducción libre).

¹⁹¹ ITURRALDE SESMA, *El precedente...*, op. cit., p. 150.

¹⁹² SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 175.

¹⁹³ CORLEY, WARD, MARTINEK, *American ...*, op. cit., p. 115.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 119.

más jueces, lo que se denomina juicio *en banc*¹⁹⁵. Las Cortes Federales de Apelación se agrupan en circuitos, por lo cual también se conocen como Tribunales de Circuito. En los Estados Unidos hay 12 circuitos judiciales, cada uno conformado por más de un Estado. Además, existe una treceava Corte de Apelación, *The United States Court of Appeals for the Federal Circuit*, con sede en Washington y cuyas competencias están establecidas en el *United States Code (28 U.S.C. 1295)*. Dentro de ellas está conocer exclusivamente de las apelaciones de las sentencias de las Cortes especiales y de los Tribunales de los territorios especiales, como Puerto Rico y Guam¹⁹⁶.

Además de estos tribunales, el Congreso de los Estados Unidos ha creado otras cortes, que se denominan *legislative courts*, dado que no han sido creadas en ejercicio de las potestades otorgadas al órgano legislativo por el artículo III de la Constitución, sino que están fundadas en las atribuciones legislativas del Congreso, que ha considerado necesaria la creación de estas instituciones para poder llevar a cabo su función. Por lo general, estos tribunales ejercen una jurisdicción limitada a una ley específica y, siempre referidas a resolver controversias entre los particulares y el gobierno federal. Ejemplo de estas instituciones son el *Tribunal de Apelaciones Militares*, el *Tribunal Fiscal*, y el *Tribunal de Apelaciones relativo a los Asuntos de los Veteranos*¹⁹⁷. Adicionalmente, ya que el artículo IV, sección 3, clausula 2, de la Constitución, otorga al Congreso “*power to dispose of and make all needful rules and regulations respecting the territory or other property belonging to the United States*” el Congreso ha creado Cortes especiales que ejercen jurisdicción en Guam, las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, las Islas Marianas del Norte y Puerto Rico¹⁹⁸.

En cuanto a los órdenes estatales, cada uno de los estados cuenta con una jurisdicción autónoma y completa, aunque estas pueden variar en cada caso. En la mayoría de los estados, el sistema judicial tiene tres niveles, conformados por tribunales de primera instancia, un

¹⁹⁵ “(...) a partir de 1976 cuando los casos versan sobre la constitucionalidad de las leyes se requieren tres jueces. Además en casos de especial importancia, todos los jueces de un determinado distrito pueden decidir conjuntamente el caso, lo que se denomina conocer un caso *en banc*” ITURRALDE SESMA, *El precedente...*, op. cit., p. 148.

¹⁹⁶ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 200.

¹⁹⁷ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 191.

¹⁹⁸ CORLEY, WARD, MARTINEK, *American ...*, op. cit., p. 125.

tribunal intermedio que revisa las apelaciones y, un órgano de cierre, que por lo general recibe el nombre de Corte Suprema del estado y, que revisa las sentencias de apelación. La jurisdicción de los tribunales estatales está siempre limitada al territorio del estado, salvo en los casos en los que se encuentren involucrados residentes del propio estado, caso en el cual los tribunales de un estado podrán ejercer su competencia, aunque los hechos no hayan ocurrido dentro de su territorio¹⁹⁹.

Ahora bien, al existir más de cincuenta sistemas jurisdiccionales, determinar el tribunal competente para conocer un caso puede ser complicado. La jurisdicción en los Estados Unidos está determinada por dos factores. Por una parte, el territorio en el cual han sucedido los hechos determina en la mayor parte de los casos la Corte competente, principalmente cuando se trata de casos que deben ser llevados ante un tribunal estatal. Por otra parte, la naturaleza del asunto determina si debe ser conocido por una corte estatal o federal. Esto se conoce como “*subject matter jurisdiction*”²⁰⁰. Además, se debe tener en cuenta que la jurisdicción de los tribunales federales es más limitada que la de los tribunales estatales²⁰¹. Mientras que a nivel estatal pueden presentarse la mayoría de las situaciones, las cortes estatales solo podrán conocer de un asunto cuando tengan jurisdicción personal sobre una de las partes y jurisdicción por la materia, de conformidad con la Constitución²⁰².

En función de la materia, la Constitución solamente hace referencia a dos delitos federales: la piratería y la falsificación. No obstante, en la actualidad las cortes federales tienen

¹⁹⁹ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 197.

²⁰⁰ SERVIDIO-DELABRE. *Common Law...*, op. cit., p. 173.

²⁰¹ “*The states could interpret their own laws, but any federal question could ultimately go before the federal courts as Section 25 of the Judiciary Act of 1789 provided*”. *Ibidem*, p. 138. [Los estados pueden interpretar sus propias normas, pero cualquier cuestión federal podrá ir ante las Cortes federales en última instancia, de acuerdo con la Sección 25 del *Judiciary Act* de 1789] (traducción libre).

²⁰² STRONG et al, explican que “*(...) The roles of the various courts are constitutionally prescribed, with federal courts being described as courts of limited jurisdiction that may only hear a matter when the court has (1) personal jurisdiction over either the person or property in question (2) subject matter jurisdiction over the type of dispute. In contrast, the courts of the individual states (state courts) are courts of general jurisdiction and can hear virtually any type of dispute, including those involving foreign parties*”. STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative ...*, op. cit., p. 145. [Las funciones de las varias cortes están constitucionalmente establecidos y, las cortes federales han sido descritas como cortes con jurisdicción limitada que solamente podrá atender un asunto cuando la corte tenga (1) jurisdicción personal sobre la persona o la propiedad en cuestión y (2) jurisdicción en razón de la materia sobre el tipo de disputa. En contraste, las cortes de los estados individuales son cortes de jurisdicción general que pueden asumir asuntos de cualquier tipo, incluyendo aquellos que incluyan extranjeros] (traducción libre).

jurisdicción sobre los casos en los que los Estados Unidos son parte; aquellos relativos a funcionarios extranjeros; cuando las partes son residentes de estados distintos y la cuantía es superior a los 75,000 dólares, todos los casos que se refieran a leyes federales, a los tratados internacionales, o a la Constitución federal y aquellos concernientes a materias especiales como patentes, derechos de autor y quiebra²⁰³. Además, los tribunales estatales y federales tienen jurisdicción concurrente cuando las partes viven en diferentes Estados, cuando está implicada una cuestión federal y en ciertas clases de casos penales, en los que el delito viola a la vez leyes federales y estatales, por lo que el sospechoso puede ser juzgado en cualquiera de las dos jurisdicciones²⁰⁴. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos, tiene competencia para revisar los casos provenientes de las cortes federales de apelación y de las cortes supremas de los estados cuando estos versen sobre asuntos relacionados con leyes federales o con la Constitución Federal²⁰⁵.

Sin embargo, para que la Corte Suprema conozca de un caso, hace falta que a una de las partes les sea concedido un *writ*²⁰⁶, como sucedería en Inglaterra. En los estados existen dos *writs* ordinarios y varios extraordinarios. En principio, para acceder a la Corte Suprema puede utilizarse un *writ of appeal*, que otorga al apelante el derecho de solicitar a la Corte Suprema que revise su caso; sin embargo, en 1928 se limitó este derecho, otorgando a la Corte el poder discrecional para rechazar los casos en los que considere que no existe una cuestión sustancial de derecho federal, por tanto, “*the Court actually refuses to hear about 90% of all direct appeals*”²⁰⁷.

El segundo mecanismo ordinario para acceder a la Corte Suprema es el *writ of certiorari*, que permite presentar una cuestión a la Corte, cuando se considere necesario su

²⁰³ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 190.

²⁰⁴ ITURRALDE SESMA, *El precedente ...*, op. cit., p. 152. En el mismo sentido, HAZARD, TARUFFO, *La Justicia ...*, op. cit., p. 56. También, RABASA, *El Derecho ...*, op. cit., p. 463.

²⁰⁵ Existen además otros tribunales federales con funciones cuasi-jurisdiccionales, los cuales forman un grupo conocido como *Federal Courts Outside the Judiciary*, su competencia está restringida a las materias administrativas y financieras, pues pertenecen a la rama ejecutiva del Estado, a pesar de recibir el nombre de cortes. Al respecto ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 203 -210.

²⁰⁶ Al respecto, capítulo I, 1, a.

²⁰⁷ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 176. [La Corte en realidad se rehusa a conocer el 90% de las apelaciones directas] (traducción libre). En el mismo sentido, TINOCO PASTRANA, *Fundamentos ...*, op. cit., p. 90.

pronunciamiento en esa materia. No obstante, la aceptación de estos casos por parte del máximo tribunal también es discrecional. Existen además *writs* extraordinarios, como el *writ of habeas corpus*, que busca la libertad de una persona encarcelada violando el procedimiento debido; el *writ of mandamus*, por medio del cual la Corte puede ordenar a un funcionario público que cumpla con alguna de sus funciones; y, el *writ of prohibition*, mediante el cual la Corte le prohíbe a un funcionario público una determinada actuación.

Por otro lado, es importante mencionar que el artículo III, sección 2, cláusula 1, de la Constitución federal, hace referencia a que los jueces de los Estados Unidos conocerán de todos los casos en derecho y en equidad. Así pues, se reconoce la posibilidad de administrar justicia de acuerdo con la *equity*²⁰⁸, proveniente del sistema jurídico inglés. No existen cortes que juzguen solamente en equidad en los Estados Unidos, sino que todos los sistemas judiciales que operan en la federación pueden aplicar las normas de la *equity*²⁰⁹. Por ello, “*the differences between the two are not always distinguishable. However, the procedures and remedies have always been more flexible on the equity than under common law*”²¹⁰. Los procesos fallados de conformidad con estas normas pueden ser apelados mediante un recurso que permite que el tribunal de apelación revise el expediente completo, desde el inicio del siglo XIX²¹¹.

Por lo que se refiere a los jueces estadounidenses, es necesario tener en cuenta su importante carácter político. Estos pueden ser elegidos mediante voto popular, o ser elegidos por el poder ejecutivo y ratificados en el cargo por el órgano legislativo. A nivel federal, el presidente propone al Senado las personas que deben ser nombradas como jueces de las distintas cortes, quien deberá aprobar el nombramiento. Por disposición constitucional, los jueces de las Cortes creadas en virtud del artículo III, serán nombrados de manera vitalicia y sus sueldos

²⁰⁸ Al respecto, pág. 30.

²⁰⁹ Afirma ALISTE SANTOS que “*Por otro lado, la celebres class actions estadounidenses, concebidas para la protección efectiva de grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso, tienen un origen estrechamente vinculado a la equity, y responden a la necesidad de ofrecer tutela judicial efectiva en el marco de intereses difusos*”. ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit. p. 167.

²¹⁰ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 204. [Las diferencias entre los dos no siempre pueden distinguirse. Sin embargo, los precedimientos y las soluciones siempre han sido más flexibles en los procedimientos en equidad que en los de *common law*]. (traducción libre).

²¹¹ HAZARD, TARUFFO, *La Justicia...*, op. cit., p. 32.

no podrán ser disminuidos mientras desempeñen esta función. Aunque los procesos de nombramiento de los jueces pueden variar entre los distintos estados, por lo general es el gobernador quien nombra a los jueces de la corte suprema del estado, mientras que los jueces estatales inferiores son elegidos por voto popular.

A este proceso de elección de los jueces se le ha dado dos lecturas distintas. Por una parte, se considera que tienen mayor legitimidad, en la medida en la que tienen respaldo popular para ejercer su función, aunque en los casos de jueces designados por el poder ejecutivo, este sea indirecto, pues provendría de los votos que han elegido al presidente o al gobernador, según sea el caso²¹². Por otra parte, se considera que son menos confiables, en la medida en la que no se garantiza su experticia y, además, pueden perder interés en el desarrollo de sus funciones, ya que no pueden ser retirados del cargo²¹³. No obstante, como se dijo anteriormente, en los casos en los que un juez no observe un comportamiento correcto (*good behaviour* en palabras de la Constitución federal), podrán ser sometidos a un proceso de *impeachment* por parte del Congreso y ser retirados del cargo, con una mayoría de dos tercios.

Otra particularidad de los jueces estadounidenses es la función que desarrollan. A diferencia de lo que sucede en otros países, en los Estados Unidos el juez conoce el caso a través de los abogados en el momento del juicio, que son además los encargados de incorporar las evidencias en el proceso y de interrogar a los testigos; su función es la de un observador pasivo²¹⁴. Adicionalmente, frecuentemente la decisión sobre los hechos del caso la toma un jurado, que en los Estados Unidos opera tanto en causas civiles como penales.

²¹² POSNER, Richard. *Law and Legal Theory in England and America*. Claredon Press, Oxford, 1996. p. 34.

²¹³ POSNER afirma que “Political judges are less trusted than technician judges – and rightly so, for they are, on average, less competent and less disinterested. It is no accident that America, but not England or the rest of Europe, has a vast number of elected judges; or that America, but not England or the rest of Europe, has civil juries”. *Ibidem* p. 35.

²¹⁴ “*The role of judges in the United States during the courtroom trial procedure is quite different from that of many countries where the judge plays a very active role. Generally, judges do nothing or little of the facts of the case before the proceedings begin. It is the lawyers that present the case, question the witnesses and generally conduct the procedure. The judge’s role is generally to remain passive*” SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 181. [El rol de los jueces en los Estados Unidos dentro del procedimiento de juicio es un poco diferente del de muchos países donde el juez tiene una función activa. Generalmente, los jueces no saben nada o muy poco de los hechos del caso antes de que comiencen los procedimientos. Son los abogados

El artículo III, sección 2, cláusula 3 y la sexta enmienda de la Constitución federal establecen el juicio por jurado como un derecho de los estadounidenses en todas las causas penales. Sin embargo, dado que constituir un jurado en todos los juicios penales sería realmente complejo, esta cláusula ha sido interpretada como el derecho a ser juzgado por un jurado, cuando la pena que recibiría el procesado en caso de ser encontrado culpable supera los seis meses de prisión²¹⁵. Además, en el sistema federal y en la mitad de los estados, al indiciado por un delito grave (*felonies*) se le otorga el derecho de presentar su caso ante un *gran jurado* (*grand jury*)²¹⁶, que debe decidir si debe ser acusado formalmente y sería juzgado entonces por un jurado distinto sobre su responsabilidad penal²¹⁷.

A nivel estatal, cada uno de los sistemas judiciales ha regulado la institución del jurado de manera distinta, a lo que se suma que en todos los casos, el uso del jurado es un derecho al cual puede renunciar el acusado de un delito o el demandado en un proceso civil, por lo que la institución del jurado varía de sistema a sistema²¹⁸. Además, todos los estados han establecido el juicio con jurado en los procesos penales, pero no en todos los procesos civiles. En todo caso, el jurado nunca es utilizado en los casos que se juzgan en equidad²¹⁹.

d. Fuentes de derecho

Como consecuencia de la organización política de los Estados Unidos, el sistema de fuentes del derecho es bastante complejo. Los 51 ordenamientos jurídicos que operan en el país, lo hacen de manera autónoma, y cada uno de los sistemas estatales sostiene una relación de subordinación con el sistema federal, mientras que entre ellos, los sistemas estatales no tienen casi ninguna relación. Por ello, se puede afirmar que el sistema norteamericano cuenta con,

los que presentan el caso, interrogan a los testigos y en general conducen el proceso. El papel del juez es generalmente mantenerse pasivo].

²¹⁵ *Ibidem*, p. 182.

²¹⁶ La V enmienda de la Constitución federal establece: «*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury*» [Ninguna persona deberá responder por un crimen capita o infame, a menos que exista una sentencia o una acusación de un Gran Jurado](traducción libre).

²¹⁷ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit., p. 216.

²¹⁸ JUNKER, *Legal...*, op. cit., p. 205.

²¹⁹ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 182.

al menos, nueve fuentes jurídicas: 1) la Constitución federal, 2) la legislación federal, 3) los tratados internacionales ratificados por los Estados Unidos, 4) las normas administrativas federales, 5) las decisiones judiciales del sistema federal, 6) las constituciones estatales, 7) la legislación estatal, 8) las normas administrativas estatales, y 9) las decisiones judiciales del sistema estatal²²⁰.

Este sistema está basado en una disposición constitucional que se conoce como la *Supremacy Clause*. El artículo VI, cláusula 2, de la Constitución establece que «*this Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*»²²¹. Por lo tanto, todas las normas estatales están subordinadas a las normas federales y, en caso de una contradicción entre ellas, deberán prevalecer las normas federales, incluso si se trata de una disposición en las constituciones estatales.

Con esto en mente, a continuación se explicará el funcionamiento de cada una de estas fuentes, iniciando por la Constitución federal. Así mismo, dentro de cada apartado se explicará la relación que sostiene cada fuente de derecho federal con la fuente estatal homóloga.

i. La Constitución

Para 1787 los estados de la confederación eran conscientes de la necesidad de constituir un Estado más fuerte, a pesar de que los estados más pequeños temían el dominio de los más grandes. En consecuencia, a partir de mayo de ese año se llevó a cabo la Convención de Filadelfia, presidida por George Washington, en la que se redactaron los 7 artículos originales

²²⁰ ATIYAH, SUMMERS, *Form ...*, op. cit., p. 55.

²²¹ [Esta constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se proclamene en adelante, y todos los tratados que se han hecho o se harán, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema de la Nación; y los jueces y casa estado deberán estar vinculados en adelante; cualquier cosa en la constitución o las leyes de cualquier estado que sean contrarias no serán válidas] (traducción libre).

de la Constitución Federal de los Estados Unidos²²². En esta convención se debatieron tres posturas. Por un lado, se proponía que se fortaleciera la Confederación; por otro, se proponía crear un Estado unitario, centralizando todos los poderes. La tercera postura, que fue finalmente la que se implementó, era la de crear un Estado Federado²²³.

La Constitución fue aprobada por la Convención el 17 de septiembre de 1787 y, posteriormente, cada uno de los estados celebró una convención para aprobar el texto, que empezó a regir el 4 de marzo de 1789. Así pues, los estadounidenses encuentran la legitimidad del texto constitucional en las convenciones estatales²²⁴ y no en la actuación del gobierno federal, lo que tiene importantes consecuencias para la aplicación del texto constitucional. En los más de dos siglos de historia de la Constitución de los Estados Unidos, solamente se han añadido 27 enmiendas, dentro de las cuales las más importantes son, posiblemente, las diez primeras, que constituyen el *Bill of Rights* de 1791, que tiene una clara inspiración en el *Bill of Rights* inglés de 1689²²⁵.

Estas enmiendas son creadas por iniciativa del Congreso federal o de los Congresos estatales, de acuerdo con el artículo V de la propia Constitución. En el primer caso, dos tercios de ambas cámaras deberán aprobar la enmienda. En caso de que sean los congresos estatales los que deseen modificar la Constitución, dos tercios de los 50 Congresos deberán aprobar la enmienda y, luego, se deberá establecer una comisión federal para que redacte el texto, que deberá ser ratificado por mínimo tres cuartas partes de los Estados.

La Constitución, incluidas las 27 enmiendas, se encuentran en la cúspide de la pirámide de fuentes en el sistema jurídico estadounidense y, además, puede ser aplicada directamente por los jueces, tanto federales como estatales²²⁶. Más aún, cuando una ley, federal o estatal, contraríe con la Constitución federal, cualquier juez puede declarar esta inconsistencia y, en

²²² SERVIDIO-DELABRE, *Common Law*, ..., op. cit., p. 120

²²³ TARDIF. *Sistemas...*, op. cit., p. 169.

²²⁴“La Constitución de los EE.UU. (a diferencia de la «Constitución» inglesa) es un documento jurídico escrito cuya autoridad proviene de su ratificación por las Convenciones de los diferentes Estados (...)”. ITURRALDE SESMA. *El precedente...*, op. cit., p. 135.

²²⁵ ALISTE SANTOS, *Sistema* ..., op. cit., p. 115.

²²⁶ STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative...*, op. cit, p. 92.

consecuencia, abstenerse de aplicar la ley al caso concreto. En este caso, el juez no declara la inconstitucionalidad general de la norma, retirándola del ordenamiento jurídico como sucede en otros ordenamientos donde existe un Tribunal Constitucional, sino que en los Estados Unidos, el juez establece “*un precedente dotado de autoridad vinculante (binding precedent), que obliga a otros tribunales a tenerlo en cuenta en casos análogos al resuelto por el precedente conforme al principio de stare decisis*”²²⁷.

Esta función judicial recibe el nombre de *judicial review* y es uno de los elementos más importantes del derecho constitucional estadounidense²²⁸, pues las sentencias que abordan cuestiones constitucionales provengan de un juez estatal o federal, se consideran como parte integrante de la Constitución federal. Adicionalmente, los jueces estatales tienen competencia para realizar un control de la constitucionalidad de las leyes estatales, con respecto a la constitución de cada uno de los estados, aplicando el mismo mecanismo. En ambos casos, se considera que el control de constitucionalidad de las leyes constituye un deber de todos los jueces, por lo que se habla de un control difuso de constitucionalidad²²⁹.

La primera vez que la Corte Suprema de los Estados Unidos abordó el tema del control de constitucionalidad fue en la sentencia *Marbury v. Madison* dictada el 24 de febrero de 1803. Esta sentencia, redactada por el juez Marshall, determinó que la sección 13 del *Judicial Act* era inconstitucional, al otorgar a las Cortes un poder que la Constitución federal no les había otorgado. Al tiempo, la Corte aseguró que ella constituía el máximo intérprete de la Constitución y de la ley²³⁰. Así mismo, a lo largo de la historia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha interpretado la Constitución de forma extensiva. Por ejemplo, en la

²²⁷ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 154-155.

²²⁸ “*When one opens a constitutional law book in the United States, the first chapter is generally dedicated to judicial review. This is not an accident. Constitutional law is the basis of the American legal system and judicial review is the basis of constitutional law. All law and action must be in conformity with the U.S. Constitution. When this is not the case, judicial review allows the courts to invalidate the text or action in question*”. SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op. cit., p. 137. [Cuando se abre un libro de derecho constitucional en los Estados Unidos, el primer capítulo generalmente se dedica a la revisión judicial. Esto no es un accidente. El derecho constitucional es la base del sistema jurídico americano y la revisión judicial es la base del derecho constitucional. Toda ley y toda acción deben estar conformes con la Constitución de los Estados Unidos. Cuando este no es el caso, la revisión judicial permite a las cortes invalidar el texto o la acción en cuestión] (traducción libre).

²²⁹ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 200.

²³⁰ ALISTE SANTOS, *Sistema ...*, op. cit., p. 115-116.

sentencia *Roe v. Wade* de 1973²³¹, dedujo de la enmienda XVI, que hace referencia al debido proceso, un derecho a la intimidad, con base en el cual, estableció que las mujeres pueden interrumpir voluntariamente su embarazo dentro de los tres primeros meses de gestación. Por decisiones como esta, “*varios constitucionalistas consideran que la Corte Suprema ha interpretado la Constitución mucho más allá de lo que sus redactores previeron originalmente*”²³².

De cualquier modo, es innegable que la Corte Suprema ha moldeado el derecho estadounidense significativamente a través del *judicial review*, que le ha permitido influir en campos muy diversos como la igualdad de las razas o la separación de los poderes públicos, “*de ahí que se ha hablado de un verdadero gobierno los jueces*”²³³. Esto también se ha visto favorecido por una concepción flexible de las normas constitucionales, que se entienden más como principios enunciados con el propósito de constituir guías para la actuación del Estado, que como reglas rígidas, por lo que se asume que los jueces y otros funcionarios públicos “*may also go behind the authoritative wording of these rules into their substantive underpinnings, or otherwise read them in light of substantial reasons when interpreting and applying such rules*”²³⁴.

²³¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

²³² TARDIF, *Sistemas...*, op. cit., p. 192. En el mismo sentido, STRONG et al, afirman que “*Constitutional interpretation in the US has changed significantly over the years. For example, scholars and jurists at one time adopted an expansive view of the US Constitution and considered it a living document that changed to take new circumstances into account. This formulation can be used to explain the longstanding reliance on precedent and doctrine in the United States in the area of constitutional law. However, some scholars have criticized this approach as being theoretically illegitimate since it is not as closely tied to the text of the Constitution itself*”. STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative ...*, op. cit., p. 99. También, BAZAN, *Congressional ...*, op.cit.,p. 17. [La interpretación constitucional en los Estados Unidos ha cambiado significativamente a lo largo de los años. Por ejemplo, los doctrinantes y los juristas en un tiempo adoptaron una visión expansiva de la Constitución de los Estados Unidos y la consideraron como un documento viviente que cambia para tener en cuenta nuevas circunstancias. Esta postura puede utilizarse para explicar la confianza de larga data en el precedente y la doctrina en los Estados Unidos en el área del derecho constitucional, Sin embargo, algunos académicos han criticado esta aproximación como teóricamente ilegítima ya que no está estrechamente atada al texto mismo de la Constitución] (traducción libre).

²³³ TARDIF, *Sistemas ...*, op.cit., p. 195.

²³⁴ ATIYAH, SUMMERS, *Form ...*, op.cit.,p. 75. [pueden ir más allá de la redacción estricta de estas reglas, dentro de sus fundamentos, o de otro modo leerlos a la luz de las razones sustanciales cuando se interpretan y se aplican estas reglas] (traducción libre).

En resumen, dado que en los Estados Unidos no existe una división entre derecho privado y derecho público²³⁵, es posible que en cualquier proceso se planteen problemas de derecho constitucional. Con base en la disposición constitucional que se ha comentado, cualquier juez, estatal o federal, está obligado a estudiar estas cuestiones y a abstenerse de aplicar una ley si considera que, en el caso concreto, se vulneraría la Constitución. En consecuencia, la cúspide de la pirámide de fuentes de los Estados Unidos está integrada por la Constitución federal, las enmiendas constitucionales y las sentencias federales al respecto. Igualmente, en cada uno de los Estados, la primacía jurídica la ostenta la Constitución estatal, junto con las enmiendas que se le hayan hecho y los precedentes judiciales que aborden materias constitucionales²³⁶.

ii. Legislación

A pesar de que el sistema jurídico de los Estados Unidos está catalogado como un sistema de *common law*, en principio debido a su origen en el derecho inglés, en la actualidad las leyes y las normas administrativas tienen un papel preponderante en el todo el sistema²³⁷. Desde el siglo XIX, Estados Unidos ha aumentado considerablemente su actividad legislativa, llegando incluso a promover la cofidicación como un mecanismo para obtener la uniformidad de las leyes estatales, con el objetivo de facilitar la interacción entre ellos, especialmente en el área comercial²³⁸. Además, existen áreas del derecho enteras en las que no hay precedentes aplicables, sino que han sido desarrolladas exclusivamente a través de la legislación, así como otras en las que el Congreso ha positivizado el precedente desplazando la aplicación directa de las sentencias²³⁹.

²³⁵ JUNKER, *Legal...*, op.cit., p. 58.

²³⁶ LOSANO, *Los Grandes ...*, op.cit., p. 90.

²³⁷ “*The distinctions between common law and civil law systems in the modern world are not nearly as profound as the theories might imply. In the United States, there is still a common law but its domain has been supplanted in large part by legislative and regulatory action*”. CROSS, Frank B. *Identifying the Virtues of the Common Law*. Supreme Court Economic Review, Vol. 15, No. 1, The University of Chicago, February 2007, pp. 21-59 Consultado en <http://www.jstor.org/stable/10.1086/656027> el 5 de abril de 2017. p. 42. [Las distinciones entre el sistema de *common law* y el sistema de derecho civil en el mundo moderno no son tan profundas como las teorías parecen sugerir. En los Estados Unidos aún hay un *common law* pero su prevalencia ha sido suplantada en gran medida por la acción legislativa y regulatoria] (traducción libre).

²³⁸ TINOCO PASTRANA, *Fundamentos...*, op.cit., p. 74.

²³⁹ TURRALDE SESMA, *El precedente ...*, op.cit., p. 191.

A nivel federal, las iniciativas legislativas inician el proceso en el Congreso en forma de *bills* a los cuales se les asigna un número, en cualquiera de las dos cámaras. Si un proyecto de ley inicia en la Cámara de Representantes será marcado con las iniciales *H.R.*, mientras que, si inicia en el Senado, se le asignará una *S.* Cualquier proyecto de ley deberá ser aprobado por las dos cámaras, que podrán presentar enmiendas al proyecto original. Los proyectos de ley en los que se trate de leyes que buscan recaudar impuestos, deben iniciar en la Cámara de Representantes, de acuerdo con el artículo I, sección 7 de la Constitución federal, y luego el Senado podrá enmendarlos y deberá aprobarlos. Para finalizar, cualquier proyecto deberá ser sancionado por el Presidente y será publicado en una colección llamada *United States Status at Large*²⁴⁰.

En lo que se refiere a la interpretación de las leyes, además de la interpretación constitucional que se explicó en el apartado anterior, los jueces estadounidenses son menos estrictos a la hora de interpretar las normas legislativas que sus homólogos ingleses. En principio, las palabras y las frases deben ser entendidas de manera literal, a menos que la misma norma establezca lo contrario. En caso de que dicha interpretación tenga una consecuencia absurda, los jueces deben tratar de descubrir la intención del legislador, dándole a las palabras la interpretación que mejor se adecúe a dicha intención²⁴¹.

El mayor problema con la interpretación legislativa se presenta cuando el Congreso, federal o estatal, aprueba leyes que contradicen las normas del *common law*, lo que es muy frecuente en áreas como el derecho procesal, tanto civil como penal, así como en temas de impuestos y bancarrota. Esto ha generado un conflicto importante entre los órganos legislativo y judicial, “*que ha llevado, incluso, a que el Congreso de los Estados Unidos restrinja las funciones de juez respecto a la norma, en el sentido que limita las facultades de éste y lo obliga a ceñirse a la literalidad de la norma*”²⁴². Así, ha quedado claro que, mientras que no

²⁴⁰ TARDIF, *Sistemas ...*, op.cit.,p. 202.

²⁴¹ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op.cit. p. 191.

²⁴² AGUDELO, Dimaro. “El Derecho Legislado en las tradiciones jurídicas occidentales: un asunto paradójico” En BUSTAMANTE RÚA, Mónica. *Proceso Judicial y Cultura. Una mirada global*. Universidad de Medellín, Medellín, 2013. p. 190.

se trate de una norma que contraría la Constitución²⁴³, los jueces están en la obligación de aplicar las leyes promulgadas por el Congreso; en consecuencia, a pesar de la importancia del *common law*, este se encuentra subordinado a las leyes emanadas del Congreso y ha sido ampliamente sustituido por ellas.

iii. Jurisprudencia

Los jueces estadounidenses tienen dos funciones. Como en todos los ordenamientos jurídicos, deben aplicar las leyes a los hechos; pero al ser un país de *common law*, en muchos casos, los jueces estadounidenses deben *hacer* la ley²⁴⁴. Tanto en el ordenamiento estatal, como en el federal, los jueces fundan sus decisiones en la Constitución, en las leyes y en el *common law*, en ese orden, pero allí donde ninguna de las tres fuentes prevé una solución, los jueces deben crear la norma aplicable, pues ninguna disputa puede quedar inconclusa²⁴⁵. Una consecuencia de esta manera de entender la función judicial es que los jueces estadounidenses son realmente activos, asumiendo funciones que, en otros ordenamientos, son propias del Congreso. Esto ha sucedido en temas como la discriminación racial, el aborto, los derechos de los imputados en el proceso penal o la libertad de expresión, por ejemplo²⁴⁶. *“The American judge conceived the legal rule as a general guide to the judge, leading him*

²⁴³ ATIYAH et al. explican que: *“legislatures in America have in fact sometimes passed estatutos apparently innocuous on their face, but which have the hidden purpose of subverting constitutional guarantees. American courts then are called upon to look behind the status in constitutional cases. We believe that this encourages them to adopt a more purposive and thus substantive approach to statutory interpretation in general”* ATIYAH, P.S., SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law*. Clarendon Paperbacks, New York, 2002. p. 111. [Los legisladores en los Estados Unidos en algunas ocasiones han promulgado estatutos aparentemente inocuos, pero que escondían el propósito de subvertir las garantías constitucionales. Las cortes americanas están entonces llamadas a analizar estos estatutos en los casos constitucionales. Creemos que esto los alienta a adoptar una posición más propositiva y, por ende, más sustantiva con respecto a la interpretación en general] (traducción libre).

²⁴⁴ El Chief Justice Scalia afirma: *“(…) Common-law courts performed two functions: One was to apply the law to the facts. (...) But the second function, and the more important one, was to make the law”*. SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, New Jersey, 1997. p. 6. [Las cortes de *common law* tenían dos funciones: la primera era aplicar la ley a los hechos (...) pero la segunda función y la más importante, era hacer la ley] (traducción libre).

²⁴⁵ ITURRALDE afirma que: *“El hecho de que, en consonancia con la doctrina del stare decisis, la función del juez es en parte como la de un legislador es aceptada en los EE. UU. como «una de las realidades de la vida”* ITURRALDE SESMA, *El precedente...*, op.cit., p. 138.

²⁴⁶ Además, esta función no se desempeña siguiendo un determinado proceso constitucional especial, sino por los cauces procesales de los asuntos civiles y penales ordinarios. Al respecto, HAZARD, TARUFFO, *La Justicia ...*, op.cit., p. 63.

to the just result, but insists that within wide limits he should be free to deal with the individual case, so as to meet the demands of justice between the parties and accord with the general reason of the ordinary man”²⁴⁷.

Como sucede en todos los países de *common law*, el uso del precedente está determinado por la doctrina del *stare decisis*²⁴⁸, sin embargo, en los Estados Unidos esta doctrina es aplicada de manera mucho más flexible que en Inglaterra. Para los jueces estadounidenses, la doctrina del *stare decisis* no es inexorable, sino que está matizada por el derecho que tienen de derogar decisiones anteriores. Esto lo estableció la misma Corte Suprema en el caso *Hertz v. Woodman*, donde estableció que «*[t]he rule of stare decisis tends to uniformity and consistency of decision but it is not inflexible, and it is within the discretion of a court to follow or depart from its prior decision*»²⁴⁹. En una sentencia posterior²⁵⁰, la misma Corte estableció que la doctrina del *stare decisis* promovía la certeza en la aplicación del derecho, la equidad y la eficiencia en la administración de justicia y la confianza de la opinión pública en los jueces y, sin embargo, debe haber espacio para la innovación y, más importante aún, para el reconocimiento de los errores. Para lograr un equilibrio entre ambos factores, el precedente no debe ser variado, salvo que existan razones de peso para hacerlo²⁵¹. Estas

²⁴⁷POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*. Harvard Law Review 25, 1912. [El juez estadounidense concibe la norma legal como una guía general para él, que lo lleva a un resultado justo, pero insiste en que dentro de esos amplios límites él debe ser libre para lidiar con el caso individual, tanto como para alcanzar la justicia entre las partes y concordar con la razón general del hombre medio] (traducción libre).

²⁴⁸ El chief Justice Scalia lo define como: “(...) *an absolute prerequisite to common-law lawmaking is the doctrine of stare decisis – that is, the principle that a decision made in one case will be followed in the next. Quite obviously, without such a principle common-law courts would not be making any “law”; they would just be resolving the particular dispute before them. It is the requirement that future courts adhere to the principle underlying a judicial decision which causes that to be a legal rule*” SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, New Jersey, 1997. p. 7. Para mayor explicación pág. 25. [(...) un requisito absoluto dentro del proceso de creación de la ley en el *common law* es la doctrina del *stare decisis*, esto es, el principio según el cual una decisión que se ha tomado en un caso será seguida en el siguiente. Obviamente, sin un principio así las cortes del *common law* no estarían haciendo “ley”; estarían solamente resolviendo una disputa particular que se les ha presentado. Es el requisito de que las cortes futuras se adhieran al principio que subyace a la decisión judicial lo que causa que esto sea una norma legal] (traducción libre).

²⁴⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Hertz v. Woodman* 218 U.S. 205 (1910). [La regla del *stare decisis* otorga uniformidad y consistencia a las decisiones, pero no es inflexible, y la corte tiene discrecionalidad para seguir o apartarse de su decisión anterior] (traducción libre).

²⁵⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Moragne v. States Matine Lunas* 368 U.S. 375 (1970).

²⁵¹ “*Stare Decisis seeks to preserve stability, but the doctrine must also leave room for innovation and recognition of error. Striking the right balance is not easy. In the end, we prefer a version of stare decisis in which rulings are not overturned except for strong reasons (and only for compelling reasons in the case of what we call “bedrock” precedents). But this version of stare decisis is not rigid, because it sees doctrine as evolving*

pueden ser, que el precedente estaba errado desde el principio (*original error*), que ya no es apropiado debido a un cambio de circunstancias (*rule obsolescence*) o que actualmente se considera inmoral o injusto (*growing moral enlightenment*)²⁵².

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que, al convivir 51 sistemas jurídicos distintos, un uso estricto del precedente, como el que se presenta en Inglaterra es imposible. En Estados Unidos, la regla general es que las Cortes tengan en cuenta su propio precedente y aquellos que las vinculan directamente, como el de la corte suprema del estado o del circuito al que pertenecen, así como el de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sin embargo, “*no court in America feels absolutely bound by its own previous decisions as in England*”²⁵³. Además, las cortes estadounidenses son más propensas a utilizar el *prospective overruling* y el *anticipatory overruling*²⁵⁴. La excepción a estas reglas son los “*precedentes de piedra*” (*Bedrock precedents*), que son aquellas decisiones tan sólidas que difícilmente pueden ser modificadas. Algunos ejemplos son la sentencia *Marbury v. Madison*, de la que se habló anteriormente²⁵⁵ o *Brown v. Board of Education*, en la que la Corte Suprema sostuvo que la segregación racial era inconstitucional²⁵⁶.

over multiple decisions rather than being laid down as a explicit rule in individual decisions” FARBER, Daniel A. SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls*, Oxford University Press, New York, 2009. p. 81. [El principio de *stare decisis* busca preservar la estabilidad, pero esta doctrina debe dejar espacio para la innovación y el reconocimiento del error. Buscar el equilibrio entre ambas no es fácil. Al final, es preferible una versión del *stare decisis* en la que los precedentes no se deroguen a menos que sea por razones poderosas (y en los casos de precedentes pétreos solamente por razones irrefutables). Pero esta versión del *stare decisis* no es rígida, porque ve la doctrina como un principio que evoluciona a lo largo de múltiples decisiones, más que como uno que subyace como una norma explícita en las decisiones individuales] (traducción libre).

²⁵² ATIYAH, SUMMERS, *Form ...*, op.cit., p. 50.

²⁵³ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law, ...*, op.cit., p. 197. En el mismo sentido, TARDIF, *Sistemas ...*, op.cit., p. 202. [Ninguna corte en los Estados Unidos se siente absolutamente obligada por sus decisiones anteriores como en Inglaterra] (traducción libre).

²⁵⁴ SERVIDIO-DELABRE explica que: “*Avoiding precedent is much the same procedure as in England. Cases can be distinguished, stating that the facts are not similar enough to apply the legal rule from one to another. Overruling decisions can happen for various reasons. These may be merely practical reasons, or due to the changing attitude of society in treating certain issues or simply in the name of fairness*” Ibidem p. 198. Al respecto, Capítulo I, 1, d, iii. [Para eludir el precedente se sigue el mismo procedimiento que en Inglaterra. Los casos pueden distinguirse, estableciendo que los hechos no son suficientemente similares como para aplicar la regla de una sentencia a otra. Las decisiones se pueden revocar por varias razones. Estas pueden ser piramente prácticas, o pueden deberse a un cambio en la sociedad con respecto a cierto asunto o simplemente por interés de la justicia] (traducción libre).

²⁵⁵ Op.cit 159.

²⁵⁶ FARBER, SHERRY, *Judgment ...*, op.cit., p. 74.

Así pues, los tribunales suelen distinguir entre los precedentes vinculantes y aquellos que son meramente persuasivos. Son precedentes obligatorios (*binding*) aquellos que provienen de una corte superior en el orden jerárquico del sistema judicial, mientras que son precedentes persuasivos los que emite una corte que se encuentra en el mismo nivel jerárquico de la que está analizando el caso, pero que resulta vinculante para quienes se encuentren por debajo de esa, dentro de ese mismo orden²⁵⁷. En consecuencia, como regla general, deben seguirse los precedentes en interés del derecho, buscando que este sea estable y uniforme, pero el tribunal es libre de apartarse del precedente si se presenta un cambio de las circunstancias sociales o los intereses públicos. No obstante, en materia penal las cortes son mucho menos flexibles y procuran no modificar los precedentes, al menos no radicalmente, en la medida en la que se pone en peligro la libertad de los ciudadanos²⁵⁸, salvo en los casos en los que consideren que al modificarlo otorgan una mejor protección a este derecho.

En lo que se refiere al *common law* es fundamental tener presente que no existen normas de *common law* federales. De acuerdo con la sentencia *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, de 1938, las cortes del orden federal no tienen competencia para crear *common law* general federal salvo en contadas excepciones. De acuerdo con esta sentencia, las cortes federales deben aplicar en sus sentencias las normas de *common law* estatales, salvo que haya lugar a aplicar la Constitución federal, las leyes federales o una norma internacional. Solamente existe *common law* federal en aquellas materias que sean estrictamente de competencia federal, de

²⁵⁷ Se debe tener en cuenta que en los Estados Unidos, “(...) *There are cases in which the prior decision is marked by various institutional weaknesses. For example, several different opinions may have been given in the prior case, but cases can only be treated as binding sources of law if a clear ratio decidendi or, in America, a clear statement of substantive reasons can be extracted from them. This is only possible of appellate opinions where they are unanimous, or where a clear majority view can be found. Where there is no such unanimity or majority, the decision is referred to in American terminology as a ‘plurality opinion’, an American judge often feel free to disregard such opinions even if they would otherwise be binding*” ATIYAH, SUMMERS, *Form ...*, op.cit., p. 121.[(...) existen casos en los que las decisiones anteriores están marcadas por varias debilidades institucionales. Por ejemplo, muchas opiniones diferentes pueden haberse dado en un caso anterior, pero los casos solamente pueden tratarse como fuentes vinculantes de derecho si la ley o una clara *ratio decidendi*, o en los Estados Unidos, razones sustanciales suficientes pueden extraerse de él. Esto solo es posible en decisiones de apelación donde el voto es unánime o, cuando pueda encontrarse una clara postura mayoritaria. Cuando no exista tal unanimidad o mayoría, la decisión se conoce como una decisión con opiniones plurales, de acuerdo con la terminología estadounidense, y un juez norteamericano normalmente se siente libre para desconocer esas opiniones que, incluso en otros casos serían vinculantes] (traducción libre).

²⁵⁸ ITURRALDE SESMA, *El precedente ...*, op.cit., p. 168. En el mismo sentido, STRONG, FACH GÓMEZ, CARBALLO PIÑEIRO, *Comparative ...*, op.cit., p. 164.

acuerdo con la Constitución²⁵⁹. Así mismo, los estadounidenses no consideran que la costumbre sea una fuente de derecho adicional, sino que está incorporada al *common law*, y es la razón por la cual el *common law* perdura en el tiempo, pues la ley que proviene de la costumbre de las personas, no les es impuesta y cambia como cambia la sociedad²⁶⁰.

iv. Doctrina

Como en casi todos los sistemas jurídicos en el mundo, la doctrina tiene una función supletoria dentro de las fuentes del derecho en los Estados Unidos. La gran mayoría de la doctrina estadounidense se encuentra en las revistas y periódicos de las facultades de derecho, que publican periódicamente artículos de estudiantes y profesores sobre la jurisprudencia y la legislación²⁶¹. Además, constituyen importantes fuentes de consulta los *casebooks* y los *restatements of the law*. Los *casebooks* o *libros de casos* son compilaciones de casos que buscan facilitar la identificación de los precedentes vinculantes sobre distintos temas. La primera de estas compilaciones, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, la realizó en 1871 el profesor *Langdell*, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard,

²⁵⁹ De acuerdo con la Corte “[e]xcept in matters governed by the Federal Constitution or by Acts of Congress, the law to be applied in any case is the law of the State. And whether the law of the State shall be declared by its Legislature in a statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern. There is no federal general common law. Congress has no power to declare substantive rules of common law applicable in a State, whether they be local in their nature or “general,” be they commercial law or a part of the law of torts. And no clause in the Constitution purports to confer such a power upon the federal courts”. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Erie Railroad Co v. Tompkins*, 304 US 64, 78-79 (1938). [Excepto en asuntos gobernados por la Constitución federal o por actos del Congreso, la ley que debe aplicarse a cualquier caso es la ley estatal. Y si la ley estatal proviene de un acto del órgano legislativo del estado o ha sido declarada por la Corte Suprema del estado no es un asunto relevante para el derecho federal. no existe un derecho común federal general. El Congreso no tiene el poder de declarar normas de *common law* aplicables a un estado, sin importar si son de naturaleza local o general, ya sean comerciales o una parte de la ley de responsabilidad civil extracontractual. Y ninguna cláusula de la Constitución establece que un poder así para las cortes federales] (traducción libre).

²⁶⁰ De acuerdo con JUNKER, “*This bases in costume continues in the common law right up to the present and it might well be the element that has been most responsible for common law’s longevity. If the law applied by judges is based upon the customs of the people they observed, then the law is already known to the people, not forced upon them. One might even say that law based upon costume is of the people. Thus, change occurs only slowly, case by case, even as governments change*”. JUNKER, *Legal ...*, op.cit., p. 80. [Esta base consuetudinaria continúa hasta el presente y puede ser la razón por la cual el *common law* ha perdurado en el tiempo. Si la ley que aplican los jueces está basada en la costumbre que sigue la gente, entonces la gente ya conoce la ley y esta no se les impone. Más aun puede decirse que la ley basada en la costumbre es de la gente. Así pues, el cambio ocurre poco a poco, caso a caso, incluso mientras cambie el gobierno] (traducción libre).

²⁶¹ TARDIF, *Sistemas ...*, op.cit.,p. 205.

instaurando el método de estudios por casos en todas las universidades de Estados Unidos, donde se utilizan los precedentes y el método socrático para estudiar derecho²⁶².

Por su parte, los *restatements of the law*, son compendios que buscan mostrar los criterios adoptados por los distintos jueces estatales sobre un determinado tema. Estos textos son redactados por el *American Law Institute*, que está conformado principalmente por jueces y abogados, desde 1933, con el objetivo de organizar la jurisprudencia, de tal manera que fuera posible extraer de ella las reglas y principios generales. Estos textos también incluyen análisis de los casos, especialmente en las áreas del derecho en las que no predomina la legislación y, se enfocan en aquellas posturas que resultan más progresivas²⁶³.

Finalmente, es importante mencionar la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, creada en 1892, con el propósito de uniformar las leyes estatales, especialmente en las áreas donde los Estados tienen más relación entre ellos. Esta organización elabora y publica leyes modelo, promoviendo que los estados las adopten dentro de su ordenamiento jurídico, con la menor cantidad de modificaciones posible. Aunque no son vinculantes para los Estados, en algunas áreas estos códigos uniformes han tenido gran éxito. El más importante ejemplo es Código de Comercio Uniforme (*Uniform Commercial Code*) que ha sido adoptado por todos los estados. También el Código Penal modelo (*model Criminal Code*) ha sido adoptado por un importante número de estados, con pocas modificaciones²⁶⁴.

3. El Derecho en Francia.

El sistema jurídico francés es uno de los más típicos ejemplos de los sistemas de derecho civil o continental, en contraposición con los sistemas de *common law*, que se caracteriza principalmente por la importancia que tiene la ley dentro de las fuentes del derecho, dando a los jueces la función de interpretar las normas codificadas. “*Fue en Francia donde un magistrado, Montesquieu, Baron de La Brède, dio la definición perfecta del juez en la*

²⁶² ALISTE SANTOS, ..., op.cit., p. 151.

²⁶³ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op.cit.,p. 203. Al respecto también TARDIF. *Sistemas...*, op.cit., p. 204.

²⁶⁴ SERVIDIO-DELABRE, *Common Law...*, op.cit., p. 194.

tradicón romanista: la boca que pronuncia las palabras de la ley”²⁶⁵. Esto se debe, en gran medida a que los franceses consideran que la soberanía reside en el pueblo y es ejercida a través del Parlamento, que los representa.

La anterior concepción de la soberanía, así como muchos de los elementos característicos del sistema jurídico francés provienen de la Revolución de 1789 que dividió la historia de Francia y del mundo en dos. Como se verá en este apartado, la influencia de la Revolución está presente en toda la cultura política francesa, haciéndose evidente, entre otros en la estructura del Estado, donde las instituciones tienen un importante carácter democrático e igualitario; en la desconfianza frente a los poderes públicos y en la inclusión de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 dentro del bloque de constitucionalidad. El propósito de esta sección es explicar estas características con mayor detalle.

a. Recuento histórico

Como se dijo, la Revolución Francesa de 1789 constituye un hito en la historia de ese país. De hecho, *“la vida política francesa podría resumirse en la continua lucha por los principios formulados racionalmente en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*”²⁶⁶. A partir de ese momento, la historia de Francia puede dividirse en cinco etapas²⁶⁷. La primera de ellas inicia con la Revolución (1789), continua con la primera República y concluye con la Restauración de Luis XVIII (1814). La segunda incluye la Monarquía legitimista, la Monarquía burguesa, la segunda República y el inicio del segundo imperio (1818-1848). Luego, durante el segundo imperio se produjo la expansión de la burguesía y, el auge del comercio y la industria, lo que llevó al establecimiento de la tercera República,

²⁶⁵ COTARELO, Ramón. MALDONADO, Juan. ROMÁN, Paloma. *Sistemas políticos de la Unión Europea*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, 1993. p. 127.

²⁶⁶ LÓPEZ GARRIDO, Diego. MASSÓ, GARROTE, Marcos Francisco. PEGORARO, Lucio. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. p. 1774.

²⁶⁷ Explica TARDIF: *“A nivel político, el país funcionó bajo un esquema monárquico hasta que se produjera la Revolución, que dio pie a un cambio interno que posteriormente se extendería a muchos otros países, que lo tomaron como ejemplo; uno de los documentos más notables en este sentido, si no es que el más importante, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadanos de 1789”*. TARDIF, *Sistemas...*, op. cit. p. 73.

entre 1875 y 1940. Finalmente, en 1944 inició la última etapa, que a su vez se divide entre la IV y la V República, que funciona en la actualidad²⁶⁸.

Durante el siglo XIX, Francia no contaba con un sistema jurídico unificado; mientras que en el sur del país, debido a la influencia latina predominaba el derecho romano, primordialmente escrito, en el norte, la fuente normativa principal era la costumbre, como consecuencia de la influencia alemana. La unidad del derecho se produjo, en gran medida, gracias a la Revolución y al Imperio de Napoleón Bonaparte²⁶⁹. La Revolución aportó las bases filosóficas de la política y el derecho francés, imponiendo la ley como elemento central del sistema y como la única herramienta para la restricción de libertades y derechos²⁷⁰. Por su parte, Napoleón Bonaparte impulsó la codificación, a tal punto que aún hoy en día varios de los códigos utilizados en los países de Europa y América Latina están basados en los códigos de la época napoleónica.

La codificación de la ley inició en el siglo XVIII, buscando que éstas fueran uniformes y, por tanto, ampliando el poder de la monarquía, haciendo que sus normas fueran conocidas más fácilmente por la población²⁷¹. Luego de la Revolución se promulgaron tres constituciones. La primera, en 1791, impuso un sistema de separación absoluto de poderes; la segunda, de 1793 corrigió la ausencia de controles entre los poderes públicos, implementando el voto suspensivo; y la tercera, de 1795, dividió el Parlamento en dos cámaras. A pesar de sus diferencias, en todos estos modelos se dio primacía al Parlamento, pues este era el órgano que representaba a la población, titulares de la soberanía, luego de la caída de la monarquía y, por tanto, el único órgano con capacidad de dictar la ley. Esto llevó a que se estableciera la supremacía de la ley²⁷² y, en consecuencia, se le diera una mayor importancia a los códigos.

²⁶⁸ Para mayor detalle, COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas...*, op.cit. p. 115.

²⁶⁹ « *L'unité du droit en France est due à la Révolution et à l'Empire, les deux régimes ayant concouru indivisiblement à cette unité, la Révolution apportant des principes neufs, Bonaparte-Napoléon réalisant une remarquables codification* ». LEGAIS. *Grands...*, ob, cit. p. 27.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 28

²⁷¹ VAN DEN BERG, Peter A.J. *The politics of European Codification. A history of the Unification of law in France, Prussia, The Austrian Monarchy and The Netherlands*. Europa Law Publishing, Amsterdam, 2007. p. 266.

²⁷² LÓPEZ GARRIDO, MASSÓ, GARROTE, PEGORARO, *Nuevo...*, op. cit. p. 65.

En lo referente a la V República, su nacimiento fue producto de los movimientos de independencia de Argelia, que estallaron el 13 de mayo de 1958 en Alger, que incrementó la desconfianza y las críticas frente al sistema implementado luego de la terminación de la segunda guerra mundial, conocido como la IV República²⁷³. El primero de junio de ese mismo año, el general Charles de Gaulle fue investido como Primer Ministro y a los dos días se aprobaron dos leyes. La primera de ellas, autorizaba al Gobierno a legislar mediante ordenanza durante los seis meses siguientes. La segunda, fue una ley de rango constitucional, que suspendió el artículo 90 de la Constitución de 1946, que regulaba la reforma constitucional y preveía un procedimiento distinto del que se utilizó²⁷⁴.

La ley constitucional de 3 de junio de 1958 otorgó al general de Gaulle el poder constituyente, imponiéndole que el nuevo texto constitucional debía estar basado en 5 principios “1) *la única fuente del poder es el sufragio universal*; 2) *hay que separar realmente el poder legislativo del ejecutivo*; 3) *el gobierno ha de ser responsable ante el parlamento*; 4) *el poder judicial será independiente, con el fin de conseguir una protección eficaz de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*; 5) *la constitución regulará las relaciones de la República con los «pueblos asociados»*²⁷⁵”. Adicionalmente, se estableció que la nueva constitución no podía configurar un sistema presidencialista, debía hacer al Gobierno responsable frente al Parlamento y que éste, para su funcionamiento, debía requerir de la confianza del órgano legislativo²⁷⁶. Así pues, el 4 de octubre de 1958, se aprobó por

²⁷³ GEORGES, Philippe. *Organisation constitutionnelle et administrative de la France*. L'essentiel, Paris, 1990. p. 29.

²⁷⁴ DIEZ-PICAZO, Luis María. “Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958” En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 34-35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017. p. 1. También al respecto, TARDIF, Èric. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 2da ed. Limusa, México, 2016. p. 76.

²⁷⁵ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op.cit., p. 116. Por su parte, DEBBASCH, explica que : « La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 fixe, au contraire, des principes qui devront gouverner l'équilibre des pouvoirs publics est des règles de procédures précises. Les principes sont au nombre de cinq: 1° seuls le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; 2° le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le gouvernement et le Parlements assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions; 3° le gouvernement doit être responsable devant le Parlement; 4° l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telle qu'elles sont définies par le préambule de la Constitution de 1946 et par la déclaration des droits de l'homme à laquelle il se réfère; 5° la Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés ». DEBBASCH, Ronald. *Droit Constitutionnel*. Litec, Paris, 2000. p. 116.

²⁷⁶ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 116.

referéndum, con un 80% de los votos favorables, la Constitución de 1958 y con ella nació la V República²⁷⁷.

b. Estructura del Estado

La estructura del Estado francés establecida por la Constitución de 1958 tiene dos elementos particulares. Por una parte, no se trata ni de un presidencialismo al estilo de los Estados Unidos, ni de un sistema parlamentario como el que funciona en Inglaterra. Francia está organizada con un sistema híbrido, conocido como “*parlamentarismo racionalizado*” (*parlementarisme rationalisé*) cuya rama ejecutiva está encabezada por el Presidente y el Primer Ministro y que opera gracias a un sistema muy estricto de pesos y contrapesos. Por otra parte, en Francia operan tres sistemas distintos de elección popular, uno para elegir al presidente, otro para el Senado y finalmente uno para la Asamblea Nacional. La característica más importante de estos mecanismos electorales es que se trata de sistemas mayoritarios a dos vueltas²⁷⁸.

Una de las tareas encomendadas al general de Gaulle por la ley constitucional de 3 de junio de 1958 era disminuir las prerrogativas parlamentarias, dando un mayor protagonismo a la rama ejecutiva del gobierno. Por ello, una de las figuras más importantes dentro de la Constitución francesa es el Presidente de la República²⁷⁹, que comparte con el Primer Ministro la dirección del poder ejecutivo, a partir de una división de funciones que está establecida en el texto constitucional²⁸⁰. Dentro de los poderes presidenciales, cabe distinguir aquellos de los que goza generalmente, de las atribuciones especiales que le otorga el artículo 16 de la Constitución en periodos de excepción²⁸¹.

²⁷⁷ GEORGES, *Organisation* ...,op. cit. p. 31.

²⁷⁸ TARDIF, *Sistemas* ...,op. cit. p. 72.

²⁷⁹ LÓPEZ GARRIDO, comparando la Constitución de 1958 con su antecesora asegura que “(...) al tiempo que se limita el poder legislativo, se potencian los poderes normativos del gobierno; se reduce el poder de iniciativa y de enmienda de los parlamentarios, se atribuye el control del orden del día al gobierno, se reducen en número las comisiones permanentes y se limita la duración de las sesiones(...)”. LÓPEZ GARRIDO, MASSÓ, GARROTE, PEGORARO, *Nuevo* ...,op. cit. p. 245.

²⁸⁰ “A diferencia de los regímenes parlamentarios (de donde se toma el modelo bicéfalo de Ejecutivo), el presidente sí tiene facultades efectivas, las cuales se encuentran enumeradas en la Constitución, y fuera de ellas no puede actuar; se habla entonces de competencias por atribución”.TARDIF, ...,op. cit.. p. 76.

²⁸¹ DEBBASCH, *Droit* ...,op. cit.. p. 137.

En lo que se refiere a los poderes ordinarios del presidente de la República, quizá uno de los más importantes es que es él quien debe nombrar al Primer Ministro y a los demás miembros del gabinete, de acuerdo con la propuesta de este último. A pesar de que la Constitución no lo establece así explícitamente, siempre se nombra como Primer Ministro al líder del partido mayoritario en el Congreso²⁸². Otro de los poderes importantes del Presidente es que puede disolver la Asamblea Nacional, aunque primero debe consultar su decisión con el Primer Ministro y con los presidentes de ambas Cámaras, sin que tenga la obligación de explicar la motivación para tomar esta decisión y no requiere de su aprobación²⁸³. Luego de esto, deberá convocar a elecciones dentro de los veinte y los cuarenta días posteriores y no podrá volver a disolver la Asamblea dentro del año siguiente a la elección. En ningún caso, se podrá disolver la Asamblea Nacional durante los periodos de excepción que regula el artículo 16 de la Constitución.

Además, es el Presidente quien nombra a tres de los nueve miembros del Consejo Constitucional, tiene la iniciativa para realizar un referendo y para iniciar un proceso ante el Consejo Constitucional²⁸⁴. Cabe destacar que es el Presidente quien preside el consejo de ministros²⁸⁵, y no el Primer Ministro. En lo que se refiere a su relación con las otras ramas del poder público, como un límite impuesto por el principio de separación de poderes, el Presidente no puede participar en los debates parlamentarios, sino que su intervención está limitada a la lectura de mensajes²⁸⁶.

Los poderes excepcionales del Presidente están regulados en el artículo 16 de la Constitución, y tienen como objeto salvaguardar la independencia de la República, la integridad de su

²⁸²Explica COTARELO: “Corresponde al Presidente de la República el nombramiento del Primer Ministro, cosa que hace por convención, ya que no está obligado a ello, designando al dirigente de la mayoría parlamentaria. A instancias del Primer Ministro, el presidente nombra también a los demás miembros del Gobierno, que no pueden ser parlamentarios (y, en caso de serlo, abran de nombrar un suplente mientras sean ministros)”. COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 124.

²⁸³ GEORGES, *Organisation ...*, op. cit. p. 56.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 50.

²⁸⁵ “C’est une attribution de première importance car le Conseil des ministres est la principale formation gouvernementale, celle au sein de laquelle sont délibérées les décisions essentielles pour la conduite de la politique nationale” GEORGES, *Organisation ...*, op. cit. p. 62.

²⁸⁶ “Le principe de la séparation des pouvoirs et la tradition français veulent que le Président de la République n’ait pas accès aux assemblées mais qu’il puisse communiquer avec elles par des messages qu’il fait lire. (...)”. *Ibidem*. p. 60.

territorio y de sus instituciones y el cumplimiento de los compromisos internacionales. Estos poderes están sujetos a dos condiciones formales y a una condición material. Por un lado, el Presidente debe consultar al Primer Ministro, al Consejo Constitucional y a los presidentes de las dos cámaras del Congreso para poder declarar el estado de emergencia. Además, deberá informar a la Nación a través de un mensaje. Por otro lado, el contenido de las medidas adoptadas para afrontar la emergencia deberá ser consultado y aprobado por el Consejo Constitucional²⁸⁷.

Estos poderes fueron reformados en el año 2008, incluyendo la posibilidad de que, pasados 30 días desde que el Presidente comenzara a ejercer los poderes excepcionales, los presidentes de las cámaras del Congreso o sesenta miembros de alguna de ellas soliciten al Consejo Constitucional que verifique la subsistencia de las condiciones que hacen necesaria la aplicación del artículo 16 constitucional. Adicionalmente, transcurridos 60 días, el Consejo Constitucional puede realizar esta revisión de oficio. Cabe mencionar que, de acuerdo con el artículo 36 de la Constitución, es el Consejo de Ministros el que tiene la potestad de declarar el estado de sitio, es decir, que puede trasladar a las autoridades militares los poderes que normalmente ejercen las autoridades civiles y restringir las libertades de los ciudadanos.

La elección del presidente se lleva a cabo a través del voto directo, en una elección a dos vueltas, salvo que en la primera vuelta un candidato obtenga más del 50% de los votos²⁸⁸. A la segunda vuelta no podrán presentarse sino los dos candidatos que hayan obtenido la mayor cantidad de los votos en la primera vuelta, por lo que necesariamente el Presidente será elegido por mayoría absoluta, lo que aumenta su legitimidad. El Presidente podrá ser reelegido una sola vez, de acuerdo con el artículo 6 de la Constitución. El periodo presidencial fue establecido originalmente en 7 años, pero en el año 2000, el presidente Jacques Chirac convocó a un referéndum para disminuir el mandato presidencial a 5 años, reformando la Constitución. Adicionalmente, al ser elegido por voto directo, el presidente no

²⁸⁷ DEBBASCH, *Droit...*, op. cit. p. 141.

²⁸⁸ GEORGES explica que “C’est une hypothèse qui ne risque de se produire que rarement en raison de la diversité qui caractérise l’opinion publique française. (...) De cette façon, le Président de la République est nécessairement élu à la majorité absolue des suffrages exprimés, ce qui renforce son autorité dans le pays”. GEORGES, *Organisation ...*, op. cit. p. 44.

es políticamente responsable frente al Parlamento y este órgano no puede destituirlo o sancionarlo. En todo caso, la responsabilidad política del presidente será frente a los electores si se presenta a elecciones para ser reelegido²⁸⁹.

Como se dijo, el presidente nombra como Primer Ministro al líder del partido mayoritario en el Congreso, aunque este no pertenezca a su propio partido. Cuando cada uno, Presidente y Primer Ministro, pertenecen a un partido político distinto, se produce una cohabitación²⁹⁰ aunque “(...) *el sistema tiende a funcionar en clave presidencialista cuando, (...), el Presidente de la República y la mayoría parlamentaria son del mismo color político, tiende a funcionar en clave parlamentaria cuando son de distintos colores políticos*”²⁹¹, pues los poderes del Presidente se ven considerablemente reducidos, en especial, la promulgación de reglamentos y las iniciativas legislativas, que dependen de una coordinación entre las dos cabezas del ejecutivo para poder ser llevadas a cabo, como se verá más adelante²⁹².

A diferencia del Presidente, el gobierno sí es responsable frente a la Asamblea Nacional, quien, aunque no interviene en el nombramiento de los miembros del gabinete, sí los puede retirar de sus cargos a través de una moción de censura. Esta posibilidad es, en gran medida, la razón por la cual el Presidente nombra como Primer Ministro al líder de la mayoría parlamentaria²⁹³. Para que una moción de censura pueda prosperar, se requiere que esté firmada por una décima parte o más de los miembros de la Asamblea Nacional y solo podrá ser votada dentro de las 48 horas siguientes a su presentación, debiendo obtener el voto favorable de la mayoría de los miembros de la Asamblea, para que el ministro en contra de quien se ha presentado sea obligado a dimitir de su cargo.

²⁸⁹ DEBBASCH, *Droit ...*, op. cit.p. 135.

²⁹⁰ “La experiencia de las cohabitaciones ha supuesto ciertamente tensiones entre el Jefe del estado y el ejecutivo, pero no ha derribado el propio sistema, gracias a los institutos que garantizan la fuerza del Parlamento, se entiende como el órgano al que corresponde la dirección política, si bien con mayor dificultad con respecto a los gobiernos de inspiración presidencial dotados de mayoría homogénea en la Asamblea Nacional (...)”. LÓPEZ GARRIDO MASSÓ, GARROTE. PEGORARO, *Nuevo ...*, op. cit. p. 247.

²⁹¹ DíEZ-PICAZO. “Las transformaciones ...”, op. cit.p. 6.

²⁹² DEBBASCH, *Droit...*, op. cit.p. 140.

²⁹³ “Depuis 1958 (...) le système est plus simple : le Président de la République nomme le Premier ministre par décret non contresigné. L’investiture de l’Assemblée nationale n’étant plus nécessaire, le Président de la République possède théoriquement une grande liberté de choix. Toutefois, il dont tenir compte de la majorité existant à l’Assemblée nationale, faute de quoi le Premier ministre (et le Gouvernement) pourrait être renversé par une motion de censure”. GEORGES, *Organisation ...*, op. cit. p. 68.

Adicionalmente, tanto el Presidente como el Primer Ministro y los demás miembros del gobierno serán penal y civilmente responsables por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones, que constituyen un crimen de alta traición (*crime de haute trahison*). En estos casos, al Presidente de la República lo juzgará la Alta Corte de Justicia (*Haute Cour de Justice*)²⁹⁴ que se compone de 24 jueces titulares y 12 jueces suplentes, elegidos dentro de los miembros de la Asamblea Nacional y el Senado, en idénticas proporciones, presidida por el Presidente de la Asamblea Nacional y que se pronunciará por voto secreto con mayoría de dos tercios sobre la destitución del Presidente. Por su parte, a los miembros del gobierno los juzgará la Corte de Justicia de la República, creada mediante la reforma constitucional del 27 de julio de 1993²⁹⁵.

Frente a los poderes del Primer Ministro y su gabinete cabe mencionar que, tradicionalmente, tanto en Francia como en otros países del mundo, están dirigidos a ejecutar las leyes, a través de los actos administrativos que están subordinados a éstas²⁹⁶. Además, el Primer Ministro comparte con el Parlamento la iniciativa legislativa, de acuerdo con el artículo 39 de la Constitución y, aunque es el Presidente el encargado de sancionar las leyes, para hacerlo debe contar con la opinión favorable del Primer Ministro y de los ministros responsables de los asuntos a los que las leyes se refieran²⁹⁷.

Una prerrogativa importante del Gobierno es que puede presentar al Parlamento un proyecto de ley, solicitando una cuestión de confianza, que permite que se considere aprobado si dentro de las 24 horas siguientes no se presenta y aprueba una moción de censura, lo que implica que la ley sería aprobada de manera tácita. Esta prerrogativa fue modificada mediante la reforma constitucional de 2008, limitando la facultad del ejecutivo a aquellas normas que versen sobre finanzas o financiación de la seguridad social y solo permitiendo la presentación de un proyecto por periodo de sesiones, “*solución efectivamente equilibrada, que no elimina la facultad del ejecutivo, pero la reconduce a sus justos términos*”²⁹⁸.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 50.

²⁹⁵ DEBBASCH, *Droit ...*, op. cit.p. 161.

²⁹⁶ GEORGES, *Organisation ...*, op. cit. p. 69.

²⁹⁷ *Ibidem*, 65.

²⁹⁸ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. “La revitalización del Parlamento en la reforma constitucional francesa de 2008”. En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. N° 34-

Para concluir la explicación sobre el Primer Ministro y el Gobierno, es necesario mencionar una característica muy particular del ordenamiento francés. A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los ordenamientos, las competencias del Parlamento frente a las materias sobre las que puede legislar están delimitadas por el artículo 34 de la Constitución y es la rama ejecutiva la que cuenta con un poder general de regulación a través de las ordenanzas y los reglamentos²⁹⁹. Aunque esto será materia de un apartado posterior, valga mencionar ahora que esta delimitación de competencias solamente puede ser modificada por el Presidente en ejercicio de los poderes especiales que le otorga el artículo 16 constitucional.

Con relación al órgano legislativo, el Congreso de Francia se compone de dos cámaras, el Senado y la Asamblea Nacional. El primero está integrado por 348 miembros, encargados de representar a los distintos territorios de la nación, por un periodo de seis años. Los senadores, son elegidos mediante sufragio universal indirecto, a través del colegio electoral y cada tres años se renueva la mitad de la cámara. El colegio electoral está integrado por los diputados de la Asamblea Nacional, los consejeros regionales, los consejeros generales y los delegados de las comunas³⁰⁰.

La segunda Cámara, la Asamblea Nacional está integrada por 577 diputados elegidos mediante un sistema de voto directo en dos vueltas en cada una de las circunscripciones, cuyo periodo es de cinco años y deben tener más de 23 años para poder acceder al cargo³⁰¹. Si un diputado obtiene la mayoría absoluta en primera vuelta quedará elegido, de lo contrario, todos los candidatos que hayan obtenido más del 12,5% de los votos podrán participar en la segunda vuelta. Si ninguno de los candidatos supera el umbral, podrán participar en la segunda vuelta los dos candidatos con la mayor votación³⁰².

35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017. p. 11.

²⁹⁹ “También en sus competencias legislativas sufre la Asamblea Nacional de la V República un recorte especial. La Constitución de 1958, apartándose en ello de la práctica generalizada en occidente, determina explícitamente las materias que tienen reserva de ley y abre una reserva reglamentaria genérica. Dicho en otros términos, la Asamblea Nacional sólo puede actuar en aquello que tiene expresamente permitido; el resto es ámbito exclusivo de la actividad gubernativa”. COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 123.

³⁰⁰ DEBBASCH, *Droit ...*, op. cit. p. 145.

³⁰¹ *Ibidem*. p. 144.

³⁰² LÓPEZ GARRIDO, MASSÓ, GARROTE, PEGORARO, *Nuevo ...*, op. cit. p. 621.

Cada una de las Cámaras está organizada en seis comisiones permanentes: asuntos culturales, defensa, finanzas, leyes y producción. Los presidentes de esas comisiones participan con los presidentes de cada una de las cámaras y los presidentes de los partidos políticos en la Conferencia de Presidentes (*Conférence des présidents*), que decide el orden del día para cada sesión³⁰³. Aunque en principio ambas cámaras son colegisladoras, la Asamblea Nacional es un órgano más poderoso que el Senado³⁰⁴, pues este no puede exigir la responsabilidad política del Gobierno, y cuando existen discrepancias entre ambas cámaras frente a una ley, el Gobierno puede dar preeminencia a la posición de la Asamblea, salvo en los casos en los que se trate de leyes orgánicas sobre el senado o de leyes constitucionales. En todo caso, existe un sistema de comisiones mixtas para resolver los posibles desacuerdos entre ellas y garantizar la eficacia de la labor legislativa.

Los parlamentarios gozan de inmunidad en la medida en la que no pueden ser investigados ni penados por un delito, salvo en los casos en los que la cámara a la que pertenecen lo autorice, o los directivos de dicha cámara cuando no se encuentran sesionando, lo autoricen. Finalmente, es importante tener en cuenta que Francia es un Estado unitario y centralizado, con una sola Constitución y cuya soberanía reside en la Nación francesa. Sin embargo, está organizada administrativamente en un sistema jerárquico de tres niveles, cuya mayor importancia es en materia financiera, aunque influyen también en la configuración del colegio electoral que elige a los senadores. Estos niveles son las comunas, los departamentos y las regiones³⁰⁵.

c. Sistema judicial

El sistema judicial francés se caracteriza por la existencia de dos órdenes distintos, jerárquicos y con competencias diferentes. Por una parte, se encuentran los tribunales administrativos y por otros los tribunales civiles y penales que se conocen como jurisdicción

³⁰³ DEBBASCH, *Droit ...*, op. cit.p. 146.

³⁰⁴ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, ..., op. cit. p. 122.

³⁰⁵ DEBBASCH, *Droit...*, op. cit.p. 120.

represiva³⁰⁶. Los jueces administrativos pertenecen a la administración³⁰⁷ y son competentes para conocer de los litigios que surjan como consecuencia de la actuación estatal. Por su parte, los jueces del orden represivo conforman la rama judicial propiamente dicha. Como consecuencia de esta dualidad se ha implementado el Tribunal de Conflictos (*le tribunal des conflits*) que es el encargado de salvaguardar el principio de separación entre las autoridades administrativas y el poder judicial³⁰⁸, decidiendo la jurisdicción competente en un caso concreto. Este tribunal está compuesto por cuatro miembros del Consejo de Estado y cuatro miembros de la Corte de Casación.

En el ámbito administrativo, la primera instancia está constituida por el Tribunal administrativo, que cuenta con cuarenta y dos sedes en toda Francia. Además, existen ocho Cortes Administrativas de Apelación, encargadas de resolver las apelaciones en este ámbito, como su nombre lo indica. El máximo tribunal de esta jurisdicción es el Consejo de Estado, que no analiza los hechos de los casos, sino que se limita a verificar que el derecho haya sido correctamente aplicado por las Cortes de Apelación. El Consejo de Estado es un órgano muy importante dentro del derecho francés, pues no solo se limita a revisar las leyes y los decretos, sino que “*il apparaît surtout comme l’autorité qui a créé le droit administratif français et qui continue à en réguler l’évolution*”³⁰⁹, pues conoce además de los recursos encaminados a limitar los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, evitando arbitrariedades en contra de los derechos fundamentales.

Legalmente, el Consejo de Estado es presidido por el Primer Ministro, pero en la práctica es su vicepresidente, un magistrado, el que lo dirige. Esto se debe a que el Consejo de Estado

³⁰⁶ TARDIF, *Sistemas...*, op. cit.p. 80.

³⁰⁷ Explica DEFFAINS y KIRAT que: “*As Michel Debré a former Prime Minister once said, “administrative judiciary does not exist, there is only an administrative staff in charge of judging”.* Thus, even if they enjoy tenure and fixed salaries, administrative judges nevertheless are still a part of a bureaucratic hierarchy. At least as far as it concerns their appointment and to some extent the monitoring mechanism” DEFFAINS, Bruno. KIRAT, Thierry. *Law and Economics in Civil Law Countries*. JAI, Amsterdam, 2001. p. 218.

³⁰⁸ “*Le principe de la dualité des juridictions judiciaires et des juridictions administratives procède de l’idée et du principe de la séparation des pouvoirs qu’ont affirmés les hommes de la Révolution de 1789, lesquels se sont inspirés à ce sujet de théories de Montesquieu : les juges judiciaires ne doivent pas connaître d’une affaire dans laquelle l’État ou l’Administration est partie*”. CHEVALLIER, Jean. BACH, Louis. *Droit Civil. Introduction à l’étude du droit*. Sirey, Paris, 1993. p. 104.

³⁰⁹ LEGEAIS. *Grands systèmes de droit contemporains*. Litec, Paris, 2004. p. 58

tiene una doble naturaleza³¹⁰; por una parte, cumple una función jurisdiccional dentro de la administración, por lo cual determina la legalidad de las normas promulgadas por el ejecutivo y, por otra, cumple la función de consejero del gobierno. Por lo mismo, todos sus miembros pertenecen simultáneamente a la sala de lo contencioso y a una de las cuatro salas de consejo administrativo.

En lo referente a la jurisdicción represiva, que como se explicó, reúne la jurisdicción penal y la jurisdicción civil³¹¹, la competencia para conocer de los litigios en primera instancia, dependerá de la cuantía del conflicto civil o de la gravedad del delito cometido. Así, en el ámbito civil, los Tribunales de Instancia, con 307 sedes en Francia, conocen de los litigios cuya cuantía sea menor a los 10.000 €; los tribunales de Gran Instancia, que son un órgano colegiado de tres jueces, con 161 sedes a lo largo del territorio nacional, conocen de los litigios que superen esta cuantía, además de aquellos que versen sobre temas de familia y bienes raíces. En los tribunales de Gran Instancia se asigna un representante del ministerio público para que actúe, que por lo general tiene varios suplentes³¹². Finalmente, en materia civil, cuando el litigio sea de una cuantía menor a los 4.000 €, conocerán en primera instancia, los juzgados de proximidad.

En materia penal, el Tribunal Correccional, con el mismo número de sedes que los tribunales de Gran Instancia, serán competentes para llevar los casos por delitos cuya pena de prisión no supere los diez años. En el caso de delitos con una pena de prisión más alta, será competente en primera instancia el Tribunal de Asuntos Penales Graves (*Cour d'Assises*) de los cuales hay uno en cada departamento y están conformados por un panel de tres jueces y un jurado de seis miembros, quienes deben determinar los hechos, la responsabilidad penal y la pena conjuntamente. Las decisiones de este tribunal pueden ser apeladas ante la Corte de Apelación por un error de derecho, pero si se trata de un error en la apreciación de los

³¹⁰ DEBBASCH, *Droit...*, op. cit. p. 149.

³¹¹ CHEVALLIER y BACH explican que “Les juridictions répressives. Avant d’entreprendre leur étude un grand principe doit être signalé : celui de l’*unité des deux ordres de juridictions, civiles et répressives*. Ce principe signifie que les juridictions répressives sont les mêmes juridictions que les juridictions civiles, c’est-à-dire tribunaux d’instance, de grande instance, cours d’appel, mais qui, au lieu de statuer au civil, statuent en matière pénal” CHEVALLIER, BACH, *Droit ...*, op. cit. p. 112.

³¹² *Ibidem* p. 105.

hechos, la Corte de Casación deberá determinar otra *Cour d'Assise* ante la cual se apelará el fallo, que por lo general compondrá un jurado de 12 miembros para este propósito³¹³.

Además, las infracciones que son consideradas graves, pero que solo tienen una pena de multa, son juzgadas por el Tribunal de Policía, mientras que las infracciones menos graves, también con pena de multa, son conocidas por los jueces de proximidad.

Para conocer de las Apelaciones de la jurisdicción represiva es competente la Corte de Apelación, con 36 sedes en el país, que está dividida en cuatro salas: civil, mercantil, social y correccional. El órgano de cierre de esta jurisdicción es la Corte de Casación, con sede en el Palacio de Justicia de París y que es también conocida como Corte Suprema. Al igual que el Consejo de Estado, no está facultada para juzgar los hechos, pues no se trata de una tercera instancia, sino que solamente se asegura de que existe una correcta y uniforme aplicación del derecho³¹⁴. Tanto es así, que en caso de que la Corte case una sentencia, la devolverá al juez competente para que juzgue el caso nuevamente. Adicionalmente, esta Corte puede ser consultada por los demás jueces, cuando se enfrentan a asuntos complejos e innovadores³¹⁵.

En Francia opera también un Tribunal de cuentas, que controla el gasto público y presenta informes periódicos sobre el uso del presupuesto nacional, regulado en el artículo 47, numeral 2 de la Constitución. Así mismo, existe un Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil Supérieur de la Magistrature*) que es el órgano encargado de la administración de la rama judicial y depende del Presidente de la República. El Consejo está dividido en dos partes, una para los magistrados y otra para los fiscales³¹⁶.

³¹³ LEGEAIS, *Grands...*, op. cit. p. 58.

³¹⁴ “*Elle n’a pas à rendre la justice aux plaideurs; elle est chargée de contrôler la légalité des décisions judiciaires qui lui sont déférées. On dit que la Cour de cassation statue en droit et non en fait*”. CHEVALLIER, BACH, *Droit...*, op. cit.p. 59.

³¹⁵ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit.p. 82.

³¹⁶ DEBBASCH, *Droit...*, op. cit.p. 160.

Así mismo, existen una serie de órganos jurisdiccionales especializados³¹⁷, como los tribunales mercantiles, los tribunales paritarios de arrendamientos rústicos, los tribunales de seguridad social, el consejo de litigio laboral y el juzgado de los niños, que serán competentes en cualquier caso por razón de la materia. En materia penal, existe un Tribunal para Niños, que conoce de los delitos cometidos por menores de 16 años y un Tribunal Penal para Menores, que conoce de los delitos cometidos por menores de entre 16 y 18 años.

Por fuera de esta organización se encuentra el Consejo Constitucional, que tiene una naturaleza muy discutida pues, aunque cumple con una función judicial, es un órgano de carácter político³¹⁸. Lo primero que llama la atención es el nombre de *Consejo Constitucional* y no de corte o tribunal, a lo que se suma su conformación, mayoritariamente política. “*La doctrina hace hincapié en el hecho de que la ausencia de requisitos profesionales para formar parte del Conseil ha tenido como resultado que a lo largo de su historia sólo cinco de sus miembros hayan sido profesores de derecho público, y que más de los dos tercios tuvieran una experiencia política previa, como parlamentarios o como ministros del Gobierno*”³¹⁹. Esto se debe a que el Consejo se compone de nueve miembros por nombramiento, además de los miembros de pleno derecho. En la primera categoría, se encuentran tres consejeros designados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.

³¹⁷ “Les juridictions qui peuvent avoir connaissance des affaires au premier degré son assez nombreuses, car coté de juridictions « dictes de droit commun », il y a les juridictions que l’on dénomme aujourd’hui « juridictions spécialisée » et qui n’ont que des compétences précises” LEGEAIS, *Grands ...*, op. cit. p. 56.

³¹⁸ “Le système français cantonne bien davantage les compétences du Conseil constitutionnel, au point que, pour important qu’il soit, cet éminent organisme n’entre pas dans l’organigramme judiciaire de notre pays”. LEGEAIS, *Grands ...*, op. cit. p. 73. En el mismo sentido asegura COTARELO: “El problema que más se ha debatido doctrinalmente es el de la naturaleza jurídica del Consejo Constitucional. Evidentemente, dada su composición y su funcionamiento, no es un órgano judicial, lo cual no es de extrañar, dada la tradición francesa de recelo hacia la intervención en política de los órganos judiciales. Pero si es un órgano jurisdiccional, al sentar jurisprudencia, al ser sus decisiones vinculantes para todos los poderes públicos y autoridades administrativas y jurisdiccionales y al ser competente para declarar la inaplicabilidad de una norma considera inconstitucional”. COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 129.

³¹⁹ LEÓN, Marta. “La Cuestión Prioritaria De Constitucionalidad: Un Nuevo Desafío Para La Justicia Constitucional Francesa” En *Revista General de Derecho Público Comparado* 10, 2012. Consultado en http://www.iustel.com.ezproxy.usal.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411173&d=1 el 22 de mayo de 2017. p. 19.

De entre estos nueve miembros, el Presidente de la República debe elegir al Presidente del Consejo, que será el encargado de decidir en caso de empate. Hasta este momento, el Presidente siempre ha elegido de entre los tres miembros que él ha nombrado, al Presidente del Consejo³²⁰, aunque podría nombrar a cualquiera de los nueve consejeros. Los consejeros tienen un periodo de nueve años y se renuevan por tercios cada tres años, cuando, cada una de las autoridades nombra a un consejero nuevo³²¹. El mandato de los Consejeros no es ni renovable ni revocable.

También componen el Consejo los miembros por pleno derecho. De conformidad con la Constitución, todos los ex presidentes de la República son miembros del Consejo Constitucional, siempre y cuando no estén desempeñando otra función dentro de alguna de las ramas del poder público o no renuncien a este derecho. No obstante, ningún presidente de la V República ha hecho uso de este derecho, por lo cual, en la práctica, el Consejo solo se compone de los nueve miembros por nombramiento³²².

El Consejo Constitucional fue creado por la Constitución de 1958, con el propósito de salvaguardar las competencias del ejecutivo, pues su misión principal era restringir al Parlamento a las competencias legislativas que le había dado la Constitución y garantizar que no legislara sobre materias que correspondía regular al ejecutivo mediante reglamentos. Sin embargo, poco a poco el Consejo Constitucional ha ido adquiriendo mayores competencias, aumentando su protagonismo de manera *espectacular*, de hecho se asegura que “*dès ces principes, il a fait un usage des plus en plus spectaculaire : à certaines périodes fastes pour lui, le Conseil est très en vue, il « gagne ses galons » à marche forcée*”³²³.

Un hito en este proceso es la sentencia de 16 de julio de 1971³²⁴, llamada la *Grande Décision*, con la que el Consejo aumentó los parámetros con base en los cuales él mismo evalúa la constitucionalidad de las leyes y reglamentos franceses, más allá de la literalidad del texto

³²⁰ DEBBASCH, *Droit...*, op. cit. p. 151.

³²¹ FAVOREU, Louis *et al. Droit Constitutionnel*. Dalloz, Paris, 1999. p. 293.

³²² DEBBASCH, *Droit ...*, op. cit. p. 151-152.

³²³ LEGEAIS, *Grands ...*, op. cit. p. 31.

³²⁴ Decisión. N° 71-44 DC

constitucional³²⁵. La sentencia se produjo con relación a un caso referente al derecho a la libertad de asociación. En 1971, el Gobierno presentó un proyecto de ley, buscando que ciertas asociaciones fueran sometidas a un control preventivo de la autoridad judicial, buscando limitar el derecho de asociación de organizaciones de izquierda. Luego de que la ley fuera aprobada, el Presidente del Senado cuestionó su constitucionalidad ante el Consejo Constitucional, que, alejándose de la literalidad de la Carta entendió que el preámbulo de la misma tiene fuerza vinculante.

Además, recordando que este hace referencia a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y al preámbulo de la Constitución de 1946, dos textos que sí contienen un listado de derechos y principios, además que reconocen como vinculantes los «*principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*», los dotó también de fuerza vinculante. Con base en ellos, estableció que la Ley de 1 de julio de 1901 relativa a la libertad de asociación, reconoce como principio fundamental la libertad de asociación y, en consecuencia, la ley demandada resulta inconstitucional³²⁶.

Con base en esta decisión, el mismo Consejo amplió sus competencias, pues en principio, su función era solamente velar por que se cumpliera la delimitación de competencias hecha por el constituyente, entre el reglamento y la ley. Sin embargo, al incorporar al texto constitucional la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, el preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República, el Consejo Constitucional estableció un verdadero marco normativo en términos de derechos y libertades constitucionales, con base en el cual juzgar la constitucionalidad de las leyes de la República³²⁷. Ya no solo debía limitarse a garantizar los ámbitos de las competencias de las ramas legislativa y ejecutiva, sino que tenía las herramientas para proteger las libertades y

³²⁵ SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Dykinson, Madrid, 2011. p. 199.

³²⁶ DÍEZ-PICAZO, “Las transformaciones ...”, op. cit. p. 7.

³²⁷ “La Conseil constitutionnel a été créé par la Constitution du 4 octobre 1958. Mais, durant une douzaine d’années, il a joué un rôle relativement effacé, se comportant, ni plus ni moins, comme l’avait envisagé le Constituant. L’évolution, et même la révolution juridique, intervient le 16 juillet 1971, avec une très importante décision relative à la liberté d’association”. DEBBASCH., *Droit ...*, op. cit.p. 155.

los derechos de los ciudadanos, lo que abrió un camino importante en la justicia constitucional francesa³²⁸.

A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos y Colombia, la legitimación activa frente al Consejo Constitucional en Francia está muy restringida. Por mandato constitucional, las leyes orgánicas y los reglamentos parlamentarios deben ser remitidos por el Primer Ministro al Consejo Constitucional, luego de ser aprobadas, pero antes de ser promulgadas, para que este determine si la ley cumple con los parámetros constitucionales formal y materialmente³²⁹. En los demás casos, solamente el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de una de las dos cámaras legislativas o 60 diputados o senadores, pueden remitir un tratado o una ley para que el Consejo Constitucional determine su constitucionalidad, siempre luego de su aprobación y antes de su promulgación³³⁰. Cuando una norma no es remitida, se produce un «*efecto pantalla*», pues la constitucionalidad de la norma, en principio, ya no puede ser cuestionada, aunque al aplicarla al caso concreto, se produzcan efectos inconstitucionales³³¹.

A esta situación trató de dársele solución con la Reforma Constitucional de 22 de julio de 2008, que modificó la redacción de los artículo 61³³² y 62 de la Constitución, incorporando la *question prioritaire de constitutionnalité* o cuestión prioritaria de constitucionalidad, que otorga a cualquier persona natural o jurídica la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de una norma que sea aplicable a un caso concreto. Para ello, el sujeto debe ser parte de un proceso judicial, dentro del cual solicitará al juez, mediante un escrito motivado, que eleve la cuestión ante el órgano de cierre de la jurisdicción a la cual pertenece. Luego, el Consejo de Estado o la Corte de Casación “*actuarán de filtro y, tras examinar el escrito, si procede*

³²⁸ LÓPEZ GARRIDO, MASSÓ, GARROTE, PEGORARO, *Nuevo ...*, op. cit. p. 413.

³²⁹ FAVOREU, *Droit ...*, op. cit. p. 311.

³³⁰ *Ibidem*, p. 316.

³³¹ “La única deficiencia de esta nueva jurisdicción constitucional, cuya verdadera fecha de nacimiento es 1974 más que 1958, viene dada por el llamado: cuando una ley no ha sido cuestionada ante el Consejo Constitucional o cuando, habiéndolo sido, éste concluye que no es inconstitucional, la ley queda definitivamente instalada en el ordenamiento jurídico, pues no existen vías para ejercer posteriormente un control de constitucionalidad incidental”. DIEZ-PICAZO, “Las transformaciones ...”, op. cit. p. 8.

³³² Constitución Francesa, Artículo 61-1(1). “Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado”.

remitirán la cuestión al Consejo Constitucional, que decidirá en último término sobre la validez de la norma impugnada”³³³.

La Cuestión prioritaria de constitucionalidad ha generado un arduo debate, no solo porque amplía la posibilidad de evaluar la constitucionalidad de las normas, al permitir que sean impugnadas luego de haber sido promulgadas y al autorizar a cualquier persona para iniciar el proceso, sino porque instaura dos filtros que pueden calificarse de *atípicos*. El primero de ellos es que solo es posible plantearla cuando la norma vulnera derechos fundamentales al ser aplicada en un caso concreto; el segundo es que luego de que el juez de instancia ha evaluado la oportunidad del recurso, debe recurrir al Consejo de Estado o a la Corte de Casación para que estos, después de haber realizado su propia evaluación, determinen si hay lugar a remitir el caso al Consejo Constitucional que es, al final, el que puede decidir si la norma es o no inconstitucional³³⁴.

Además de determinar la constitucionalidad de las leyes, el Consejo Constitucional cumple funciones como autoridad electoral y como juez de los poderes públicos. En materia electoral, es el encargado de juzgar las reclamaciones relativas a la lista de candidatos para las elecciones presidenciales, que él mismo ha establecido con anterioridad y debe velar por el cumplimiento de las normas electorales en las elecciones presidenciales y parlamentarias, así como en los referendos, incluyendo la manera en la que se hace campaña política³³⁵. Así mismo, el Consejo Constitucional debe constatar el impedimento provisional o definitivo del Presidente de la República para ejercer sus funciones, si así se lo solicita el Gobierno y debe ser consultado siempre sobre la forma y el fondo de las decisiones que tome el Presidente de la República cuando haga uso de los poderes excepcionales que le concede el artículo 16 constitucional. Desde luego, contra las decisiones del Consejo Constitucional no caben

³³³ LEÓN, “La Cuestión ...”, op. cit. p. 5.

³³⁴ BON explica que “El sistema articulado en nuestro país con relación a la cuestión prejudicial de constitucionalidad presenta dos singularidades frente a otras experiencias comparadas. Por un lado, que la cuestión sólo puede ser planteada cuando entren en juego derechos fundamentales; por otro, sólo puede ser planteada por los jueces ordinarios supremos” BON, Pierre. “La Cuestión Prejudicial De Constitucionalidad En Francia ¿Solución O Problema?” En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. N° 34-35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017. p. 4.

³³⁵ FAVOREU, *Droit ...*, op. cit.p. 300.

recursos y estas son vinculantes para todas las autoridades del Estado, así como para todos los ciudadanos.

d. Fuentes de derecho

A pesar de que la tradición francesa sostenía la soberanía absoluta de la ley, como consecuencia de la importancia dada al Parlamento durante la Revolución de 1789, la intención de limitarlo que generó la redacción de la Constitución de 1958 y la instauración de la V República, ha implicado una importante modificación en la pirámide de fuentes del derecho francés. En la actualidad, en gran medida gracias a la actuación del Consejo Constitucional, la Constitución y con ella, el bloque de constitucionalidad, integran la cúspide de la pirámide y un límite importante para la actividad legislativa, tanto formal como materialmente³³⁶. A continuación, se estudiarán las fuentes del derecho principales en Francia.

vi. La Constitución

Como se relató anteriormente, la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 es producto de una ley constitucional que otorgó al general Charles de Gaulle poderes extraordinarios para redactar una nueva carta y que fue aprobada a través de un referendo con el 80% de los votos a favor. La nueva Constitución está basada en una serie de principios fundamentales, que surgieron a partir de las limitaciones que el Parlamento de la época impuso a de Gaulle, mediante la ley constitucional de 3 de junio de 1958. La organización política tiene como pilar fundamental el poder moderador del Jefe de Estado, en la separación de los poderes entre el Gobierno y el Parlamento, con una clara definición de las funciones de cada uno, lo que constituye una forma especial de parlamentarismo, denominado “*racionalizado*”. Además, la Constitución estableció relaciones flexibles con las colonias, aunque con ello no

³³⁶ LEÓN explica que: “(...) En la actualidad, esta tradición ha sido superada una vez se ha tomado conciencia de que las decisiones adoptadas por la mayoría parlamentaria no constituyen una garantía suficiente de la democracia constitucional, a no ser que existan límites jurídicos a la omnipotencia del legislador, y que las leyes estén sujetas a un control jurisdiccional independiente”. LEÓN, “La Cuestión...”, op. cit. p. 4.

logró evitar el proceso de descolonización³³⁷. Lo más interesante de la Constitución francesa es que solamente contiene una “*parte orgánica*”, es decir, una descripción de la estructura del Estado.

En cuanto al catálogo de derechos y libertades fundamentales, que suelen tener las constituciones, el texto francés se limita a referirse en un pequeño preámbulo, a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al preámbulo de la Constitución de 1946. Este hecho se ha justificado a través de la importancia de la Revolución de 1789, asegurando que “*sólo en Francia, por el contrario, se llega a entronizar un nuevo principio de «legitimidad revolucionaria», por así decirlo, que aflora esporádicamente en la historia del país y llega a su última manifestación en el hecho de que la vigente Constitución de 1958 incluya expresamente la Declaración De Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano de 1789*”³³⁸.

Esa remisión del preámbulo de la Constitución vigente, le permitió al Consejo Constitucional delimitar el bloque de constitucionalidad, en la sentencia ya referida, incluyendo en él la Declaración, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República. Además, posteriormente se adicionó al bloque de constitucionalidad la Carta del Medioambiente de 2004, aprobada por la ley 2005-205, de 1 de marzo de 2005, en la que se establecen en diez artículos los deberes y derechos con respecto al medio ambiente, que está inspirada en la declaración política de Río de Janeiro³³⁹.

Además, el Consejo Constitucional negó la pertenencia de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad. De acuerdo con el artículo 55 de la Constitución, «*[l]es traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*». Sin embargo, el Consejo entendió que esta disposición constitucional no era equivalente a afirmar que los instrumentos internacionales hicieran parte del bloque de

³³⁷ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas...*, op. cit. p. 117.

³³⁸ *Ibidem*, p. 114.

³³⁹ Organización de las Naciones Unidas, Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 3 de junio de 1992.

constitucionalidad y, en consecuencia, no tienen el mismo rango que la Constitución. De acuerdo con la interpretación del órgano constitucional, la disposición implica que en caso de incompatibilidad entre una norma internacional y una ley, esta última debe ser aplicada de tal forma que se asegure la primacía de la norma internacional³⁴⁰. Esto es especialmente importante, para Francia como miembro de la Unión Europea, dado que las normas comunitarias deben primar sobre el derecho interno, de acuerdo con el principio de primacía del derecho de la Unión Europea³⁴¹, por lo que el Consejo reconoció la obligación de los jueces de dar primacía al derecho internacional³⁴².

El propio Consejo Constitucional constituye una novedad dentro del ordenamiento francés, pues por primera vez en la historia francesa se prevé la posibilidad de que exista un control constitucional de las leyes, que limite la actuación del Parlamento, aunque este siga representando la soberanía de la Nación. No obstante, este control constitucional fue creado “*ciertamente por una vía preventiva llena de limitaciones, y ciertamente con la finalidad de asegurar el respeto de la nueva delimitación entre ley y reglamento; [es] control de constitucionalidad de las leyes al fin y al cabo*”³⁴³. Y esto ha llevado a que su desarrollo haya sido de gran importancia para el ordenamiento jurídico francés, a tal punto que ha impulsado la mayoría de las reformas que se le han hecho a la Constitución.

La Constitución de 1958 ha sido reformada 24 veces desde su creación³⁴⁴, modificando todos los aspectos: la apertura del Estado hacia el exterior, los derechos fundamentales, la

³⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, “Las transformaciones ...”, op. cit.p. 8.

³⁴¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoció el principio de primacía por primera vez en la sentencia Costa contra Enel del 15 de julio de 1964, después lo ha reiterado en abundante jurisprudencia.

³⁴² “Es bien conocido que el control de convencionalidad realizado por los jueces ordinarios ha tenido una gran importancia para hacer efectivo el principio de primacía del derecho comunitario; pero igualmente importante, aunque quizá menos conocido, es que ha dado lugar también a una fiscalización de las leyes con respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluido muy destacadamente el Convenio Europeo de derechos Humanos. De aquí ha surgido una especie de control difuso de las leyes que, si bien no es propiamente de constitucionalidad, se aproxima mucho a él en sus efectos prácticos. En otras palabras, el control de convencionalidad ha supuesto que en Francia coexista un control de constitucionalidad preventivo, con su corolario del efecto pantalla, y un control de convencionalidad sucesivo y difuso, lo que da lugar a un sistema bastante completo de fiscalización de las leyes”. DÍEZ-PICAZO, “Las transformaciones...”, op. cit.p. 10.

³⁴³ *Ibidem*, p. 3.

³⁴⁴ GÓMEZ, Itziar. “La revisión siempre abierta de la V.^a República francesa a través de sus reformas constitucionales” En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 34-35. 2010. Disponible en

organización territorial y las instituciones del Estado. La más importante de estas reformas y, la última en llevarse a cabo, fue la que tuvo lugar mediante la ley constitucional 2008-724, que coincidía con los cincuenta años de la constitución y buscaba la “*modernización de las instituciones de la V República*”. Esta reforma, impulsada por el presidente Nicolás Sarkozy y por la mayoría del gobierno, instauró la cuestión prioritaria de constitucionalidad, además de que modificó varias estructuras del Estado, como los poderes especiales del presidente, consagrados en el artículo 16 y la cuestión de confianza que permite que el Parlamento apruebe tácitamente una ley presentada por el Gobierno.

La reforma constitucional en Francia requiere de la coordinación de todas las ramas del poder público para poder ser llevada a cabo. En primer lugar, la iniciativa de reforma corresponde la Primer Ministro, que deberá presentarla al presidente de la República. No es posible que una iniciativa de proyecto de ley constitucional sea presentado ante el Parlamento, sin que se produzca primero esta presentación, pues ninguno de los dos líderes de la rama ejecutiva pueden presentarla autónomamente. Por ello, “*o bien el presidente debe esperar o solicitar la propuesta del Primer ministro, o bien el Primer ministro debe esperar o provocar de algún modo la respuesta del presidente a su proposición* ³⁴⁵”. Luego, el proyecto de ley constitucional será sometido a examen del Consejo de Estado y entonces se presentará ante la mesa de una de las cámaras del Parlamento, para que sea discutido por primera vez y luego, el texto aprobado será presentado ante la otra cámara para su discusión.

vii. Legislación

Como consecuencia de los límites que impuso la Constitución de 1958 a los poderes del Parlamento, las leyes, entendido el concepto en sentido amplio, tienen ciertas particularidades que deben ser tenidas en cuenta. La racionalización del parlamentarismo se hizo evidente a través de dos elementos esenciales, el fortalecimiento de los poderes del Gobierno y su intervención dentro del proceso legislativo³⁴⁶, por lo cual solo un número

<https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017. p. 3.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 5.

³⁴⁶ DEBBASCH, *Droit...*, op. cit.p. 127.

limitado de materias son reguladas por la acción legislativa del Senado y la Asamblea Nacional. Una cantidad importante de aspectos son regulados a través de los Reglamentos expedidos por el Gobierno, además de que en Francia se ha utilizado con moderada frecuencia el referendo para que sean los propios ciudadanos los que decidan sobre algunos asuntos trascendentales³⁴⁷.

Esto se debe en primer lugar, a que los artículos 34 y 47 de la Constitución establecen una “*original reserva de reglamento*”³⁴⁸, según la cual, la ley solo puede versar sobre ciertas materias y, de acuerdo con el artículo 37 de la Constitución, “[t]endrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley”. Así pues, deberán ser regulados por ley dictada por el Congreso, los derechos civiles, las libertades y las garantías fundamentales; la nacionalidad, el estado y la capacidad de las personas, así como los regímenes de matrimonio, sucesiones y donaciones; la recaudación de impuestos y la emisión de moneda; el régimen electoral de los órganos de la rama legislativa de todos los órdenes administrativos y la creación de entidades públicas, así como las garantías de todos los funcionarios públicos tanto civiles como militares; y, la tipificación de delitos, las penas aplicables, el procedimiento penal y la creación de jurisdicciones, incluyendo el estatuto de magistrados y fiscales.

Adicionalmente, el mismo artículo establece que la ley determinará los principios fundamentales de la organización de la defensa nacional, la administración de las entidades territoriales, la enseñanza, la propiedad y los derechos reales, la preservación del medio ambiente, el derecho laboral, sindical y el derecho de la seguridad social. Aunque a primera vista la distinción que hace el artículo 34 constitucional no parece muy relevante, lo cierto es que el hecho de que sobre estas materias la ley solo “pueda establecer los principios fundamentales”, ha tenido importantes consecuencias dentro del ordenamiento jurídico³⁴⁹. Dado que en los primeros temas el Parlamento tiene competencia absoluta, la intervención

³⁴⁷ “On peut ajouter que l’intervention du Parlement dans le domaine de la loi peut encore être réduit par l’utilisation de deux techniques : les ordonnances (article 38) et le referendum (article 11). (...) Les matières qui ne font pas partie du domaine de la loi relèvent dorénavant du pouvoir réglementaire exercé par l’exécutif, normalement par le Premier ministre ainsi que le prévoit l’article 37, premier alinéa (...)”. GEORGES, *Organisation...*, op. cit.p. 95.

³⁴⁸ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas...*, op. cit. p. 121

³⁴⁹ CHEVALLIER, BACH, *Droit...*, op. cit. p. 38

del ejecutivo solamente puede darse si el Parlamento lo autoriza, mientras que en los de este segundo inciso, la intervención del ejecutivo es obligatoria, pues la aplicación de los principios fundamentales establecidos por el Parlamento, es decir, el verdadero desarrollo de estas normas, le corresponde al órgano ejecutivo, por lo que realmente se trata de una competencia compartida.

La autorización que debe dar el Parlamento al ejecutivo para intervenir en materias de su competencia exclusiva está regulada en el artículo 38 de la Constitución. Con base en esta delegación de competencias, el Gobierno podrá emitir ordenanzas³⁵⁰ para ejecutar su programa en materias que sean de competencia de la ley, siempre que el Parlamento apruebe una ley de habilitación. Estas ordenanzas deberán ser aprobadas por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado y ser sancionadas por el presidente. En cualquier caso, si dentro del plazo fijado por la ley de habilitación no se presenta un proyecto de ratificación ante el Parlamento, las ordenanzas caducarán. Así mismo, finalizado el plazo de la delegación, las ordenanzas no podrán ser modificadas sino mediante la ley.

Las leyes dictadas por el Parlamento son de tres tipos. Por un lado, existen leyes ordinarias que son adoptadas de conformidad con el proceso previsto para ello en la Constitución, que incluye la aprobación del Consejo de Estado de los proyectos de ley deliberados en el Consejo de Ministros, antes de ser presentados a la mesa de una de las dos Cámaras. Por otro lado, se encuentran las leyes orgánicas, que son aquellas que desarrollan una disposición constitucional. A lo largo de la Constitución de 1958 se establece, en distintos artículos, qué materias deberán ser desarrolladas por ley orgánica. Finalmente, se encuentran las leyes constitucionales, cuyo objetivo es modificar la Constitución. Adicionalmente, las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad solamente podrán ser modificadas mediante ley orgánica³⁵¹.

³⁵⁰ FAVOREU explica que: “Ainsi, la Constitution de 1958 n’en confie-t-elle l’exercice qu’à deux autorités seulement, qu’elle désigne comme étant le Président de la République d’une part et le Premier ministre d’autre part. Ceux-ci prennent tantôt des règlements en forme de « décrets » - du Président de la République ou du Premier ministre – tantôt des « ordonnances » - signées par le seul Président de la République. Le décret constitue la forme ordinaire ou de droit commun de constitue que l’exercice du pouvoir réglementaire tandis que l’ordonnance ne constitue que l’exercice d’un pouvoir réglementaire exceptionnel”. FAVOREU, *Droit...*, op. cit. p. 200.

³⁵¹ FAVOREU, *Droit...*, op. cit.. p. 197.

Como se dijo, todo aquello que no esté expresamente establecido como materia de ley, será regulado por reglamento del ejecutivo, siendo éste el que tiene la competencia general para crear derecho en Francia. Es decir, que *“la compétence législative du Gouvernement est une compétence de droit commun, le Parlement n’ayant plus qu’une compétence d’attribution, c’est-à-dire la compétence qui lui est expressément attribuée par l’article 34 de la Constitution”*³⁵². Al estar las dos formas normativas consagradas en la Constitución y, dado que se han establecido competencias diferenciadas para cada una, el reglamento no tiene una menor fuerza normativa dentro de las fuentes del derecho francés³⁵³.

Para proteger esta división de competencias, la Constitución de 1958 estableció dos mecanismos. En primer lugar, el gobierno tiene la capacidad de manifestar durante el debate parlamentario que la materia que se pretende regular es de competencia del ejecutivo, pues, de acuerdo con el artículo 31 superior, los miembros del Gobierno tendrán acceso a ambas Cámaras y serán oídos cuando lo soliciten. En segundo lugar, el Primer Ministro y el presidente de la República pueden interponer un recurso ante el Consejo Constitucional, solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad de un texto previamente votado por el Parlamento, por considerar que este se ha excedido en sus competencias.

Sin embargo, cabe mencionar que, aunque el Consejo Constitucional fue concebido como el guardián de esta delimitación de competencias, a lo largo de los años ha ido disminuyendo la separación estricta entre ellas, hasta el punto que algunos autores aseguran que *“por obra de la jurisprudencia administrativa y constitucional, la relación entre ley y reglamento ha retornado básicamente a su esquema tradicional”*. El Consejo Constitucional ha realizado una interpretación extensiva de las materias de competencia de la ley y, ha llegado al punto de eliminar casi totalmente, la distinción entre las materias en las que la ley fija las normas y aquellas en las que solo debe enunciar los principios. El Consejo Constitucional ha entendido

³⁵² CHEVALLIER, Jean. BACH, Louis. *Droit Civil. Introduction à l’étude du droit*. Sirey, Paris, 1993. p. 37.

³⁵³ “L’article 34 va à l’origine affirmer la compétence résiduelle du législateur dans un certain nombre de matières limitativement énumérées. L’article 37 va pour sa part confier le soin à un pouvoir réglementaire non subordonné (...)”. FRANGI, Marc. *Constitution eet Droit privé*. Economica, Paris, 1992. p. 25. En el mismo sentido, FAVOREU, *Droit...*, op. cit.p. 198.

que, sin importar la manera en la cual se otorgue competencia al Parlamento por el artículo 34 constitucional, esta competencia es plena.

Además, en una decisión de 30 de julio de 1982, el Consejo Constitucional estableció que, aunque el Parlamento se extralimite en el ámbito de sus competencias, la ley promulgada por él no es inconstitucional, sino que simplemente se debe “*deslegalizar*”, con base en el procedimiento establecido en el artículo 37 de la Constitución. Este procedimiento consiste en que la ley se encuentra vigente pero solo puede ser derogada o modificada mediante un reglamento del ejecutivo. Para concluir este apartado, valga mencionar que la ley en Francia comienza a regir un día después de su publicación en el *Journal officiel de la République française*, salvo que la misma norma disponga otra fecha.

i. Jurisprudencia

Francia, al ser un país con una tradición jurídica continental, no reconoce en la jurisprudencia más que una fuente supletiva o complementaria del derecho. A diferencia de lo que sucede en los países de *common law*, la jurisprudencia no tiene la función de coordinación y unificación del derecho, sino que esta función es cumplida por los códigos y, por ello, la jurisprudencia de las altas cortes, que en el caso francés son el Consejo de Estado y la Corte de Casación, se encarga de verificar que exista una aplicación uniforme del derecho por parte de los jueces de menor rango con base en las decisiones que toman, pero también utilizando la motivación de las sentencias. En consecuencia, no existe una aplicación estricta del precedente vinculante y, por tanto, de la regla de *stare decisis*, aunque los jueces por lo general respetan los planteamientos de sus superiores en el orden jerárquico³⁵⁴. Lo más importante a tener en cuenta es que la jurisprudencia francesa no encuentra la ley y, mucho menos la crea, sino que su actividad se limita a interpretar las normas creadas por el

³⁵⁴ “(...) [t]he French judiciary has a precedent that he thought is more dependent upon the practices of the lower court judges than upon institutionalized mechanisms. However, the jurisprudential regulation *stricto sensu* is to be found at quite a different level: it is due to the Court of Cassation which oversees the way in which lower court judges interpret the statutory rules and which thereby homogenises the terms of legal motives rather than the motives of the decision”. DEFFAINS, KIRAT, *Law ...*, op. cit.p. 66.

Parlamento o el Gobierno y, es esta interpretación la que es susceptible de ser estudiada en el precedente.

Ahora bien, una sola sentencia no crea un precedente vinculante en Francia, aún cuando ésta haya sido emitida por un órgano de cierre; es decir que una sola decisión de la Corte de Casación o del Consejo de Estado, no impide que las cortes y los jueces inferiores decidan un caso de acuerdo con su propio punto de vista, sobre la interpretación y la aplicación que debe dársele a una norma concreta. “*Les décisions judiciaires ont une autorité seulement persuasive*”³⁵⁵. A pesar de ello, la práctica indica que los jueces suelen respetar la interpretación dada por la Corte superior y, más aún, su propio precedente a la hora de solucionar un caso concreto³⁵⁶. En consecuencia, la doctrina reconoce a la jurisprudencia una doble función. En primer lugar, es la encargada de interpretar y aplicar la ley. En segundo lugar, constata y declara la costumbre³⁵⁷.

ii. Costumbre

La costumbre también tiene una importancia moderada dentro de las fuentes del derecho en el ordenamiento francés. Por lo general, sirve como herramienta para interpretar la ley, « *Ainsi lorsque la loi impose à l'administrateur de la chose d'autrui d'agir « en bon père de famille », c'est l'usage qui permettra de déterminer les obligations que cette formule évoque plutôt qu'elle ne les définit (...)* »³⁵⁸. Tradicionalmente, se reconoce una regla consuetudinaria a partir de dos elementos, uno material y otro psicológico. El elemento material es el uso

³⁵⁵ LEGEAIS, *Grands...*, op. cit. p. 69.

³⁵⁶ “C’est un hommage rendu à la généralité de la règle de droit qui est la même pour tous et une précaution contre l’arbitraire”. CHEVALLIER, BACH, *Droit ...*, op. cit. p. 59.

³⁵⁷ Explica JESTAZ que: “Cette deuxième source fait l’objet d’un traitement ambigu. D’une part les juristes français étudient beaucoup la jurisprudence et parfois avec idolâtrie, en tout cas ils l’enseignent comme étant du droit positif. Mais d’autre part ils lui dénie officiellement le statut de source autonome. Partant de l’idée, en soi exacte, que le législateur peut toujours briser la jurisprudence, ils considèrent celle-ci comme une source précaire qui ne peut prospérer qu’avec l’accord au moins tacite du Parlement et qui donc procède *in fine* de la loi, ce qui ne révèle pas une vision très scientifique de la matière”. JESTAZ, Philippe. “Les sources du droit : le déplacement d’un pôle à un autre” En *Revue Générale de Droit*, Volume 27, numéro 1, 1996. Disponible en http://www.dalloz-bibliotheque.fr/index.php?subpage=search&q_author=4 Consultado el 26 de mayo de 2017. p. 11.

³⁵⁸ CHEVALLIER, BACH, *Droit ...*, op. cit. p. 54.

prolongado y constante de la regla. El elemento psicológico es el pensamiento colectivo de que existe tal regla y de que su cumplimiento tiene un carácter obligatorio. Para que una regla consuetudinaria sea válida, no es necesario que los órganos del poder público la reconozcan, por lo que *“la coutume est une source de droit autonome”*³⁵⁹, aunque la jurisprudencia confirma la costumbre y es una de las herramientas más útiles para su confirmación.

iii. Doctrina

Francia cuenta con una amplia producción doctrinal, que goza de un significativo prestigio entre los operadores jurídicos del país. Se le considera que es la fuente que mejor conoce el derecho positivo, por lo cual tiene una gran importancia, sobre todo entre los jueces a la hora de dictar sus sentencias. *“Surtout la doctrine fait partie de la jurisprudence, laquelle, en l’absence de doctrine, ne serait que du contentieux à l’état brut et peu exploitable”*³⁶⁰. Por ello, a pesar de que no cuenta con una fuerza vinculante, su función no debe ser subestimada.

4. El Derecho en España.

El derecho español actual está caracterizado por dos elementos. Por una parte, refleja las consecuencias de importantes acontecimientos históricos, que determinaron la organización del Estado en la Constitución de 1978, como la dictadura de Primo Rivera (1923-1930), la guerra civil (1936-1939) y la larga dictadura de Francisco Franco (1939-1975). La Constitución vigente se promulgó con el objetivo de implementar en el país una democracia y establecer un sistema de derechos fundamentales, en respuesta a las acciones del último régimen. Por otra parte, está instaurado con base en el reconocimiento de las distintas nacionalidades que integran el país y de su autonomía³⁶¹, lo que deriva en un sistema jurídico

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 52.

³⁶⁰ JESTAZ , “Les sources ...”, op. cit. p. 15.

³⁶¹ Constitución Española de 1978, artículo 2: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas».

complejo que conjuga la legislación del Estado central con la de las 17 Comunidades Autónomas que lo integran.

España está organizada en forma de monarquía parlamentaria, a partir de los consensos a los que se llegó para redactar la Constitución de 1978 e implementar un régimen democrático. Además, la Constitución separa al Estado totalmente de la Iglesia Católica y proclama que el Estado español es un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que respalda la amplia carta de derechos fundamentales que la Constitución contiene y los mecanismos para hacerlos exigibles.

a. Recuento histórico

En el siglo X, España se encontraba dividida en varios reinos: León y Castilla que formarán un solo reino a partir de 1250, Aragón, Cataluña, el País Vasco, Navarra, Valencia y Mallorca, entre otros. En cada uno de ellos operaba un ordenamiento jurídico distinto, que combinaba el derecho tradicional, el derecho dictado por el rey y el derecho común o romano³⁶². La influencia de este último fue determinante para la configuración del ordenamiento jurídico español, pues en la corte de Alfonso X «el sabio», se elaboraron las Partidas, que constituyen uno de los documentos jurídicos más importantes en la historia española y dieron predominio al derecho de Castilla³⁶³. Sin embargo, no fue sino hasta 1348, cuando Alfonso XI promulgó este texto, mediante la *Ley 1 del Título 28 del Ordenamiento de Alcalá* de ese año, presentándola en siete partes, por lo que recibieron la denominación de *Las siete partidas*. Hasta 1898 las Partidas constituyeron la norma jurídica más importante del ordenamiento, tanto que el derecho Romano pasó a ocupar un segundo lugar dentro del sistema. “*Las leyes de Toro sólo consideran el derecho romano supletorio de segundo grado, tras las leyes de Partidas, fueros locales, y decisiones judiciales; la pragmática Sanción de Felipe II de 1567 que abre la Nueva Recopilación, excluye el derecho romano del sistema*

³⁶² TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit. p. 84.

³⁶³ Explica ÁLVAREZ CAPEROCHIPI: “*Las Partidas según la opinión más común es una elaboración intelectual de la corte del rey Alfonso X el sabio de mediados del siglo XIII*”. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Introducción al Derecho*. Editorial Comares, Granada, 2009. P. 33.

*de fuentes, y un decreto de Felipe V de 1713 establece que sólo se habrá de permitir el estudio del derecho romano para «mayor ilustración»*³⁶⁴.

La unificación de los reinos se produjo a través de varias guerras y de la implementación del absolutismo por parte de los Austrias y los Borbones. Sin embargo, la existencia de las distintas nacionalidades en territorio español influyó en la guerra civil española, que concluyó con la instauración de la dictadura franquista y, ha significado que aún en la actualidad se presenten discrepancias frente a la unidad del Estado. Por ello, la Constitución de 1978 reconoce las distintas culturas que componen la nación, como un elemento esencial de la configuración del Estado.

Durante la dictadura del general Francisco Franco, los cuarenta años de su duración, rigieron en España siete leyes fundamentales, que se promulgaron a lo largo de esta época. Estas leyes fueron, el Fuero del Trabajo (1938), la Ley de Cortes (1942), el Fuero de los Españoles (1945), la Ley de Referéndums (1945), la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado (1947), la ley de Principios del Movimiento Nacional (1958) y la Ley Orgánica del Estado (1967)³⁶⁵. Todas ellas, estuvieron basadas en el artículo 17 de la Ley de 30 de enero de 1938, según el cual *«al jefe del Estado, que asumió todos los poderes por virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general»*. Por lo cual, con la muerte del general Franco en 1975, se inició el proceso de reforma del régimen³⁶⁶.

Este proceso se inició con la promulgación de la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, que *“siendo formalmente de aquel régimen era materialmente del posterior”*³⁶⁷, pues, aunque fue promulgada como la Octava Ley Fundamental, buscaba la transición hacia la democracia³⁶⁸. A partir de ella, se realizan elecciones, para constituir Cortes con facultades

³⁶⁴ Ibidem, p. 35.

³⁶⁵ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 87.

³⁶⁶ LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.* *El Derecho Español del Siglo XX*. Colección Garrigues & Andersen, Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 19.

³⁶⁷ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 87.

³⁶⁸ Con respecto a esta ley explica LÓPEZ GUERRA: *“El gozne entre la dictadura y el nuevo orden constitucional fue la Ley para la Reforma Política de 4 de enero de 1977, aprobada según los procedimientos previstos en las llamadas “leyes fundamentales”, pero que – como su nombre indica – se justificaba*

constituyentes, que se llevaron a cabo el 15 de junio de 1977 y luego se inició la redacción de una nueva constitución, que fue aprobada por cada una de las Cámaras el 31 de octubre de 1978. Este documento fue presentado a referéndum el 6 de diciembre de ese año y aprobado con el 87,78% de los votos.

La Constitución entró en vigor el 29 de diciembre de 1978³⁶⁹ y constituyó a España como un Estado Social y Democrático de Derecho, que reconoce como valores superiores la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político³⁷⁰. Además, en ella se ven reflejadas las diversas nacionalidades, fruto de la unificación de los distintos reinos que componían la península, a través del reconocimiento de las Comunidades Autónomas; y, la oposición al régimen dictatorial anterior, por lo que se incorpora una amplia carta de derechos y libertades fundamentales³⁷¹.

b. Estructura del Estado

La monarquía española está legitimada históricamente, pues solamente ha sido interrumpida por breves periodos de tiempo en los siglos XIX (sexenio revolucionario) y en el XX (segunda República y guerra civil). Incluso, durante la dictadura franquista la ruptura con la monarquía no fue total, pues la Ley de Sucesión de la Jefatura del Estado de 1947 la constituyó como una regencia de hecho³⁷². En consecuencia, la Constitución de 1978, a través

precisamente por ser instrumento para su desaparición. El "modelo español" de transición a la democracia mediante un proceso desde dentro de un régimen dictatorial vino hacia consagrarse como una de las novedades de la historia política del siglo XX, y además en un momento en que puedo servir de inspiración para el nacimiento de nuevas democracias en América y el este y el centro de Europa". LÓPEZ GUERRA, Luis et al. El Derecho Español del Siglo XX. Colección Garrigues & Andersen, Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 20.

³⁶⁹ La cronología del proceso constituyente está disponible en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. RODRÍGUEZ ZAPATA Jorge. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1997. p. 178-191.

³⁷⁰ Constitución Española de 1978, artículo 1.

³⁷¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI explica que: "La noción de un Estado social de derecho se va a implantar en España a fines del siglo XIX y comienzos del XX. La primera normativa sobre el trabajo de mujeres y niños, higiene y seguridad en los talleres, viviendas obreras, descanso dominical, etc. es de fines del XIX; pero el auténtico nacimiento de la noción de Estado social de derecho se puede situar a comienzos del XX con dos importantes leyes: la *ley de 30 de enero de 1900 de accidentes de trabajo*, que establece el aseguramiento obligatorio del accidente laboral, que da inicio a un régimen general de seguridad social; y la *ley de huelgas de 1909* despenaliza la huelga, e inicia la juridificación del movimiento sindical reconociendo la libertad sindical". ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Introducción ...*, op. cit. p. 40.

³⁷²COTARELO. MALDONADO. ROMÁN. *Sistemas ...*, op. cit. p. 93.

del Título II «*de la Corona*», estableció una monarquía parlamentaria, implementando todas las convenciones propias de esta forma de gobierno, por lo que se asegura que «*el Rey reina pero no gobierna*».

El Rey es el jefe del Estado, pero no la cabeza del poder ejecutivo, sino un órgano representativo de la unidad nacional, con competencias claramente atribuidas por la Constitución, que están divididas entre funciones representativas, moderadoras y arbitrales³⁷³. Sin embargo, el Rey no es responsable de los actos que realice en el ejercicio de sus funciones, pues todos ellos deben ser refrendados por el presidente del Gobierno y, por los ministros competentes, de acuerdo con el artículo 64 constitucional y, serán estos los que asuman la responsabilidad que dichos actos acarreen. En el caso del acto de propuesta y nombramiento del Presidente de Gobierno y, cuando se disuelvan las cámaras porque ninguno de los candidatos a presidente ha obtenido el apoyo suficiente, la refrendación será realizada por el presidente del Congreso de los Diputados, siendo este el responsable³⁷⁴.

El Presidente de gobierno y los demás miembros de su gabinete son nombrados por el Rey. En el primer caso, una vez realizadas las elecciones de Cortes Generales, el Rey propondrá un candidato para Presidente de gobierno al Congreso de los Diputados, quienes procederán a la investidura con una mayoría absoluta en primera vuelta o, una mayoría simple en la segunda, que deberá realizarse a más tardar 48 después. En el caso de que ningún candidato obtenga la investidura, el Rey disolverá las Cortes y convocará a elecciones nuevamente. Una vez investido el Presidente, el Rey nombrará a los miembros del gabinete tras la propuesta del primero³⁷⁵ y, al cesar el Presidente, cesa también el gobierno.

El gobierno se compone por los ministros y en ocasiones, uno o más vicepresidentes, pues solo los primeros son necesarios. Los ministros se agrupan en el Consejo de ministros y en

³⁷³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Introducción al Derecho*. Colección Estudios, Universidad de Castilla –La Mancha, Cuenca, 1996. p. 40

³⁷⁴ TARDIF, Éric. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 2da ed. Limusa, México, 2016. p. 91.

³⁷⁵ Es importante tener en cuenta que la investidura del Presidente es de tipo personal, pues él presenta su programa de gobierno al Congreso de los Diputados pero no a los miembros de su gabinete. “Esta forma de investidura configura un gobierno con clara preeminencia de su presidente” COTARELO, Ramón. MALDONADO, Juan. ROMÁN, Paloma. *Sistemas políticos de la Unión Europea*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, 1993. p. 96.

comisiones delegadas de gobierno, que son las encargadas de redactar las proposiciones legislativas. Los vicepresidentes, por su parte, tienen funciones de colaboración con el Presidente, especialmente mediante su presidencia de la Comisión General de Subsecretarios, aunque un vicepresidente puede ser el titular de una cartera ministerial simultáneamente. Además, lo sustituyen temporalmente en caso de fallecimiento o ausencia por enfermedad o viaje. Adicionalmente, la Constitución contempla que cualquier otra función pública es incompatible con la de ser miembro del gobierno, así como el ejercicio de cualquier actividad profesional o mercantil. Como todo órgano ejecutivo, el Gobierno español dicta decretos y reglamentos, y su actuación debe guiarse por los principios de objetividad, eficacia, coordinación y sostenimiento de la ley y del derecho, de acuerdo con la Constitución, que establece además que deberá organizarse de forma jerárquica, descentralizada y desconcentrada³⁷⁶.

La relación entre el Gobierno y las Cortes Generales está basada en la confianza propia de un sistema parlamentario. Por un lado, el Presidente puede proponer la disolución del Congreso de los Diputados, del Senado o de ambas cámaras, salvo en los casos en los que se haya propuesto una moción de censura, que será decretada por el Rey, quien a su vez deberá convocar a elecciones³⁷⁷. Por otro lado, el Presidente podrá ser destituido a través de una moción de censura propuesta por una décima parte del Congreso de los Diputados y aprobada por una mayoría absoluta, lo que constituye un control político del ejercicio de sus funciones³⁷⁸. Adicionalmente, como en el caso francés, el Gobierno puede promover una cuestión de confianza, mediante la cual solicita al Congreso de los Diputados su confianza en una cuestión de política general o de su programa de gobierno. Para promoverla, el Presidente deberá deliberar la decisión en Consejo de Ministros y necesitará de mayoría simple para que sea aprobada. En caso contrario, el gobierno cesa y se deberá realizar una nueva investidura³⁷⁹.

³⁷⁶ PRIETO SANCHÍS. *Introducción* ..., op. cit. p. 42.

³⁷⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Introducción* ..., op. cit. p. 56.

³⁷⁸ La moción de censura se caracteriza por ser de carácter “«constructivo», expresión con la que se quiere decir que la moción debe servir no sólo para derribar al gobierno, sino también para otorgar la confianza a un nuevo Presidente del Gobierno (...)” PRIETO SANCHÍS. *Introducción* ..., op. cit. p. 41.

³⁷⁹ “La confianza de las Cortes - más estrictamente, del Congreso - se configura como título justificativo de la formación y mantenimiento del gobierno, aparte de su fáctica legitimidad en virtud del mandato cuasi-directo de los electores, en procesos electorales fuertemente personalizados y partidizados. Pues, como paso adicional

En materia de competencias excepcionales del Gobierno, el artículo 116 de la Constitución contempla tres hipótesis en las cuales el Gobierno las adquiere: el Estado de alarma, el Estado de excepción y el Estado de sitio. En el primer caso, el Gobierno declarará el estado de alarma, mediante un decreto acordado en el Consejo de Ministros e informará al Congreso de los Diputados, cuando se altere gravemente la normalidad, debido a catástrofes naturales o accidentes de gran magnitud, crisis sanitarias, paralización de servicios públicos esenciales o situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad. En estos casos, la excepcionalidad será de 15 días, prorrogables, previa autorización del Congreso de los Diputados.

En el segundo caso, el estado de excepción será declarado por el Gobierno por decreto acordado en Consejo de Ministros, pero con autorización previa del Congreso de los Diputados, que determinará expresamente los efectos, la duración y el ámbito territorial de la situación excepcional. De cualquier forma, el plazo no podrá exceder de treinta días, prorrogables por un plazo igual. El estado de excepción se declarará cuando se hayan alterado gravemente el orden público, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos o el normal funcionamiento de las instituciones, a tal punto que las potestades ordinarias del Estado resulten insuficientes para su restablecimiento.

En el tercer caso, el estado de sitio será declarado por una mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, determinando su duración, ámbito territorial y condiciones. El estado de sitio será declarado cuando se amenace con una insurrección o contra la soberanía o independencia de España, lo que incluye su integridad territorial y el ordenamiento de la Constitución. En ninguno de los casos anteriores se podrá disolver el Congreso, ni podrá interrumpirse el funcionamiento de los demás poderes del Estado.

para el logro de un sistema estable, la Constitución apuesta claramente por el reforzamiento de los mecanismos de intermediación partidista: no sólo por el reconocimiento repetido y explícito de la existencia y papel de los partidos (así en sus artículos 6, 99, 127, indirectamente, 78), sino por la previsión de un sistema electoral para el Congreso que, al introducir el sufragio proporcional en circunscripciones provinciales, con un número límite de diputados, reduce el número de los partidos en presencia, y les confiere un papel predominante en el proceso electoral, así como en el parlamentario” LÓPEZ GUERRA. El Derecho ..., op. cit. p. 22.

El órgano legislativo de España es bicameral y se denomina Cortes Generales, compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado, cada uno de los cuales tiene su propio sistema electoral³⁸⁰. En el caso del Congreso de los Diputados, que se compone de 350 escaños, la circunscripción electoral es la provincia, con dos escaños asignados a cada una y, los demás escaños distribuidos según la población de cada una, mientras que las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla eligen un representante cada una y, en todos los casos el decreto de convocatoria a elecciones establece el número de diputados a elegir en cada circunscripción.

En el caso del Senado, que está diseñada como una cámara de representación territorial, de acuerdo con el artículo 69.1 de la Constitución, los integrantes son elegidos en circunscripciones provinciales, eligiendo cuatro senadores en cada una, por sufragio universal directo, además de un senador por cada millón de habitantes y un senador por cada Comunidad Autónoma. No obstante, en las provincias insulares, cada Isla o agrupación de ellas con cabildo o consejo insular (Gran Canaria, Mallorca y Tenerife) constituye una circunscripción a efectos de la elección de senadores correspondiendo tres a cada una de las islas mayores y uno a cada una de las demás islas o agrupaciones (Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma)³⁸¹.

La duración del mandato tanto de los diputados como de los senadores es de cuatro años, salvo que el Rey disuelva la cámara antes de que se cumpla el mandato. Dicha disolución puede producirse por la imposibilidad de investir a un Presidente de Gobierno, pasados dos meses desde la primera votación de investidura; luego de que se haya aprobado una reforma constitucional a través del proceso de reforma agravado, contemplado en el artículo 168 de la Constitución, o cuando el Presidente del Gobierno así lo desee. Sin embargo, en estos dos últimos casos entrará en funciones la Diputación Permanente, aunque no continuará el proceso legislativo de los proyectos y proposiciones que no hayan concluido el trámite de aprobación.

³⁸⁰ “En España no hay un solo sistema electoral, sino varios, según el tipo de órgano que se trate de elegir: elecciones al Congreso y al Senado, elecciones autonómicas, municipales y europeas. Todas ellas menos las autonómicas están reguladas en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de junio de 1985. De ellas, las más importantes son las legislativas al Congreso y al Senado”. COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 105.

³⁸¹ TARDIF, *Sistemas ...*, op. cit. p. 93.

Aunque el Congreso y el Senado son cámaras colegisladoras, por lo general, las cámaras sesionan de manera separada. Las Cortes generales solamente se reúnen conjuntamente al inicio de cada legislatura, cuando el Rey les dirige un mensaje y en las ocasiones reglamentadas por el artículo 74.1 constitucional, que se refiere a la sucesión de la corona y el juramento del rey. Además, las funciones de ambas cámaras no son equiparables, ya que el Congreso tiene una serie de funciones y facultades que lo hacen prevalente. Entre ellas, se destaca el hecho de que es el Congreso el que autoriza la formación del gobierno y puede provocar su cese, pues el Senado no participa de los procesos de moción de censura y cuestión de confianza o de la acusación por traición o cualquier delito contra los miembros del gobierno. Además, conoce en primer lugar de los proyectos legislativos, los presupuestos y debe confirmar o rechazar las enmiendas y los vetos que el Senado puede aprobar sobre los textos legislativos y, frente a los decretos leyes, promulgados por el gobierno en caso de emergencia, solamente el Congreso es el encargado de convalidarlos.

El Senado, por su parte, al ser una cámara territorial, tiene competencias protagónicas en lo referente al desarrollo autonómico y la política regional³⁸², como la prioridad en el examen parlamentario de los convenios de cooperación entre las Comunidades Autónomas y la prioridad en el proceso de distribución entre las Comunidades Autónomas y las provincias de algunos recursos. Adicionalmente, cuando un proyecto o proposición de ley ha sido aprobado por el Congreso, el Senado cuenta con dos meses para pronunciarse. Esto ha hecho que el Senado sea considerado “una cámara de «reflexión» sobre los textos legales previamente elaborados por el Congreso”³⁸³, esto porque además no se le han conferido las potestades necesarias para ejercer como cámara territorial, pues también en estas materias sus decisiones están subordinadas a las del Congreso. Aprobada una ley por ambas cámaras, esta debe ser sancionada por el Rey y publicada en el Boletín Oficial del Estado.

³⁸² El senado puede interponer un veto a un proyecto de ley aprobándolo por mayoría absoluta, pero el Congreso puede, a su vez, levantarlo también por mayoría absoluta o, incluso, simple, si han pasado dos meses desde que se interpusiera. Al respecto, TARDIF. *Sistemas ...*, op. cit. p. 93.

³⁸³ PRIETO SANCHÍS. *Introducción ...*, op. cit. p. 41.

Por otro lado, el Estado español está organizado territorialmente en municipios, provincias y Comunidades Autónomas³⁸⁴. De estos, las últimas resultan especialmente interesantes pues su existencia determina las principales características del ordenamiento jurídico³⁸⁵, ya que son concebidas como los entes administrativos idóneos para administrar en la medida en la que se encuentran cercanos a los administrados, lo que les posibilita identificar criterios de homogeneidad social y política³⁸⁶. La Constitución de 1978, dio la posibilidad a los territorios con una personalidad histórica propia de autogobernarse y proteger sus intereses, claro está, dentro de los límites que les impone la misma norma fundamental. En total, España está integrada por diecisiete autonomías con competencias legislativas y ejecutivas, aunque las competencias de cada una de las comunidades son distintas, de acuerdo con lo que se haya establecido previamente en el Estatuto de Autonomía.

El artículo 147.2 de la Constitución establece como contenidos mínimos y obligatorios de los Estatutos de Autonomía, «*la denominación y organización de las instituciones autónomas propias*» por lo cual, los estatutos constituyen la única norma que puede determinar el sistema y la forma de gobierno de cada una de las comunidades³⁸⁷. Una vez que se ha aprobado el Estatuto de Autonomía, este constituye una protección formal de los derechos constitucionales de las comunidades, por lo cual no podrá ser modificado sin la conformidad de la propia Comunidad.

³⁸⁴ Con respecto a esta forma de organización BARÓ PAZOS *et al.* explican que “[u]n nuevo enfrentamiento civil entre los españoles evidenciaba sus diferencias y ponía fin a un régimen que había intentado, sin conseguirlo, resolver de una vez por todas el problema del Estado. Un problema que lo ha sido en los momentos pasados, y que parece seguir siéndolo en los tiempos presentes, aún cuanto que la solución prevista en la vigente Constitución de 1978, el Estado de las autonomías, se muestra insuficiente hoy, desde la perspectiva de distintos territorios”. BARÓ PAZOS, Juan. “La organización territorial del Estado a través de la historia constitucional española” En ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo. SERNA VALLEJO, Margarita (coords). *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009. p. 124.

³⁸⁵ Al respecto COTARELO explica: “*El estado de las Comunidades Autónomas es el intento que hace la Constitución de 1978 en su Título VIII por acomodar (...) realidades contradictorias, esto es, la existencia de un Estado español compuesto, en realidad, como un mosaico de partes muy desiguales. La fórmula de las Comunidades Autónomas era una global para encubrir una realidad dual, la de unas zonas del país con clara y acusada personalidad propia (Cataluña, País Vasco, Galicia) y la de otras donde esto no se daba*”. COTARELO. MALDONADO. ROMÁN. *Sistemas ...*, op. cit. p. 91.

³⁸⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. *Introducción ...*, op. cit. p. 51.

³⁸⁷ GONZÁLEZ DEL CAMPO, Luis. “Los parlamentos autonómicos después de las reformas estatutarias” En ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo. SERNA VALLEJO, Margarita (coords). *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009. p. 425.

Adicionalmente, los Estatutos forman parte del «*bloque de constitucionalidad*», según el artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en la medida en la que constituyen un parámetro para determinar la validez de las leyes. Así pues, dentro del ordenamiento autonómico, el Estatuto se encuentra en la cúspide de la pirámide de fuentes de derecho, por ser los encargados de determinar los criterios de validez formal y material de las demás normas del ordenamiento³⁸⁸.

En consecuencia, las competencias del Estado se refieren al aseguramiento de la unidad y la soberanía, las relaciones exteriores, la defensa nacional, aduanas y el derecho civil y penal, entre otros, mientras que las comunidades tienen competencia en lo que se refiere sus intereses económicos, su identidad cultural y el orden público al interior de cada una de ellas. Además, hay ciertas materias de competencia compartida, en las que la Comunidad solamente puede ejercer un poder reglamentario, a partir de las leyes emitidas por las Cortes Generales. No obstante, en las materias que no sean asumidas por las Comunidades Autónomas en sus estatutos, el Estado conserva su competencia.

La relación entre el Estado y las autonomías está regida por el principio de solidaridad territorial y cooperación. Además, encuentra su fundamento en el texto constitucional, que establece las materias en las cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias y, cuales son de reserva absoluta o relativa de la organización central³⁸⁹. Los artículos 148 y 149 de la Constitución enumeran, respectivamente, cuales son las competencias de las Comunidades Autónomas y cuales las del Estado, por lo cual la relación entre estos no es de jerarquía, sino que está regida por el principio de competencia. Sin embargo, en el artículo 149.3, la misma Constitución afirma que en caso de necesidad, el derecho del Estado será supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas³⁹⁰ y, por disposición del mismo artículo, en caso de conflicto entre las normas del Estado y las normas

³⁸⁸ AGUDO ZAMORA, Miguel *et al. Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos, Madrid, 2013. p.

³⁸⁹ TARDIF. *Sistemas ...*, op. cit. p. 87.

³⁹⁰ BALAGUER CALLEJÓN explica que “A través de la supletoriedad del Derecho estatal se pretende promover al mismo tiempo la plenitud y la unidad del ordenamiento: por un lado, intentado evitar lagunas que no pudieran cubrirse (previsibles debido al proceso de descentralización hasta tanto las Comunidades Autónomas ejercitaran sus competencias) y, por otro lado, obligando a las Comunidades Autónomas a recurrir al Derecho estatal (y no a otros ordenamientos) como mecanismo de heterointegración.” BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Introducción Al Derecho Constitucional*. 1ª ed. Tecnos, Madrid, 2013. p. 124.

autonómicas, prevalecerán las primeras, salvo que la competencia sobre la materia se haya atribuido a la Comunidad Autónoma de manera exclusiva por la Constitución. Por ello, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, los ordenamientos jurídicos autonómicos se encuentran en posición de paridad con el ordenamiento estatal, en el sentido de que la validez de ambos sistemas está dada por la Constitución, a tal punto, que puede reconocerse que las entidades gubernativas de las Comunidades tienen cualidad de estatales³⁹¹.

Cuando, a pesar de la delimitación de competencias, se presentan conflictos entre la autoridad estatal y la autoridad autonómica, es el Tribunal Constitucional el encargado de dirimirlos, pues en materias de competencia de la Comunidad Autónoma, el gobierno central no puede ejercer ningún control. En todo caso, el gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas de las comunidades, con efecto suspensivo. Tanto para resolver los conflictos de competencia, como para determinar la validez de una norma, el Tribunal deberá basarse en el Estatuto de Autonomía de cada una de las comunidades y en la Constitución³⁹². Frente a la organización interna de las Comunidades Autónomas, es necesario apuntar que esta difiere de unas a otras, aunque el Presidente de la Comunidad es el Presidente del Consejo de Gobierno y la máxima autoridad, además que representa al Estado, en todos los casos³⁹³, a pesar de que el gobierno central no puede intervenir en las administraciones de las Comunidades Autónomas³⁹⁴.

Cabe destacar que la Constitución también contempla otros órganos consultivos o de control. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado tiene la función de órgano consultivo del gobierno de acuerdo con la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado. Esta ley indica en su artículo 1.2 que el Consejo «*ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes*». Esta autonomía en el ejercicio de sus funciones se materializa en que no recibe órdenes directas de ninguna otra autoridad, los consejeros permanentes son inamovibles y elaboran su propio presupuesto. Además del presidente y el Secretario General, el Consejo de Estado cuenta con

³⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio.

³⁹² PRIETO SANCHÍS, *Introducción ...*, op. cit. p. 98.

³⁹³ *Ibidem*, p. 44.

³⁹⁴ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN, *Sistemas ...*, op. cit. p. 96.

consejeros permanentes designados por el Gobierno, los consejeros natos, que son los titulares de determinadas instituciones y los consejeros electivos, nombrados por el Gobierno por un periodo de cuatro años, de entre personas que haya desempeñado cargos de relevancia dentro de los distintos poderes públicos³⁹⁵.

Finalmente, cabe decir que además presenta informes sobre el contenido jurídico de cuantos asuntos se sometan a su consulta, y puede elevar al Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto cuando lo considere oportuno. También existe un Consejo Económico y Social, que participa en la planificación de la economía nacional y un Tribunal de Cuentas, que se encarga del control contable del Estado y depende de las Cortes Generales³⁹⁶.

c. Sistema judicial

En España la justicia se administra en el nombre del Rey. El poder judicial en España está organizado jerárquicamente, en lo referente a los recursos y al ámbito disciplinario, y es unitario, es decir que las Comunidades Autónomas no tienen competencias judiciales, contrario a lo que sucede con los poderes ejecutivo y legislativo. Territorialmente, el poder judicial está dividido en municipios, partidos judiciales que están integrados por uno o varios municipios limítrofes, provincias y Comunidades Autónomas, cada una de las cuales cuenta con un Tribunal Superior de Justicia, que son “*órganos del Estado en la comunidad autónoma, pero no pertenecen a ella como órganos propios de la comunidad autónoma*”³⁹⁷. La función jurisdiccional corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, cuyo gobierno se encuentra encomendado al Consejo General del Poder Judicial y la competencia

³⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, *Introducción ...*, op. cit. p. p. 94.

³⁹⁶Con respecto a la organización del Estado español TARDIF asegura que “*Es de destacarse que en España los órganos de poder constitucional no son únicamente los tres poderes clásicos (Ejecutivo, Legislativo, y Judicial), sino que existe una división horizontal y vertical de poderes, al contemplarse seis órganos constitucionales diferentes del mismo rango representativo: el cuerpo electoral, el rey, el Presidente del Gobierno, el Tribunal Constitucional, el Parlamento y el Poder Judicial. En la división vertical el único órgano que permanece invariable en las comunidades autónomas es el Poder Judicial. Esta división tan amplia otorgó un equilibrio más afianzado del poder*”TARDIF, *Sistemas...*, op. cit. p. 90.

³⁹⁷ ALZAGA VILLAAMIL. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ. RODRÍGUEZ ZAPATA. *Derecho...*, op. cit. p. 617.

legislativa al respecto es de las Cortes Generales. No obstante, las Comunidades Autónomas pueden gestionar los medios personales y materiales, sobre los cuales no se hayan pronunciado las Cortes.

El aparato judicial en España está dividido en cuatro órdenes jurisdiccionales: civil, penal, contencioso-administrativo y social. Simultáneamente, se organiza a partir de una jerarquía, que está integrada por Juzgados de Paz; Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria; Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, y Tribunal Supremo, donde los primeros conocen de los asuntos en primera instancia, mientras que los de mayor rango confirman, revocan o modifican las decisiones de los inferiores, a través de los recursos que se interponen contra las decisiones de primera instancia.

En los municipios que no sean capitales de partidos judiciales, se ubican los Juzgados de Paz, con jueces legos que tienen un periodo de cuatro años y tienen jurisdicción civil y penal, sobre los asuntos cuya importancia no se considera suficiente para ser llevados ante la justicia profesional. En los partidos judiciales se ubican uno o varios Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que tienen competencia en materia civil, penal, contencioso-administrativa, social, de vigilancia penitenciaria y de menores. Además, allí también se encuentran Juzgados de Violencia sobre la Mujer. En las capitales de las provincias funciona una Audiencia Provincial que adopta el nombre de la ciudad donde se encuentra, con competencias en materia civil y penal. Además, allí también existen juzgados en materia Mercantil, de lo Penal, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores. Finalmente, como se dijo, en las Comunidades Autónomas funciona un Tribunal Superior de Justicia, que están integrados por Salas de lo Civil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social.

Adicionalmente, existen órganos judiciales con competencia nacional. En primer lugar, se encuentra la Audiencia Nacional, que está integrada por tres salas: de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social y cuenta con un presidente, los presidentes de sala

y los magistrados. En materia penal, la Audiencia Nacional conoce de los hechos delictivos que por sus características afectan a la totalidad del Estado, como el terrorismo, por ejemplo. Finalmente, el órgano de cierre es el Tribunal Supremo, con sede en Madrid y competencia en todas las materias. Adicionalmente, conoce en única instancia de los procesos civiles y penales contra el presidente y los ministros del Gobierno, los Senadores y Diputados y los miembros del propio Tribunal Supremo, entre otros funcionarios públicos. Asimismo, existen los Juzgados Centrales de Instrucción, los Juzgados Centrales de lo Penal, los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo, los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria y el Juzgado Central de Menores³⁹⁸.

La jurisdicción constitucional está encomendada al Tribunal Constitucional por la Constitución de 1978 y regulada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 1979. La Constitución otorga al Tribunal la función de ser el máximo intérprete de la Constitución, por lo cual esta es definitiva y vinculante para todas las ramas del poder público, incluyendo a los jueces. El Tribunal ejecuta esta competencia a través del control de constitucionalidad de las leyes, del recurso de amparo y de la solución de los conflictos de competencia que surjan entre las Comunidades Autónomas y el Estado, o entre los distintos órganos de este último. En el primer caso, el Tribunal determina si una ley es contraria a la Constitución y, en consecuencia, la declara inválida, retirándola del ordenamiento, ya sea porque ante él se ha interpuesto un recurso de inconstitucionalidad o bien, porque se ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad. El recurso de inconstitucionalidad es un sistema de control concentrado, que solo puede ser iniciado por el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores o los órganos colegiados de las Comunidades Autónomas.

La cuestión de constitucionalidad está establecida en el artículo 163 de la Constitución, según el cual *«cuando un órgano jurisdiccional considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos»*. Así

³⁹⁸ PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2016. p. 715.

pues, aunque la legitimación activa para interponer la cuestión de inconstitucionalidad corresponde solamente a los jueces, las partes en el proceso pueden instar a los jueces a promover la cuestión. En el segundo caso, el artículo 53 de la Constitución, en el segundo apartado, reconoce a cualquier ciudadano el derecho de buscar la tutela de las libertades y derechos fundamentales, a través de un recurso rápido, es decir el derecho de interponer un recurso de amparo, sobre el cual el artículo 161 constitucional otorga competencia al Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional resuelve los conflictos de competencia entre las comunidades autónomas, entre estas y el Estado y entre los órganos del propio Estado, lo que también le permite velar por el cumplimiento de las disposiciones constitucionales, en la medida en la que las competencias de todos estos entes estatales están definidas en la Constitución³⁹⁹. Finalmente, el Tribunal tiene otras competencias, como el control preventivo de los tratados y convenios internacionales, las impugnaciones de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas, reguladas en el título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y, la solución de los conflictos que surjan por la defensa de la autonomía local que planteen los municipios y provincias frente a las leyes del Estado o de una Comunidad Autónoma.

El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey. El Congreso de los Diputados y el Senado proponen cada uno cuatro miembros, a través de una votación en las que el candidato debe obtener una mayoría de dos tercios en cada cámara. Por su parte, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial proponen dos miembros cada uno. Para ser nombrado miembro del Tribunal Constitucional, se deben tener quince años de experiencia como abogado, fiscal, juez o funcionario público. El Periodo es de nueve años, pero el Tribunal se renueva por tercios cada tres años. Como se ve, en la conformación del Tribunal participan todos los poderes del Estado, aunque las Cortes Generales tienen un mayor protagonismo, al nombrar ocho de los doce miembros⁴⁰⁰.

³⁹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ. *Introducción...*, op. cit. p 57.

⁴⁰⁰ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ explica que: “El nombramiento de los miembros del tribunal constitucional es político, pues la dirección del Estado es esencialmente política [y] la organización manifiesta el proceso mismo de formación del Estado, que se funda en criterios políticos (...)”. *Ibidem*, p 56.

Por último, el gobierno del poder judicial corresponde al Consejo General del Poder Judicial, que tiene competencias de naturaleza administrativa, entre las que destacan las relativas a la carrera judicial. Este órgano, regulado por el artículo 122 de la Constitución, tiene como función principal velar por la independencia de los órganos judiciales frente a los otros poderes del Estado. Se compone de veintiún miembros, diez elegidos por cada una de las cámaras legislativas y un presidente, que es el presidente del Tribunal Supremo.

d. Fuentes de derecho

Como la mayoría de los sistemas jurídicos del continente europeo, el derecho español está basado en la primacía de la ley, entendida en sentido amplio como norma escrita que emana de un poder público⁴⁰¹, en contraposición con el derecho jurisprudencial que caracteriza a los sistemas del *common law* que ya se han descrito. De acuerdo con el artículo 1,1 del Código Civil Español «*las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*». A esto, hay que anteponer la Constitución de 1978 que es la norma suprema de todo el ordenamiento y contiene, no solo una parte orgánica, sino una amplia carta de derechos que son de aplicación directa, por lo cual la Constitución tiene un verdadero carácter normativo⁴⁰².

La complejidad del sistema de fuentes de derecho español está ligada a la organización territorial, pues las Comunidades Autónomas también producen una importante cantidad de normas jurídicas. La validez de estas normas está determinada por la delimitación de competencias que establece la Constitución, que, como se explicó anteriormente, distribuye las materias que deben ser reguladas por los órganos centrales y por los órganos comunitarios. Por tanto, entre ellos no existe una relación de subordinación jerárquica, sino que cada uno de los órganos legislativos debe limitarse a regular las materias que se encuentran dentro de su ámbito competencial⁴⁰³.

⁴⁰¹ LATORRE, Angel. *Introducción al Derecho*. Ariel, Barcelona, 1985. p. 50.

⁴⁰² PRIETO SANCHÍS. *Introducción ...*, op. cit. p. 18.

⁴⁰³ El Tribunal Constitucional en la sentencia 214/1989 de 21 de diciembre estableció que «*el orden de fuentes en un ordenamiento compuesto es el establecido por el bloque de la constitucionalidad*» y luego aclara que el bloque de constitucionalidad se compone de dos elementos interconectados que son, por un lado, un conjunto

i. La Constitución

Como se explicó anteriormente, la Constitución española de 1978 es fruto de un compromiso entre distintas fuerzas políticas que buscaban salir de la dictadura franquista e implementar un sistema democrático en el país⁴⁰⁴. Por ello, la Constitución está basada en la defensa de los derechos humanos, que reconoce ampliamente, y busca promover la reforma social. Además, establece los principios de organización del Estado, los poderes públicos, y las competencias y funciones de cada uno de sus órganos. También define el principio de legalidad, la igualdad ante la ley, la no discriminación, y la autonomía de las administraciones territoriales como los principios fundamentales de la identidad estatal⁴⁰⁵.

Como consecuencia de sus antecedentes históricos, la Constitución es eminentemente normativa, es decir que “*está redactada desde el empeño por conseguir que en todo momento haya de ser cumplida por los poderes públicos*”⁴⁰⁶. Más aún, su intención es ser el centro del ordenamiento jurídico⁴⁰⁷, estableciendo en el artículo 9.1 que «*[l]os ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*»⁴⁰⁸. En consecuencia, se prevén mecanismos de aplicación directa, como la cuestión de constitucionalidad y el recurso de amparo, mediante los cuales se hacen exigibles los derechos fundamentales que se consagran en ella.

de normas que delimitan las competencias de cada órgano y que regulan los procesos de producción jurídica y, por otro lado, el orden interno de las Comunidades Autónomas que está integrado por los Estatutos de Autonomía y todas las leyes que, se dicten para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o para regular o armonizar las de éstas.

⁴⁰⁴ COTARELO. MALDONADO. ROMÁN. *Sistemas ...*, op. cit. p. 88.

⁴⁰⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. *Introducción ...*, op. cit. p. 50.

⁴⁰⁶ ALZAGA VILLAAMIL. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ. RODRÍGUEZ ZAPATA. *Derecho ...*, op. cit. p.197.

⁴⁰⁷ BALAGUER CALLEJÓN explica que: “*La Constitución de 1978 supone, respecto del sistema de fuentes del derecho, una transformación esencial en relación con nuestras constituciones históricas: la propia constitución se configura ahora como derecho, situándose en el centro mismo del ordenamiento jurídico*”. BALAGUER CALLEJÓN, *Introducción ...*, op. cit. p. 100.

⁴⁰⁸ LÓPEZ GUERRA explica que: “*La idea de la Constitución como norma, (...), se ha asentado - sobre la base, entre otros, del artículo 9.1 de la Constitución - como principio esencial del nuevo orden constitucional. La discrecionalidad del legislador debe moverse forzosamente dentro de los cauces constitucionales, en incluso, el mismo texto constitucional puede resultar de aplicación directa, caso de falta de desarrollo legislativo: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo a partir de su sentencia 15/1981, en el caso objeción de conciencia vino a dejar este punto claro*” LÓPEZ GUERRA. *El Derecho...*, op. cit. p. 21.

La carta de derechos contenida en la Constitución tiene dos características fundamentales. En primer lugar, el listado de derechos es considerablemente extenso, sobre todo si se compara con el contenido por otras constituciones de épocas anteriores, incluyendo, no solo los derechos y libertades clásicos, que encuentran su origen en la Revolución Francesa, sino una serie de derechos económicos y sociales, así como importantes derechos colectivos⁴⁰⁹. En segundo lugar, el complejo mecanismo diseñado para hacerlos eficaces, pues según la categoría de derechos de los que se trate, el mecanismo para exigir la tutela de los mismo varía. La mayor parte de los derechos y libertades tradicionales que son aquellos que aseguran la libertad de las personas y los que permiten la participación política, incluidos en el Título I, reciben el máximo grado de protección, al ser directamente exigibles a través del recurso de amparo.

Una segunda categoría la integran el derecho-deber de defender España, el derecho al matrimonio, el derecho a la propiedad privada y a la herencia, el derecho de fundación, el derecho-deber al trabajo y el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Finalmente, los derechos de carácter económico y social, son objeto de tutela judicial, a través del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, mediante el cual se garantiza que las mismas no se aparten o contradigan el objetivo de la Constitución de brindar bienestar a los españoles. Además, para poder ser exigidos ante los tribunales, estos derechos requieren haber sido desarrollados por una ley⁴¹⁰.

No obstante, y a pesar de que la Constitución denomina las previsiones económicas y sociales «*principios rectores*» en el capítulo III, de la sección 2, del Título I, salvo por el derecho a la educación que sí tiene carácter fundamental, estas se han visto potenciadas por ser el “*eje de la discusión política y de las mismas alternativas de gobierno*”⁴¹¹, en gran medida porque la misma Constitución determina que España es un *Estado Social y Democrático de Derecho*. Esto implica que el Estado debe regirse por normas jurídicas, que la soberanía corresponde

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁴¹⁰ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Introducción ...*, op. cit. p. 48. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, *Introducción...*, op. cit. p. 37.

⁴¹¹ LÓPEZ GUERRA, *El Derecho ...*, op. cit. p. 28.

a los españoles, que se compromete con la tutela de las necesidades básicas y propende por el bienestar de sus ciudadanos, además que aspira a la igualdad y la justicia social⁴¹².

Adicionalmente, la Constitución prevé dos mecanismos para su defensa. Por una parte, encomienda al Tribunal Constitucional el control exclusivo de constitucionalidad de las leyes, a través del recurso de inconstitucionalidad o de un mecanismo extraordinario de control sobre los estados de alarma, excepción y sitio⁴¹³. De acuerdo con el artículo 164 constitucional, las sentencias del Tribunal Constitucional tienen valor de cosa juzgada y no cabe contra ellas ningún recurso, lo que fortalece la posición del Tribunal como máximo intérprete de la Constitución y, además, le otorga la misión de salvaguardar la integridad del ordenamiento, pues por medio de la misma disposición se establece el efecto *erga omnes* de sus sentencias⁴¹⁴.

Por otra parte, la Constitución es un texto rígido que prevé mecanismos complejos para su reforma, lo que ha llevado a que haya sufrido muy pocas modificaciones desde su promulgación. De acuerdo con la materia que se quiera reformar, el proceso es más o menos complejo. Si la posible reforma se refiere a la fórmula política o a la forma de gobierno (Título preliminar), a los derechos fundamentales (capítulo II, sección I del Título I), a la Corona (Título II) o a la totalidad de la Constitución, se requiere que sea aprobada por dos tercios de cada una de las cámaras de las Cortes Generales, las cuales luego serán disueltas, se convocará a elecciones y las nuevas cortes deberán ratificar la reforma por una mayoría de dos tercios en cada cámara. Luego, la reforma deberá ser sometida a referéndum. En los demás casos, es decir cuando la reforma se refiera a otras materias, el procedimiento es un poco más sencillo, siendo necesaria la aprobación por mayoría de tres quintos en cada cámara o, de dos tercios en el Congreso, en el caso de que el Senado se oponga a la reforma. En estos casos solo se realizará el referéndum si lo solicita una décima parte de los parlamentarios⁴¹⁵.

⁴¹² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI. *Introducción...*, op. cit. p. 44. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, *Introducción...*, op. cit., p. 22.

⁴¹³ COTARELO, MALDONADO, ROMÁN. *Sistemas ...*, op. cit. p. 89.

⁴¹⁴ TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*. Atomo Ediciones, Madrid, 1988. p. 80.

⁴¹⁵ COTARELO. MALDONADO, ROMÁN. *Sistemas ...*, op. cit. p. 90.

Por último, se debe destacar que el artículo 93 Constitucional afirma que «*mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*», lo que se ha denominado la “*apertura constitucional*”⁴¹⁶, pues a partir de esta clausula se ha permitido la integración de España en la Unión Europea, la sujeción al derecho de ésta con efecto directo y preferente sobre el estatal, y la correspondiente transferencia de competencias, lo que sucedió solo seis años después de aprobada la Constitución, sin necesidad de una reforma constitucional. Este hecho, ha tenido efectos en todos los campos jurídicos y políticos pues, cada vez con mayor intensidad, la Unión Europea ha intervenido en el ámbito interno de los Estados miembros y ha ampliado sus competencias, lo que ha sido posible, en el caso español, por la existencia del artículo 93 constitucional.

ii. Legislación.

Luego de la Constitución, la ley es la fuente jurídica más importante dentro del ordenamiento español, a tal punto que “*la dimensión de supremacía resulta indiscutible en nuestro sistema, de manera que la ley puede establecer el régimen jurídico de cualquier materia y, una vez que lo hace, todas las demás normas deben respetar sus prescripciones*”⁴¹⁷. Existen varias normas con fuerza de ley y no todas ellas son promulgadas por las Cortes Generales, sino que también el Gobierno y los órganos legislativos autonómicos pueden emitir normas de este tipo, en el ámbito de sus competencias y en determinadas circunstancias.

El proceso legislativo en las Cortes Generales puede iniciar de diversas formas. Por lo general es el Gobierno quien presenta proyectos de ley, pero también un grupo de parlamentarios, ya sea del Congreso o del Senado pueden presentar una proposición y tienen iniciativa legislativa las Asambleas de las Comunidades Autónomas. Igualmente, salvo en las materias reservadas a leyes orgánicas, materias tributarias, de carácter internacional, prerrogativas de gracia y reforma constitucional, se puede presentar una iniciativa popular con 500.000 firmas.

⁴¹⁶ LÓPEZ GUERRA. *El Derecho...*, op. cit. p. 29.

⁴¹⁷ PRIETO SANCHÍS. *Introducción...*, op. cit. p. 22.

Luego, todos los proyectos o proposiciones son presentados ante la Mesa del Congreso, que ordena su publicación, abre el proceso de enmienda y lo envía a la Comisión correspondiente, donde se debate el proyecto y después se envía al pleno para otro debate. A continuación, el Senado cuenta con dos meses para debatir y aprobar el texto, salvo en los casos en los que el proyecto haya sido declarado urgente por el Congreso o por el Gobierno, en los que el plazo es de veinte días. El Senado puede aprobar el proyecto, enmendarlo, o vetarlo. Cuando un proyecto es aprobado, debe ser sancionado por el Rey y publicado en el Boletín Oficial para ser ley.

Ahora bien, existen ciertas materias que están reservadas a las leyes orgánicas, lo que implica que para su aprobación el trámite es más complejo, pues incluye la aprobación por mayoría absoluta del Congreso ya que busca garantizar mayor debate y mayor protección de los derechos y libertades que en ellas se regulan⁴¹⁸. Entre otras, son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, los estatutos de autonomía, el régimen electoral, la aprobación de tratados internacionales y la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio. Así mismo, dentro de ellas se destacan los Estatutos de Autonomía que, aunque son aprobados con carácter de ley orgánica, la Constitución les otorga características muy especiales, por ser la norma básica de cada Comunidad Autónoma, a la que ha de sujetarse su organización y funcionamiento⁴¹⁹.

Del mismo modo, los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas tienen la potestad de dictar leyes en el ámbito de sus competencias. Dentro de la jerarquía normativa, las leyes autonómicas se ubican en el mismo rango que las leyes de las Cortes Generales y éstas también se promulgan en el nombre del Rey. Así pues, una ley del Estado no es superior o inferior a una ley autonómica, sino que cada una tiene plena vigencia y validez en el ámbito de su competencia.

En cuanto a los decretos legislativos, se trata de normas delegadas, pues son producto de la delegación que hacen las Cortes Generales, al autorizar al Gobierno para que emita normas

⁴¹⁸ PRIETO SANCHÍS, *Introducción...*, op. cit. p. 21.

⁴¹⁹ LATORRE, *Introducción...*, op. cit. p. 55.

con rango de ley en materias no reservadas a las leyes orgánicas. Así, los decretos legislativos deberán estar basados en una ley de delegación que debe manifestar el contenido de las normas que se autoriza a emitir al gobierno y debe fijar el plazo para su ejercicio y nunca será implícita o concedida por tiempo indeterminado. Además, se deberán establecer claramente los principios y criterios con base en los cuales el Gobierno debe hacer uso del poder delegado.

Los decretos ley tienen un carácter distinto, pues los dicta el Gobierno de forma autónoma cuando se presente un caso de urgente y extraordinaria necesidad. Los decretos ley están regulados en el artículo 86 Constitucional, donde se establece que estas normas son provisionales y no podrán alterar el ordenamiento de las instituciones del Estado o afectar los derechos consagrados en el Título I de la Constitución, así como tampoco el régimen electoral o a la organización de las Comunidades Autónomas. Una vez dictados, los decretos ley deberán ser debatidos y votados por el Congreso de los Diputados inmediatamente o, a más tardar, dentro de los siguientes treinta días de su promulgación. El Congreso podrá convalidarlos o derogarlos.

iii. Jurisprudencia

A pesar de que es frecuente considerar que la jurisprudencia no tiene una posición relevante dentro de las fuentes jurídicas en los países de derecho continental, es importante tener en cuenta que el valor de la jurisprudencia en estos ordenamientos es el de brindar “*elasticidad a derechos demasiado rígidos por derivar de leyes escritas poco flexibles*”⁴²⁰. No obstante, al analizar la jurisprudencia se debe distinguir entre la que emana del Tribunal Constitucional y aquella que surge en la jurisdicción ordinaria.

En principio, los jueces y tribunales solamente están sujetos al imperio de la ley en el ejercicio de sus funciones, tal como lo establece el artículo 117 de la Constitución. No obstante, al poder recurrir sus decisiones ante el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, las

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 67

interpretaciones que este realice de las disposiciones normativas resultan esenciales para el ejercicio del derecho, en el entendido que contravenirlas puede significar que la sentencia sea casada por el Tribunal. *“De esta forma el papel creativo de esta institución se fortifica enormemente, cobrando pleno sentido aquel viejo aforismo de «la ley reina pero la jurisprudencia gobierna»”*⁴²¹. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el Código Civil, en el artículo 1,6⁴²² reconoce a la jurisprudencia como una fuente complementaria dentro del ordenamiento jurídico, a través de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo⁴²³.

La situación es distinta respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues esta tiene efectos contundentes dentro del ordenamiento jurídico como se ha expresado ya. Por una parte, debido a que las funciones que cumple el Tribunal y por otra, gracias a la norma constitucional del artículo 194 que se refiere expresamente a los efectos de esta jurisprudencia, la relevancia de las sentencias de la jurisdicción constitucional es innegable. Frente a la importancia de las sentencias de constitucionalidad como fuentes dentro del ordenamiento jurídico asegura ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ que: *“(...) la doctrina se ha ido inclinando progresivamente en favor de su consideración como fuente, incluso de rango superior a la ley. A ello ha contribuido principalmente la producción de sentencias interpretativas por parte del Tribunal Constitucional, que deciden que interpretaciones de las leyes son disconformes con la Constitución o incluso cuál es la única conforme con ella. Es esta una función formalmente interpretativa que, en cambio, le está vedada a la ley. El Tribunal Constitucional crea derecho”*.

⁴²¹ Más aún, tanto en el Derecho continental como en el anglosajón, *“la jurisprudencia ejerce lo que pudiera llamarse una función compensadora en el sistema jurídico, pero con finalidades opuestas según las necesidades de cada sistema”* LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español*. Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 55.

⁴²² Código Civil español, artículo 1.6: *«la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»*

⁴²³ De hecho, asegura AGUDO ZAMORA que: *“a la jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formación por el Tribunal Supremo de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa”*. AGUDO ZAMORA, *Manual ...*, op. cit. p. 300.

iv. Costumbre

De acuerdo con el Código Civil en su artículo primero, la costumbre es una fuente auxiliar de derecho que «*sólo regirá en defecto de la ley aplicable*». Como en otros sistemas de derecho continental, para hablar de costumbre en sentido jurídico se requiere, a demás del uso, la conciencia de que ese uso es obligatorio y por tanto la consideración de esa actuación como válida y exigible dentro de una sociedad determinada⁴²⁴. Cabe resaltar, que en España se admiten costumbres generales, regionales, comarcales o locales, siempre que estas no sean contrarias al derecho, sino que suplan los vacíos del mismo. Por tanto, se puede definir la costumbre como aquel uso que tiene “*valor y fuerza vinculante, como un comportamiento social reiterado con voluntad normativa*”⁴²⁵.

v. Doctrina

La doctrina no se reconoce como una fuente de derecho en España, aunque no por ello carece de valor. A ella se otorga la función de ser medio auxiliar para la comprensión e interpretación de las normas jurídicas, dándosele la fuerza de argumento persuasivo, a las opiniones de los autores de mayor renombre y de acuerdo con la calidad de sus fundamentos⁴²⁶.

vi. Otras fuentes

El Código Civil español reconoce, además de las que ya se han mencionado, a los principios generales del derecho como fuente supletiva, que se aplicará en defecto de la ley y la costumbre. Aún así, no resulta sencillo identificar estos principios, que se caracterizan por ser aquellos que permean el ordenamiento, dándole sentido y finalidad. Por eso, a los principios generales de derecho se le ha asignado una triple función: “*como fundamento del*

⁴²⁴ LATORRE. *Introducción ...*, op. cit. p. 61.

⁴²⁵ FAJARDO, Gemma. *Las Fuentes Efectivas del Derecho Español tras la Constitución de 1978*. Anales del Centro Alzira - UNED, Valencia, 1992. p. 210.

⁴²⁶ Con respecto al valor de la doctrina científica en el Derecho, LATORRE. *Introducción ...*, op. cit. p. 67.

*ordenamiento jurídico, como criterios orientadores de la labor interpretativa y como fuente supletoria para el caso de insuficiencia de ley y costumbre*⁴²⁷.

Por último, hay que tener en cuenta que el Título preliminar del Código Civil, en el artículo 3.2 afirma que «[l]a equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita». Así que, si bien la equidad no tiene un valor determinante dentro del sistema jurídico español, como sucede en otros ordenamientos, como el inglés, por ejemplo, sí debe ser tomada en cuenta por los jueces y tribunales a la hora de tomar sus decisiones. Por tal motivo, la equidad no puede ser completamente ignorada.

5. El Derecho en Colombia.

El sistema jurídico colombiano afrontó uno de sus más grandes cambios en 1991, cuando la Asamblea Nacional Constituyente promulgó la Constitución Política que está vigente y que realizó profundas modificaciones tanto en la estructura del Estado, como en el sistema de derechos y obligaciones por el que se rigen los ciudadanos. Como se verá con más detalle a continuación, el nacimiento de esta Constitución, así como la historia del país, está marcada por distintos tipos de violencia, por lo que la redacción de una nueva Carta fundamental fue entendida como la vía para solucionar el complejo problema de orden público que atemorizó a los colombianos durante la década de 1980. Esto es lo que ALVIAR, JARAMILLO y PERAFÁN, denominan la paradoja colombiana, es decir “*la tensión entre la persistencia de las armas y de las leyes como medios para ordenar la sociedad, dirimir los conflictos y generar grandes transformaciones*”⁴²⁸.

Por una parte, Colombia tiene una amplia trayectoria de violencia social y política, cuyos protagonistas aseguran que buscan, por medio de las armas, generar un cambio radical en el

⁴²⁷ BALAGUER CALLEJÓN. *Introducción ...*, op. cit. p. 122.

⁴²⁸ LEMAITRE RIPOLL, Julieta. “El origen de la Constitución de 1991: la reforma institucional como respuesta a la “presente crisis”. En ALVIAR GARCÍA, Helena. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. PERAFÁN LIEVANO, Betsy. *Constitución y Democracia en movimiento*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. p. 6.

orden social (caso de las guerrillas de las FARC, ELN, M-19 o EPL) o bien, mantener el orden social en peligro. Por otra parte, los colombianos creen firmemente en el poder del derecho, como herramienta, o bien para generar grandes cambios sociales, o bien para mantener las tradiciones del pasado.

La violencia en Colombia no concluyó con la promulgación de la Constitución Política de 1991. De hecho, hoy se vive en el país uno de los más esperados procesos de desmovilización, con el Acuerdo de Paz firmado entre la guerrilla de las *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia* (Farc) y el Gobierno Nacional. No obstante, esto no implica que la Constitución Política de 1991 no haya significado grandes cambios en la sociedad colombiana y, sobre todo, en los derechos de los Colombianos y su acceso a ellos. A partir de esta Constitución, el Estado colombiano se define como social y democrático de derecho, participativo y pluralista. Se creó entonces un Estado que pretende garantizar a sus ciudadanos una serie de derechos mínimos que están ligados a la dignidad humana, como pilar de la sociedad; se pretende el bienestar general⁴²⁹.

La segunda idea central de la Constitución de 1991 es la participación política. Por un lado, se crean varios mecanismos de participación ciudadana, que van más allá del derecho al voto, que incluyen la iniciativa legislativa, mecanismos de rendición de cuentas de las personas elegidas mediante voto popular y diversas acciones judiciales. Por otro, la creación de una nueva Constitución tiene el objetivo de abrir la posibilidad de que nuevas ideas se incorporen a la política, saliendo de la dualidad tradicional entre los partidos Conservador y Liberal, con que funcionó el Estado hasta ese momento⁴³⁰, incorporando además garantías para que las minorías de la población tengan acceso al poder.

⁴²⁹ Explica SÁNCHEZ MUJICA que la Carta, “(...)Se refiere, por tanto, a un Estado al servicio de todas las personas que habitan en su territorio y cuya actividad está orientada exclusivamente a la garantía de su bienestar integral. No obstante, al hacerlo no describe una situación existente. El ideal de país que se dibuja en la Carta exige la protección a la dignidad del ser humano, y ya sabemos que solo mediante la garantía efectiva de los derechos fundamentales es posible alcanzar tal objetivo” SÁNCHEZ MOJICA, Beatriz Eugenia. “Desmontando los Derechos Fundamentales” En ALVIAR GARCÍA, Helena. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. PERAFÁN LIEVANO, Betsy. Constitución y Democracia en movimiento, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. p.77.

⁴³⁰ SÁNCHEZ, explica que “El derecho de participación se presenta como es mi central de la Constitución y se encuentra diseñada normativamente en tres niveles: a. Como principio: es un fin esencial del Estado propiciar la participación democrática en todas las decisiones que afecten a la colectividad. b. Como derecho y deber: se concibe como un derecho John poder de todo ciudadano de intervenir en la definición de los objetivos sociales

a. Recuento histórico

La década de 1980 fue para Colombia una época difícil, caracterizada por mucha violencia y fuertes reveses económicos. Con una gran deuda externa como elemento principal, las crisis económicas de 1974 y 1981-82, generaron un amplio debate entre el neoliberalismo, que propendía por la privatización empresarial y un Estado poco intervencionista, por un lado, y los más conservadores que pretendían el mantenimiento de los patrones de producción y subsidios que había imperado en Colombia hasta el momento, por el otro⁴³¹. A esto se sumaba un sistema jurídico de poco más de 100 años, que se revelaba obsoleto, a pesar de haber sido reformado en múltiples oportunidades, y que no contaba con los mecanismos necesarios para hacer frente a los problemas sociales. Durante el siglo XIX en Colombia, estuvieron vigentes numerosas constituciones, cada una de las cuales *“reflejaba el triunfo de un partido o facción política, con sus propias convicciones sobre la forma ideal de gobierno”*⁴³².

La última de ellas fue la Constitución del 5 de agosto de 1886, fruto del triunfo del partido Conservador, bajo la presidencia de Rafael Núñez, durante el periodo político que se conoce como La Regeneración. Durante su vigencia, existió un casi permanente Estado de excepción, pues los presidentes hacían un uso indiscriminado de esta figura. Por ejemplo, durante el estado de emergencia económica y social resultado de la tragedia de Armero por la erupción del Nevado del Ruiz, se reformó el Código de Comercio, lo que nada tenía que ver con el desastre natural. Por ello, *“al momento de la aprobación de la nueva carta política es claro, que el estado de sitio había terminado imponiendo una legislación sin derechos, una normatividad represiva, un orden jurídico reaccionario. Se habían terminado eliminando las posibilidades jurídicas, constitucionales para los derechos, las libertades, la protesta social, la autorrealización y la movilización, la paz”*⁴³³.

y programas públicos, como emancipación directa del principio de soberanía popular, y al mismo tiempo como un deber ineludible. c. Como mecanismo: se consagran diversas acciones instrumentales destinadas a que los ciudadanos puedan presentar iniciativas legislativas, ser consultados en el proceso de toma de decisiones públicas o definir las directamente, en el ser la fiscalización de la gestión del Estado y entablar acciones de orden administrativo o judicial en protección de sus derechos y libertades” SÁNCHEZ, Ricardo. *Política y constitución*. Universidad Central, Bogotá, 1998. p. 28

⁴³¹ Ibidem, p. 49.

⁴³² ALVIAR GARCÍA, Helena. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. PERAFÁN LIEVANO, Betsy. *Constitución y Democracia en movimiento*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. p. viii.

⁴³³ SÁNCHEZ, *Política ...*, op. cit. p. 30

A esto se sumaba una ola de violencia indiscriminada que cobraba todos los días decenas de víctimas. Por una parte, producto de la guerra de guerrillas entre las que se contaban *Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC)*, el *Movimiento 19 de Abril (M-19)* y otras más pequeñas como el *Movimiento Armado Quintín Lame*, de origen indígena y el *Ejército Popular de Liberación (EPL)*. Por otra parte, como consecuencia de las acciones de los carteles de la droga, en especial del cartel de Medellín, cuyo líder era el tristemente célebre Pablo Escobar, que utilizaba las bombas y los homicidios con sicarios, como mecanismo para impedir la obstrucción de sus intereses, y, especialmente la extradición.

Solamente entre la posesión del presidente Virgilio Barco, en agosto de 1986 y el momento en el que se convocó a elecciones para el periodo siguiente, mayo de 1990, explotaron 19 carros bomba que dejaron unas 300 víctimas, 250 policías fueron asesinados por sicarios, se registraron 125 atentados de las guerrillas contra el oleoducto Caño Limón-Coveñas y se asesinaron miles de militantes del partido político de izquierda Unión Patriótica, a lo largo de todo el país⁴³⁴, además fueron asesinados jueces, funcionarios públicos y muchos ciudadanos. Adicionalmente, sicarios mataron cuatro candidatos presidenciales. Jaime Pardo Leal, en octubre de 1987 y Bernardo Jaramillo, en marzo de 1990, que pertenecían a la Unión Patriótica (UP) y Carlos Pizarro Leongomez en abril de 1990, luego de haber liderado la desmovilización del M-19 y haberlo llevado a su conversión en partido político. Además, el 18 de agosto de 1989, en un discurso público en Soacha, Cundinamarca, fue asesinado Luis Carlos Galán Sarmiento, dirigente político del partido Nuevo Liberalismo y seguro ganador de las elecciones.

En este contexto, el 25 de agosto de 1989, estudiantes de varias universidades de Bogotá se congregaron para protestar por el asesinato de Galán Sarmiento en la Marcha del Silencio⁴³⁵. A partir de allí, un grupo de estudiantes decidió impulsar una reforma institucional que permitiera al país salir de la crisis en la que se encontraba y así nació la campaña por la

⁴³⁴ La Corte Interamericana de Derecho Humanos condenó al Estado colombiano por la muerte de Manuel Cepeda Vargas, miembro de este grupo político en Sentencia de 26 de mayo de 2010, Caso Manuel Cepeda Vargas *Vs.* Colombia.

⁴³⁵ A raíz de este movimiento estudiantil nació la Fundación Séptima Papeleta, que calcula que en la marcha participaron cerca de 25.000 estudiantes. Información en <https://fundacionseptimapapeleta.wordpress.com/>.

séptima papeleta, como se llamó al voto que se depositó en las elecciones para definir si se debía convocar a una Asamblea Nacional Constituyente⁴³⁶. El 11 de marzo de 1990 se llevaron a cabo las elecciones de senadores, representantes, diputados de las asambleas departamentales, concejales municipales y alcaldes y los votantes depositaron en las urnas una séptima papeleta en la que se pronunciaban sobre la necesidad de una nueva constitución. *“Nunca se sabrá cuántas séptimas papeletas se depositaron en las elecciones de marzo de 1990. La Registraduría Nacional del Estado Civil las recogió, pero no las escrutó, porque no tenía mandato legal para contabilizarlas. (...) Sin embargo, los estudiantes apostaron vigilantes voluntarios en los sitios de votación que llevaban la cuenta y reportaban telefónicamente a una central que establecieron en Bogotá. Al final de la jornada, el resultado fue 1.342.000 votos por la Asamblea Nacional Constituyente”*⁴³⁷.

Ante la presión, el presidente Barco dictó el decreto de estado de sitio 927 de mayo 3 de 1990 que en dos artículos establecía que en las elecciones presidenciales de ese año se consultaría sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. Para ello, en la parte motiva el decreto recuerda que *“[q]ue el 11 de marzo de 1990 un número considerable de ciudadanos, por iniciativa propia, ante la inminente necesidad de permitir el fortalecimiento institucional en ejercicio de la función constitucional del sufragio y de su autonomía soberana, manifestaron su voluntad para que la Constitución Política fuera reformada prontamente por una Asamblea Constitucional y que dicha convocatoria ha sido recogida y reiterada por las diversas fuerzas políticas y sociales”* y concluye con el artículo 2 que dice que la tarjeta tendrá el siguiente texto: *“[p]ara fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia”*.

El 9 de diciembre de 1990 se llevaron a cabo las elecciones presidenciales, saliendo ganador Cesar Gaviria Trujillo, jefe de debate de la campaña de Galán y a quien el hijo mayor del

⁴³⁶ LEMAITRE RIPOLL, El origen ..., op. cit.. p. 9.

⁴³⁷ Ibidem, p. 10. Estos hechos fueron relatados también por la Revista Semana, *Revolución de los Sardinós*, 6 de noviembre de 1990, disponible en <http://www.semana.com/especiales/articulo/la-revolucion-sardinós/13428-3>.

líder asesinado había nombrado heredero político de su padre. En cuanto al resultado de la consulta sobre la Asamblea Nacional Constituyente, puede decirse que esta resultó decepcionante, ya que solo participaron 25% de las personas con capacidad de voto, aunque el voto afirmativo obtuvo un 88% del apoyo. No obstante, la legitimidad de la Asamblea se vio mermada por la poca participación. Cuatro meses después de su posesión como presidente, Gaviria Trujillo convocó a la Asamblea Nacional Constituyente que sesionó a partir de marzo de 1991 y el 4 de julio promulgó la nueva Constitución Política de Colombia.

Todos los sectores apoyaban la reforma constitucional, aunque fuera por distintos motivos. Para quienes pensaban que la violencia era consecuencia de un Estado débil, la solución no estaba solamente en aumentar la Fuerza Pública, para lo cual no era necesaria la reforma, sino que se requería fortalecer el sistema penal para aumentar la eficacia a la hora de combatir la criminalidad, para lo cual sí se debía modificar la estructura del Estado. Otro sector de la sociedad atribuía la crisis en la que se encontraba el país a la corrupción, los abusos del poder, en especial de la figura de los estados de excepción y a la pobreza, por lo que la creación de un Estado garante de los derechos de sus ciudadanos, que promoviera la igualdad y la dignidad humana, resultaba fundamental. Todas estas ideas se vieron finalmente plasmadas en la Constitución de 1991.

Adicionalmente, los sectores minoritarios tenían la esperanza de crear un nuevo sistema político, donde se permitiera la participación en política de quienes no pertenecían a las dos fuerzas dominantes, Liberales y Conservadores, que habían ostentado el poder tradicionalmente. Dentro de ellos, se destacaban los grupos de izquierda, pues incluso las guerrillas habían buscado que se convocara a la Asamblea, *“el M-19 había planteado una reforma constitucional, llamándola “el gran diálogo nacional”, y tanto el EPL como las FARC en diversas ocasiones habían propuesto la necesidad de una Asamblea Nacional Constituyente para la paz”*⁴³⁸. A ellas se unían grupos no armados de estudiantes, sindicatos, centros de estudio y desmovilizados de las guerrillas que militaban en la Unión Patriótica.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 9.

La Asamblea Nacional Constituyente, elegida el 9 de diciembre de 1990, fue realmente plural. De los 70 escaños, los liberales obtuvieron 25, la Alianza Democrática M-19 obtuvo 19 escaños, el Movimiento de Salvación Nacional obtuvo 11, los conservadores 9, y la Unión Cristiana, la Unión Patriótica y los movimientos indígenas 2 cada uno. Además, se acordó que la presidencia sería compartida entre los tres grupos con mayor representación, por lo que presidieron la Asamblea Álvaro Gómez Hurtado por el Movimiento de Salvación Nacional, Horacio Serpa Uribe por el Partido Liberal y Antonio Navarro Wolff por la Alianza Democrática M-19.

El ejercicio de la Asamblea Nacional Constituyente estuvo marcado por las tensiones con las ramas del Poder Público. El Congreso que había sido elegido en marzo de ese año se encontraba sesionando y por tanto fue necesario que la Asamblea revocara su mandato, cosa que hizo el 7 de junio a través de una recomendación política, que contaba además con la sanción presidencial. En cuanto a la rama judicial, la tensión estaba dada por la creación de la Corte Constitucional, que restaba funciones a la Corte Suprema de Justicia, aunque para ese momento era difícil prever el impacto que tendría este órgano en todo el ordenamiento jurídico colombiano. No obstante, la Constitución fue aprobada en tan solo cinco meses de sesiones, y con un amplio consenso, en parte porque ningún partido contaba con los 37 votos necesarios para ser mayoría.

No obstante, también se produjeron hechos importantes que dotaron a la nueva Constitución de legitimidad y dieron esperanza a los ciudadanos. Por ejemplo, en marzo, se interrumpieron las comisiones para que en la plenaria de la Asamblea, los comandantes del EPL entregaran a la mesa directiva sus armas, como cierre del proceso de paz con el gobierno. Como consecuencia, a la Asamblea se integraron dos miembros desmovilizados de esa guerrilla. Luego, en abril, se integraron dos ex guerrilleros más, uno de la guerrilla Quintín Lame y otro por el Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT) que también se habían desarmado, aunque estos últimos lo hicieron con voz pero sin voto. Así mismo, la proclamación de la Constitución, en una emotiva ceremonia televisada el 4 de julio de 1991, donde los tres presidentes leyeron al unísono el preámbulo de la nueva Carta, ayudó a fomentar el sentimiento de esperanza y renovación entre la ciudadanía. En la ceremonia, el

presidente Cesar Gaviria anunció, además, que se levantaba el Estado de sitio que estaba vigente desde 1984.

Pero la mayor legitimidad de la Constitución Política de 1991 deriva de su contenido. La nueva Constitución es laica, pluralista cultural, político, étnico y religiosamente, y democrática. Pero, sobre todo, es una Carta de derechos, con la dignidad humana como eje central y con varios mecanismos que permiten la aplicación directa de los derechos fundamentales, convirtiéndoles en una realidad⁴³⁹. A lo largo de estos 26 años, la Constitución de 1991 ha modificado profundamente el sistema jurídico, además de la concepción de Estado y de derechos que tienen los ciudadanos, lo que es evidente en todos los ámbitos de la vida social colombiana. Solo por poner un ejemplo, mediante la acción de tutela se ha promovido la reglamentación de los temas más controversiales sobre los que el legislador no se ha pronunciado, como el aborto (Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2006), la eutanasia (Corte Constitucional, sentencia T-239 de 1997) o el matrimonio entre parejas del mismo sexo (Corte Constitucional, sentencia T-276 de 2012)⁴⁴⁰.

b. Estructura del Estado

De acuerdo con el artículo 3 de la Constitución Política, «*la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público (...)*», lo que fundamenta la gran cantidad de mecanismos de participación que ha diseñado el constituyente, para garantizar que los ciudadanos tengan la mayor cantidad de herramientas posibles a la hora de controlar el ejercicio de sus representantes y de determinar las decisiones de los mismos. Dentro de ellas, el artículo 103⁴⁴¹ enumera los más importantes, como el plebiscito, el referendo, la consulta

⁴³⁹ SÁNCHEZ, *Política ...*, op. cit. p. 61.

⁴⁴⁰ VIDAL PERDOMO y SÁCHICA explican que “*la transformación conceptual más destacada fue la de procurar que se cambie el concepto mismo de “libertades y derechos” pasando, de entenderlos como unas simples opciones teóricas formuladas abstractamente para todos, una especie de proyecto o programa de ejecución gradual, a convertirlos en exigibilidades reales, inmediatas y garantizadas, traducidas en el equipamiento y dotación de medios materiales y jurídicos a sus potenciales titulares y usuarios para realizarlos(...)*” VIDAL PERDOMO, Jaime. SÁCHICA, Luis Carlos. *Aproximación Crítica a la Constitución de 1991*. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1991. p. 29.

⁴⁴¹ Constitución Política de Colombia, “Artículo 103. Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y

popular, el cabildo abierto, la revocatoria del mandato y, desde luego, el voto, que no solo es un mecanismo de participación sino un derecho de todos los ciudadanos con mayoría de edad.

Así mismo, Colombia es una república unitaria, como lo afirma la propia Constitución, lo que implica que el Estado central se reserva el derecho de adoptar una constitución, hacer las leyes e impartir justicia. Los 32 departamentos, que constituyen las unidades más grandes en las que está dividido el territorio nacional, tienen menos atribuciones que las Comunidades Autónomas en España y desde luego, muchas menos que los Estados federados en los Estados Unidos. No obstante, la Constitución también reconoce la descentralización y la desconcentración como formas de distribuir las funciones del Estado y de otorgarles cierta autonomía a las entidades regionales.

En los artículos siguientes la Constitución reconoce tres ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además, el artículo 113⁴⁴² superior establece que existen otros órganos «*autónomos e independientes*» que se encargan del cumplimiento de otras funciones del Estado. Se refiere, principalmente, a la Contraloría General de la República, entidad encargada del control fiscal, y al Ministerio Público, cuya cabeza es el Procurador General de la Nación y tiene como tarea principal el control disciplinario de los funcionarios públicos. Estos son los denominados órganos de control. También existe la Defensoría del Pueblo, encargada de divulgar y promover los derechos humanos, a tal punto que puede interponer acciones de tutela, acciones populares y de *habeas corpus* a nombre de los ciudadanos cuando resulte necesario; y las personerías distritales y municipales, que actúan en el ámbito disciplinario, vigilando la conducta de los funcionarios públicos a nivel distrital o municipal.

capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

⁴⁴² Constitución Política de Colombia «Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines».

La rama legislativa está integrada exclusivamente por el Congreso de la República, que es bicameral, pues está compuesto por el Senado y la Cámara de Representantes, sin que exista entre ellas una relación de jerarquía. Al Congreso corresponde reformar la Constitución y hacer la ley. Además, la Constitución le asigna funciones de control político sobre el gobierno y es la autoridad encargada de nombrar a varios funcionarios públicos.

El Senado cuenta con ciento dos escaños, cien de los cuales son elegidos por circunscripción nacional. Por el contrario, el artículo 171 crea una circunscripción especial indígena para los dos escaños restantes, que exige como requisito adicional para aspirar a estas curules, que los candidatos deben haber ejercido un cargo de autoridad dentro de su comunidad o dentro de una organización indígena. A esto se sumará, a partir de las elecciones previstas para 2018, un nuevo miembro que será el candidato que le siga en votos a quien sea designado como Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 1º, inciso 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, que además asigna una curul en la Cámara de Representantes para la persona que obtenga el segundo número de votos a la Vicepresidencia y curules adicionales a la Asamblea Departamental, el Concejo Distrital y el Concejo municipal, de acuerdo con el mismo sistema.

Por su parte, la Cámara de Representantes está integrada por 166 representantes que son elegidos en circunscripciones territoriales y especiales. Cada uno de los departamentos conforma una circunscripción, así como el Distrito Capital, a los que les corresponden dos representantes y uno más según el número de habitantes con los que cuente. A estos se suman un representante de la comunidad raizal del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dos más por las comunidades afrodescendientes, uno por las comunidades indígenas y uno más por los colombianos residentes en el exterior. Tanto Senadores como Representantes son elegidos por un periodo de cuatro años, que inicia el 20 de julio siguiente a la elección, pero pueden ser reelegidos infinitamente y, al no contar con otros escenarios de rendición de cuentas, las elecciones constituyen el único modo de control político sobre los Congresistas.

No obstante, la Constitución de 1991 creó la figura de pérdida de investidura, que es una acción legal expedita, mediante la cual el Consejo de Estado retira a los Congresistas de sus cargos y los inhabilita para el ejercicio de otros cargos de elección popular, cuando la mesa directiva de una de las Cámaras o los ciudadanos interponen la acción, alegando que el congresista ha violado las funciones propias de su cargo, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o se ha extralimitado en sus funciones.

A su vez, cada una de las Cámaras se divide en comisiones, que son de dos tipos. Las comisiones constitucionales fueron creadas por la Constitución en el artículo 142, y tienen como función principal realizar el primer debate de los proyectos de ley. Están organizadas por temas y las comisiones de cada una de las Cámaras se corresponden con las de la otra. Además, para las demás funciones del Congreso, la Ley 5 de 1992, crea comisiones legales, especiales y accidentales. El Congreso sesiona en dos periodos cada año (20 de julio a 16 de diciembre y 16 de marzo a 20 de junio) que conforman una legislatura. Además, pueden producirse sesiones extraordinarias, por convocatoria del Gobierno y para ocuparse de los asuntos que el Gobierno proponga y por el tiempo que este determine.

Dentro de estas funciones, la Constitución establece que cada Cámara elegirá a sus mesas directivas y a su Secretario General, podrá solicitar informes al gobierno sobre su gestión, así como citar a los ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos, para que concurran a las sesiones y ejercer sobre ellos control político, lo que incluye la posibilidad de realizar una moción de censura, que puede concluir con la remoción del funcionario de su cargo. La moción de censura deberá ser propuesta por la décima parte de los miembros de la Cámara, o más, luego de lo cual el funcionario será oído en audiencia pública y deberá ser aprobada con la mitad más uno de los integrantes de la Cámara en la que se haya propuesto. Vale la pena resaltar que uno de los argumentos para firmar que no existe una jerarquía entre las dos Cámaras del Congreso, es que no solo cualquiera de las dos puede llevar a cabo la moción de censura, sino que la Constitución prohíbe a la otra Cámara pronunciarse sobre la decisión que tome la Cámara que ha llevado a cabo la moción al respecto, por lo cual el funcionario queda removido de su cargo por una sola de las Cámaras del Congreso.

Además, la Constitución también otorga a cada una de las Cámaras algunas funciones distintas, dentro de ellas, se destaca que es el Senado el encargado de admitir las renunciaciones del presidente y del vicepresidente, aprobar los ascensos militares, conceder licencias al presidente para separarse de su cargo temporalmente, autorizar la declaratoria de guerra y elegir a los magistrados de la Corte Constitucional y al Procurador General de la Nación. En cuanto a la Cámara de Representantes, a esta corresponde elegir al Defensor del Pueblo y examinar las cuentas que presente el Contralor General de la República.

Así mismo, la Cámara de Representantes es la encargada de conocer de las denuncias por hechos ocurridos en el ejercicio de sus cargos, aunque ya no se encuentren en funciones, en contra del presidente de la República, de los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y del Fiscal General de la Nación. En estos casos, la Comisión de acusación realizará la investigación correspondiente y podrá acusar al funcionario frente al Senado, que será el encargado de juzgarlo.

El Congreso solamente se reúne conjuntamente para la instalación y clausura de sus sesiones, para la posesión del presidente de la República y para elegir al Contralor General de la República y para cumplir funciones protocolarias frente a jefes de otros Estados. En estos casos, el presidente del Senado y el presidente de la Cámara de Representantes son presidente y vicepresidente del Congreso, respectivamente. En el mismo sentido, es la Corte Suprema de Justicia, la única encargada de juzgar a los congresistas por los delitos que cometan durante su periodo. Así, el Congreso de la República, al ser la máxima expresión de la soberanía popular, es el encargado de la función legislativa, aunque tiene otras funciones de control y juzgamiento de altos funcionarios⁴⁴³.

⁴⁴³ VIDAL PERDOMO Y SÁCHICA explican que: “La función legislativa es atribuida al Congreso de la República, que es un órgano positivo del Estado, máxima expresión de la soberanía, dentro del marco de la Constitución y bajo el control eventual de la Corte Constitucional. (...) Aunque el Congreso no reduce su acción a la expedición de las leyes y al control, ya que desempeña también otras funciones, como la acusación y el juzgamiento de altos funcionarios”. VIDAL PERDOMO, SÁCHICA, *Aproximación...*, op. cit. p. 57.

Por su parte, la Rama Ejecutiva, es mucho más amplia y tiene un mayor número de funciones. El hecho de que el Estado sea centralista y el sistema de gobierno tenga un claro carácter presidencialista, ha hecho que la presidencia de la república sea el cargo más importante de todo el Estado, no solamente porque el gran número de funciones que tiene le otorgan un gran poder, sino porque los ciudadanos suelen pensar que el presidente puede hacerlo todo. DURÁN SMELA y MALAGÓN PINZÓN explican que de acuerdo con el imaginario colectivo, “(...) el presidente puede meter a los delincuentes a la cárcel, hacer las leyes, recaudar los impuestos y decidir cómo y en qué se invierte el dinero del Estado. Además, se concibe al presidente como el funcionario más importante y el que más sueldo gana, (...)”⁴⁴⁴.

A esto se suma que, por mandato constitucional, el Presidente es al mismo tiempo, Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa, aunque no siempre es fácil determinar de cual de estos títulos se derivan sus competencias. Incluso la Constitución Política, al describir las funciones del Presidente, no especifica cuales corresponden con cada jefatura, sino que las engloba todas en el artículo 189. En términos generales, se entiende que actúa como Jefe de Gobierno cuando produce lineamientos y políticas; como suprema autoridad administrativa cuando organiza la rama ejecutiva y nombra o retira funcionarios públicos y como Jefe de Estado cuando actúa en materia internacional.

El Presidente nombra libremente a los ministros del despacho y a los directores de los departamentos administrativos, con los cuales conforma el Gobierno Nacional, por lo que para que cualquier acto del Presidente como Jefe de Gobierno requiere de la firma del ministro del ramo o del director del departamento administrativo correspondiente para ser válido, con quienes además, comparte las responsabilidades derivadas de ellos. Por el contrario, el Presidente actúa sin necesidad de informar a los ministros y sin requerir su firma, en las materias que corresponden a su papel como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa.

⁴⁴⁴DURÁN SMELA, Diana. MALAGÓN PINZÓN, Miguel. “Funciones, Estructura y Elección de la Rama Ejecutiva” En ALVIAR GARCÍA, Helena. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. PERAFÁN LIEVANO, Betsy. *Constitución y Democracia en movimiento*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. p. 103.

Dentro de las funciones presidenciales, están dirigir las relaciones internacionales, incluyendo la celebración de tratados, aunque estos deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso; ser el Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas de la República, dirigir las operaciones de guerra y conservar el orden público; instalar y clausurar las sesiones del Congreso; sancionar y promulgar las leyes, ejerciendo además la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos; velar por la recaudación de rentas públicas y decretar su inversión de conformidad con la ley, así como vigilar la prestación de los servicios públicos, en especial de la educación; y expedir cartas de naturalización, entre otras.

Como se ve, al Presidente se le han asignado funciones en casi todos los ámbitos de la vida nacional, que a su vez se han distribuido en distintas entidades que conforman la Rama Ejecutiva del Poder público. Por debajo del Presidente se encuentra el Vicepresidente, a quien la Constitución solo asigna la función de remplazar al primero en caso de ausencia, pero que puede recibir y desempeñar otras tareas. Luego, se encuentran los Departamentos Administrativos, las unidades administrativas especiales y los ministerios. Finalmente, conforman el eje central de la rama los Consejos Superiores de la Administración. El Presidente y el Vicepresidente son elegidos en una elección particular, que por mandato constitucional (artículo 262) no puede coincidir con ninguna otra, cada cuatro años. A esta elección se presentan en fórmula ambos candidatos y deberán obtener la mitad más uno de los votos depositados; en caso de que ningún candidato obtenga el número de votos necesarios, se realizará una segunda vuelta electoral, en la que solo participarán las dos fórmulas presidenciales que hayan obtenido la mayor cantidad de votos.

Originalmente, la Constitución de 1991 prohibía la reelección presidencial. No obstante, en el año 2004, mediante el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2004, se reformó el artículo 197 superior, permitiendo la reelección presidencial por una sola vez. Gracias a esta reforma los dos últimos presidentes, Álvaro Uribe Vélez y Juan Manuel Santos Calderón, han tenido dos periodos presidenciales 2002-2010 y 2010-2018, respectivamente. No obstante, el Acto Legislativo 2 de 2015 volvió a modificar el mismo artículo, prohibiendo la reelección presidencial. Además, en esta reforma se estableció que “(...) [l]a prohibición de la reelección solo podrá ser reformada o derogada mediante referendo de iniciativa popular o

asamblea constituyente”. Así que, a partir de las elecciones presidenciales de 2018, los presidentes volverán a tener un solo periodo.

Como ya se relató, una de las circunstancias que motivaron la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente fue el abuso del Estado de excepción. Esto llevó a que la Constitución de 1991 limitara esta figura, dividiéndola en tres. En primer lugar, el Presidente, con la firma de todos los ministros podrá declarar el Estado de guerra exterior, adquiriendo las facultades necesarias para atender los requerimientos de la guerra. Para esto, el presidente necesita la autorización del Senado y el Congreso seguirá sesionando de forma ordinaria. Además, el Congreso será informado de todos los decretos que dicte el presidente, los cuales solo estarán vigentes mientras dure el estado excepcional y podrán ser reformados o derogados por el Congreso en cualquier momento, con mayoría de dos tercios en cada una de las Cámaras.

En segundo lugar, en caso de perturbación grave del orden público, que no pueda ser resuelta con las competencias ordinarias de las autoridades, el presidente podrá declarar el Estado de conmoción interior, con la firma de todos los ministros, en todo el territorio o en una parte, por un máximo de noventa días, prorrogable hasta por dos periodos iguales. Sin embargo, para declarar la segunda prórroga, el presidente debe contar con el concepto previo y favorable del Senado. La Constitución especifica que las atribuciones del Gobierno serán solamente las necesarias para solucionar el problema de orden público y que en ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar, lo que constituye una consecuencia de los hechos acontecidos en vigencia de la Constitución de 1886.

Finalmente, el artículo 215 constitucional establece el Estado de emergencia, que será declarado por hechos que amenacen el orden económico, social o ecológico. Igual que sucede con los anteriores, el presidente requiere de la firma de todos los ministros para esta declaratoria, que solo podrá durar un máximo de noventa días, divididos en tres periodos de treinta días cada uno. Luego de declarada esta emergencia, el Congreso podrá derogar, modificar o adicionar los decretos de la Presidencia de la República, incluso en aquellas materias que por lo general son de competencia del Gobierno. En todos los casos, se prohíbe al Gobierno expedir decretos que se refieran a otras materias, que no sean las que motivaron

la declaratoria de la emergencia. Además, no podrán suspenderse los derechos fundamentales, ni el normal funcionamiento de los organismos del Estado y, el Gobierno enviará a la Corte Constitucional todos los decretos, al siguiente día de su expedición para que se pronuncie sobre su constitucionalidad; de no hacerlo, la Corte los aprehenderá de oficio.

Adicionalmente, la Rama ejecutiva se encuentra descentralizada territorialmente y por servicios. El sector descentralizado territorialmente está conformado por las gobernaciones departamentales y las alcaldías, que son elegidas por periodos de cuatro años, en elecciones particulares. La Constitución aclara específicamente que los alcaldes y los gobernadores hacen parte de la rama ejecutiva, “[t]al vez así se quiere precisar que la circunstancia de que gobernadores y alcaldes sean de elección popular directa no los excluye de pertenencia al sistema político nacional, bajo la jefatura presidencial, especialmente en lo que toca con el mantenimiento del orden público y cumplimiento de las leyes”⁴⁴⁵. También, a nivel departamental operan las Asambleas y a nivel municipal los Consejos, que a pesar de ser órganos colegiados, hacen parte de la Rama Ejecutiva, dado el centralismo del Estado, por lo cual se trata de coadministradoras y no de órganos legislativos territoriales. Tanto gobernadores como alcaldes cuentan además con los secretarios del despacho para cumplir con sus funciones⁴⁴⁶. Finalmente, cabe mencionar que los establecimientos públicos, y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

c. Sistema judicial

De acuerdo con la Constitución, en Colombia existen cuatro jurisdicciones, que componen la Rama Judicial del poder público. No obstante, otras entidades tienen encomendada la función de impartir justicia, como el Congreso de la República y algunas autoridades administrativas, a quien la ley otorga esta función, e incluso particulares que podrán

⁴⁴⁵ VIDAL PERDOMO. SÁCHICA. *Aproximación...*, op. cit. p. 58.

⁴⁴⁶ La Constitución también prevé la posibilidad de crear otras entidades territoriales, como las regiones, las provincias y los entes territoriales indígenas, las cuales no han sido desarrolladas, a pesar de que se expidió la ley orgánica de ordenamiento territorial, (Ley 1454 de 2011).

participar en los procesos judiciales como jurados o árbitros. Además, la Fiscalía General de la Nación, titular de la acción penal, también hace parte de la Rama Judicial.

La jurisdicción constitucional está compuesta por todos los jueces de la República, pues ante cualquiera de ellos se pueden interponer acciones constitucionales como la acción de tutela y las acciones populares. La acción de tutela es posiblemente el mecanismo judicial más utilizado en el país, pues ha adquirido una enorme popularidad desde que la desarrollara la ley 2591 de 1991, a partir del artículo 86 de la Constitución. Se trata de una acción para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, mediante un procedimiento sumario (diez días máximo) que interponen los ciudadanos directamente, sin necesidad de abogado, e incluso de forma oral de ser necesario. El fallo de tutela es de obligatorio e inmediato cumplimiento y contra él es posible presentar recurso de apelación. No obstante, todos los fallos de tutela son remitidos a la Corte Constitucional, para que esta de manera discrecional, decida si requiere revisión, caso en el cual podrá revocar, modificar o confirmar el fallo del tribunal o juez inferior.

La Corte Constitucional es el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y está encargada de la guarda de la Constitución, por lo que dentro de sus funciones tiene el conocer de las acciones públicas de inconstitucionalidad. Una característica del ordenamiento jurídico colombiano es que esta acción no está reservada a algunos funcionarios públicos, sino que cualquier ciudadano puede demandar una ley, por considerarla inconstitucional, ante la Corte Constitucional, en cualquier momento de su vigencia. Así mismo, los actos legislativos, que pretenden reformar la Constitución, también pueden ser demandados mediante la misma acción, pero en estos casos solamente por vicios de procedimiento⁴⁴⁷. Además, existen circunstancias en los que la Corte realiza un control automático de constitucionalidad, como sucede con las convocatorias a referendo o asamblea constituyente, con los decretos expedidos por el Gobierno durante los estados de excepción, con los proyectos de ley que el

⁴⁴⁷ No obstante, a partir de la sentencia C-255 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte Constitucional estableció la teoría de la sustitución de la constitución, a partir de la cual se pronuncia sobre el fondo de los Actos Legislativos. Al respecto sentencias, C- 1200 de 2003, C-970 de 2004, C-971 de 2004, C-816 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C141 de 2010, C-303 de 2010 C-397 de 2010 y C-574 de 2011.

Presidente se niegue a sancionar por considerarlos inconstitucionales, y con los tratados internacionales.

La Corte Suprema de Justicia es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria y se compone de veintitrés magistrados, siete de la Sala Civil y Agraria, siete de la Sala Laboral y nueve de la Sala Penal. Además, existe una Sala de Gobierno integrada por los presidentes de las otras salas y por el presidente y vicepresidente de la Corte, que son nombrados dentro de los veintitrés magistrados. Las Salas conocen de las demandas de casación según la materia correspondiente y la Sala Plena que está conformada por todos los magistrados de la corporación y es la encargada de elegir a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, resolver los conflictos de competencia dentro de la jurisdicción y de dictar el reglamento de la Corte. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia es la encargada de juzgar a los altos funcionarios del Estado, dentro de los que destacan los congresistas, el Presidente de la República y los ministros.

En cuanto a la jurisdicción Contencioso-administrativa, el órgano de cierre es el Consejo de Estado, encargado de conocer en segunda instancia los conflictos entre los particulares y el Estado, así como de conocer algunos recursos extraordinarios como los de revisión y súplica. Además, el Consejo de Estado conoce de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de competencia de la Corte Constitucional, es decir, los que no sean decretos leyes o decretos legislativos. Además, a través de la Sala de Consulta, es órgano consultivo del Gobierno en asuntos de la administración, conoce de la acción de pérdida de investidura y de la acción de nulidad electoral.

La cuarta de las llamadas Altas Cortes es el Consejo Superior de la Judicatura. La Constitución de 1991 concibió este organismo como el encargado de administrar la Rama Judicial y del control disciplinario de los jueces y abogados, para lo cual lo dividió en dos salas, una administrativa y una jurisdiccional disciplinaria. Sin embargo, el Acto Legislativo 02 de 2015 suprimió este órgano y creó tres para suplirlo: la Gerencia de la Rama Judicial, el Consejo de Gobierno Judicial y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. A pesar de

que han pasado dos años desde que este Acto Legislativo entrara en vigor, el Congreso no ha promulgado la ley que permita nombrar a los miembros de estos organismos, por lo cual el Consejo Superior de la Judicatura sigue operando.

La elección de los magistrados de las Altas Cortes varía según la corporación de la que se trate. La Corte Constitucional está integrada por nueve miembros, que son elegidos por el Senado de la República, por periodos individuales de ocho años, de ternas que presentan el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, buscando que todas las ramas del poder público estén involucradas en su conformación y, en ningún caso, podrán ser reelegidos. Por su parte, los miembros del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia son elegidos por cada una de estas corporaciones, de listas de candidatos enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura, lo que se conoce como el método de cooptación. Finalmente, los magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura son elegidos uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia y tres por el Consejo de Estado; mientras que los magistrados de la Sala disciplinaria son elegidos por el Congreso de ternas enviadas por el Gobierno, todos por periodos de ocho años.

Además de las Altas Cortes, en Colombia operan como jueces de la jurisdicción ordinaria los jueces municipales, los jueces del circuito judicial y los Tribunales Superiores. En la jurisdicción contencioso administrativa, operan los jueces administrativos y los tribunales administrativos. Así mismo, existen Consejos Seccionales de la Judicatura, cuya sala disciplinaria conoce de los procesos en primera instancia. Igualmente, cabe mencionar que en Colombia existen jueces de paz, que solo pueden resolver en equidad los casos que la comunidad voluntariamente les presente, cuya cuantía no supere los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes y no se trate de asuntos penales, con base en los principios de eficiencia, oralidad, autonomía, independencia, gratuidad y garantía de los derechos, de acuerdo con la ley 497 de 1999, que es la que los regula. Finalmente, dado que la Constitución reconoce que Colombia es un Estado pluralista y con diversidad étnica, se reconocen las distintas jurisdicciones indígenas, dentro de los territorios de estas comunidades, que funcionan de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios

a la Constitución y que son competentes para conocer de los casos que ocurran entre sus miembros⁴⁴⁸.

Para concluir este apartado, es necesario mencionar que en este momento Colombia se encuentra viviendo un acontecimiento histórico. A raíz de las negociaciones que el Presidente Juan Manuel Santos Calderón sostuvo con la guerrilla de las FARC, un importante número de guerrilleros se ha desarmado y se está implementando un sistema de justicia transicional para permitir su reincorporación a la vida civil. El marco de este sistema es el Acto Legislativo 01 de 2017, que contiene los lineamientos para la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, dentro de los cuales se encuentra la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). De acuerdo con el Acto Legislativo, la JEP tendrá un régimen legal propio, además de autonomía administrativa, técnica y presupuestal. Su objetivo principal será juzgar y sancionar, de manera preferente y exclusiva, las conductas cometidas antes del 1 de diciembre de 2016, que estuvieran relacionadas con el conflicto armado, especialmente aquellas que constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Aunque sobre el funcionamiento de la JEP aún quedan muchas preguntas por resolver, dado que en el Congreso se siguen tramitando proyectos de ley que buscan modificarla, lo cierto es que es imposible ignorar la existencia de esta nueva jurisdicción que seguro operará en Colombia por un largo periodo. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el acto legislativo 01 de 2017 la JEP podrá realizar una calificación jurídica con base en fuentes de derecho penal internacional, lo cual fue reiterado por el proyecto de ley estatutario y declarado exequible por la Corte Constitucional Colombiana mediante la sentencia C-080 de 2018.

⁴⁴⁸ La Corte Constitucional ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial con respecto a la jurisdicción indígena, que incluye las sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, C-139 de 1996, T-496 de 1996, T-728 de 2002, T-552 de 2003 y T-811 de 2004, entre otras.

d. Fuentes de derecho

El artículo 230 de la Constitución afirma: «[l]os jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial». Para comprender los alcances de este artículo, hay que iniciar por definir el concepto de *ley* en sentido amplio, es decir, que en él quedan incluidos la Constitución, las leyes promulgadas por el Congreso y los decretos de la Rama Ejecutiva del poder público, así como las ordenanzas de las Asambleas departamentales y los acuerdos de los Consejos Municipales.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el sistema de fuentes que surge a partir de la Constitución de 1991, es dinámico y tiene una textura abierta, en especial en lo que se refiere a las normas material y formalmente constitucionales⁴⁴⁹. Esto se debe a que en Colombia se ha adoptado la teoría francesa del bloque de constitucionalidad⁴⁵⁰, a partir del artículo 93 constitucional y de otros que incorporan normas internacionales al ordenamiento jurídico interno. Asimismo, se debe tener en cuenta que las sentencias de las distintas Cortes tienen funciones distintas dentro del ordenamiento y tienen distintos grados de fuerza vinculante.

Frente a las demás fuentes, que la Constitución denomina *criterios auxiliares*, el análisis debe partir de la ley 153 de 1887 que, a pesar de su antigüedad, sigue vigente dentro del ordenamiento Colombiano y cuya constitucionalidad fue determinada por la Corte Constitucional, mediante las sentencias C-224 de 1994 y C-037 de 2000. Para comenzar este apartado, se debe mencionar que tradicionalmente la jurisprudencia ha entendido que en Colombia operan dos tipos de fuentes jurídicas, unas reflexivas, que son aquellas producto del ejercicio racional de autoridades competentes; y otras espontáneas, donde se encuentra la costumbre, porque surgen de las prácticas o experiencias constantes de los ciudadanos⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Duque explica que: “veníamos de un sistema de fuentes relativamente estático y de naturaleza preponderantemente legal, y pasamos a un sistema dinámico y con textura abierta, que dio el paso a la existencia de normas material y formalmente constitucionales” DUQUE, Ana María “El Bloque de Constitucionalidad en la Estructura de Fuentes” en MONCADA ROA, Patricia (Coord). *Introducción al Derecho: obra en construcción*. Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2011. p. 17.

⁴⁵⁰ Capítulo I, 3, d, i.

⁴⁵¹ Al respecto, Corte Constitucional, sentencia C- 083 de 1995.

i. La Constitución

La Constitución Política de 1991 es una norma muy compleja, que como se ha venido explicando modificó profundamente el Estado y el derecho colombiano. El preámbulo, en contraposición al sintético texto de la Constitución de 1886, inicia invocando la soberanía popular, lo que constituyó un importante cambio, ya que solamente la Convención de Rionegro de 1863 había hecho esta referencia. Las demás normas, invocaban el poder de Dios, como fuente de autoridad para expedir la Constitución. Así, al realizar este cambio, se crea un estado laico donde se reconoce la pluralidad cultural y religiosa⁴⁵², aunque se invoque la “*protección de Dios*”. Además, la Constitución establece en su artículo 1 que «*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*».

El segundo gran cambio de la Constitución fue la incorporación de una amplísima carta de derechos, que incluye derechos de todo tipo. El Título II de la Constitución, a partir del capítulo I, enumera los derechos de los colombianos clasificándolos según su objeto de protección. El capítulo I se refiere a los derechos fundamentales, del artículo 11 al artículo 41, donde se incluyen los relativos a la familia, la igualdad y la protección especial de la maternidad, los derechos de los niños, y de otros grupos vulnerables⁴⁵³; el capítulo II, trata de los derechos sociales económicos y culturales, entre los que se encuentran la seguridad social, a la vivienda digna, el saneamiento ambiental, la recreación y el deporte⁴⁵⁴; el capítulo III, de los derechos colectivos y del ambiente; el capítulo IV de la protección y aplicación de

⁴⁵² VIDAL PERDOMO. SÁCHICA. *Aproximación ...*, op. cit. p. 20. En el mismo sentido LEMAITRE RIPOLL. *El origen ...*, op. cit. p. 17.

⁴⁵³ VIDAL PERDOMO y SÁCHICA resaltan que este capítulo “*significa un desarrollo nuevo en esta materia. Porque, hasta hoy, las formulaciones jurídicas de los derechos se hacían en abstracto, para todos, para “el hombre y el ciudadano” como en la Revolución Francesa de 1789, mientras que ahora se reconocen los distintos grupos sociales, la realidad heterogénea de nuestra comunidad, urgida y necesitada de bienes y servicios especiales que, así, parece, quedan mejor asegurados*” VIDAL PERDOMO. SÁCHICA, *Aproximación...*, op. cit. p. 38.

⁴⁵⁴ En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud aparece dentro de los derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-760 de 2008 que la salud era un derecho fundamental, lo que fue posteriormente reconocido mediante la Ley Estatutaria 1751 de 16 de febrero de 2015.

los derechos, del artículo 83 al artículo 94. Además, la Constitución reconoce que el ejercicio de los derechos y las libertades implica diversas responsabilidades, que se describen en el capítulo V del mismo Título.

Esto tiene como consecuencia que se incorporen también diversos mecanismos que permitan garantizar su existencia y estabilidad, pues de lo contrario carecerían de sentido. En primer lugar, los derechos más relevantes están dotados de eficacia directa, es decir que no se precisa de una ley para que sea posible exigirlos⁴⁵⁵. En segundo lugar, gracias a la importancia que la Constitución otorga a los derechos fundamentales, solamente el Congreso puede realizar modificaciones o desarrollarlos, mediante leyes estatutarias, que requieren mayorías especiales, lo cual les garantiza cierta estabilidad. Finalmente, se crean diversos mecanismos de exigibilidad, como la acción de tutela (artículo 86), la acción de cumplimiento (artículo 87), las acciones populares (artículo 88), el derecho de petición (artículo 23) y el habeas corpus (artículo 30), para que los ciudadanos puedan solicitar protección judicial cuando lo requieran⁴⁵⁶. Aunado a esto, se crearon instituciones para la protección de los derechos, como la Defensoría del Pueblo y la Corte Constitucional.

La fuerza de la Constitución está establecida por ella misma, que en el artículo 4 establece que «*la Constitución es norma de normas*», lo que explica a continuación diciendo que cualquier norma que sea incompatible con la Constitución deberá ceder frente a ella y que es deber de todos acatar la Constitución y las leyes y obedecer a las autoridades. Lo que se traduce en la acción pública de inconstitucionalidad, que se tramita directamente ante la Corte Constitucional, para que determine si una norma contraviene o no la Constitución. Y, también, en la excepción de inconstitucionalidad, mediante la cual, un juez o autoridad administrativa puede abstenerse de aplicar una norma al caso concreto, por considerar que los efectos de dicha aplicación resultan inconstitucionales⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Constitución Política de Colombia, “Artículo 85. Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40”.

⁴⁵⁶ SÁNCHEZ MOJICA. Desmontando..., op. cit. p.77.

⁴⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2010 y Ley 393 de 1997, artículo 20.

Por otra parte, al hablar de la Constitución como fuente jurídica, es necesario tener en cuenta el bloque de constitucionalidad, que incorpora al ordenamiento normas materialmente constitucionales. Es decir, que a través de esta figura se otorga fuerza constitucional a normas que no aparecen redactadas dentro del texto constitucional, pero cuyo contenido hace que se encuentren al mismo nivel de la Constitución⁴⁵⁸. Las primeras de estas normas son los tratados internacionales⁴⁵⁹ que se refieren a la imposibilidad de limitar los derechos humanos en estados de excepción y a su interpretación, en virtud del artículo 93 constitucional⁴⁶⁰. Adicionalmente, se incluyen otros derechos, que se conocen como derechos innominados, dado que el artículo 94 de la Constitución afirma que el hecho de que derechos que se entienden como inherentes a la persona humana no sean mencionados en la Constitución, no implica que la Constitución los desconozca.

La Constitución colombiana contempla tres mecanismos para su reforma. En primer lugar, puede ser reformada por el Congreso, mediante un Acto Legislativo, que puede ser presentado por el Gobierno, diez miembros del Congreso, el 20% de los concejales o

⁴⁵⁸ La Corte Constitucional, en sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, afirmó que “*El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.*” en el mismo sentido se han pronunciado las sentencias C-578 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵⁹ La Corte Constitucional explicó que “La Carta establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que estos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano. Por ende, con excepción de los tratados de fronteras y ciertos convenios de derechos humanos, en virtud del artículo 4º superior, son inaplicables en nuestro país todas aquellas normas previstas por instrumentos internacionales que desconozcan preceptos constitucionales”. C-400 DE 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁶⁰ Constitución Política de 1991, «Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él».

diputados o por los ciudadanos que conformen el 5% del censo electoral. El proyecto deberá tramitarse en dos periodos y requerirá la aprobación de la mayoría de ambas Cámaras para que pueda modificar la Constitución. En segundo lugar, el Congreso podrá consultar a los ciudadanos sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente, y para que la consulta sea favorable se requiere, por lo menos, el voto afirmativo de una tercera parte del censo electoral. Finalmente, las reformas aprobadas por el Congreso, que se refieran a los derechos fundamentales, a los mecanismos de participación popular deberán ser aprobadas por la población, mediante referendo.

ii. Legislación

Al entender legislación en un sentido amplio, quedan incluidos, no solo las leyes expedidas por el Congreso, sino, los decretos expedidos por el ejecutivo en uso de facultades extraordinarias y todos los actos administrativos expedidos por el poder ejecutivo del orden nacional, departamental o municipal, aunque entre ellos existe una relación de jerarquía. Ahora bien, no todas las leyes que expide el Congreso son iguales. La mayoría de ellas, son leyes ordinarias, que se tramitan en cuatro debates: uno en la comisión de una de las Cámaras, luego en la plenaria de esa Cámara, luego en la comisión de la otra Cámara y finalmente, en la plenaria de la segunda Cámara. Estas leyes se aprueban con mayorías simples.

Además, el Congreso expide leyes orgánicas cuando aprueba el plan general de desarrollo, asigna competencias normativas a las entidades territoriales y establece la organización de otras entidades del Estado. La característica principal de estas leyes es que para su aprobación se requiere que el proyecto de ley obtenga mayoría absoluta de los votos de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso. Por último, cuando el Congreso pretenda regular derechos y deberes fundamentales, la administración de justicia, los partidos políticos o los estados de excepción, deberá hacerlo mediante ley estatutaria, para lo cual, no solo requiere de la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, sino que debe tramitarlas en una sola legislatura. Adicionalmente, la Constitución en el artículo 153 establece un control automático de constitucionalidad, por parte de la Corte Constitucional, en el que se permite que participe cualquier ciudadano para impugnar o defender el proyecto de ley. Asimismo,

todos los proyectos de ley requerirán ser sancionados por el presidente de la República y publicados en el Diario Oficial para convertirse en leyes.

En cuanto a los decretos, son decretos ley aquellos que expide el Gobierno Nacional, con base en una ley de delegación de funciones, expedida por el Congreso de la República, para permitir al Ejecutivo regular una materia determinada por un tiempo determinado, de acuerdo con el artículo 150, numeral 10 de la Constitución. Por su parte, los decretos legislativos, son aquellos que expide el Gobierno Nacional, con base en los poderes especiales que adquiere tras la declaración de un Estado de excepción, de los cuales se habló antes. Dentro de los decretos reglamentarios, cuya función es desarrollar las leyes, se encuentran los que expide el presidente, que son los más importantes, los que expiden los ministros y los jefes de los departamentos administrativos y los de las autoridades territoriales como gobernadores y alcaldes. Finalmente, se deben mencionar las ordenanzas, expedidas por las Asambleas Departamentales y los acuerdos de los Consejos Municipales, que son vinculantes dentro de sus respectivos territorios.

iii. Jurisprudencia

Dado que Colombia se inscribe en la misma tradición jurídica que España, generalmente se cree que la jurisprudencia no constituye una fuente jurídica principal. Esta idea se ve reforzada por el artículo 230 de la Constitución que la trata de criterio auxiliar. No obstante, esta idea ha ido cambiando con el transcurrir de los años, hasta el punto que en la actualidad la jurisprudencia cumple funciones muy importantes dentro del ordenamiento, aunque hay que distinguir entre la jurisprudencia constitucional y la de las otras Altas Cortes.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se menciona en una ley muy antigua. La ley 169 de 1896, en su artículo 4 afirma que “[t]res decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”. A pesar de la antigüedad de la norma, aún hoy se reconoce la importancia de la doctrina probable

dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Incluso, mediante sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad en contra de este artículo. De acuerdo con el demandante, la norma era inconstitucional, debido a que contravenía el artículo 230 superior. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que la norma es exequible, siempre y cuando se entienda que los jueces de la jurisdicción ordinaria son libres de apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mientras justifiquen debidamente su decisión⁴⁶¹.

Por el contrario, la Corte Constitucional ha establecido que su precedente tiene una amplia fuerza normativa. Por una parte, cuando se trata de sentencias de constitucionalidad, es decir, aquellas que son producto de la acción pública de inconstitucionalidad, estas entran a formar parte del bloque de constitucionalidad. Por otra parte, si se trata de sentencias de tutela, la Corte ha establecido que para proteger el derecho a la igualdad, es necesario establecer la *ratio decidendi* de las mismas, ya que esta parte es vinculante para los demás jueces de la república⁴⁶².

No obstante, en 2015, mediante la sentencia C-284 de ese año, la Corte pareció unificar criterios y afirmó que *“[a] pesar de su calificación como criterio auxiliar, este Tribunal ha concluido que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales”*, refiriéndose a la jurisprudencia de las Altas Cortes.

Y continúa la Corte *“[c]on fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse,*

⁴⁶¹ La Corte estableció una serie de requisitos que debe cumplir esa justificación en los puntos 14 a 24 de los fundamentos de derecho de esa sentencia.

⁴⁶² Corte Constitucional, sentencia SU-819 DE 1999, T-960 de 2001, T-1317 de 2001 y T-053 de 2003.

*debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable*⁴⁶³, lo que parece indicar que hoy el precedente de las Altas Cortes es vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano.

iv. Costumbre

Como sucede con otras fuentes, la costumbre está regulada en la ley 153 de 1887. El artículo 13 establece que «[l]a costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva», por lo que se entiende como una fuente supletiva en caso de ausencia de ley. Al respecto se deben hacer dos aclaraciones. La primera es que no toda costumbre se considera dotada de fuerza jurídica, sino solo aquella que sea el resultado de prácticas constantes, reiteradas y uniformes en el tiempo y que cuente, además, con un elemento subjetivo: la convicción de obligatoriedad jurídica (*opinio juris*).

La segunda aclaración se refiere a la expresión «conforme con la moral cristiana». Dado el momento histórico en el cual fue redactada esta ley, la mención de la religión en las normas jurídicas era normal, teniendo en cuenta además que esta norma se expidió en vigencia de la Constitución de 1886, que derivaba su poder de Dios. No obstante, en vigencia de la Constitución de 1991 y, dado que en ella se establece que Colombia es un Estado laico, la norma fue demandada por considerarla inconstitucional. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-224 de 1994 afirmó que la misma está acorde con la Constitución, en el entendido que la expresión «moral cristiana» significa moral general o moral social.

v. Doctrina

Con referencia a la doctrina, basta decir que cumple en Colombia la misma función que en los ordenamientos jurídicos de España y Francia. La Constitución Política la reconoce en el artículo 230 como un criterio auxiliar para el ejercicio judicial. Además, la Corte

⁴⁶³ Corte Constitucional, sentencia C 284/15 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, fundamento 5.2.7.1.

Constitucional, reconoció que tiene tres funciones principales: 1) describir o caracterizar un sector del derecho positivo. 2) conceptualizar o sistematizar las categorías que explican el derecho y 3) formular críticas al derecho existente. En consecuencia, la Corte ha concluido que la Doctrina ayuda a “*identificar el derecho viviente*”⁴⁶⁴.

vi. Otras fuentes.

Para concluir, se debe tener en cuenta que el artículo 230 superior también menciona los principios generales del derecho como criterio auxiliar de los jueces en el ejercicio de sus funciones. Al respecto cabe decir que se trata de un concepto jurídico indeterminado, dentro del que se encuentra, entre otros, los principios de derecho natural. Si bien la Constitución no ahonda en su definición, por lo cual permite al legislador y a los jueces cierto margen de interpretación de esta disposición, la Corte Constitucional ha establecido que siempre deben estar subordinados a la ley y solo constituyen criterio auxiliar de la actividad judicial, por lo cual no pueden ser invocados como argumento para impugnar una norma jurídica vigente⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C 284/15 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, fundamento, 5.2.7.3.

⁴⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia 284 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

CAPÍTULO II: EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO EN CALVE COMPARADA

A pesar de que el capítulo anterior explica cada uno de los sistemas jurídicos por separado, el hecho de que algunos de ellos pertenezcan a la misma familia jurídica implica que tienen organizaciones similares, sobre todo en lo que se refiere a la estructura de las distintas ramas del ordenamiento jurídico. Dado que abordar cada uno de los sistemas penales resultaría en redundancias innecesarias, en este capítulo se agruparán los sistemas de acuerdo con la familia jurídica a la que pertenecen, aunque se mencionarán las diferencias que existen entre uno y otro sistema cuando sea oportuno. Así mismo, el capítulo presenta los distintos elementos que componen los delitos, a partir de la comparación entre ellos, por lo cual, a diferencia del capítulo anterior, no se ha optado por una organización basada en los distintos países que se están trabajando, sino en las diversas estructuras que deben analizarse con el fin de determinar la responsabilidad penal.

El propósito de este capítulo es mostrar la estructura general del delito en cada una de las tradiciones jurídicas, indicando donde se ubican los distintos elementos objetivos y subjetivos que permiten imputar a un sujeto una conducta punible. Más aún, es esencial identificar claramente las diferencias y las similitudes que existen entre ellos para así poder plantear teorías que los unifiquen de manera coherente y que puedan aplicarse a todas ellas. Así pues, se hará una breve introducción a cada uno de los sistemas penales, para luego explicar los distintos elementos que los componen. No obstante, es importante tener en cuenta que existen otros elementos de la dogmática jurídico penal, como, por ejemplo, las teorías con respecto a la autoría y la participación delictiva, a los actos tentados o los concursos, que no serán abordados en este trabajo, por exceder el objetivo del mismo.

1. Presupuesto para el análisis

a. La estructura del delito en el *common law*.

La forma particular de evolución del derecho anglosajón ha hecho que la sistematización teórica de los elementos del delito sea reciente. Hasta hace pocos años, la estructura del delito

era una cuestión que abordaban exclusivamente los tribunales con respecto a cada delito en particular, a la hora de dar solución a los casos concretos. Del mismo modo, al no existir un código penal que tenga una parte general, las leyes que consagran delitos (*statutory crimes*) los definen de manera específica, estableciendo solamente los elementos esenciales de cada una de las infracciones. Sin embargo, en los últimos tiempos estas infracciones particulares han sido el insumo para la doctrina, que ha ido adquiriendo relevancia poco a poco, creando un sistema dogmático que permite una mejor comprensión de la estructura general del delito dentro del ordenamiento anglosajón⁴⁶⁶.

Como consecuencia de lo anterior, hoy puede hablarse de una “parte general” del derecho penal en el *common law*, aunque esta afirmación no está exenta de críticas. Con base en el clásico pensamiento pragmático de los ingleses y los estadounidenses, autores como ASHWORTH y WILLIAMS aseguran que no existe una parte general, especialmente porque el legislador suele crear delitos que no comparten una estructura básica, sino que responden a necesidades prácticas, como sucede, por ejemplo, con los crímenes de responsabilidad objetiva (*strict liability*). Por esa razón, mientras que ASHWORTH⁴⁶⁷ explica que la parte general del derecho penal puede ser entendida como una serie de principios aspiracionales, WILLIAMS⁴⁶⁸, con una posición un poco menos radical, entiende que la sistematización del

⁴⁶⁶ No obstante, con respecto a los elementos de las distintas infracciones individualmente consideradas, BERNAL DEL CASTILLO afirma que “[e]s cierto que esos requisitos de cada delito particular reproducen los elementos esenciales generales que se consideran necesarios para todas las infracciones, pero de ahí no puede deducirse que esos requisitos tengan su origen en una reflexión o teoría jurídica científica del delito, porque son producto de un trabajo práctico de los tribunales y del legislador y, en segundo lugar, por la razón de que su contenido y naturaleza no reflejan un esquema científico y sistemático del delito”. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011. p. 108.

⁴⁶⁷ “And it can be strongly argued that what is often portrayed as ‘the general part’ of English criminal law is no such thing: with thousands of strict liability offences and many other variations of liability, what many writers refer to as the general part is no more than a set of aspirational principles – and others argue that we should even abandon the aspiration, and admit appropriate variations in liability according to the context”. ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2003. p. 96. [Se puede sostener con firmeza que lo que normalmente se presenta como la ‘parte general’ del derecho penal inglés, no es tal cosa: con miles de crímenes de responsabilidad objetiva y muchas otras formas de responsabilidad, lo que muchos doctrinantes llaman la parte general, no es más que una serie de principios aspiracionales – y otros aseguran que incluso se debería abandonar la aspiración y admitir que existen muchas variables en la responsabilidad penal que dependen del contexto] (traducción libre).

⁴⁶⁸ “We need to have reasonably precise definitions, not too far removed from the ordinary meanings of these words, so that the legislature can use them in defining offences and so that the trial judge can explain them confidently to a jury”. WILLIAMS, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. Stevens & Sons, London, 1983. p. 73. [Necesitamos definiciones razonablemente precisas, que no estén demasiado alejadas de los significados

derecho penal por parte de la doctrina, solo será relevante si puede aportar definiciones cercanas al significado ordinario de las palabras para que los legisladores y los jueces puedan hacer uso de esos aportes académicos.

A pesar de las críticas, el trabajo de la doctrina en este campo constituye una guía fundamental para comprender el derecho penal anglosajón, más cuando la fuente primaria está conformada por una abundantísima jurisprudencia y por leyes especiales promulgadas por autoridades de muy distinta índole. En el caso de los Estados Unidos, por ejemplo, no solamente sería necesario analizar las normas emanadas del poder federal, sino las de cada uno de los estados⁴⁶⁹ y las de las demás entidades territoriales que tienen potestad de emitir normas penales en ciertos ámbitos, por lo cual la diversidad de conductas criminalizadas hace que sea casi imposible conocer cada uno de los cincuenta y dos sistemas jurídicos a profundidad. Sin embargo, *The American Law Institute*, una organización no gubernamental conformada en su mayoría por abogados, jueces y profesores, redactó el Código Penal Modelo⁴⁷⁰, buscando dar unidad al sistema penal estadounidense. El borrador oficial fue

ordinarios de estos términos, para que el legislador pueda utilizarlos al definir los delitos y el juez pueda explicarlos claramente al jurado] (traducción libre).

⁴⁶⁹ “According to the Supreme Court, the police power of the state is one of the most essential powers and is one that the federal government cannot usurp. Under this power, states have passed laws defining crimes, regulating traffic, and providing for criminal procedural rules. While there is considerable doubt that the intent of the framers of this provision of the Constitution has been carried out, the courts still emphasize that the primary authority to make and enforce laws to protect health, welfare and morals of the people resides in the state. Current examples still occur where the federal courts remind the federal government that it is the primary responsibility of the states, and not the federal government, to define and enforce criminal law” POLLOCK, Joycelyn M. *Criminal Law*, Elsevier, New York, 2009. p. 8. [De acuerdo con la Corte Suprema, el poder de policía de un estado es uno de los poderes esenciales y este no puede ser usurpado por el gobierno federal. Con base en él, los estados han promulgado leyes que definen crímenes, regulan el tráfico y, prevén las normas procesales penales. Aunque existe una duda considerable con respecto a la intención de los redactores de esta provisión constitucional, las cortes han enfatizado que es la autoridad estatal la que puede promulgar leyes con respecto a la salud, el bienestar y la moral de las personas que residen el estado. Sin embargo, aún suceden casos en los que las cortes federales deben recordar al gobierno federal que es responsabilidad de los estados, y no del gobierno federal, definir y hacer cumplir el derecho penal] (traducción libre).

⁴⁷⁰ Antes de la aparición del Código Penal Modelo, se redactó un proyecto de Código Penal para Nueva York que recibió el nombre de proyecto Field. “(...) salvo el caso aislado de la Luisiana en 1942, la aparición del Proyecto de Código Penal de Field para Nueva York marcó el rumbo de la codificación de los E.E.U.U. hasta la aparición del C.P.M. (...) Durante el periodo de crisis del derecho penal norteamericano, sólo se aprobó un código diferente al proyecto Field. En el periodo de preparación de la Propuesta Oficial, 1952 a 1962, se aprobaron algunas codificaciones estatales que alcanzaron a sentir el influjo de los trece borradores tentativos. Sin embargo, el mayor impacto tuvo lugar después de la publicación de la Propuesta oficial de 1962 e, inclusive luego de la versión última del C.P.M. en 1985” CHIESA APONTE, Ernesto. GRANADOS PEÑA, Jaime E. CANCINO M. Antonio José. *Comentarios al Código Penal Modelo para los E.E.U.U. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana*. Editorial Jurídica Futuro, Bogotá, 1993. p. 29.

presentado en 1962 y en 1985 se presentaron seis volúmenes que incluían el borrador con cometarios y varios borradores tentativos que habían sido redactados a lo largo del tiempo⁴⁷¹.

Alrededor de tres cuartos de los estados⁴⁷² de Estados Unidos han adoptado el Código Penal Modelo, con más o menos modificaciones, por lo que “*no one disputes that the general approach to the construction of law and some substantial changes to the common law have taken place largely through the influence of the Model Penal Code*”⁴⁷³. Por el contrario, el Código Penal Federal ha sufrido muy pocas reformas a pesar de la influencia del Código Penal Modelo y de que el Congreso ha intentado tramitar varios proyectos de ley con este propósito desde 1966⁴⁷⁴. En todo caso, el Código Penal Modelo sigue siendo una fuente importante de información y un referente esencial en el trabajo de la doctrina, en especial de la parte general.

Por el contrario, en Inglaterra los avances hacia la codificación han sido mucho menores y aún no existe, ni siquiera, una propuesta de código que pueda servir de referencia para el legislador o los jueces. En 1965, el Parlamento británico creó la Comisión Legal, mediante el *Law Commissions Act 1965*, que se encarga de revisar las leyes y recomendar reformas cuando lo considera necesario. Esta institución ha presentado varias propuestas de código penal, dentro de los que se destacan el *Anteproyecto de Código Penal para Inglaterra y Gales* de 1989 y la *Propuesta de Codificación de los Principios Generales del Derecho penal* en 1968. No obstante, ninguna de las propuestas ha tenido éxito en el Parlamento y son muy poco consultadas. En abril de 2009 la Comisión retomó el proyecto de código, pero aún no se han visto resultados, por lo que en el caso de Inglaterra no existe un documento que consolide el derecho penal y pueda servir de guía para el análisis de los elementos del delito⁴⁷⁵.

⁴⁷¹ ROBINSON, Paul H. “United States” En HELLER, Kevin Jon. DUBBER, Markus Dirk. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford Law Books, Stanford, 2011. p. 446.

⁴⁷² ROBINSON, “United States” ..., op. cit. p. 446.

⁴⁷³ POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 11. [nadie disputa que la aproximación general a la construcción de la ley y algunos cambios sustanciales del *common law* han tenido lugar, en gran medida, a través de la influencia del Código Penal Modelo] (traducción libre).

⁴⁷⁴ ROBINSON, “United States” ..., op. cit. p. 447.

⁴⁷⁵ BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho* ..., op. cit. p. 66-67.

Ahora bien, el derecho penal anglosajón se caracteriza por dividir la estructura del delito en dos grandes bloques, con base en la distinción entre elementos objetivos y elementos subjetivos⁴⁷⁶. La conducta del sujeto, que puede consistir en una acción prohibida o en una omisión cuando el sujeto tenía la obligación de actuar, además de las circunstancias en las que esa conducta debe tener lugar y el resultado en algunos casos, constituyen los elementos objetivos o *actus reus*⁴⁷⁷. A cada uno de esos elementos objetivos le corresponde un elemento de culpabilidad (*culpability elements*), que se encuentran en el bloque denominado clásicamente como *mens rea* o mente culpable⁴⁷⁸. La relación entre estos dos elementos está regida por el principio de concurrencia, de acuerdo con el cual en el momento en que se lleva a cabo la conducta, el estado mental del sujeto debe ser aquel que la norma exige para que pueda imputarse el delito. Finalmente, a esto se suma el análisis de las excusas y defensas, que de estar presentes anulan la responsabilidad penal⁴⁷⁹, aunque este análisis suele realizarse a la luz del derecho procesal penal.

Esta estructura se ha desarrollado a partir de las distintas leyes penales que, poco a poco, han ido desplazando a la jurisprudencia en la prohibición de conductas y el establecimiento de las penas⁴⁸⁰. A pesar de que aún hoy, se conservan delitos creados jurisprudencialmente, los llamados *common law offences*, la mayoría de las conductas están establecidas en leyes especiales, promulgadas por los órganos legislativos, por lo que reciben el nombre de

⁴⁷⁶ FLETCHER afirma que: “*This is the set of objective and subjective elements that constitute the incriminating case against the accused. The contours of the definition are set by the prohibitory norm. The prohibitory norm, in turn must be cast so as to state a morally coherent imperative in the particular society*” FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 575. [Este es el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que constituyen el caso incriminatorio contra el acusado. Los contornos de la definición están establecidos por la norma prohibitiva. La norma prohibitiva, a su vez, debe emitirse para establecer un imperativo moralmente coherente en la sociedad particular] (traducción libre).

⁴⁷⁷ POLLOCK. *Criminal ...*, op. cit. p. 39.

⁴⁷⁸ ROBINSON, “United States”..., op. cit. p. 452.

⁴⁷⁹ Afirma WELLS: “*The paradigm of criminal liability therefore consists in a person subject to criminal law performing or causing the ‘actus reus’ of the offence with the requisite ‘mental element’, in the absence of any relevant defence*”. WELLS, Celia. QUICK, Oliver. *Reconstructing Criminal Law*. Law in Context, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. p. 95. En el mismo sentido, POLLOCK, Joycelyn M. *Criminal Law*, Elsevier, New York, 2009. p. 32. [El paradigma de la responsabilidad penal es una persona que está sujeta al derecho penal y ejecuta o causa el *actus reus* de un delito con el elemento mental requerido, en ausencia de una defensa relevante] (traducción libre).

⁴⁸⁰ BERNAL DEL CASTILLO explica que “[e]n el Derecho anglosajón la estructura del delito es una criatura del legislador, atenta a solucionar las cuestiones discutidas y problemáticas con soluciones legislativas prácticas; no se trata tanto de que la teoría del delito conste de una estructura interna, trascendente a la acción del legislador, como sucede, con la teoría alemana del delito”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 71.

*statutory offences*⁴⁸¹. Así mismo, para la mayoría de las conductas se ha fijado por vía estatutaria un máximo de pena, aunque rara vez se consagra una pena mínima como sucede con los códigos de tradición continental.

No obstante, se debe tener en cuenta que la influencia del *case law* en Inglaterra es mayor que en Estados Unidos, en la medida en la que varios de los crímenes más graves aún se encuentran regulados por la jurisprudencia, como el asesinato (*murder*), el homicidio culposo (*manslaughter*), el secuestro (*kidnapping*) y la detención ilegal (*false imprisonment*), aunque a partir del siglo XIX⁴⁸² se incrementó la producción de legislación en materia penal y hoy en día existe un importante número de leyes penales. Estas no se encuentran agrupadas en un solo código, sino que se trata de leyes especiales que se refieren a un tipo de conducta determinada⁴⁸³. Además, las Cortes inglesas han reconocido que, en el ámbito penal, la soberanía del Parlamento implica que sea este órgano el que defina los delitos y las penas, aunque sin negar el importante papel que ha tenido la jurisprudencia en su desarrollo. Así, en la sentencia *Queen v Price* de 1884⁴⁸⁴, la *Queen's Bench Division* estableció que el Parlamento debía pronunciarse con respecto a los poderes de los tribunales en materia penal.

De igual manera, la importancia de la jurisprudencia en este ámbito también se debe a que, como en cualquier otro sistema, las leyes penales no siempre son claras en cuanto a los elementos de los delitos y son los jueces los encargados de establecer y analizar la estructura

⁴⁸¹ ALISTE SANTOS. *Sistema ...*, op. cit. p. 233. En el mismo sentido, ASHWORTH. *Sentencing and Criminal JUSTICE*, 6th ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2015. p. 1.

⁴⁸² ASHWORTH afirma que: “*In the nineteenth century there was a move toward consolidation of criminal law legislation that led to major statutes such as the Offences against the Person Act 1861 (most of which is still in force today) and the Malicious Damage Act 1861. (...) In the second half of the twentieth century there were the beginnings of a drive to codify English criminal law. (...) Progress toward the creation of a single criminal code has been slow, but there has been major legislation to reform the criminal law in the last half century, including the Theft Act 1968, the Criminal Damage Act 1971, the Criminal Attempts Act 1981, the Sexual Offences Act 2003, the Fraud Act 2006, and others (...)*” ASHWORTH, Andrew. “United Kingdom” En HELLER, Kevin Jon. DUBBER, Markus Dirk. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford Law Books, Stanford, 2011. p. 420. [En el siglo XIX hubo un movimiento hacia la consolidación de la legislación penal que dio lugar a estatutos importantes como la Ley de Delitos Contra la Persona de 1861, (la mayoría de los cuales todavía está en vigor) y la Ley de Daños Maliciosos de 1861. (...) En la segunda mitad del siglo XX se comenzó a impulsar la codificación del derecho penal inglés. (...) El progreso hacia la creación de un código penal único ha sido lento, pero ha habido una legislación importante para reformar el derecho penal en el último medio siglo, que incluye la Ley de Robos de 1968, la Ley de Daños Penales de 1971, la Ley de Tentativa de 1981, la Ley de Delitos Sexuales de 2003, la Ley de Fraude de 2006 y otros] (traducción libre).

⁴⁸³ PERISTERIDOU. *The principle...*, op. cit. p. 70

⁴⁸⁴ *Queen v Price* [1884] 12 *Queen Bench Division*, 247.

de cada uno de ellos⁴⁸⁵. Sin embargo, por la estructura del *common law* la relación entre la jurisprudencia y la ley tiende a ser complicada, en la medida en la que el Parlamento regula, en muchos casos, conductas que ya habían sido establecidas como delictivas por la jurisprudencia. Siempre que sea posible establecer que los elementos del delito consagrados en la ley no son expresamente distintos de aquellos establecidos por los tribunales, se entiende que las sentencias tienen una función complementaria, por lo que no quedan inmediatamente abolidas, aunque por lo general esto no es del todo claro⁴⁸⁶.

Por ejemplo, la *Ley Sobre Delitos contra las Personas* de 1861, (*Offences Against the Person Act 1861*), la *Ley Sobre el Delito de Daño* de 1971 (*Criminal Damage Act 1971*) y las leyes sobre hurto de 1968 y 1978 (*Theft Acts 1968 and 1978*), consagran delitos que previamente habían sido establecidos como tales por las cortes, mientras que aún algunos delitos están solamente regulados por la jurisprudencia, no solo en cuanto a los elementos del delito, sino incluso a la determinación de la pena a imponer, a pesar de que hay casos en los que esta pueda consistir en privación de libertad. La relación entre la jurisprudencia y la legislación es incluso más compleja en lo que se refiere a la parte general del derecho penal, que ha sido desarrollada en su gran mayoría por la jurisprudencia, sin que el Parlamento haya emitido una sola norma que aborde exclusivamente la parte general del derecho penal⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ PERISTERIDOU. *The principle ...*, op. cit. p. 72.

⁴⁸⁶ Es importante tener en cuenta que “[t]here have been cases where courts considered that just because an act is not criminalised under the statute, it does not necessarily escape the scope of common law; what is more, there have also been occasions where the English court deliberately circumvented the parliamentary statute. Nowadays, it is accepted that where parliament has statutorily created an offence, prosecution should be based on the statute, rather than common law” Ibidem, p. 75. [Se han presentado casos en los que los tribunales consideraron que el hecho de que un acto no esté penalizado según el estatuto no necesariamente implica que la situación se encuentra por fuera del ámbito de aplicación del *common law*; es más, también ha habido ocasiones en que el tribunal inglés eludió deliberadamente el estatuto parlamentario. No obstante, hoy en día, se acepta que cuando el Parlamento haya creado un delito estatutario, el enjuiciamiento debe basarse en el estatuto y no en el derecho consuetudinario] (traducción libre).

⁴⁸⁷ JONES, P. Asterley. CARD, R.I.E. *Cross and Jones' Introduction to Criminal Law*. 8th Ed. Butterworths, London, 1976. p. 7. En ese mismo sentido LAFAVE explica que: “At the same time that judges were developing new crimes, they were also developing new common law defenses to crime, such as self-defense, insanity, infancy, and coercion. (...) At the present time it is clear that a new offense will be created by the courts only rarely in England, and any new offense created will be a misdemeanor and not a felony”. LAFAVE, Wayne R. SCOTT, Austin W. *Criminal Law*. 2 ed. West Publishing Co, St. Paul, 1986. p. 65. [Al mismo tiempo que los jueces estaban desarrollando nuevos crímenes, también estaban desarrollando nuevas defensas de *common law*, como la legítima defensa, la locura, la infancia y la coacción. (...) Actualmente, está claro que los tribunales solo crearán una nueva ofensa en raras ocasiones en Inglaterra, y cualquier nueva ofensa creada será un delito menor] (traducción libre).

Por el contrario, en la actualidad, en Estados Unidos “*it can be safely said that most state law is now statutory law rather than common law*”⁴⁸⁸, aunque la mayoría de los delitos tenga sus orígenes en delitos de *common law* inglés. Más aún, de acuerdo con la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la sentencia *United States v. Hudson and Goodwin*⁴⁸⁹, no existen los delitos de *common law* a nivel federal y el Congreso debe emitir una ley criminalizando una conducta, estableciendo la pena correspondiente y otorgando a los jueces jurisdicción sobre el hecho para que una persona pueda ser imputada por ella⁴⁹⁰. En consecuencia, un importante sector de la doctrina afirma que los jueces estadounidenses carecen de competencia para desarrollar el derecho penal a partir del *common law*⁴⁹¹. Así pues, a diferencia de lo que sucede en Inglaterra, en los Estados Unidos todos los delitos están establecidos o bien en los códigos penales estatales o bien en leyes penales federales.

⁴⁸⁸ “[F]or instance, Kentucky’s law states: “Common law offense are abolished and no act or omission shall constitute a criminal offense unless designated a crime or violation under this code or another statute of this states (...) Even in states that have replaced the common law crimes with a state penal code, a study of the common law still serves a practical, useful purpose because it illustrates the origin of the modern-day statutes”. POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 8. [Por ejemplo, la ley de Kentucky establece que: “los delitos de *common law* son abolidos y ningún acto u omisión constituirá un crimen, a menos que así lo defina este código u otra ley de los Estados Unidos (...) Incluso en estados que han reemplazado los crímenes de *common law* con un código penal estatal, un estudio del *common law* aun tiene un propósito práctico y útil porque ilustra el origen de los estatutos actuales] (traducción libre) Igualmente SERVIDIO-DELABRE afirma que: “*Although originally all crime was based on the common law definitions, today around half the states do not recognize these common law crimes. In these states, definitions of crimes must be based on a statute. This exclusion of common law definitions of crimes is based on the adage Nullum crime sine lege, nulla poena sine lege (the principle of legality)*”. SERVIDIO-DELABRE. *Common...*, op. cit. p. 204. [Aunque originalmente todos los crímenes estaban basados en las definiciones de *common law*, actualmente al menos la mitad de los estados no reconocen los crímenes de *common law*. En estos estados, las definiciones de los crímenes deben estar consagradas en un estatuto. Esta exclusión de las definiciones de los crímenes de *common law* está basada en el principio *Nullum crime sine lege, nulla poena sine lege* (principio de legalidad)] (traducción libre).

⁴⁸⁹ Supreme Court of the United States, *United States v. Hudson and Goodwin*, febrero 13 de 1812.

⁴⁹⁰ No obstante, se debe tener en cuenta que “*the states rejecting common law crimes often use common law terms in their statutes without defining them, in which case resort must be had to the common law for definition. Jurisdictions which have abolished common law crimes have not necessarily abolished common law defenses to crime*”. LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 67. [Los estados que rechazan los crímenes de *common law* usualmente utilizan los términos del *common law* en sus estatutos sin definirlos, caso en el cual se debe utilizar el *common law* para definirlos. Las jurisdicciones que han abolido los crímenes de *common law* no necesariamente han abolido las defensas de *common law*] (traducción libre).

⁴⁹¹ ALISTE SANTOS. *Sistema...*, op. cit. p. 234.

b. La estructura del delito en Francia

Aunque el derecho francés pertenece a la tradición jurídica continental, misma a la que pertenecen España y Colombia, por tener raíces en las civilizaciones griega y romana, el desarrollo de su sistema penal ha sido realmente particular, por lo que la explicación sobre la estructura del delito en esos países no es aplicable al caso francés.

Como se sabe, fue en Francia donde se inventó la codificación, por lo que no sorprende la importancia que tiene el código penal dentro del ordenamiento jurídico penal en ese país. El código vigente es relativamente reciente, aunque la doctrina aún se refiere a él como “el nuevo código”. El proyecto para modificar el código penal vigente desde 1810, el código penal de Napoleón, inició en 1975, mediante un decreto del presidente Valéry Giscard d’Estaing del 8 de noviembre y, a partir de ese momento, se presentaron varios proyectos que fueron rechazados por el Parlamento, hasta que el 22 de julio de 1992, se aprobó el Código penal a través de varias leyes, que entró en vigencia el 1 de marzo de 1994. En realidad no se trataba de una reforma al anterior, sino de una obra completamente nueva, que incorporaba nuevos principios y todo un nuevo sistema, donde se destaca, por ejemplo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁴⁹².

El Código está dividido en dos partes. La primera de ellas legislativa, es decir compuesta por leyes en sentido estricto, y la segunda regulatoria, que contiene los reglamentos que, al respecto, ha establecido el órgano ejecutivo⁴⁹³. Los libros II a V de la parte legislativa contienen los delitos graves. Las ofensas menos graves, conocidas como contravenciones, están contenidas en el libro VI que es, a su vez, la parte reglamentaria del Código. La nomenclatura del Código Penal francés merece ser destacada, pues cada artículo se compone de 4 números. El primero de ellos corresponde al libro del Código, el segundo a la parte relevante, el tercero al capítulo y el cuarto al artículo dentro del capítulo, así el primer artículo es el 111-1. Además, cuando el artículo pertenece a la parte reglamentaria, se antepone la letra “R” a los números. Este método de numeración se eligió porque se considera que

⁴⁹² ELLIOT, Catherine. *French Criminal Law*. Routledge, London, 2011. p. 10.

⁴⁹³ Con respecto a los amplios poderes de la Rama ejecutiva del Poder Público en Francia y las discusiones que esto ha suscitado, consultar el capítulo I, 3.

permite una fácil incorporación de nuevos artículos, que serán necesarios en la medida en la que el sistema penal vaya evolucionando⁴⁹⁴.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que este sistema penal se basa en una división tripartita de las infracciones, que está diseñada a partir de un criterio de gravedad. Así, se distingue entre crímenes, delitos y contravenciones como lo establece el primer artículo del Código⁴⁹⁵ y se ha hecho así desde el Código penal de Napoleón⁴⁹⁶. Esta clasificación tiene importantes consecuencias, tanto en el aspecto procesal⁴⁹⁷, como en el aspecto sustantivo del derecho penal. Así pues, la aplicación de la ley penal en el espacio y las normas correspondientes a la tentativa, la complicidad y el elemento subjetivo de las infracciones, varían según se trate de una o de otra⁴⁹⁸. Además, las infracciones también difieren en las penas que se asigna a cada una de ellas⁴⁹⁹. Los crímenes serán sancionados con pena de reclusión o detención criminal (*réclusion ou de détention criminelle*) que puede ser perpetua o temporal; por los delitos se impone una pena de prisión, una multa importante o ambas; y las contravenciones se sancionan con multas de menor gravedad. Estas a su vez están divididas en 5 clases⁵⁰⁰.

Por otra parte, tradicionalmente se ha entendido que las infracciones se componen de tres elementos: el elemento legal (*l'élément légal*), el elemento material (*l'élément matériel*) y el elemento moral o psicológico (*l'élément moral ou psychologique*)⁵⁰¹. Esto es así porque se asume que una conducta no puede ser sancionada por el derecho penal si no ha sido prevista

⁴⁹⁴ ELLIOT, Catherine. "France" En HELLER, Kevin Jon. DUBBER, Markus Dirk. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford Law Books, Stanford, 2011. p. 168.

⁴⁹⁵ Code pénal, article 111-1 : « *Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions* ».

⁴⁹⁶ EBOVE, Frédéric. FALLETTI, François. *Précis de droit penal et de procédure pénale*. Presses Universitaires de France, Paris, 2001. p. 99.

⁴⁹⁷ Sobre los órganos competentes para juzgar y sancionar cada una de las infracciones, consultar, capítulo I, 3 de este trabajo.

⁴⁹⁸ EBOVE, Frédéric. FALLETTI, François. *Précis de droit penal et de procédure pénale*. Presses Universitaires de France, Paris, 2001. p. 100.

⁴⁹⁹ LEGEAIS. *Grands...*, op. cit. p. 76

⁵⁰⁰ BADAR, Mohamed Elewa. MARCHUK, Iryna. "A Comparative Study Of The Principles Governing Criminal Responsibility In The Major Legal Systems Of The World" En *Criminal Law Forum*, Volume 24, March 2013. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s10609-012-9187-z>. Consultado el 30 de octubre de 2017. p. 25. En el mismo sentido, EBOVE, Frédéric. FALLETTI, François. *Précis de droit penal et de procédure pénale*. Presses Universitaires de France, Paris, 2001. p. 100.

⁵⁰¹ LEGEAIS. *Grands...*, op. cit. p. 328.

como una infracción por la ley, (elemento legal), se ha llevado a cabo materialmente en el mundo exterior (elemento material) y ha estado guiada por la voluntad libre y consciente de una persona (elemento psicológico)⁵⁰². No obstante esta división es actualmente criticada y considerada errónea por un sector de la doctrina que es de la opinión que la ley no puede ser al mismo tiempo la encargada de establecer la infracción y un elemento constitutivo de la misma, pues se confunde el contenedor con el contenido⁵⁰³. A pesar de ello, entienden que no puede prescindirse del elemento legal de la infracción, que fue establecido en su momento como límite a los abusos del Antiguo Régimen, sino que el contenido que se le asignaba por la doctrina clásica ha sido hoy redirigido hacia la discusión del principio de legalidad.

A esta estructura tripartita, un sector de la doctrina francesa y algunos autores extranjeros que la han estudiado, han añadido un cuarto elemento que se refiere a la necesidad de que la conducta sea contraria a derecho, es decir que no se encuentre justificada o exculpada por alguna causa legal⁵⁰⁴. Aunque es claro que en presencia de alguna de las circunstancias específicas que la ley ha previsto como excluyentes de la responsabilidad penal, la persona no será sancionada, aún no se ha establecido unánimemente si estas hacen parte de los

⁵⁰² Con respecto a los elementos del delito en el derecho penal francés explica GLASER que « *Du point de vue de légalité, cet élément odit sa rapporté d'un côté, comme en cas de tous les types d'infraction, aux éléments de l'état de fait, c'est-à-dire à l'acte qu'il décrit, et d'un autre côté au contenu du but visé par l'auteur. Du point de vue subjectif, l'intention /dol) doit comprendre d'un côté les éléments de l'état de fait et son légalité, et d'un autre le contenu du but visé et son légalité* ». GLASE, Stefan. "Quelques remarques sur la definition de l'agression en droit international pénal" En HOHENLEITNER, Siegfried. LINDNER, Ludwig. NOWAKOWSKI, Friedrich. *Festschrift für Theodor Rittler*. Verlag Scientia, Alemania, 1957. p. 390. [Desde el punto de vista de la legalidad, este elemento debe relacionarse por un lado, como en el caso de todo tipo de delito, con los elementos del estado de las cosas, es decir, con el acto que describe, y por otra parte, con el contenido del objetivo perseguido por el autor. Desde el punto de vista subjetivo, la intención (dol) debe incluir, por un lado, los elementos del estado del hecho y su legalidad, y por el otro, el contenido del objetivo y su legalidad] (traducción libre).

⁵⁰³ « *En effet, le texte qui définit le comportement punissable est nécessairement extérieur à celui-ci : il n'en est donc pas une composante. Aussi, il y a assurément une part d'incohérence à regrouper au sein des éléments constitutifs de l'infraction le texte qui précisément les décrit* » EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 84. En el mismo sentido, DOUCET, Jean-Paul. *Précis de Droit Pénal Général*. L'université de Liège, Liège, 1979. p. 51. [De hecho, el texto que define el comportamiento punible es necesariamente externo a él, por lo tanto, no es un componente. Además, ciertamente hay algún elemento de inconsistencia al agrupar dentro de los elementos constitutivos de la ofensa el texto que los describe con precisión] (traducción libre).

⁵⁰⁴ STEFANI, Gaston. LAVASSEUR, Georges. BOULOC, Bernard. *Droit Pénal Général*. 12 éd. Dalloz, Paris, 1984. p. 145.

elementos materiales y psicológicos de los crímenes o si corresponden a una categoría particular⁵⁰⁵.

c. La estructura del delito en Iberoamérica.

El derecho penal en Iberoamérica, representado en este trabajo por los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, ha sido desarrollado, en gran medida, a través de la doctrina que ha trabajado ampliamente la teoría del delito. Se trata de un sistema diseñado por los profesores alemanes, que hoy se estudia, utiliza y perfecciona en todos los países en donde ellos han tenido influencia⁵⁰⁶, destacando la labor de la doctrina española, que no solo ha aumentado la estructura de la teoría del delito a través de importantes aportes, sino que además, ha traducido una cantidad fundamental de textos al castellano, haciéndolos más accesibles para todos los países de habla hispana. Así pues, “*la teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del derecho penal*”⁵⁰⁷.

La teoría del delito busca identificar los elementos comunes a todos los delitos o a ciertos grupos de delitos, con base en el derecho positivo, identificando los principios básicos del derecho penal positivo. Esto, con la intención de otorgar seguridad jurídica, pues, en la medida en la que se formule un concepto general de delito, constituido por una serie de elementos que sean válidos para todas las figuras de la parte especial del código penal, se asegura una mayor transparencia en la imputación y, en consecuencia, mayores garantías

⁵⁰⁵ AMBOS, Kai. “Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible? Some preliminary reflections. En *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol 12, Issue 2, 2005. p. 180.

⁵⁰⁶ DEMETRIO CRESPO *et al.* explican que “[e]ste sistema ordenado de conocimientos ha alcanzado un grado de complejidad muy notorio en la dogmática jurídico-penal alemana que se ha convertido en una especie de lenguaje jurídico común con un ámbito de influencia muy amplio, en el que se encuentran los penalistas de habla hispana. Mucho se ha discutido sobre el verdadero rendimiento de un sistema tan complejo, y a la vez tan detallado, de explicación del delito, obteniéndose a veces conclusiones bastante desalentadoras”. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. MATA LLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II: Teoría del delito*. Iustel, Madrid, 2011. p. 14.

⁵⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General. 9a ed.* Editorial Reppertor, Barcelona, 2011. p. 136.

para los ciudadanos⁵⁰⁸. En última instancia, la teoría del delito facilita la enseñanza del derecho penal y la labor de los jueces y los fiscales en los tribunales judiciales.

La complejidad de la teoría del delito no solo está dada por la amplitud de su objeto de estudio, que se ha dividido en categorías y subcategorías, sino que, además, no existe una sola teoría del delito, sino que la historia de la dogmática del derecho penal se compone de muchas teorías, diseñadas por distintas escuelas de pensamiento, con más o menos puntos en común. En consecuencia, las teorías aquí expuestas no son las únicas e, incluso en algunos puntos, pueden ser minoritarias. Ello se debe a que el propósito de este texto no es hacer un recuento de la teoría del delito, sino permitir una comprensión general de la estructura, que facilite la identificación de los puntos comunes que existen entre los elementos subjetivos del tipo (sistema iberoamericano), la *mens rea* (sistema anglosajón) y el elemento moral (sistema francés).

La posición mayoritaria actual sostiene que, en términos generales, el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, a la que en algunos casos se le agregan unos requisitos adicionales para la imposición de la pena, que se conocen como elementos de la punibilidad⁵⁰⁹, dentro de los que se encuentran algunas excusas absolutorias y condiciones objetivas que imponen en algunos casos las leyes. Son varios los planteamientos sobre las relaciones existentes entre estos elementos, que se evidencian incluso en la utilización del lenguaje⁵¹⁰, aunque esta es el más común. En todo caso, siempre debe tenerse presente el derecho positivo en cada país, pues la dogmática jurídica no puede estar aislada de la labor legislativa, que es la encargada de delimitar las distintas teorías y es, finalmente, la que determina los derechos y deberes de los ciudadanos.

⁵⁰⁸ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas, Madrid, 1996. p. 223.

⁵⁰⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. T. I*. Traducción Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Thomson – Civitas. Madrid, 2008. p. 194.

⁵¹⁰ Por ejemplo MIR PUIG asegura que, “*en esta obra se entiende el delito como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Esta definición tiene dos partes. La primera, la antijuridicidad penal, exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación. La segunda, la imputación personal, requiere que el hecho penalmente antijurídico sea imputable a una infracción personal de la norma primaria por parte de un sujeto penalmente responsable*”. MIR PUIG. *Derecho Penal...*, *op. cit.* p. 139.

El artículo 10 del Código Penal español afirma que «*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*», recalcando la importancia del principio de legalidad, del que se hablará más adelante, en la medida en la que no existen hechos por sí mismos delictivos, sino que se requiere siempre de una provisión legal; entre tanto el Código Penal colombiano (ley 599 de 2000) acoge un concepto tripartito de delito, lo que queda evidenciado en el artículo 9, norma rectora del ordenamiento penal, que establece «*para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable (...)*», aunque no por ello pueda afirmarse que se inscriba completamente dentro de uno de los esquemas teóricos existentes⁵¹¹.

2. Los elementos del delito comunes a los distintos sistemas.

Como puede verse, los distintos sistemas se aproximan de maneras muy diversas al delito. No obstante, cuando se realiza un análisis detallado de cada uno de ellos, se hace evidente que comparten los mismos elementos y principios, aún cuando los nombren, definan y organicen de maneras distintas. A continuación se hará referencia a cada uno de esos elementos, siguiendo la estructura bipartita prevista en los sistemas frances y anglosajón. Dos razones justifican esta elección. En primer lugar, el Estatuto de Roma mantiene una estructura similar, aún cuando se ha asegurado en repetidas ocasiones que no se acoge a esta tradición, tal como se verá más adelante. En segundo lugar, partir de la estructura bipartita de estas teorías sobre el delito permite elaborar una comparación más clara con los elementos de la teoría iberoamericana.

Como se verá más adelante, la comprensión del delito a partir de elementos objetivos (*actus reus*) y subjetivos (*mens rea*) ofrece un marco de referencia básico al cual se pueden sobreponer categorías dogmáticas más complejas, como el aspecto subjetivo de la tipicidad y la culpabilidad. Por el contrario, tomar los elementos de la teoría iberoamericana del delito como punto de partida de la comparación conduciría al rompimiento de una lógica que, acaso por su pragmatismo y simplicidad aparente, resulta menos flexible.

⁵¹¹ URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín *et al.* *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. p. 211.

a. El principio de legalidad.

La máxima *nullum crimen, nullam poena sine lege*, que se conoce también como el principio de legalidad, ha sido reconocida por distintos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 11,2), el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 15,1) y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950 (artículo 7), por lo que es aplicado por todos los países del mundo, de una manera u otra.

La aplicación del principio de legalidad en Inglaterra es muy peculiar dado el predominio del *common law*, en especial durante el siglo XIX, y la existencia de delitos creados por los tribunales. Esto ha hecho que la aplicación de este principio sea cuestionada, pues aún hoy se reconocen delitos no establecidos por una ley, por lo que se ha requerido realizar una interpretación flexible del mismo. En ese proceso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estado muy vinculado⁵¹². La primera sentencia al respecto fue *Wingrove vs. Reino Unido* emitida el 25 de noviembre de 1966, en la cual se aceptó que dada la estructura del derecho en Inglaterra tanto la jurisprudencia como el derecho consuetudinario constituyen fuente de derecho penal, mientras se pueda verificar que existe una norma anterior al delito cierta y clara⁵¹³.

⁵¹² “Despite their diametrically opposed starting points, common and continental systems have been converging under the umbrella of the ECtHR. Both traditions recognise the statute as the supreme source of criminal liability and in both traditions case law cannot create criminal liability. However, in the English system, case law is recognized as an official source of criminal liability for the remaining common law offences” PERISTERIDOU. *The principle...*, op. cit. p. 126. [A pesar de tener puntos de partida diametralmente opuestos, los sistemas jurídicos continental y de *common law* han ido convergiendo bajo el paraguas del Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Ambas tradiciones reconocen los estatutos como la fuente principal de responsabilidad penal y en ambas tradiciones no le está permitido a la jurisprudencia crear delitos. Sin embargo, en el sistema inglés, la jurisprudencia se reconoce como una fuente oficial de responsabilidad penal para los delitos de *common law* que aún están vigentes] (traducción libre).

⁵¹³ Afirma BERNAL DEL CASTILLO: “No obstante, la doctrina del tribunal no se dirige a exigir un conjunto de condiciones de máxima garantía respecto del principio de legalidad, que efectivamente son más perfectas en los sistemas que siguen el sistema parlamentario en la creación del Derecho, sino que intenta, dentro de la pluralidad de sistemas, aceptar otros tipos de fuentes de derechos siempre que reúnan las mínimas garantías del contenido esencial de ese principio”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho ...*, op. cit. p. 55.

Luego, el 7 de diciembre de 1976, mediante la sentencia del asunto *Handyside*, el Tribunal reiteró que el sistema de fuentes del derecho de Inglaterra es válido dentro del derecho europeo, incluso con respecto al principio de legalidad en cuanto al derecho penal, siempre y cuando se realice una interpretación restrictiva de los estándares normativos que guían a los tribunales, con el propósito de garantizar los derechos de los imputados, evitar la analogía prohibida y en consecuencia proteger la seguridad jurídica e impedir la arbitrariedad judicial⁵¹⁴.

Simultáneamente, a partir de la incorporación de la Convención Europea de Derechos Humanos mediante el *Human Rights Act 1998* los jueces ingleses han utilizado explícitamente el principio de legalidad, citando la Convención⁵¹⁵. A esto se sumó el *Constitutional Reform Act 2005* que positivizó por primera vez la *Rule of Law*⁵¹⁶,

⁵¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia *Handyside*, 7 de diciembre de 1976. Para un análisis detallado de la sentencia *Ibidem*, p. 62 y ss.

⁵¹⁵ “*Even so, continental lawyers may struggle to identify their own conception of the principle of legality as this is adopted by English courts*”. PERISTERIDOU. *The principle...*, op. cit. p. 79. [Aún así, los abogados de la tradición continental pueden tener problemas para identificar su concepción del principio de legalidad dentro de la postura adoptada por las cortes inglesas] (traducción libre).

⁵¹⁶ Dentro del derecho anglosajón la *Rule of Law* equivale a la idea de *Estado de Derecho* en el derecho continental. PERISTERIDOU explica que: “*The English doctrine of the Rule of Law is also orientated towards the limitation of state power of that respect of certain fundamental rights. However, the lack of codification in England, especially the lack of a written constitution and criminal legislation, denotes a less positivistic approach in the application off the Rule of Law. In particular, prior to the Enlightenment and for a significant time afterwards, the limitation of state power was done in a customary manner. There was a widespread belief and commitment amongst legal practice, the state and the community that England is ruled under the Rule of Law and it was only these attitude that ensured that the Rule of Law was applied*”⁵¹⁶. *Ibidem*, p. 84. [La doctrina inglesa de la *Rule of Law* también se orienta hacia la limitación del poder estatal y al respeto de ciertos derechos fundamentales. Sin embargo, la falta de codificación en Inglaterra, especialmente la falta de una constitución escrita y una legislación penal, denota un enfoque menos positivista en la aplicación de la *Rule of Law*. En particular, antes de la Ilustración y durante un tiempo significativo después, la limitación del poder del Estado se hizo de manera consuetudinaria. Hubo una creencia y un compromiso generalizados entre la práctica legal, el Estado y la comunidad de que Inglaterra se rige por el derecho, y fue solo esta actitud la que aseguró que se aplicara la *Rule of Law*] (traducción libre). En igual sentido afirma SEDLEY que “*the rule of law has come to signify not only a state in which and by which law is respected, but one which is democratically governed, with an independent judiciary empowered to enforce recognised human rights and competent and uncorrupt public administration. Such a set of attributes is less a good conduct medal than a platonic ideal*”. SEDLEY, STEPHEN. *Lions under the throne: essays on the history of English Public Law*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2015. p. 275. Al respecto SELLERS, Mortimer “*What is the Rule of Law and why is it so important?*” En GOUDAPPEL, Flora A. N. J. HIRSCH BALLIN, Ernst M. H. *Democracy and Rule of Law in the European Union. Essays in Honour of Jaap W. de Zwaan*. T. M. C. Asser Press, La Haya, 2016. [La *Rule of Law* ha llegado a significar no solo un Estado en el que se respeta la ley, sino que se rige democráticamente, con un poder judicial independiente facultado para hacer cumplir los derechos humanos reconocidos y una administración pública competente y sin corrupción. Tal conjunto de atributos es menos una medalla de buena conducta que un ideal platónico] (traducción libre).

incrementando el debate constitucional sobre el principio de legalidad y acercando el concepto aún más a la definición que se le otorga en el derecho penal continental. De hecho, este principio ha sido uno de los argumentos más utilizados por la *Law Commission* para impulsar el proyecto de codificación en Inglaterra, debido a la vinculación que existe entre los ideales de certeza, accesibilidad y límites a la arbitrariedad que pretende alcanzar la *Rule of Law*, por una parte y la codificación, por la otra⁵¹⁷.

En este proceso, además, han sido de vital importancia las reglas de precedente, pues solo con base en ellas es posible argumentar que dentro del sistema de fuentes de derecho anglosajón se respeta el principio de *lex praevia*, en la medida en la que los jueces no suelen apartarse de los precedentes vinculantes y, cuando lo hacen, siguen ciertos principios que se encuentran claramente establecidos⁵¹⁸. En este contexto, JURATOWITCH asegura que los jueces ingleses suelen separarse del precedente en materia penal cuando (i) existe una especial necesidad de adaptar la ley a nuevas circunstancias, (ii) cuando la moral tiene un papel preponderante en el caso concreto, (iii) cuando se ha cometido un error grave, y (iv) cuando se requiere variar la interpretación que se le ha dado a una ley parlamentaria, aunque en todos los casos los jueces analizan los efectos que puede tener el cambio de precedente frente a la seguridad jurídica⁵¹⁹.

En los Estados Unidos existen menos problemas, en la medida en la que ya no existen crímenes de *common law* y porque la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* se entiende como parte del debido proceso, a pesar de no estar expresamente consagrada en la Constitución. Esto, porque la jurisprudencia ha determinado que está estrechamente vinculada con la prohibición constitucional de que existan estatutos vagos en materia penal

⁵¹⁷ WELLS. QUICK. *Reconstructing...*, op. cit. p. 75.

⁵¹⁸ Con respecto a las reglas de precedente, consultar el capítulo I, 1, d. de este trabajo.

⁵¹⁹ JURATOWITCH, Ben. *Retroativity and the Common Law*. Hart Publishing, Oxford, 2008. p. 183-197. En el mismo sentido, PERISTERIDOU explica que “*Common law developed the law ‘from case to case, like the ancient Mediterranean mariners, hugging the coast from point to point’. Arbitrariness is controlled through the application of the rules of precedent, which by binding courts to previous authority limits arbitrary judgements*” PERISTERIDOU. *The principle ...*, op. cit. p. 94. [El *common law* desarrolló sus normas de caso en caso, como los antiguos marineros mediterráneos, abrazando las costas de punto a punto. La arbitrariedad se controla a través de la aplicación de las reglas del precedente, que, mediante la vinculación de las cortes a los pronunciamientos de autoridad previa, limita los juicios arbitrarios] (traducción libre).

y de la aplicación de leyes *ex post facto*⁵²⁰. Incluso, se entiende que la soberanía del Parlamento incluye la potestad de reconocer justificaciones y excusas, además de la definición de los delitos⁵²¹.

Adicionalmente, dentro de los ordenamientos jurídicos anglosajones se ha establecido que el principio de legalidad exige, también, que el legislador determine que clase de delito se regula. Tal como sucede en el derecho francés, el legislador estadounidense clasifica los delitos según su gravedad en infracciones (*infractions*) que son las menos graves y por lo general son sancionadas con multas pequeñas; delitos menores (*misdemeanors*), que se identifican por que se sancionan con un máximo de un año de prisión, aunque pueden ser castigadas con penas de multa, trabajo social y actos de reparación; y delitos graves (*felonies*) dentro de los que se encuentran los delitos de sangre o los llamados delitos de cuello blanco, por ejemplo⁵²². En todo caso, “*a crime may be made a felony by reference to the punishment attached or it may be made a felony by a statute that specifically says that it is a felony (...) [but] except for the most serious crimes, such as murder, robbery, and rape, generalizations in the area of what crimes are felonies or misdemeanors are unreliable*”⁵²³.

Por su parte, en Inglaterra, los delitos se dividen en delitos leves (*summary offences*) que en su mayoría son delitos relacionados con el tráfico rodado; delitos que solo pueden ser juzgados bajo acusación (*offences triable only on indictment*) que son las más graves, como por ejemplo la violación y el asesinato; y los delitos que pueden ser juzgados en cualquier forma (*offences triable either way*), que son las de gravedad intermedia y reciben su nombre porque se pueden juzgar en Cortes de Magistrados o en las Cortes de la Corona⁵²⁴. Como se ve, mientras que la clasificación en los Estados Unidos está basada en el contenido material

⁵²⁰ ROBINSON, “United States” ..., op. cit. p. 447.

⁵²¹ FLETCHER. *Rethinking ...*, op. cit. p. 629. En el mismo sentido TARDIF. *Sistemas...*, op. cit. p. 212.

⁵²² CORLEY. WARD. MARTINEK. *American...*, op. cit. p. 247. [un crimen puede ser considerado un delito grave con respecto a la pena o porque un estatuto específicamente establece que así es (...) pero a excepción de los crímenes más graves, tales como el homicidio, el robo y la violación, las generalizaciones en el área de que crímenes son delitos graves y cuales delitos menores son poco confiables] (traducción libre).

⁵²³ POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 20.

⁵²⁴ Con respecto a la organización de la rama judicial en Inglaterra ver el capítulo I, 1, c de este trabajo.

de las ofensas, en Inglaterra se tiene en cuenta cual debe ser el procedimiento seguido para sancionarlas⁵²⁵.

Por su parte, el principio de legalidad en Francia está estrechamente vinculado con el elemento legal de la infracción penal que hace referencia a la norma legal que prohíbe el comportamiento y lo sanciona con una pena. En cierta medida, el elemento legal cumple en el ordenamiento francés la misma función que cumple el tipo penal dentro del ordenamiento jurídico penal iberoamericano. No obstante, el concepto no es tan amplio ni cuenta con tantos elementos como lo hace la tipicidad penal. Se trata, en realidad, de una consecuencia de la importancia que tiene el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a partir de la Revolución de 1789⁵²⁶, por haber sido una de sus grandes conquistas y como consecuencia de la arbitrariedad del Antiguo Régimen⁵²⁷. En francés, el principio de legalidad se expresa “*pas d’infraction, pas de peine sans texte*”⁵²⁸.

El elemento legal reitera que corresponde al legislador la determinación de los comportamientos criminales y de las penas que le corresponden. Con su inclusión en la estructura del delito se pretende limitar al máximo la actividad del juez, quien no solo no puede sancionar conductas que no hayan sido prohibidas por la ley, sino que además se le impide modificar las penas y está, en todo caso, subordinado al imperio de la ley⁵²⁹. Adicionalmente, de este principio se derivan dos consecuencias. En primer lugar, la ley debe ser interpretada restrictivamente, lo que prohíbe a su vez la analogía en *malam partem*. En segundo lugar, se prohíbe la retroactividad de la ley, salvo en los casos en los que el principio de favorabilidad obligue a aplicar de manera retroactiva la ley más favorable al acusado.

⁵²⁵ REED, Alan. SEAGO, Peter. *Criminal Law*. Sweet and Maxwell, London, 1999. p. 3.

⁵²⁶ El ordenamiento jurídico francés es imposible de entender sin tener en cuenta la gran importancia de la Revolución Francesa de 1789 y como esta ha marcado todo su desarrollo. Al respecto, consultar capítulo I, 3 de este trabajo.

⁵²⁷ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 148.

⁵²⁸ EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 49.

⁵²⁹ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 171.

Este principio fue incorporado al ordenamiento mediante el artículo 4 del Código penal de Napoleón y hoy se encuentra establecido en el artículo 111-3⁵³⁰ del nuevo Código. Además, tal como sucedió con Inglaterra, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha influenciado ampliamente el sistema penal francés, en la medida en la que ha incentivado una interpretación más sustantiva de este principio⁵³¹.

En el derecho penal iberoamericano el principio de legalidad está vinculado al segundo nivel de análisis de la teoría del delito, que se compone por la tipicidad⁵³². Una vez que se ha establecido la existencia de una conducta, lo primero que debe decirse de ella, para considerarla jurídicopenalmente relevante y, susceptible de generar responsabilidad penal para su autor, es que esta es *típica*. Para que ello sea posible, se debe distinguir entre el tipo penal y el juicio de tipicidad, siendo el primero la descripción de la conducta prohibida que

⁵³⁰ Code pénal, article 111-3 : « Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ». [Nadie será castigado por un crimen o un delito cuyos elementos no estén definidos por la ley, o por una infracción cuyos elementos no estén definidos por las regulaciones. Nadie puede ser castigado con una sanción que no esté prevista por la ley, si la conducta es un delito o un crimen, o por el reglamento, si se trata de una infracción] (traducción libre).

⁵³¹ “For continental system, the ECtHR promoted a shift of the legality principle from a formal to a more substantive approach. This shift has been also noticed in other systems, such as the French one, where it is referred to as the shift from a material to substantive interpretation of the legality principle” PERISTERIDOU. *The principle...*, op. cit. p. 101. [Para el Sistema continental, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos promovió un cambio en el principio de legalidad de una aproximación formal a una más sustantiva. Este giro también se ha hecho evidente en otros sistemas como el Francés, donde se denomina como el giro desde una interpretación material a una sustantiva del principio de legalidad] (traducción libre).

⁵³² La tipicidad de la conducta tiene como fundamento el desvalor de acción, es decir, la desvaloración que hace el legislador de una conducta determinada, por considerar que representa un especial peligro para los bienes jurídicos que pretende proteger. A su vez, se halla integrado por una parte subjetiva y otra objetiva. El desvalor de acción objetivo incorpora el modo y las circunstancias de ejecución de la conducta punible, mientras que el desvalor de acción subjetivo tiene como núcleo central el dolo o, en su caso, la imprudencia, aunque en algunos casos particulares puede incorporar elementos subjetivos adicionales como motivos del autor, por ejemplo. No obstante, este no es el único desvalor que fundamenta el derecho penal, pues existe también un desvalor de resultado que se materializa en la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, que se analiza en la antijuridicidad, así como desvalores de exigibilidad y política criminal. Al respecto, STRATENWERTH. *Disvalor ...*, op.cit. p. 26. En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual...*, op.cit. p. 148.

hace el legislador en la ley penal⁵³³ y el segundo, la valoración que se hace para determinar si la conducta desplegada por el sujeto se adecúa a la descripción legislativa⁵³⁴.

En estos países, el concepto de tipo penal está estrechamente vinculado con la idea del Estado social y democrático de derecho y con las funciones del derecho penal, como mecanismo de control social dirigido a prevenir los comportamientos más graves⁵³⁵. En el marco que proporciona esta estructura del Estado, el tipo penal es la materialización del principio de legalidad⁵³⁶, que impone que la conducta prohibida esté específicamente establecida en una ley penal (aspecto formal del principio de legalidad), y con la suficiente claridad y determinación (aspecto material del principio de legalidad)⁵³⁷ para que el derecho penal pueda cumplir la función de motivar al sujeto a que actúe de conformidad con la norma, en la medida en la que la pueda comprender.

Los tipos penales solamente pueden prohibir aquellos comportamientos que contravengan “*el orden de la vida en comunidad conformado históricamente*”⁵³⁸, lo que se ha traducido en una limitación más a la actividad legislativa, a través del carácter fragmentario del derecho penal, que establece que solo podrán prohibirse penalmente aquellos comportamientos que vulneren, de la forma más grave, los bienes jurídicos más importantes, ya sea porque los lesionen o, cuando menos, porque los pongan en peligro⁵³⁹. Entonces, el tipo penal es el

⁵³³“*Se denomina tipo a esas descripciones de delito que contienen las leyes penales. De entre todas las posibles conductas antijurídicas el legislador, en virtud del principio de intervención mínima, selecciona solamente algunas ya sea por tratarse de conductas prohibidas cuya realización quiere ser evitada o conductas exigidas al ciudadano en orden a salvaguardar bienes jurídicos esenciales*”. DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ...*, op.cit. p. 64. Del mismo modo, ZAFFARONI asegura que: “*se puede afirmar que el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de programas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica*”. ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 341.

⁵³⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 346.

⁵³⁵ MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 137.

⁵³⁶ “*El tipo es el elemento del delito que sirve para plasmar el principio de legalidad penal, concretamente la garantía criminal (nullum crimen sine lege), destacando que de entre las diversas acciones antijurídicas, más o menos graves, sólo son delictivas aquellas seleccionadas por la ley penal*”. LUZÓN PEÑA. *Curso ...*, op. cit. p. 296. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho ...*, op. cit. p. 266.

⁵³⁷ MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 149.

⁵³⁸ JESCHECK. ..., op. cit. p. 198.

⁵³⁹ “*Según este carácter, el derecho penal debe limitarse solo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Porque no todos los comportamientos antijurídicos han de ser materia de prohibición del derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son objeto de protección del mismo*”. POSADA MAYA, Ricardo. HERNÁNDEZ BELTRÁN, Harold. *El sistema de individualización de la pena*

resultado del proceso de selección que hace el legislador cuando identifica las conductas que cumplen con esos criterios.

Así pues, el tipo penal cumple con varias funciones dentro del derecho penal en Colombia y España. En primer lugar, tiene una función de garantía, en la medida en la que establece clara y expresamente las conductas prohibidas, lo que le garantiza al ciudadano que no le será impuesta una pena por una conducta que previamente no hubiera sido prohibida por la ley. En segundo lugar, el tipo informa al ciudadano las conductas que han sido desvaloradas por el legislador, lo que le permite al tipo y, a todo el ordenamiento jurídico penal, prevenir la comisión de esas conductas⁵⁴⁰. Por ello, en el proceso de criminalización primaria, que concluye con la tipificación, se cumple la función de prevención general. En tercer lugar, cumple una función indiciaria, dado que indica que ese comportamiento puede resultar antijurídico, con respecto de lo cual se ha dado una amplia discusión.

También en Francia el principio de legalidad está vinculado con el objeto de protección del derecho penal. La importancia del elemento legal está dada porque es la norma la encargada de precisar el interés jurídico o bien jurídico (*l'intérêt juridique*), que el legislador pretende proteger con la prohibición penal. Igual que en Iberoamérica, en Francia se entiende que no puede existir ninguna norma penal que no esté destinada a la protección de un bien jurídico preciso. Aún así, la cantidad de intereses que el legislador puede proteger a través del derecho penal se ha limitado, porque se busca con ello proteger la libertad de los ciudadanos. Como consecuencia, los bienes jurídicos se han distribuido en tres grupos, a uno de los cuales debe pertenecer el bien jurídico que se busca proteger en un caso concreto, para que se entienda que una infracción cumple con un primer criterio de legitimidad. Así pues, hay intereses privados, intereses colectivos e intereses públicos, que a su vez constituyen otro criterio de clasificación de las infracciones penales⁵⁴¹.

en el Derecho penal colombiano. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2003. p. 124.

⁵⁴⁰ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho ...*, op. cit. p. 112. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p. 67. Por su parte, ROXIN denomina las funciones del tipo penal como “función sistemática, una función dogmática y una función politicocriminal”. ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 276.

⁵⁴¹ Explica DOUCET que: « Rationnellement, le législateur peut avoir à protéger soit des intérêts privés, soit des intérêts collectifs, soit des intérêts publics ». DOUCET. *Précis...*, op. cit. p. 54. [Racionalmente, el

b. Elemento material o elemento externo

Todos los ordenamientos reconocen que el delito se compone de unos elementos externos, es decir que la conducta se materializa en el mundo real y, otros elementos internos que son aquellos que hacen referencia a la intención y el ánimo con los cuales actúa el sujeto. No obstante, cada ordenamiento se aproxima a estos elementos de maneras distintas. Tanto el sistema anglosajón como el sistema francés distinguen entre los elementos externos y los elementos internos y utilizan esta distinción para comprender el delito. Por el contrario, el sistema iberoamericano se basa en estructuras teóricas, cada una de las cuales contiene distintos elementos objetivos y subjetivos.

No obstante, cabe anotar también que, como explica FLETCHER, “[u]nfortunately, we lack the terminology in English to delineate the inculpatory and exculpatory dimensions of wrongful conduct. The exculpatory dimension is captured in the English term “justification”; yet we lack the term corresponding to the German ‘Tatbestand’ and Spanish ‘Tipo’ that expresses the inculpatory facet of criminal conduct (...)”⁵⁴². Por esa razón, y siguiendo la propuesta de este autor, se emplea en este texto la expresión ‘definición’ para referirse a los elementos externos del delito en el *common law* que están consagrados o bien en la ley o bien, en el caso de Inglaterra, en las sentencias que establecen delitos de *common law*.

En los ordenamientos de corte anglosajón, los elementos objetivos son conocidos como *actus reus* o *acto culpable* y los elementos internos, reciben el nombre de *mens rea* o *mente culpable*⁵⁴³, aunque algunos autores han planteado la posibilidad de usar las expresiones *elemento conductual (conduct element)* y *elemento culpable (fault element)*⁵⁴⁴, con la

legislador puede pretender proteger los intereses privados, los intereses colectivos o los intereses públicos] (traducción libre).

⁵⁴² FLETCHER. *Rethinking ...*, op. cit. p. 453. [infortunadamente, en inglés no existe un término para delinear las dimensiones inculpatorias y exculpatorias de la conducta ilícita. La dimension exculpatoria queda capturada en el término en inglés “justificación”; aún así, no existe un término que corresponda al alemán ‘tatbestand’ y el español ‘tipo’ que expresan la faceta inculpatoria de la conducta criminal] (traducción libre).

⁵⁴³ “The external elements are usually referred to as the *actus reus* of the offence, literally *guilty act*. The internal elements are known as the *mens rea* or *guilty mind*”. Ibidem, p. 15. [Los elementos externos son denominados generalmente *actus reus*, literalmente, acto culpable. Los elementos internos se conocen como *mens rea* o mente culpable] (traducción libre).

⁵⁴⁴ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 96.

intención de obviar las expresiones en latín y aportar claridad. En todo caso, lo más importante es que esta distinción constituye una garantía para los ciudadanos, de que no serán penados solamente por sus intenciones⁵⁴⁵, sino que todos los delitos consistirán en una conducta prohibida o en la producción de un determinado resultado⁵⁴⁶. Esto se debe a que la concepción democrática y liberal del derecho impide que se limite la libertad de una persona con base en lo que piensa, ya que no nos es posible conocer lo que sucede en su interior, a menos que sus pensamientos se hagan visibles a través de acciones o la producción de ciertos resultados⁵⁴⁷. La Constitución Federal de los Estados Unidos ha consagrado este principio, en la Octava Enmienda, que prohíbe las penas crueles o inusuales, pues se entiende que castigar a una persona *por quien es y no por lo que ha hecho* es una forma cruel de sanción⁵⁴⁸.

El *actus reus* o elemento externo del delito, es en realidad un conjunto de elementos que en términos generales, deben estar presentes en la descripción legislativa o judicial de un delito, aunque en algunos casos bastará con solo dos de ellos. Así, la verificación de la existencia de estos elementos en la actuación de un sujeto permite predicar la responsabilidad penal del mismo. Dentro de estos elementos, los más importantes son el comportamiento, que puede ser activo u omisivo, el resultado en la mayoría de los casos, la causalidad y, para algunos delitos, una serie de circunstancias que deben rodear el hecho.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que tanto el elemento conductual como el elemento culpable constituyen *denominadores comunes (common denominators)* y no conceptos estrictamente definidos. Se trata más bien de un conjunto de componentes que pueden o no estar presentes en las distintas definiciones; lo importante es que cada delito cuente con

⁵⁴⁵ “What goes on inside a man’s head is never enough in itself to constitute a crime’. This formulation indicates an immediate point of connection between the common law and the positive side of liberal values, for it is made clear that it is no crime to think criminal thoughts. Against thus, it must be pointed out that the practical of this libertarian stance is blunted by the wide way in which the law draws certain categories, such as conspiracy” WELLS. QUICK. *Reconstructing ...*, op. cit. p. 99. [‘Lo que hay dentro de la mente de un sujeto nunca es suficiente para constituir un crimen’. Esta dórmila indica un punto de conexión directo entre el *common law* y el lado positivo de los valores liberales, porque deja claro que no es un delito tener pensamientos criminales. En contra de esto, debe señalarse que la práctica de esta postura liberal está embotada por la manera amplia en que la ley establece ciertas categorías, como la conspiración] (traducción libre).

⁵⁴⁶ REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 16.

⁵⁴⁷ CHIAO, Vincent. “Acts and Actus Reus” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014. p. 450.

⁵⁴⁸ POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 41.

elementos externos e internos que permitan imputar el hecho delictivo al sujeto. Esto tiene como consecuencia, por ejemplo, que los jueces no tengan inconveniente en realizar interpretaciones extensivas de las definiciones de los delitos, para incluir resultados que no se encontraban expresamente incluidos en la descripción legislativa. Así, por ejemplo, se extendió el concepto de *lesión corporal* contenida en el *Offences against the Person Act 1861* para incluir el daño psicológico y el daño biológico por infección con el virus de VIH a través de una relación sexual consentida⁵⁴⁹.

Debido al pensamiento pragmático que caracteriza a este sistema y al método casuista con el que se ha desarrollado, además de la inexistencia de una parte general del derecho penal, cada uno de los delitos tiene una definición específica, que no necesariamente tiene elementos comunes con otras; en consecuencia, se puede afirmar con WELLS que “[t]his leads us directly to the question of what, if anything, unites the category, ‘actus reus’. Even excluding, for a moment, special principles concerning participatory, inchoate and vicarious liability, it seems impossible to say anything more than that ‘actus reus’ consists of the legally defined elements of the offence which do not consist (exclusively) in the defendant’s state of mind”⁵⁵⁰. Tanto así, que incluso el Código Penal Modelo no se detiene en la definición del elemento externo del delito, sino que aborda de manera particular los distintos elementos,

⁵⁴⁹KEILER. *Actus reus...*, op. cit. p. 68. Así mismo, se ha discutido si las agravantes que incluyen elementos subjetivos constituyen una ampliación excesiva del concepto de *actus reus*: “*hate crime legislation illustrates the tricky and oftentimes dangerous intrusion into the thought patterns of a criminal actor. Looked at squarely, the murderer who murders with racial or gender motivation or who assaults a party with a differing sexual orientation, performs the assault irrespective of the victim’s attributes. Fundamentally, to look much beyond the act itself – the killing, the maiming, or the assault – seems a psychic exercise with no clear measure. That the offender should be more severely punished for “acts” committed with hate in one’s heart, based on these criteria, seems to expand the notion of actus reus into uncharted territory*” NEMETH, Charles P. *Criminal Law*. 2da ed. CRC Press, Boca Ratón, Estados Unidos, 2012. p. 85. [La legislación sobre los crímenes de odio ilustra la engañosa y generalmente peligrosa intrusión en los patrones de pensamiento del sujeto que delinque. Analizado objetivamente, el homicida que mata por motivos raciales o de género o que ataca a una persona con una orientación sexual diferente, realiza un ataque, más allá de los atributos de la víctima. Fundamentalmente, mirar más allá del acto mismo – el homicidio, la mutilación o el ataque – parece un ejercicio psíquico sin un límite claro. Afirmar que el delincuente debe ser sancionado de manera más severa por actos cometidos con odio en su corazón, basado en este criterio, parece expandir la noción de *actus reus* a territorios inexplorados] (traducción libre).

⁵⁵⁰WELLS. *Reconstructing...*, op. cit. p. 103. [Esto nos lleva directamente a la pregunta de que une la categoría de ‘actus reus’, si es que algo lo hace. Incluso excluyendo, por un momento, los principios especiales que se refieren a la participación, la tentativa y la responsabilidad indirecta, parece imposible decir que algo más allá que el *actus reus* consiste en los elementos del delito definidos por la ley, que no consistan exclusivamente, en el estado mental del procesado] (traducción libre).

aclarando en la parte general cual es el significado de cada uno de ellos, en el caso de que se encuentren dentro de las definiciones particulares de cada una de las conductas prohibidas⁵⁵¹.

Adicionalmente, no todos los elementos están presentes en todas las definiciones de los delitos⁵⁵², por ejemplo, la violación requiere solamente la conducta, es decir que el sujeto activo y el sujeto pasivo sostengan una relación sexual y, la circunstancia (*surrounding circumstances*) de que el último no consienta dicha relación⁵⁵³. Otras circunstancias que pueden estar incluidas en la definición de ciertos delitos son el hecho de que sea de noche cuando el sujeto entre en el inmueble en el delito de *burglary* o que los bienes recibidos en el delito de receptación sean robados, entre otros. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que en algunos casos, “*el actus reus puede, igualmente, incorporar elementos subjetivos o mentales, lo cual se presenta cuando una conducta, aparentemente inocua se convierte en delictual por el solo intento o propósito ilegal con el cual es llevada a cabo*”⁵⁵⁴. Esto también sucede con el delito de *burglary* porque la definición requiere que el sujeto tenga la intención de cometer otro delito cuando ingrese al inmueble del sujeto pasivo.

En el mismo sentido, en Francia el elemento material del delito constituye el comportamiento en el mundo real del sujeto, que implica la exteriorización de la voluntad criminal⁵⁵⁵ y se

⁵⁵¹ “*It is apparent from these examples that it is only by looking at the definition of the particular crime that we can see what circumstances are material to the actus reus. We find this definition, in the case of common law crimes, in the decision of the courts and, in the case of statutory crimes, in the words of the statute, as construed by the courts*”. SMITH. HOGAN. *Criminal...*, op. cit. p. 34 [De estos ejemplos se desprende que solamente al mirar la definición de un crimen particular puede establecerse cuales circunstancias pertenecen al *actus reus*. Encontramos esta definición, en el caso de los delitos de *common law*, en las decisiones de las cortes y, en el caso de los crímenes estatutarios, en las palabras del estatuto, según lo hayan interpretado las cortes] (traducción libre).

⁵⁵² Lo que pone de presente que, tal como sucede en el Derecho continental, en el Derecho anglosajón también existen delitos de resultado (*result crimes*) y delitos de mera conducta (*conduct crimes*) y tipos que carecen de elementos normativos específicos. Al respecto, REED. SEAGO. *Criminal ...*, op. cit. p. 40. Y SMITH y HOGAN explican: “*usually it must be proved that the conduct had a particular result. (...) Some crimes do not require evidence of any result. (...) These different types of offence have been designated “result crimes” and “conduct crimes” respectively*”. SMITH, J.C. HOGAN, Brian. *Criminal Law*. 4th ed. Butterworths, London, 1978. p.32 [usualmente, se debe probar que la conducta tuvo un resultado particular. (...) algunos delitos no requieren la evidencia de un resultado. (...) Estas diferentes formas de delito se han designado como “delitos de resultado” y “delitos de mera conducta” respectivamente] (traducción libre).

⁵⁵³ REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 19.

⁵⁵⁴ BERNATE OCHOA, Francisco. *El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. Ibañez, Bogotá, 2014. p. 131.

⁵⁵⁵ En ese sentido afirma RENOUT que “*Ni la simple pensée criminelle, ni même l'intention de commettre une infraction ne sont punissable. Cette règle est une garantie essentielle pour les libertés individuelles*”.

deduce en cada caso concreto del elemento legal, que lo describe. También en el derecho penal francés se entiende que no existe responsabilidad penal por los pensamientos y las ideas⁵⁵⁶, porque aquello que pasa en el interior de una persona no puede generar reacción social ni penal, en la medida en la que no afecta ningún bien jurídico. En consecuencia, es necesario que el sujeto lleve a cabo una conducta que revele su intención criminal⁵⁵⁷ para ser encontrado penalmente responsable. Este principio general se ha establecido en el artículo 121-1 del Código penal de 1994⁵⁵⁸.

La complejidad de la teoría del delito que se sigue en España y Colombia hace que los componentes del elemento material en los otros ordenamientos estén distribuidos en varias categorías. El primer elemento de la teoría del delito es la conducta, que hace parte del elemento material en los otros ordenamientos. Aunque unánimemente se reconoce su importancia como elemento limitador de la imputación, su definición ha sido muy ampliamente discutida y, aún hoy no existe un concepto unánime al respecto⁵⁵⁹, llegando incluso al punto de que hay quienes han considerado que es posible prescindir de una concepción particular de conducta, incluyéndola dentro de los elementos de la tipicidad o del injusto⁵⁶⁰. Lo que está claro, es que en un Estado social y democrático de derecho, como son España y Colombia, por reconocimiento expreso de sus respectivas constituciones⁵⁶¹, solo es posible prohibir comportamientos del hombre que sean externos, excluyendo los

RENOU, Harald. *Droit pénal général*. Larcier, Bruxelles, 2013. p. 127. [Ni los simples pensamientos, ni siquiera la intención de cometer una conducta criminal son punibles. Esta regla es una garantía esencial para las libertades individuales] (traducción libre).

⁵⁵⁶ « *Pas d'infraction sans un minimum d'agissement matériel. Ce principe, incontournable dans un État de droit, signifie que les croyances, les opinions comme les pensées criminelles échappent à la loi pénale en l'absence d'extériorisations de la volonté délictueuse* ». EBOVE. FALLETTI. ..., op. cit. p. 84. En el mismo sentido, ELLIOT. "France" ..., op. cit. p. 171. También, DOUCET. *Précis*..., op. cit. p. 66. [No hay infracción sin un mínimo de elementos materiales. Este principio, inevitable en un Estado de derecho, significa que las creencias, las opiniones y los pensamientos criminales, escapan a la ley penal en ausencia de exteriorización de la voluntad delictiva] (traducción libre).

⁵⁵⁷ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit*..., op. cit. p. 204.

⁵⁵⁸ Code pénal, article 121-1 « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

⁵⁵⁹ Asegura ROXIN, que: "No obstante, en los esfuerzos por precisar un concepto de acción, incluso en los que han terminado en una resignada renuncia al mismo, se refleja toda la evolución de la reciente dogmática del Derecho penal". ROXIN. *Derecho Penal* ..., op. cit. p. 235.

⁵⁶⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos et al. *Manual de Derecho Penal, Tomo I, parte general. 6 ed.* Thomson Reuters, Pamplona, 2011. p. 92.

⁵⁶¹ Constitución Política de Colombia, artículo 1 «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana (...)». Constitución Española, artículo 1 «1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (...)» .

pensamientos, los sueños o los deseos⁵⁶², conclusión a la que se ha llegado en todos los sistemas.

En todo caso, la conducta constituye el sustantivo de la teoría del delito; es la conducta (activa u omisiva) la que *es* típica, antijurídica y culpable, siendo estos últimos adjetivos que la describen. En ese orden de ideas, no es posible prescindir de ella dentro de la estructura dogmática del derecho penal, pues es la encargada de establecer que el derecho penal se refiere siempre a comportamientos humanos que se exteriorizan, teniendo efectos dentro del mundo real. En ese orden de ideas, afirma ROXIN que “[e]l concepto de acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Por tanto, no puede incluir en su seno ningún elemento de los que sólo se le deben añadir como atributos en los ulteriores escalones valorativos”⁵⁶³.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la conducta penalmente relevante puede manifestarse en forma de acción o de omisión, y no todos los intentos de definir la conducta han podido abarcar ambas formas de comportamiento en una misma definición. Este ha sido uno de los más grandes retos de la dogmática penal en el derecho iberoamericano⁵⁶⁴, que ha tratado de crear un concepto de conducta suficientemente amplio para que sirva de sustrato a todas las figuras de la parte especial, pero suficientemente limitado para excluir otros hechos que no son relevantes para el derecho penal o que resultan violatorios de las mínimas garantías, no siempre con éxito.

Así pues, se han propuesto varias definiciones para el concepto de conducta, la mayoría de las cuales se centraban en la acción. Dentro de ellas, se puede mencionar el concepto natural de acción, que exigía un movimiento muscular ejecutado conscientemente⁵⁶⁵, identificando

⁵⁶² MIR PUIG. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 184. Del mismo modo queda excluida la planeación delictiva cuando esta se limita al pensamiento del sujeto, salvo en casos muy específicos, como el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del código penal colombiano) en el que sin embargo se requieren actos de comunicación, como conducta externa del delito.

⁵⁶³ Y continúa: “ya que el “significado sistemático” que le corresponde a la acción como “elemento de unión” resulta perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí”. ROXIN. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 234.

⁵⁶⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, *Manual...*, op. cit. p. 96.

⁵⁶⁵ ROXIN. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 262.

la acción con los movimientos corporales, lo que dificultaba la imputación en la medida en la que, dentro de un mismo comportamiento delictivo, podían haber tantas acciones como enervaciones musculares ejecutara el sujeto. Adicionalmente, con este concepto se hacían imposibles las imputaciones por delitos omisivos.

En consecuencia, los elementos esenciales de este concepto de acción, sostenido dentro del esquema clásico del delito, cuyos pioneros fueron los profesores alemanes FRANZ VON LISZT y ERNST VON BELING, eran (i) el movimiento corporal que constituía una (ii) manifestación de la voluntad, por exigir ausencia de *vis absoluta* y de *absoluta inconsciencia*, que además debía producir un (iii) resultado perceptible por los sentidos, que se vinculaba a la acción a través de un (iv) nexo de causalidad. Se trataba pues, ante todo, de una acción causal⁵⁶⁶.

Fue HANS WELZEL quien planteó el concepto final de acción, que aún en la actualidad es utilizado por un sector de la doctrina, aunque a lo largo del tiempo se le han realizado modificaciones. De acuerdo con esta concepción el comportamiento humano está guiado, en todos los casos, por una finalidad y, por tanto “ *actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es la resultante casual de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es por ello, - dicho de forma gráfica – vidente, la causalidad, ciega* ”⁵⁶⁷.

Siendo ello así, la dirección final de la acción existe en una fase interna, en la cual el agente se propone la realización del fin, selecciona los medios para conseguirlo y prevé los efectos concomitantes que se desprende de dicha selección. Luego, se lleva a cabo una fase externa en la cual, el sujeto procura alcanzar el objetivo propuesto, llevando a cabo en el mundo

⁵⁶⁶ JESCHECK explica que: “Según la concepción tradicional de la Ciencia del Derecho penal alemana y extranjera, la acción es *un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario)* que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, pudiendo consistir aquél en sólo un movimiento corporal (delitos de actividad) o en un movimiento corporal con el resultado ocasionado por el mismo en dicho mundo exterior (delitos de resultado). Ese concepto de la acción se llama “causal” porque en él la voluntad humana sólo es abarcada en esa función causal y no en su fuerza directora del curso del acontecer”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General. 4ta ed.* Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares, Granada, 1993. p. 198.

⁵⁶⁷ WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* Traducción José Cerezo Mir, BdeF, Montevideo, 2006. p. 25.

exterior el plan que ha ideado⁵⁶⁸. Por ello, la característica más destacable de esta concepción ha sido la de requerir una conducta externa y final⁵⁶⁹, pues la finalidad permite distinguir el contenido de la voluntad, es decir, permite identificar cuales son las acciones humanas.

Al concepto de acción finalista sucedió una concepción social de acción, que sostenía que al derecho penal solo interesa aquellos comportamientos que son socialmente relevantes⁵⁷⁰. El sistema neoclásico planteó un concepto social de la acción, según la cual, “*las acciones se presentan como «unidades funcionales de sentido social», que deben ser comprendidas de acuerdo con las concepciones, las experiencias y las costumbres de la propia vida social*”⁵⁷¹. Por lo que, a diferencia del planteamiento clásico, se establecen criterios valorativos para la identificación del comportamiento penalmente relevante, lo que permite la inclusión de los comportamientos omisivos. Estos criterios están basados en las concepciones, experiencias y costumbres, que otorgan a los comportamientos un significado dentro de una sociedad determinada. Lo relevante sería entonces el *sentido social* de la acción, que se identifica a partir de la valoración que de ella se hace.

A esto, “*Welzel ha replicado acertadamente, sin embargo, que el concepto finalista de la acción no hace depender el sentido de la acción de la voluntad del sujeto, sino que afirma únicamente que no se puede determinar el sentido social de la acción sin atender al contenido de la voluntad del autor*”⁵⁷². Con base en lo cual, autores como ZAFFARONI⁵⁷³ han explicado que es la finalidad la que permite identificar aquellas acciones que son típicas,

⁵⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. p. 234.

⁵⁶⁹ Afirma MIR PUIG: “*Como hemos visto, la exigencia de comportamiento humano tiene el sentido de requerir una conducta externa y final del hombre. Los hechos del hombre que no tengan este carácter no serán «comportamientos humanos» en sentido jurídico-penal*”. MIR PUIG. *Derecho Penal ...*, op. cit. p. 214.

⁵⁷⁰ JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 201.

⁵⁷¹ RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 210.

⁵⁷² CEREZO MIR. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. T. II*. Tecnos, Madrid, 1998. p. 40.

⁵⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2007. p. 322. No obstante, yendo un paso más allá, MUÑOZ CONDE afirma que “(...) se deduce que en la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado. En definitiva, lo relevante es esta capacidad expresiva o significativa del comportamiento humano en un determinado contexto de comunicación intersubjetivo”. MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal ...*, op. cit. p. 231

pues, sólo la finalidad permite distinguir unas acciones humanas de otras, indicando cuando estas deben ser tenidas en cuenta por el derecho penal⁵⁷⁴.

Por su parte, JAKOBS ha propuesto que la conducta sea entendida como un concepto que logre englobar la acción y la omisión a partir de una noción negativa, que parte de la evitabilidad del resultado, según la cual, la acción sería la realización de un resultado evitable y, la omisión el no haber evitado un resultado evitable. De acuerdo con la teoría del delito que propone este autor, el fundamento de la imputación estaría siempre en la capacidad del sujeto de evitar lo prohibido o realizar lo mandado, dentro de cierto ámbito que él dominaba, por lo que se realiza una desvaloración objetiva del hecho a partir de la teoría de los roles. En todo caso, frente al concepto de conducta lo importante es que, para este autor, es posible crear un supraconcepto que contenga la acción y la omisión, a partir de la idea de la evitabilidad del resultado. Así, afirma que “[a] partir del concepto, aquí empleado, de acción como causación evitable del resultado y del concepto de omisión correlativo como no evitación evitable de un resultado se puede formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión”⁵⁷⁵.

Finalmente, ROXIN ha definido el concepto de acción a partir de la idea de que la acción jurídico penalmente relevante es una manifestación de la personalidad. De acuerdo con esta postura, dicha manifestación de la personalidad puede darse en forma de un hacer o un no hacer, quedando incluidas también las omisiones. Además, explica el autor que “*las formas de aparición de la manifestación de la personalidad son muy diversas y sólo encuentran su elemento común en que se pueden imputar a la esfera anímico-espiritual del ser humano, a su personalidad. Por eso la caracterización como “manifestación de la personalidad” tampoco ofrece una definición de la que lógicamente se pudiera deducir en el caso concreto*

⁵⁷⁴ ZAFFARONI realiza un interesante aporte al afirmar que, “(...) siendo necesario un concepto jurídico-penal de acción o conducta, que se imponga a los tipos sirviendo para evitar o impedir que prohiban lo que no sea conducta, el apoyo legal de este concepto funcional reductor debe buscarse en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuyas normas, por ser de mayor jerarquía, prohíben que el legislador ordinario sancione ciertas leyes”

ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 313.

⁵⁷⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1997. p. 177.

lo que es una acción”⁵⁷⁶. En consecuencia, la importancia del concepto está dada en su función de excluir aquello que no puede prohibirse y aquello que no puede permitirse, que como todo el esquema de ROXIN, está determinada por el fundamento político criminal que debe tener el concepto, de cara a la necesidad de imponer una sanción penal en el caso concreto.

Más allá de las distintas concepciones de acción que ha ido planteando la doctrina penal a lo largo del tiempo, “[l]a complicada polémica sobre el concepto general de acción contrasta con las relativamente escasas dificultades que, en la práctica, encuentran los Tribunales para determinar la existencia de una acción humana”⁵⁷⁷. Por ello, lo fundamental del concepto de acción, es su función práctica de excluir los comportamientos que, o bien no son provocados por la voluntad humana, o bien, responden a causas externas que vician esa voluntad absolutamente⁵⁷⁸. Como afirma LUZÓN PEÑA el concepto de acción “*debe destacar los elementos característicos y diferenciales de la actuación humana, pero por otra parte debe intentar coincidir al máximo con lo que consideran acciones o conductas tanto las concepciones usuales en la sociedad (...) como cualesquiera otras disciplinas científicas*”⁵⁷⁹.

Así, ya sea porque estos comportamientos no son manifestaciones de la personalidad o, mejor, porque no están dirigidos a una finalidad relevante, hay comportamientos que no interesan al derecho penal en la medida en la que no puede cumplir su función preventiva con respecto de ellos, pues no son comportamientos susceptibles de ser evitados, dado que el

⁵⁷⁶ Además, explica ROXIN que: “*por tanto está mal planteada la cuestión de si determinadas circunstancias (como causalidad, finalidad resultado relevancia social, etc.) “pertener” a la acción. Todo ello, en su caso, pertenece a la misma, como también forma además el sustrato del juicio de injusto o de culpabilidad; pero sólo es importante para el examen de la acción en la medida que de ello dependa la existencia de una manifestación de la personalidad*” ROXIN. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 256 - 264.

⁵⁷⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Civitas, Madrid, 1977. p. 220.

⁵⁷⁸ Así lo afirma JESCHECK: “Del concepto de acción no se deduce por qué razones un comportamiento capaz de culpabilidad como obra humana aparece o no como merecedor de pena. Tan sólo el tipo del delito proporciona información sobre ello. La tarea del concepto de acción se agota en señalar y delimitar, *en cuanto a su contenido*, el ámbito que de alguna manera interesa para el juicio de imputación. En esto radica también su valor sistemático”. JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 203.

⁵⁷⁹ Aunque se debe tener en cuenta que LUZÓN PEÑA también afirma que “*Frente a estas concepciones hay que afirmar que, para la existencia de una acción o conducta humana, basta con la manifestación activa o pasiva de la voluntad humana, considerada en sí misma, con independencia de su relación o no con procesos causales o de otras circunstancias que influyan en su relevancia social o en su caso jurídica*” LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas, Madrid, 1996. p. 265.

individuo no puede ejercer sobre ellos ningún control⁵⁸⁰. Quedan pues excluidos los comportamientos que no son conductas exteriorizadas, por ejemplo los pensamientos y las intenciones⁵⁸¹, y aquellos que no sean voluntarios, como los que sean producto de una fuerza irresistible, los que se producen a raíz de movimientos reflejos y en estados de plena inconsciencia⁵⁸².

En el primer caso, se trata de supuestos en los que se anula por completo la voluntad de obrar del agente, en la medida en la que un tercero o una fuerza natural hacen que el sujeto cause un daño, sin que medie su voluntad, bien sea porque por la fuerza ejercida sobre él no puede evitar el movimiento o pierde su capacidad de actuar⁵⁸³. Estas situaciones no pueden confundirse con los supuestos de coacción o violencia moral, en los que la fuerza no es ejercida sobre el cuerpo del sujeto, sino sobre su mente, por lo cual la voluntad del agente, a pesar de estar viciada, sigue existiendo⁵⁸⁴.

La segunda hipótesis, el caso de los movimientos reflejos, no existe conducta en la medida en la que no existe voluntad del sujeto, sino que se trata de impulsos musculares que surgen como respuesta a estímulos externos, como sucede en un examen médico, por ejemplo. Estos, deben diferenciarse de los llamados “*actos en corto circuito*” y de las “*reacciones explosivas*” en las que hay conciencia y voluntad del sujeto, aunque estén mediadas por un impulso anímico que hace que la acción del sujeto pueda resultar contraria a la norma

⁵⁸⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Derecho Penal, Parte General*. Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006. p. 102.

⁵⁸¹ Así lo explica, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ: “*Si lo característico de toda acción –sea cual fuere la concepción que se sustente de la misma– es la presencia de una voluntad humana manifestada al exterior, no cabe duda de que faltará aquella, y consiguientemente los restantes elementos del delito que se basan en la misma, en todos aquellos casos en que no existe dicha voluntad o, existiendo ésta, no se haya manifestado al exterior*” SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual ...*, op. cit. p. 97. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p. 50. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 234. LUZÓN PEÑA. *Curso ...*, op. cit. p. 276. También, CEREZO MIR. *Curso ...*, op. cit. p. 48.

⁵⁸² Así lo reconoce el Código Penal colombiano, que en términos del artículo 32, en concordancia con el artículo 25, consagra como causas de ausencia de responsabilidad penal el caso fortuito y la fuerza mayor, los hechos causados por los animales, los actos de las personas jurídicas y los movimientos o actos reflejos. Al respecto, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*. Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Andrés Morales, Bogotá, 2017. p. 331.

⁵⁸³ CEREZO MIR, *Curso ...*, op. cit. p. 67.

⁵⁸⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *...*, op. cit. p. 98.

jurídica, en la medida en la que la rápida reacción le impide al sujeto determinarse por la prohibición del derecho, aún cuando debiera hacerlo⁵⁸⁵.

Finalmente, dentro de los estados de inconsciencia plena, se incluyen los supuestos de hipnotismo, aquellos que se producen cuando la persona está profundamente dormida y los supuestos de embriaguez o intoxicación plena. No obstante, en este último caso hay que tener en cuenta que puede existir responsabilidad penal cuando el sujeto ha provocado su estado de embriaguez de manera imprudente o dolosa, de acuerdo con la doctrina de la *actio libera in causa*⁵⁸⁶.

De igual manera, el derecho penal anglosajón incluye también en este estadio del análisis la acción y la voluntariedad del acto y se han presentado discusiones similares a las que se acaban de explicar en el sistema iberoamericano. Así, también en este sistema se puede negar la voluntariedad del acto con base en la *defensa de automatismo* o la inexistencia de ciertos deberes, para el caso de la omisión⁵⁸⁷.

El comportamiento que compone el elemento externo del delito puede consistir en una acción o en una omisión. En el primer caso, las acciones se definen como un movimiento corporal, aunque “*It may not tell us much to define an act as bodily movement generated by the will, but Anglo-American legal scholars have seen no reason to challenge this convenient*”

⁵⁸⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho Penal...*, op. cit. p. 232.

⁵⁸⁶ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 283. Al respecto, DEMETRIO CRESPO, Eduardo “La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?” En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*. Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

⁵⁸⁷ OXMAN, Nicolás. *Sistema de imputación subjetiva en Derecho Penal. Modelo Angloamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. p. 59. BERNAL DEL CASTILLO afirma: “*Tradicionalmente la expresión actus reus designa en el Derecho anglosajón el conjunto de los elementos externos del delito que deben ser probados por la acusación y que se refieren fundamentalmente a la conducta del sujeto. Más en profundidad el actus reus está integrado por una acción o conducta (excepcionalmente una omisión) o por un cierto estado de cosas (state of affairs). En los delitos de resultado también este formará parte del actus reus, en cuyo caso se plantea la necesidad de probar la causation o relación de causalidad como vínculo entre movimiento y consecuencia. Finalmente en el actus reus se integran algunas otras circunstancias que aparecen como relevantes en las definiciones particulares de algunos delitos*”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 116.

formula”⁵⁸⁸. Incluso el Código Penal Modelo así lo define⁵⁸⁹, pues la importancia de esta definición es excluir la penalización de sujetos que se encuentren en ciertas circunstancias, sin que hayan realizado una acción concreta⁵⁹⁰. No obstante, la sección 1.13 (9) del mismo Código comprende como elementos del delito (“*elements of an offense*,”) (i) la conducta, (ii) las circunstancias concomitantes y (iii) el resultado, aunque no todos ellos están presentes en todos los delitos.

En *Robinson v. California*⁵⁹¹, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró que una ley del Estado de California que penalizaba la adicción a narcóticos como delito era inconstitucional, porque violaba la Catorceava Enmienda por sancionar a la persona por una condición de su ser. Sin embargo, en *Powell v. Texas*, la Corte consideró que una ley del estado de Texas que prohibía estar ebrio en público no era inconstitucional, estableciendo que la diferencia era que “*California punished someone for the mere status of being an addict, but the Texas statute against public drunkenness punished the act of being drunk in public, a behavior that may create substantial health and safety hazards*”⁵⁹².

En consecuencia, para que exista responsabilidad penal, el sujeto debe *cometer* el delito, es decir, que debe actuar de manera voluntaria, iniciando el curso causal que tiene como consecuencia la producción del resultado en los casos en los que la definición del delito lo exige. En otros casos, el sujeto omite realizar la acción mandada, también de manera voluntaria. En cualquiera de las dos formas de comportamiento penalmente relevante, “*for criminal purposes, the agent must voluntarily act rather than be move unaware of*

⁵⁸⁸ FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 433. [Puede que definir el acto como movimiento corporal generado por la voluntad, pero la doctrina legal angloamericana no ha encontrado una razón para debatir esta fórmula tan conveniente] (traducción libre).

⁵⁸⁹ Model Penal Code, Section 1.13. “(...) (2) “act” or “action” means a bodily movement whether voluntary or involuntary”.

⁵⁹⁰ Explica CHIAO “*There are two points at which actus reus plays a central role: first, as a necessary component of any valid crime definition; and, secondly, as one or more propositions that must be proven, usually by the prosecution, before an accused may be convicted*”. CHIAO. *The Oxford ...*, op. cit. p. 447. [Hay dos momentos en los que el *actus reus* juega un papel central: primero, como un elemento necesario de una definición de un crimen que sea legítima; segundo, como uno o más elementos que se deben probar, generalmente por la fiscalía, antes de que el acusado sea condenado] (traducción libre).

⁵⁹¹ Supreme Court of the United States, *Robinson v. California*, junio 25 de 1962.

⁵⁹² POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 42. [California sanciona a alguien por el mero estatus de ser un adicto, pero la norma de Texas en contra de la ebriedad pública, sanciona el acto de estar ebrio en público, un comportamiento que puede crear serios peligros para la salud y la seguridad] (traducción libre)

circumstances or condition”⁵⁹³ y esa es la garantía que otorga el principio de *actus reus*. Por ello, en el proceso penal, el agente estatal deberá probar todos y cada uno de los elementos del *actus reus* que hagan parte de la definición del delito y “*whether an issue is an ingredient of an offense depends on whether the legislature says that it is, either explicitly or implicitly in its drafting of the offense*”⁵⁹⁴.

Aunque existe la creencia de que la división entre *actus reus* y *mens rea* está basada en la distinción entre elementos objetivos y elementos subjetivos del delito, lo cierto es que, tal como se viene explicando, dentro de los componentes del *actus reus* también hay elementos subjetivos. El más importante de ellos es la voluntad de actuar, o de omitir la actuación según sea el caso, que debe existir siempre⁵⁹⁵. En ese orden de ideas, se debe garantizar que no se impongan penas cuando el sujeto no estaba consciente de su comportamiento o, estando consciente no estaba en capacidad de controlar los movimientos o la falta de movimiento de su cuerpo. En consecuencia, el concepto de *actus reus* está fundado en “*our capacity (...) to engage in practical reasoning and to actualize its results in ways that make a difference to the world in which we live*”⁵⁹⁶ y, cuando esa capacidad no existe, no es posible predicar la responsabilidad penal del procesado. Así, será un acto voluntario aquel que esté basado en una decisión consciente del sujeto⁵⁹⁷.

⁵⁹³ NEMETH. *Criminal ...*, op. cit. p. 91. [para los propósitos del crimen, el sujeto debe actuar voluntariamente, en lugar de moverse sin tener conciencia de las circunstancias o condiciones] (traducción libre).

⁵⁹⁴ FLETCHER. *Rethinking ...*, op. cit. p. 450. [Si un asunto es un ingrediente de un delito depende de si la legislación dice que así es, ya sea implícita o explícitamente, en la definición del delito] (traducción libre).

⁵⁹⁵ Se debe tener en cuenta que: “[*both types of automatism should apply equally to offences of omission, excusing those who fail to fulfill a legal duty through physical incapacity arising from inability to control behavior or through significantly reduced consciousness*”. ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 100 [a,bos tipos de automatismo deben aplicarse igualmente a los delitos de omission, excusando aquellos que no cumplen con un deber legal por no estar en capacidad física de hacerlo, dado una inhabilidad de controlar su comportamiento o por una reducción significativa de la conciencia] (traducción libre).

⁵⁹⁶ CHIAO. *The Oxford...*, op. cit. p. 459. En el mismo sentido, LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 195. [nuestra capacidad (...) de involucrarnos en un razonamiento práctico y de actualizar sus resultados en formas que modifican el mundo en el que vivimos] (traducción libre)

⁵⁹⁷ DUFF lo define: “*the actus reus is anyway often said to include (normally) a mental element: for it usually includes ‘voluntary act’, and what makes an act voluntary is a mental element of ‘will’ or ‘volition’*”. DUFF, R.A. *Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*. Basil Blackwell, Oxford, 1990. p. 117. [En todo caso, por lo general se afirma que el *actus reus* incluye (normalmente) un elemento mental: usualmente incluye la voluntariedad del acto, y lo que hace al acto voluntario es un elemento mental de volición o voluntad] (traducción libre).

A pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en exigir la existencia de voluntad en el comportamiento, en Inglaterra no existe legislación al respecto, por lo que la jurisprudencia ha definido el concepto de manera negativa. Es decir, que las sentencias no se detienen a darle un significado al vocablo ‘*voluntary act*’, sino que han establecido circunstancias en las cuales puede asegurarse que no hay voluntad del sujeto, por lo cual no puede existir responsabilidad penal. En todo caso, incluso en los delitos de responsabilidad absoluta (*absolute liability*) que serán tratados más adelante, se exige que el comportamiento del sujeto sea producto de su voluntad⁵⁹⁸, lo cual lleva a distinguir necesariamente entre los elementos subjetivos que se ubican en la *mens rea* (intención, conocimiento, imprudencia y negligencia) y la voluntad del comportamiento. Quien actúa sin voluntad no puede ser penalmente sancionado pues el automatismo niega el *actus reus*, ya que se dice que el sujeto no *actuó*, sino que algo le *pasó*. Pero esto no es necesariamente así, si el sujeto ha actuado sin *mens rea* como se verá más adelante⁵⁹⁹.

Así pues, ha dicho la jurisprudencia inglesa⁶⁰⁰ que el análisis de la voluntad debe realizarse a partir de la distinción entre causas internas y causas externas⁶⁰¹. Cualquier ausencia de

⁵⁹⁸ SMITH y HOGAN explican que “[b]ut an *actus reus* must be proved, even for an offence of strict liability; so if voluntariness is part of the *actus reus*, no one can be convicted of any crime if his act was involuntary. As the latter result is thought to be not only desirable but to represent the law, voluntariness can only properly be regarded as an element in the *actus reus*. The fallacy in this argument lies in the proposition that offences of strict liability require “no *mens rea*” and the assumption that this means that the whole of the mental element involved in *mens rea* may be lacking. This is not so” SMITH. HOGAN. *Criminal ...*, op. cit. p. 38 a 42. [pero un *actus reus* debe probarse, incluso en los delitos de responsabilidad absoluta; así que la voluntariedad del acto es parte del *actus reus*, nadie puede ser condenado por un crimen si su actuación fue involuntaria. Como se considera que esta afirmación no solo es deseable, sino que representa la ley, la voluntariedad solo puede considerarse como un elemento en el *actus reus*. La falacia en este argumento radica en la proposición de que los delitos de responsabilidad absoluta no requieren *mens rea* y la suposición de que esto significa que la totalidad del elemento mental involucrado en *mens rea* puede estar ausente. Este no es el caso] (traducción libre).

⁵⁹⁹ En palabras de REED y SEAGO: “[f]ailure to prove that the accused brought about the *actus reus* by a conscious exercise of his will always leads to an acquittal; failure to prove that the accused acted intentionally, recklessly or negligently may or may not lead to an acquittal. (...) The main point to remember is that in no case can the defendant be convicted if the *actus reus* was not brought about by voluntary conduct on his part (...)”. REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 20. [El hecho de no probar que el acusado ejecutó el *acto reus* mediante un ejercicio consciente de su voluntad siempre conduce a la absolución. La falta de prueba de que el acusado actuó de manera intencional, imprudente o negligente puede llevar o no a una absolución. (...) El punto principal a recordar es que en ningún caso puede el acusado ser condenado si el *actus reus* no fue provocado por una conducta voluntaria de su parte] (traducción libre).

⁶⁰⁰ REED. SEAGO. *Criminal ...*, op. cit. p. 22.

⁶⁰¹ Explica ASHWORTH que: “[t]he Court of Appeal, quashing the conviction, held that a malfunctioning of the mind does not constitute a ‘disease of the mind’ within the insanity defence if it is ‘caused by the application to the body to some external factor such as violence, drugs, including anesthetics, alcohol and hypnotic

voluntad que tenga su origen en una causa interna o *internal factor* es considerada como una enfermedad mental, por lo que su análisis deberá realizarse en otro lugar. Por el contrario, cuando la voluntad se ve viciada por un factor externo, como un golpe o un medicamento, por ejemplo, hay ausencia de voluntad en el comportamiento y, por tanto ausencia de responsabilidad penal, pues la función disuasoria de la ley penal no se cumpliría mediante la imposición de sanciones por acciones involuntarias, ya que al sujeto no puede disuadirsele de ejecutar esas acciones⁶⁰². Por esta vía, las Cortes han establecido tres grandes excepciones a la teoría del automatismo que son las deficiencias mentales, la intoxicación y la falta previa⁶⁰³.

La doctrina de la falta previa (*prior fault*) pretende evitar que el autor de un delito se aproveche de una circunstancia que él mismo ha creado. En el caso *Bailey* de 1983, la Corte de Apelaciones inglesa estableció que el análisis de si la doctrina de la falta previa es aplicable al caso concreto debe realizarse con base en lo que haría un hombre razonablemente prudente en la posición del acusado, pero no basta con la simple falta de no haber previsto el riesgo de no ingerir suficiente comida luego de una dosis de insulina, incluso si una persona prudente lo habría previsto. Es necesario que el sujeto previera también la consecuencia

influences'. This 'external factor doctrine' was accepted by the House of Lords in *Sullivan* (1984), where it was also restated that 'diseases of the mind' include both permanent and transitory conditions. Thus, where the malfunctioning of the mind cause by an external factor, the legal classification is automatism rather than insanity; where it arises from an internal cause, the classification is insanity". ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 103. [La Corte de Apelación, anulando la condena, sostuvo que un mal funcionamiento de la mente sostuvo que un mal funcionamiento de la mente no constituye una 'enfermedad de la mente' dentro de la defensa de locura, si es causada por la aplicación al cuerpo de algún factor externo como violencia, drogas, incluyendo anestésicos, alcohol e influencias hipnóticas. Esta 'doctrina del factor externo' fue aceptada por la Cámara de los Lores en *Sullivan* (1984), donde también se reiteró que las 'enfermedades de la mente' incluyen condiciones permanentes y transitorias. Por lo tanto, cuando el mal funcionamiento de la mente se debe a un factor externo, la clasificación legal es el automatismo en lugar de la locura; donde surge de una causa interna, la clasificación es locura] (traducción libre).

⁶⁰² En la sentencia *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland* decidida el 3 de octubre de 1961, la Cámara de los Lores estableció que "No act is punishable if it is done involuntarily; and an involuntarily act in this context – some people now prefer to speak of it as 'automatism' – means an act which is done by the muscles without any control by the mind, such as a spasm, a reflex action or a convulsion; or an act done by a person who is not conscious of what he is doing, such as an act whilst suffering from concussion or whilst sleepwalking". [Ningún acto es sancionable si se realizó involuntariamente; y un acto involuntario en este contexto – algunas personas prefieren hablar de automatismo – significa un acto que se realiza por los músculos sin ningún control de la mente, tal como un espasmo, un acto reflejo o una convulsión, o un acto llevado a cabo por una persona que no está consciente de lo que está haciendo, tal como un acto realizado durante una contusión o en estado de sonambulismo] (traducción libre).

⁶⁰³ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p 102.

derivada de ese riesgo; es decir que cuando menos la posibilidad de que la falta de comida en esa circunstancia podía producirle un ataque de ira, volverlo agresivo o hacerlo perder el control, de tal modo que era previsible que causara daño a otros⁶⁰⁴.

A diferencia de la doctrina de la *actio libera in causa*⁶⁰⁵ propia del derecho continental, el sistema anglosajón no exige que el sujeto conscientemente se haya puesto en circunstancias que le permitieran alegar la falta de voluntad para cometer el delito, es decir con dolo, sino que se sanciona la falta de previsión del riesgo que se ha creado, por lo que puede haber responsabilidad por comisión de la conducta imprudente, a pesar de que en el exacto momento en el que cometió el delito el sujeto no actuara con voluntad.

En esta misma línea, el Código Penal Modelo de los Estados Unidos, en la sección 2.01, no define voluntad, sino que se limita a establecer que para que exista responsabilidad penal el acto por el cual se acusa al sujeto debe ser un acto voluntario⁶⁰⁶. A reglón seguido, el Código identifica circunstancias que excluyen la voluntad del comportamiento: (i) un reflejo o una convulsión (ii) la inconsciencia o el sueño (iii) la hipnosis y (iv) otras que no sean causadas por el autor de manera consciente o habitual. Además, la nota aclaratoria de este artículo explica que “*three specific conditions are excluded, as is any other bodily movement that is not a product of the effort or determination of the actor, either conscious or habitual*”⁶⁰⁷, definiendo de algún modo los actos voluntarios como aquellos que son fruto del esfuerzo o la determinación del sujeto.

Igual que sucede en los otros ordenamientos, para que exista responsabilidad penal de acuerdo con el derecho penal francés, es indispensable que el sujeto haya llevado a cabo la conducta de manera voluntaria, lo que descarta desde el primer momento las conductas de

⁶⁰⁴ Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, *R V Bailey*, marzo 11 de 1983.

⁶⁰⁵ Sobre la *actio libera in causa*: DEMETRIO CRESPO, Eduardo “La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?” En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*. Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.

⁶⁰⁶ Model Penal Code, Section 2.01. “(1) A person is not guilty of an offense unless his liability is based on conduct that includes a voluntary act or the omission to perform an act of which he is physically capable”.

⁶⁰⁷ Model Penal Code, explanatory note section 2.01 (2). [Tres condiciones específicas se excluyen, tal como cualquier otro movimiento corporal que no sea producto del esfuerzo o la determinación del actor, ya sea consciente o habitual] (traducción libre).

los animales y los actos reflejos, por carecer de voluntad⁶⁰⁸. De acuerdo con la doctrina de este sistema, « *parce que la culpabilité suppose la volonté, la personne (...) privée de la capacité individuelle d'agir ne peut donc pas être responsable pénalement* »⁶⁰⁹.

i. Clasificación de los delitos

En todos los sistemas jurídicos, el elemento externo del delito cumple una función clasificadora. En Inglaterra y en los Estados Unidos, a pesar de que la descripción anterior constituye el esquema general en los delitos del *common law*, existen algunas formas de delito que no cumplen con estos parámetros, por no exigir del sujeto una conducta propiamente dicha. Así pues, el *actus reus* de los delitos permite identificar los delitos que se cometen por encontrarse en determinadas circunstancias y los delitos de posesión. En el primer caso, la responsabilidad penal puede derivarse o bien de la actuación de un tercero o, bien del hecho de verse envuelto en determinadas circunstancias, por lo que estos delitos reciben el nombre de *situational liability* o *state of affairs offences*⁶¹⁰. En ellos, el elemento externo del delito no es una acción del sujeto, sino la concurrencia de un determinado estado de cosas que afectan al acusado o generan ciertos resultados⁶¹¹.

En consecuencia, en estos casos no será necesario probar que el sujeto ha llevado a cabo un movimiento corporal voluntario, sino que ha propiciado ciertas circunstancias o que no las ha modificado estando en la posibilidad de hacerlo, por lo cual el procesado podrá alegar en

⁶⁰⁸ DOUCET. *Précis...*, op. cit. p. 76.

⁶⁰⁹ PRADEL, Jean. VARINARD, André. *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7 ed. Cujas, Paris, 2009. p. 454. [Debido a que la culpa supone la voluntad, la persona privada de la capacidad individual para actuar no puede, por lo tanto, ser penalmente responsable] (traducción libre). En el mismo sentido, «l'acte *coupable est toujours un acte volontaire, le concept de faute impliquant le concept de volonté*» GARRAUD, René. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. T. I. 3 ed. Sirey, Paris, 1913. p. 568. [el acto culpable es siempre un acto voluntario, el concepto de culpa implica el concepto de voluntad] (traducción libre).

⁶¹⁰ BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 122.

⁶¹¹ Así lo explican SMITH y HOGAN: “[a] *crime may be so defined that it can be committed although there is no “act” in the sense considered above. There may be no necessity for any “willed muscular movement”.* *Instead it may be enough if a specified “state of affairs” is proved to exist. These offenses are sometimes called “status” or “situation” offenses*”. SMITH. HOGAN. *Criminal...*, op. cit. p. 43. [Un crimen puede definirse de tal manera que puede ser cometido aunque no haya un ‘acto’ en el sentido considerado anteriormente. Puede no haber necesidad de ningún ‘movimiento muscular deseado’. En cambio, puede ser suficiente si se demuestra que existe un ‘estado de cosas’ específico. Estas ofensas a veces se llaman ofensas de ‘estado’ o ‘situación’] (traducción libre).

su defensa la falta de capacidad para ello, siempre y cuando esa falta de capacidad no sea producto de una actuación previa o concomitante de él mismo. El fundamento de este tipo de delitos, según ASHWORTH es “*to ensure that defendants are in control of their activities and know about their duty to avoid certain situations. (...) So long as fair warning is given of the standards expected of those embarking on certain activities or enterprises, the principles of legality or ‘rule of law’ are satisfied and autonomy is respected*”. Y continúa el mismo autor explicando que “*the English legislature, unfortunately, sees no objection to creating state-of-affairs offences such as ‘being found’ or ‘being drunk in charge’ without any voluntariness requirements – not even exceptions to cover the person who has been manhandled into the position in which he or she is found or the person who has been rendered drunk by the stratagem of others*”⁶¹².

En el segundo caso, en los llamados delitos de posesión (*offences of possession*) se discute si el sujeto realmente lleva a cabo un acto. Aunque los delitos de posesión están presentes en todos los ordenamientos jurídicos, en materias relacionadas con las armas o los estupefacientes. Por ejemplo, dado que en el derecho anglosajón el *actus reus* parte de la definición de acto como movimiento corporal voluntario, los delitos de posesión no se entienden fácilmente, pues poseer no requiere un movimiento corporal. En Inglaterra, la decisión más importante en esta materia fue dictada por la Cámara de los Lores en 1969 en *Warner v Metropolitan Police Commissioner*⁶¹³, en la que absolvió a un hombre al que se le encontraron 20.000 tabletas de anfetaminas en su vehículo y demostró que no tenía conocimiento de poseer las drogas. Así, la Cámara estableció que para que un delito de posesión pueda ser imputado, se requiere que el sujeto tenga conocimiento de estar en posesión del objeto prohibido. Ahora bien, también afirmó la Cámara que se entiende que el

⁶¹² ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 108 [Para asegurar que los procesados estaban en control de sus actividades y conocían su deber de evitar ciertas situaciones. (...) En tanto se otorgue una advertencia justa de los estándares que se esperan de aquellos que se embarcan en ciertas actividades o empresas, el principio de legalidad o la *Rule of Law* se satisfacen y se respeta la autonomía] [la legislación inglesa, desafortunadamente, no ve objeción en crear delitos de estado de cosas tales como “ser encontrado” o “estar borracho mientras se está a cargo” sin ningún requisito de voluntariedad, ni siquiera excepciones para cubrir a la persona que ha sido maltratada en el puesto en el que se encuentra o la persona que se ha embriagado por la estratagema de los demás] (traducción libre). Además, BERNAL DEL CASTILLO afirma que “*Los casos modernos están relacionados generalmente con la «responsabilidad vicarial», forma que permite imputar el delito a los dueños, gerentes o empresarios por los actos cometidos por sus empleados, aún sin su consentimiento o conocimiento*”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho ...*, op. cit. p. 129.

⁶¹³ House of Lords, *Warner v Metropolitan Police Commissioner*, mayo 2 de 1968.

sujeto está en posesión del contenido de una caja o recipiente, aunque desconozca cual es el contenido, mientras conozca que lleva consigo el recipiente.

El fundamento político criminal de este tipo de delitos es que permiten a la policía intervenir antes de que se produzca un daño o una falta, lo que resulta en verdaderos delitos de peligro, aunque la terminología sea completamente desconocida dentro del derecho inglés y estadounidense. Además, dado que “*these offences extend the scope of criminal liability beyond the law of attempts*”⁶¹⁴, no existen delitos de posesión de *common law*, sino que todos son siempre de creación legal⁶¹⁵. En ese orden de ideas, el Código Penal Modelo establece en la sección 2.01 (4) que “[p]ossession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procured or received the thing possessed or was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession”⁶¹⁶, por lo que a pesar de no tratarse de un movimiento voluntario, no solamente se define como acto, sino que garantiza que en la ejecución de la conducta debe existir la voluntad del sujeto, exigiendo que el sujeto conozca que la posee o que tiene control sobre ella. En consecuencia, los delitos de posesión, al menos en los estados de los Estados Unidos que han adoptado esta sección del Código Penal Modelo, solo pueden ser realizados con conocimiento⁶¹⁷.

También en Francia el elemento material de las infracciones penales puede ser sumamente diverso, requiriendo en algunos casos solamente la creación de un riesgo para un bien jurídico y en otros la producción de un resultado, exigiéndose en estos últimos la existencia de un nexo de causalidad, por ejemplo. Así mismo, el comportamiento penal puede ser activo u omisivo. Estas divergencias han llevado a que además de tener un carácter de garantía, el elemento material del delito sea considerado como un criterio de clasificación de las infracciones penales. Con base en él, se distingue entre las infracciones de acción y de

⁶¹⁴ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 109. [Estos delitos extienden el especto de la responsabilidad penal más allá de la ley sobre tentativa] (traducción libre).

⁶¹⁵ BERNATE OCHOA. *El sistema ...*, op. cit. p. 115. Sobre las diferencias entre las normas de *common law* y las emanadas de los órganos legislativos consultar el capítulo I, 1, d de este trabajo.

⁶¹⁶ [La posesión es un acto, para los propósitos de esta sección, si el poseedor a sabiendas adquirió o recibió la cosa poseída o era consciente de que tenía control sobre ella por un periodo de tiempo suficiente para terminar con dicha posesión] (traducción libre).

⁶¹⁷ Asegura LAFAVE que en los Estados Unidos “*one may possess something without knowing of its existence, but possession in a criminal statute is usually construed to mean conscious possession*”. LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 200.

omisión (*d'action ou de commission et les infractions d'inaction ou d'omission*); las infracciones instantáneas y las infracciones continuadas (*les infractions instantanées et les infractions continues*); las infracciones ocasionales y las infracciones habituales (*les infractions d'occasion et les infractions d'habitude*); y, finalmente, las infracciones simples y las infracciones complejas (*les infractions simples et les infractions complexes*)⁶¹⁸.

Las infracciones que se cometen de manera instantánea (*infractions instantanées*), la mayoría, son las que se llevan a cabo en un tiempo determinado. Pueden distinguirse de aquellas habituales (*infractions d'habitude*), porque estas se caracterizan porque la voluntad delictiva se mantiene en el tiempo. Estas no deben confundirse con la clasificación que diferencia entre infracciones simples (*infractions simples*) e infracciones complejas (*infractions complexes*), que ya no hace referencia al tiempo en el que se lleva a cabo la acción, sino al número de actos que deben llevarse a cabo para que se consume el delito. Mientras que en las infracciones simples basta un solo acto, en las infracciones múltiples se requieren varios actos⁶¹⁹.

Además del comportamiento, algunas infracciones exigen que la conducta produzca un determinado resultado, que en estos casos también hace parte del elemento material de la infracción. El requisito de que se produzca o no un determinado resultado permite diferenciar la infracciones materiales (*l'infraction matérielle*) de las infracciones formales (*l'infraction formelle*). En las primeras, se exige que se produzca un determinado resultado lesivo (*le résultat dommageable*), por lo que la existencia de tal resultado es un requisito para que se consume la infracción. En las segundas, las infracciones formales, no se requiere de ningún resultado, dado que el legislador ha decidido sancionar una conducta, independientemente de cuales sean sus consecuencias⁶²⁰. De acuerdo con esto, la distinción se basa en si el legislador entiende que se requiere que exista un perjuicio material o, basta con que se lleve a cabo una

⁶¹⁸ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit ...*, op. cit. p. 209. En el mismo sentido, DOUCET. *Précis ...*, op. cit. p. 64. También, EBOVE. FALLETTI. *Précis ...*, op. cit. p. 85

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 86.

⁶²⁰ CHACORNAC, Jérôme. "Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles". En *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* n° 4. Dalloz, Paris, octubre – diciembre 2008. p. 850.

conducta que se considera en sí misma peligrosa⁶²¹. En esta categoría se reúnen dos distinciones que hace la doctrina continental, que diferencia entre los delitos de peligro y los delitos de lesión, por una parte, y los delitos de resultado y los delitos de mera conducta, por otra.

En el derecho penal iberoamericano, el tipo penal se compone de una serie de elementos que estructuran la razón de ser de la prohibición. De la articulación de esos elementos se desprende la claridad del tipo penal y su respeto por el principio de taxatividad penal. Así pues, el tipo penal debe describir el comportamiento que prohíbe, lo que hace a través de un verbo, indicando si se requiere dolo o basta la imprudencia y si se requiere algún elemento adicional como circunstancias de modo, tiempo o lugar, por ejemplo⁶²². Además, al menos, debe ser posible inferir del tipo penal, cual es el bien jurídico que se busca proteger con la prohibición, pues solo a partir de él, el derecho penal es legítimo.

Los elementos que componen un tipo penal pueden ser de dos clases. Por un lado, existen elementos descriptivos que son aquellos conceptos tomados del lenguaje diario o jurídico, que describen los elementos de la realidad natural, que son perceptibles por los sentidos, como persona, matar, dolor o sufrimiento, por ejemplo. Por otro lado, el legislador acude también a elementos normativos, que se refieren a aquellos que solo pueden ser comprendidos a partir de una norma, aunque tengan alguna relación con elementos naturales. En estos casos, las normas necesarias para la comprensión del elemento no son siempre jurídicas, sino que también puede tratarse de normas sociales. Llave falsa o bien mueble, por citar solo algún ejemplo, son elementos normativos de algunos tipos penales⁶²³. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el tipo penal incluye elementos subjetivos,

⁶²¹ « Dans toute infraction, on peut distinguer entre d'une part le préjudice que le délinquant inflige à un intérêt protégé par la loi pénale, et d'autre par le moyen qu'il a utilisé pour faire ce mal. Dans la rédaction de l'incrimination, le législateur peut s'intéresser à l'un ou à l'autre de ces deux aspects de l'action et c'est sur cette considération que repose la distinction entre infractions matérielles et formelles ». ROBERT, Jacques-Henri. *Droit pénal général*. Themis, Paris, 1988. p. 236.

⁶²² JESCHECK.. *Tratado ...*, op. cit. p. 222.

⁶²³ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, op. cit. p. 113. En el mismo sentido, MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 242.

dentro de los cuales, los más importantes son el dolo o la imprudencia, pero que pueden estar acompañados de otros elementos subjetivos como motivos, por ejemplo⁶²⁴.

A partir de estos elementos, los tipos penales se clasifican⁶²⁵, de acuerdo con los verbos que contenga la descripción, los sujetos a los que prohíba un determinado comportamiento, o según la relación de la conducta con el bien jurídico, es decir si debe lesionarlo o basta con que cree un peligro concreto o abstracto para él. Además, los elementos objetivos del tipo penal son los sujetos, activo(s) y pasivo, la acción u omisión, el objeto material y el bien jurídico protegido. A esto, en algunos casos, el legislador puede añadir una serie de elementos específicos de modo, tiempo y lugar, que de estar presentes en el tipo, son necesarios para poder predicar la tipicidad de una conducta⁶²⁶. Además, en los delitos en los que se exige un resultado⁶²⁷, se requiere verificar que dicho resultado le es imputable a la conducta del sujeto, es decir, que entre ellos existe un nexo de causalidad, que en la actualidad se determina con base en la *teoría de la imputación objetiva*, pero que ha sido uno de los aspectos más discutidos por la doctrina penal a lo largo del tiempo⁶²⁸.

Los delitos de omisión merecen una mención especial ya que, aunque de alguna manera se reconocen en todos los ordenamientos, las posturas al respecto son muy distintas y, adicionalmente, en ordenamientos como el español, el colombiano o el de los Estados Unidos, los delitos de omisión han ido aumentando y adquiriendo importancia.

⁶²⁴ Al respecto explica ROXIN que: “Hay que tener claro que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se puede romper; pero sí que se pueden tener presentes en sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades”. ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 303.

⁶²⁵ Para una clasificación detallada de los tipos penales, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual ...*, op. cit. p. 130. y POSADA MAYA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Ibáñez, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015. p. 40 - 46.

⁶²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho ...*, op. cit. p. 114. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. ..., op. cit. p. 69. También, URBANO MARTÍNEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p. 219.

⁶²⁷ Se debe tener en cuenta que “por eso mismo, aunque es cierto que también en los delitos de actividad hay que exigir la adecuación o idoneidad de la conducta como requisito típico, la falta de imputación objetiva – aquí de la actividad típica – por falta de adecuación en esa clase de delitos constituye un fenómeno absolutamente marginal; su ámbito propio sigue siendo el de los delitos de resultado”. LUZÓN PEÑA. *Curso ...*, op. cit. p. 387.

⁶²⁸ MIR PUIG. *Derecho ...*, op. cit. p. 260.

En el derecho anglosajón, la regla general es que la responsabilidad penal se deriva de una acción del sujeto y los delitos de omisión son percibidos como una excepción, aunque cada vez son más frecuentes, sobre todo por la intervención del legislador, a pesar de que en algunos casos la jurisprudencia ha interpretado de manera extensiva la redacción de ciertos estatutos para permitir la responsabilidad penal por omisión⁶²⁹. El principio general que subyace a esta situación es que los individuos pueden ser penalmente responsables por sus acciones, pero no por sus omisiones, salvo en los casos en los que existe un deber legal de actuación que supera la autonomía personal. Sin embargo, aún hoy la doctrina y la jurisprudencia de estos países tienen problemas para distinguir entre las acciones y las omisiones, aunque afirman que “[t]he conclusion must therefore be that, although there are some clear cases of omission and some clear cases of act, there are many ambiguous cases in which the act-omission distinction should not be used as a cloak for avoiding the moral issues”⁶³⁰.

Esto no significa que, en términos teóricos, el derecho anglosajón no cuente con estructuras claras para poder imputar un delito por omisión. En unos casos el legislador ha establecido expresamente que existe responsabilidad penal cuando el sujeto omite la ejecución de cierta conducta, para lo cual se deberá demostrar que el delito admite la responsabilidad penal por omisión y que, además de los elementos comunes del *actus reus*, el sujeto tenía un deber especial de actuar y lo ha incumplido⁶³¹. Dentro de los elementos normales del *actus reus*, es fundamental demostrar que, al igual que sucede con los delitos de comisión, el sujeto ha dejado de actuar de manera voluntaria, conociendo claramente la situación de riesgo en la que se encontraba la víctima, pues en el caso contrario, se estaría vulnerando su derecho a la autonomía y a la libertad⁶³².

⁶²⁹ Explica BERNAL DEL CASTILLO que: “(...) una consecuencia de esa admisión restrictiva de lo omisión es la falta de seguridad respecto a que delitos la admiten”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 125.

⁶³⁰ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 113. [La conclusion debe ser, entonces, que aunque hay algunos casos claros de omisión y algunos casos claros de acción, existen muchos casos ambiguos en los que la distinción entre la acción y la omisión no debe utilizarse como un manto para evadir los asuntos morales] (traducción libre).

⁶³¹ REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 30.

⁶³² “Just as one cannot be criminally liable on account of a bodily movement which is involuntary, so one cannot be criminally liable for failing to do an act which he is physically incapable of performing”. LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 208. [Así como uno no puede ser penalmente responsable sobre la base de un movimiento

Sin embargo, existe una discusión sobre si es necesario que el sujeto conozca el deber que tiene de evitar el resultado. Por regla general en el derecho anglosajón, el desconocimiento de la norma no exime de responsabilidad penal, por lo que el desconocimiento del deber no eximiría al sujeto que ha omitido ejecutar la acción de salvamento. La excepción serían los casos en los que la ley exige una falta con intención o conocimiento (*willful or knowing failure*), pues en ese caso no existiría el elemento subjetivo exigido por la norma para imputar el delito.

Adicionalmente, la jurisprudencia inglesa, que aún admite los delitos de *common law*, ha establecido que la omisión como forma de comportamiento delictivo es admisible en dos casos excepcionales. El primero, cuando existe una relación especial entre los sujetos, de la cual surge un deber de actuación (*relational cases*). El segundo, cuando de una acción no intencional se desprende un resultado delictivo que el sujeto no evita intencionalmente⁶³³. Para solucionar este problema, en los casos más complejos, las cortes inglesas desarrollaron la doctrina del *acto continuado* (*continuing act*), con el objetivo de solucionar las dificultades de los casos en los cuales el sujeto ejecuta un *actus reus* sin intención, pero luego omite intencionalmente evitar que se produzca el resultado delictivo. En estos casos, la responsabilidad no se impondrá con base en un deber legal, sino fundamentado en que la producción del resultado es consecuencia de la acción y omisión del sujeto que constituye, de acuerdo con esta jurisprudencia, una continuación de la actuación⁶³⁴. Esta doctrina tiene, además, la particularidad de ser entendida como una excepción al principio de concurrencia que será tratado al final de esta sección.

El caso líder en esta doctrina es *Fagan v Metropolitan Police Commissioner (1968)*⁶³⁵, en el que la *Banca de la Reina* confirmó la decisión del *a quo* que condenó a un hombre por lesiones a un policía. En el caso, el policía le solicitó a *Fagan* que moviera su vehículo y este, accidentalmente, pasó la llanta del carro por su pie. Cuando el policía le gritó que moviera el

corporal involuntario, uno no puede ser penalmente responsable por omitir ejecutar una acción que era físicamente incapaz de realizar] (traducción libre).

⁶³³ WELLS. QUICK. *Reconstructing ...*, op. cit. p. 102.

⁶³⁴ KEILER. *Actus reus...*, op. cit. p. 81.

⁶³⁵ Queen's Bench, *Fagan v Metropolitan Police Commissioner*, julio 31 de 1968.

carro, *Fagan* lo maldijo y se negó a hacerlo. El procesado apeló la sentencia de primera instancia alegando que el delito de agresión (*battery*) no admitía la omisión y que para el momento en el que había lesionado al policía la conducta carecía de *mens rea*. La Corte concluyó que, si bien era cierto que el delito no admitía la omisión, en este caso el delito no era solamente la omisión de mover el vehículo, sino el acto continuado de agresión, que se completaba con el *actus reus* de pasar el carro por encima del pie del policía y la *mens rea* que había surgido en el momento en el que se negó a retirarlo.

Adicionalmente, existen dos tipos de omisión. Por una parte, están las meras omisiones (*mere omission*), que son siempre estatutarias, salvo por el caso de la *misprision of treason* inglesa que surgió como un delito de *common law* aunque en la actualidad está regulada en el *Treason Act 1554*, y que consiste en la omisión de denuncia de la traición⁶³⁶. Otro ejemplo de este tipo de delitos es el crimen en el que incurre una persona que tiene información sobre una actividad terrorista y omite denunciarla, de acuerdo con el artículo 38B del *Terrorism Act* inglés del 2000. No obstante, resulta interesante que en ninguno de los dos sistemas penales que se están comentado, existe el delito de omisión de socorro, tan propio de los sistemas continentales, en la medida en la que se entiende que está basado en un deber general de solidaridad que es cuestionable debido a sus implicaciones morales, por lo que esta conducta se sanciona a través del derecho administrativo⁶³⁷. Así pues, los delitos de mera omisión estarán siempre basados en deberes legales particulares de actuación, que fundamenten el por qué un sujeto en una situación determinada debe desplegar la acción mandada⁶³⁸.

⁶³⁶ JONES P. CARD..., op. cit. p. 29.

⁶³⁷ "It should be noted that, although they are fairly common in Europe, most states do not have "Good Samaritan" laws that create a duty to render assistance when one citizen sees another in distress. Actually, all states have what are called Good Samaritan laws, but they do not create criminal liability". POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 44. [Debe tenerse en cuenta que, aunque son muy comunes en Europa, la mayoría de los estados no tiene leyes de "buen samaritano" que creen un deber de brindar asistencia cuando un ciudadano ve a otro en problemas. Actualmente, todos los estados tienen leyes de "buen samaritano" pero de ellas no se deriva responsabilidad penal] (traducción libre).

⁶³⁸ KEILER explica que: "[t]hus, the legal interest to be protected by the statutory duty of care seems to influence the acceptability of a given statute. While it has become apparent that duties based on solidarity towards the weak such as easy rescue statutes can be controversial due to their inherent moral dimension, administrative duties constitute an integral part of all investigated penal systems". KEILER. *Actus ...*, op. cit. p. 73. [Por lo tanto, el interés legal protegido por el deber legal de cuidado parece influir en la legitimidad de un estatuto. Si bien se ha hecho evidente que los deberes basados en la solidaridad hacia los débiles, como los estatutos de rescate, pueden ser controvertidos debido a su dimensión moral inherente, los deberes administrativos constituyen una parte integral de todos los sistemas penales investigados] (traducción libre).

En 1978, la Corte de Apelaciones de Maryland, Estados Unidos, decidió un caso con base en este razonamiento de una manera que puede resultar sorprendente. El acusado vivía con una señora y la hija de ésta y la primera asesinó a golpes a la segunda, en presencia del acusado. Este fue procesado por no prestar ayuda a la hija bajo los estatutos de abuso de menores y omisión de denuncia de delito, pero la condena fue revocada ya que el hombre no tenía ningún deber con la niña. De acuerdo con la Corte, la que tenía el deber era la madre, por lo cual solo ella podía responder penalmente, aunque en este caso por un delito de acción⁶³⁹.

Por otra parte, existen delitos que, a pesar de estar redactados como acciones, admiten la responsabilidad penal cuando el sujeto causa el mismo resultado, pero a través de omitir una conducta mandada. En Inglaterra estos delitos reciben el nombre de omisiones que causan un resultado (*omission causing a result*)⁶⁴⁰ y en los Estados Unidos se utiliza la misma terminología que en el derecho continental, delitos de comisión por omisión (*commission by omission*). Para que pueda haber responsabilidad penal en estos casos se deberá demostrar que (i) se ha producido un resultado delictivo que le es imputable al sujeto, (ii) la causa del resultado es un proceso independiente del acusado, (iii) el sujeto tenía un deber de actuar y que, (iv) estaba en capacidad de realizar la conducta mandada⁶⁴¹.

La jurisprudencia inglesa basa la responsabilidad por omisión en el principio Miller (*the Miller Principle*) que surgió de la sentencia *R v Miller*, en la que Lord Diplock afirmó que «*I see no rational ground for excluding from conduct capable to give rise to criminal liability conduct which consist of failing to take measures that lie within one's power to counteract a danger that one has oneself created, if at the time of such conduct one's state of mind is such as constitutes a necessary ingredient of the offence. I venture to think that the habit of lawyers to talk of actus reus, suggestive as it is of action rather than inaction is responsible for any erroneous notion that failure to act cannot give rise to criminal liability in England*»⁶⁴². A

⁶³⁹ Corte de Apelaciones de Maryland, *Pope v Maryland*, enero 13 de 1978.

⁶⁴⁰ KEILER. *Actus reus...*, op. cit. p. 70.

⁶⁴¹ FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 589.

⁶⁴² House of Lords, *R v Miller*, marzo 17 de 1983. párrafo 176. [No veo fundamentos racionales para excluir del concepto de conducta capaz de producir responsabilidad penal la conducta que consiste en no tomar las medidas necesarias para reducir un riesgo que uno mismo ha creado, estando en capacidad de hacerlo, si para el momento en el que debe llevarse a cabo esa conducta, se está en un estado mental suficiente para cumplir con los requisitos del delito. Yo me aventuro a pensar que la costumbre de los abogados de hablar de “actus

partir de esta postura, se entiende que es posible la responsabilidad penal por omisión en los casos en los que el sujeto ha creado un riesgo y estando en posibilidad de evitar el resultado, no lo hace.

En los Estados Unidos, la Corte Suprema estableció, en la sentencia *Jones v. United States* que: «*[t]here are at least four situations in which the failure to act may constitute a breach of legal duty. One can be held criminally liable: first, where a statute imposes a duty to care for another; second, where one stands in a certain status relationship to another; third, where one has assumed a contractual duty to care for another; and fourth, where one has voluntarily assumed the care of another, and so secluded the helpless person as to prevent others from rendering aid*»⁶⁴³. Así pues, existen cuatro tipos de deberes que pueden dar lugar a la responsabilidad en comisión por omisión, que se reconocen por igual en Estados Unidos y en Inglaterra.

El primero de ellos surge cuando una ley impone un deber específico a un sujeto, que será sancionado penalmente por la omisión de cumplirlo, si estaba en capacidad y tuvo la oportunidad de hacerlo. Para ello, es necesario que el sujeto tuviera conocimiento de la existencia del deber y de las circunstancias que produjeron el resultado delictivo⁶⁴⁴. Ahora bien, el deber puede encontrarse en la ley que criminaliza la conducta o en otra, teniendo en cuenta que cuando se hace referencia a que las leyes imponen deberes en estos casos, “[w]hat they have in mind is not a statutory holding that in a particular situation, one person is obligated to save the life of another. Rather the claim is that legislatively impose duties, (...), can suffice to establish liability for failing to avert a consequential harm”⁶⁴⁵.

reus”, que sugiere que se está haciendo referencia a una acción en lugar de una omisión, es responsable de la errónea idea de que la omisión no puede generar responsabilidad penal en Inglaterra] (traducción libre).

⁶⁴³ Supreme Court of the United States, *Jones v. United States*, marzo 28 de 1960. [Existen al menos cuatro situaciones en las cuales la omisión puede constituir un incumplimiento de un deber legal. Una persona puede ser penalmente responsable, primero, cuando un estatuto impone el deber de cuidar a otra persona; segundo, cuando existe un tipo de relación personas determinada entre dos personas; tercero, cuando se ha asumido la obligación contractual de cuidar a otro; cuarto, cuando se ha asumido voluntariamente la obligación de cuidar de otro, y se lo ha aislado de tal forma que otros no puedan prestarle ayuda] (traducción libre).

⁶⁴⁴ POLLOCK. *Criminal ...*, op. cit. p. 47.

⁶⁴⁵ FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 621. [Lo que tienen en mente no es un mandato legal que obligue a una persona a salvar la vida de otra en una situación específica. En su lugar, el argumento es que los deberes legalmente impuestos son suficientes para establecer responsabilidades por no evitar un daño consecuente] (traducción libre).

Así mismo, hay deberes que surgen de la existencia de ciertas relaciones personales, que pueden ser de distintos tipos. Por un lado, cuando dos personas asumen la realización de actividades riesgosas en conjunto, asumen simultáneamente el deber de cuidar del otro, lo que sucede entre alpinistas, buzos o ciclistas, por ejemplo⁶⁴⁶. Por otro lado, hay personas que tienen el deber de controlar la conducta de otros, con base en las relaciones que los unen a ellos, y serán penalmente responsables si omiten evitar que las personas bajo su cuidado como adolescentes o personas con problemas mentales dañen a terceros⁶⁴⁷. Finalmente, con base en las relaciones familiares, los sujetos tienen el deber de evitar resultados delictivos que afecten a sus familiares. El caso líder en este ámbito es *People v. Beardsley* del 10 de diciembre de 1907, en el que la Corte Suprema de Michigan, Estados Unidos, revocó una sentencia por homicidio imprudente al considerar que el acusado no tenía el deber de evitar la muerte de una mujer con la que sostenía relaciones sexuales esporádicas, porque entre ellos no existía un lazo familiar⁶⁴⁸.

En tercer lugar, hay deberes que surgen de los contratos, cuando una persona asume a través de ellos el deber de proteger o cuidar a otros y omite cumplir con él. Por ejemplo, en *People v. Montecino*⁶⁴⁹, la Corte de Apelaciones de California, Estados Unidos, condenó por homicidio a una enfermera que había sido contratada para cuidar a un paciente que murió porque ella incumplió el contrato⁶⁵⁰. Esto incluye a los guardacostas, los guardabosques y demás personas que asuman contractualmente el cuidado de una fuente de riesgo o de una persona y omitan hacerlo, produciendo un resultado delictivo.

⁶⁴⁶ LAFAVE afirma que: “If two mountain climbers, climbing together, are off by themselves on a mountainside, and one falls into a crevasse, it would seem that the nature of their joint enterprise, involving a relationship of mutual reliance, ought to impose a duty upon the one mountaineer to extricate his imperiled colleague”. LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p 204. [Si dos alpinistas escalan juntos y estando solos en una montaña uno de los dos se cae por una grieta, parece que la naturaleza de su empresa conjunta, que incluye una relación de apoyo mutuo, le impone el deber al montañista de socorrer a su compañero en peligro] (traducción libre).

⁶⁴⁷ LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 206.

⁶⁴⁸ FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 612.

⁶⁴⁹ California Court of Appeal, *People v. Montecino*, septiembre 28 de 1944.

⁶⁵⁰ Un caso muy citado por la doctrina en este ámbito es el caso *Pittwood*, que fue decidido en 1902 en Inglaterra, en el que se condenó por homicidio imprudente a un portero que debía abrir y cerrar la barrera que separaba la calle de las vías del tren y la dejó abierta al irse a almorzar, ocasionando que un tren atropellara a una persona.

Adicionalmente, si una persona asume voluntariamente el cuidado de una fuente de riesgo o de una persona, y omite llevar a cabo ese cuidado responderá penalmente, aunque no tenga una relación familiar o contractual con ella. En estos casos, además de los requisitos anteriores, se exige que el sujeto “*must not put the helpless person in such a position as to prevent others from rendering aid*”⁶⁵¹, pues si las circunstancias permiten que otras personas eviten el resultado, el deber de evitar el resultado es un deber general del que no puede derivarse responsabilidad penal. El caso hito en este asunto es *R v Instant*⁶⁵², en el que la *Queen’s Bench* determinó que la acusada asumió voluntariamente el cuidado de su tía de 73 años al irse a vivir con ella. Durante los últimos 12 días de su vida, la mujer tuvo gangrena y aunque la acusada sabía de su condición, no la alimentó ni buscó atención médica. La *Queen’s Bench* condenó a la acusada por homicidio imprudente.

Finalmente, existen casos en los que el sujeto tiene el deber de evitar el resultado lesivo que es causado por un peligro que el sujeto ha generado intencionalmente o por imprudencia, como sucedió en el caso de *Commonwealth v. Levesque*⁶⁵³, en el que la Corte Suprema de Massachusetts condenó por homicidio imprudencial a una persona que inició un incendio y no lo reportó a tiempo a los bomberos, por lo que el fuego se salió de control y varios bomberos murieron. Como puede observarse, la mayoría de estos deberes han sido identificados por la jurisprudencia en casos de homicidio culposo, lo que no obsta para que la doctrina considere que se trata de deberes generales que son aplicables en otros delitos que puedan ser punibles en comisión por omisión. La problemática radica en que la jurisprudencia no los ha abordado y, es posible, que en cualquier momento las cortes decidan negar esta posibilidad, pues no existe ley al respecto.

Como se mencionó antes, la ley francesa también distingue entre infracciones de comisión y de omisión, según se exija que la persona lleve a cabo una conducta positiva, caso en el cual se trata de un delito de acción o de comisión, o se abstenga de llevar a cabo una conducta prohibida, en los casos de delitos de inacción u omisión, en los que se sanciona por no llevar

⁶⁵¹ POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 46. [No debe poner a la persona indefensa en una posición en la cual otros no le puedan prestar ayuda] (traducción libre).

⁶⁵² *Queen’s Bench, R v Instant*, 1893.

⁶⁵³ Supreme Judicial Court of Massachusetts, *Commonwealth v. Levesque*, marzo 29 de 2002.

a cabo una acción de interés general⁶⁵⁴. Las infracciones de acción constituyen la mayoría, mientras que en los casos en los que la ley incrimina una omisión lo hace solamente con respecto al comportamiento, sin tener en cuenta el resultado⁶⁵⁵. En el siglo XIX no existían las infracciones por omisión pero estas se fueron incorporando poco a poco al ordenamiento jurídico penal para proteger a las personas más vulnerables de la sociedad, como los menores y los discapacitados.

La primera de estas infracciones fue establecida en 1898, cuando se penalizó el abandono de menores, a lo que siguió el abandono familiar en 1924. Luego, en 1940 se establecieron infracciones que sancionaban el incumplimiento de obligaciones de protección a un amplio número de personas, como el deber de entregar pruebas a favor de personas inocentes o de impedir que se cometiera un delito. No obstante, se considera que el logro más alto de esta evolución lo obtuvo el Código penal de 1994 cuando incorporó la omisión de socorro como delito (art. 223-6. CP)⁶⁵⁶. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los otros ordenamientos jurídico penales que se estudian en este trabajo, el derecho penal francés no contempla los delitos de comisión por omisión⁶⁵⁷.

Este sistema entiende que cuando la ley no ha sancionado directamente una omisión, si el resultado de una infracción activa se produce porque quien pudo evitarlo no lo hizo, esto no puede equipararse con la producción de ese resultado como consecuencia de la actuación de esa persona⁶⁵⁸. El caso más citado en este ámbito se conoce como “el secuestro de Poitiers”

⁶⁵⁴ Explica SORDINO que « *L'infraction de commission se caractérise par un élément matériel consistant à exécuter un acte positif interdit par la loi, qui peut se matérialiser par un écrit ou une parole (...). L'infraction d'omission est constituée par un élément matériel que prend la forme d'une abstention, action négative, le délinquant n'effectuant pas un acte prescrit par la loi* ». SORDINO, Marie-Christine. *Droit pénal général*. Ellipses, Paris, 2016. p. 118. [El delito de comisión se caracteriza por un elemento material que consiste en realizar un acto positivo prohibido por la ley, que puede materializarse por un escrito o unas palabras (...). El delito de omisión está constituido por un elemento material que toma la forma de una abstención, una acción negativa, el delincuente que no realiza un acto prescrito por la ley] (traducción libre).

⁶⁵⁵ ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 60.

⁶⁵⁶ *Ibidem*. p 172.

⁶⁵⁷ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 208. En el mismo sentido, FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 611. Así mismo, ELLIOT. “France”..., op. cit. p. 171.

⁶⁵⁸ En ese sentido asegura RENOUT que “*Ces solutions peuvent apparaître choquantes mais ne font qu'appliquer le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, corollaire du principe de légalité criminelle. En l'absence de texte spécial, l'abstention n'équivaut pas à l'action*”. RENOUT, Harald. *Droit pénal général*. Larcier, Bruxelles, 2013. p. 129. [Estas soluciones pueden parecer impactantes, pero solo aplican el principio

(*la séquestrée de Poitiers*)⁶⁵⁹, en el que la Corte de Apelación afirmó que el delito de lesiones personales intencionales no había sido cometido por una pareja que dejó en un cuarto oscuro y si ningún cuidado a su hija que sufría de una enfermedad mental, poniendo en riesgo su vida. La doctrina francesa considera que la solución es correcta, en la medida en la que el principio de interpretación estricta de la ley penal, que es una consecuencia del principio de legalidad, prohíbe que se haga una aplicación extensiva de la descripción del elemento material hecha por el legislador, imponiendo una pena como si se hubiera lesionado intencionalmente a la persona⁶⁶⁰, aunque la omisión sea deliberada⁶⁶¹.

En el mismo sentido, cuando se analizó la conducta en el derecho iberoamericano se dijo que esta podía consistir en una acción o en una omisión. Al contrario de lo que sucede en los delitos activos, los delitos omisivos se basan en una norma preceptiva, es decir en un mandato, que obliga a la persona a llevar a cabo una acción determinada⁶⁶². Así pues, la omisión penalmente relevante no es simplemente un “*no hacer*”, sino que es el no hacer lo que se tiene el deber legal y se puede hacer⁶⁶³. Esto quiere decir que en los tipos omisivos el concepto de conducta tiene la misma función de exclusión que tiene en los delitos activos, en la medida en la que el delito se materializa en un comportamiento externo, el no llevar a cabo la acción mandada, sino, posiblemente, otra.

Los delitos de omisión están consagrados en el Código penal español en el artículo 10: «*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*» que debe leerse en concordancia con el artículo 11 del mismo Código, que establece los deberes de garante.

de interpretación estricta de la ley penal, un corolario del principio de legalidad criminal. En ausencia de un texto especial, la omisión no es equivalente a la acción] (traducción libre).

⁶⁵⁹ Jurisprudencia de la Cour d'Appel, 7 de octubre de 1901.

⁶⁶⁰ EBOVE, FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 85. También, ELLIOT. *French ...*, op. cit. p. 60.

⁶⁶¹ Explica SORDINO que «*Cette solution, moralement surprenante, découle du principe de l'interprétation stricte des textes pénaux. Lorsqu'une disposition expresse ne le prévoit pas, l'abstention n'est pas équivalente à l'action*». SORDINO, Marie-Christine. *Droit pénal général*. Ellipses, Paris, 2016. p. 119. [Esta solución moralmente sorprendente se deriva del principio de interpretación estricta de la ley penal. Cuando una disposición expresa no lo contempla, la omisión no es equivalente a la acción] (traducción libre).

⁶⁶² JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 547.

⁶⁶³ LUZÓN PEÑA explica que “*si una determinada conducta se califica como omisiva, como omisión de algo, es porque de entre las innumerables no actuaciones del sujeto se selecciona la no realización de una concreta actuación que tiene, no ya un determinado sentido social, sino el carácter de actuación debida conforme a normas*”. LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 271. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 252.

En el mismo sentido, el artículo 25 del Código penal colombiano establece: «*la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión*» y establece, a renglón seguido las fuentes del deber de garante y los demás requisitos de esta clase de delitos.

Existen diversas clasificaciones para los delitos de omisión, siendo la más común la distinción entre delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión o de omisión impropia, aunque existe una tercera categoría, que son los delitos de omisión propia⁶⁶⁴. Los delitos de omisión pura, son la contrapartida de los delitos de mera actividad, en la cual se sanciona la no realización de una conducta mandada expresamente por el tipo penal⁶⁶⁵ de acuerdo con un marco legal propio y sin que sea necesario acudir al tipo penal que sanciona la comisión para la imputación de responsabilidad penal⁶⁶⁶. Son ejemplos de estos tipos penales la omisión de socorro⁶⁶⁷ y la omisión de denuncia⁶⁶⁸, por ejemplo.

Por su parte, los delitos de comisión y de omisión propia o solo delitos de omisión propia, según la clasificación que se siga, son aquellos en los que el legislador sanciona, en el mismo tipo penal, un comportamiento activo y otro omisivo, mediante la incorporación de distintos verbos rectores alternativos⁶⁶⁹. Por ejemplo, el delito de falso testimonio en el Código penal colombiano dice: «*Artículo 442. Falso Testimonio. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente (...)*», donde *faltar a la verdad*, es decir mentir, es un comportamiento activo, mientras que *callarla* es un comportamiento omisivo, no decirlo, y, con la realización de cualquiera de las dos conductas se consuma el delito. En estos delitos, por lo general, a diferencia de lo sucede con los delitos de omisión propia, la conducta se vincula con un resultado⁶⁷⁰.

⁶⁶⁴ POSADA MAYA. *Delitos...*, op. cit. p. 43.

⁶⁶⁵ MIR PUIG. *Derecho ...*, op. cit. p. 318. También, JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 551.

⁶⁶⁶ ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 760.

⁶⁶⁷ Código Penal colombiano, artículo 131 y Código Penal español, artículo 195.

⁶⁶⁸ Código Penal colombiano, artículo 441.

⁶⁶⁹ Afirma JESHECK, “Hay, además, algunos tipos de delitos de resultado que según su tenor literal son aplicables no sólo al hacer positivo, sino también a la omisión”. JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 553. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 420.

⁶⁷⁰ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 254.

Finalmente, la tercera categoría de los delitos de omisión está compuesta por los delitos de comisión por omisión u omisión impropia. En estos casos, se imputa al sujeto un delito que el legislador ha tipificado como una conducta activa, pero que en virtud de la *cláusula de equivalencia* se imputa a quien ha permitido que se produzca el resultado típico, teniendo el deber de evitarlo⁶⁷¹. En el ordenamiento jurídico penal español la cláusula de equivalencia está consagrada en el artículo 11 del Código penal, que afirma «*los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación (...)*». Por su parte, en el ordenamiento penal colombiano la posibilidad de equiparar la omisión a la acción está dada por el artículo 25 que afirma, «*(...) Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal (...)*»⁶⁷².

A través de estas disposiciones, el legislador equipara las conductas omisivas con las conductas comisivas cuando estas producen el mismo resultado. No obstante, en la medida en la que estas disposiciones amplían el ámbito de aplicación del tipo penal, no basta con la sola ocurrencia del resultado, sino que se exigen otros requisitos para que un delito sea imputable a título de comisión por omisión. La más característica de ellas es la *posición de garante*⁶⁷³ que debe tener la persona a la cual se imputa el resultado. No existe un deber genérico de actuación, que obligue a todos los ciudadanos a evitar resultados típicos, sino que, en ciertas circunstancias, se exige a un sujeto determinado evitar un resultado típico porque se encuentra en una posición tal, que el derecho puede demandar de él la conducta de evitación⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ *Ibidem*. p. 256.

⁶⁷² Este artículo se debe leer en concordancia con el inciso 2 del artículo 10, que al consagrar el principio de tipicidad como norma rectora, dispone que «*(...) en los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley*».

⁶⁷³ URBANO MARTÍNEZ explica que «*Para tal efecto se entendió que cuando existe un deber legal de actuar, las consecuencias nocivas derivadas del no hacer valorativamente son tan reprochables como el comportamiento activo. En este sentido se acuñó la expresión "posición de garante" para identificar la condición de aquella persona que tiene especiales deberes de custodia respecto de ciertos bienes jurídicos, que la hacen penalmente responsable cuando sobreviene un resultado que estaban en la obligación de evitar o impedir*». URBANO MARTÍNEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 217.

⁶⁷⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual...*, *op. cit.* p. 306.

Las fuentes de los deberes de garante se discuten aún en la doctrina. Las dos posiciones más conocidas son la doctrina formal del deber jurídico, que admite que habrá deber de garante cuando la persona tiene un deber de actuar que está estipulado en la ley o en un contrato, o que surge de un actuar precedente; y la teoría de las funciones que basa la posición de garante en la existencia de una relación funcional, materialmente existente, entre el autor y el titular del bien jurídico afectado. A partir de esta teoría se entiende que, independientemente de la existencia formal de un deber, habrá deber de garante si la persona tiene un vínculo material con el bien jurídico que le otorga una función de protección.

En este contexto, JESHECK propone que dependen de “*la idea fundamental de que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y los interesados confían y pueden confiar en la intervención activa de la misma*”⁶⁷⁵, mientras que para ROXIN sería más adecuado encontrar ese fundamento en el “*dominio sobre el fundamento del resultado*”⁶⁷⁶, lo que resulta más convincente, sobre todo si se tiene en cuenta que una de las fórmulas que se utiliza para limitar el uso de estas figuras es la “*asunción efectiva de la función de protección*”⁶⁷⁷, que implica que no basta con que el sujeto tenga el deber jurídico de actuar, sino que debe asumir materialmente ese deber.

Ahora bien, la ley especifica en todos los casos cuales son las fuentes de los deberes de garante⁶⁷⁸. Existen en primer lugar aquellas que se derivan de especiales funciones de protección de bienes jurídicos, en virtud de vínculos naturales como las relaciones familiares y el desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones de protección de los bienes jurídicos frente a ciertos peligros⁶⁷⁹, como sucede con los médicos, o quienes asumen el ejercicio de actividades peligrosas en una determinada comunidad. En segundo lugar, están

⁶⁷⁵ JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 565.

⁶⁷⁶ Incluso afirma que “*Un criterio como el de las “expectativas recíprocas dentro de la sociedad” no ayuda gran cosa, porque hay muchas expectativas (...) cuya frustración sin embargo no puede fundamentar ninguna punibilidad por omisión impropia*”. ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 856

⁶⁷⁷ *Ibidem*. p. 869.

⁶⁷⁸ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 260.

⁶⁷⁹ Con respecto a la asunción voluntaria de la protección, se ha sugerido que el deber surge del contrato, pero explica ROXIN “*el contrato no es el fundamento jurídico verdadero de la posición de garante, puesto que la posición de garante es, en caso de asunción real de una frustración de protección, absolutamente independiente de la existencia de un contrato*”. ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 865.

aquellas en las que el deber de garante surge por la asunción de la vigilancia de fuentes de riesgo, dentro de las cuales destaca la injerencia previa, que obliga a quien ha puesto en marcha un curso causal peligroso a evitar el resultado antijurídico⁶⁸⁰.

En este contexto, el Código penal español ha adoptado, a través del artículo 11, una teoría formal para fundamentar el deber de garante, al establecer que una persona tiene deber de garante «*cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar*» o «*cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*». No obstante, la doctrina considera que el mero deber formal es insuficiente para fundamentar el deber de garante y equiparar así la omisión a la comisión y, por tanto, pretende encontrar un fundamento material, teniendo en cuenta cual es la posición del autor frente al bien jurídico lesionado.⁶⁸¹

Por su parte, el Código penal colombiano adoptó una postura mixta, incluyendo en los artículos 10 y 25 tanto fuentes formales, como fuentes materiales del deber de garante. Así, el artículo 10 del estatuto penal afirma que «*(...) en los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley*», pero al mismo tiempo, el artículo 25 amplía estas opciones, incorporando elementos de la teoría de las funciones, como que «*el agente tenga a su cargo la protección de un concreto bien jurídico protegido o que se le haya encomendado como garante la vigilancia una determinada fuente de riesgo*», es decir que tiene en cuenta la función específica de la persona frente al bien jurídico, en una situación de riesgo⁶⁸².

Como se dijo, para que una persona pueda ser penalmente responsable por un delito a título de comisión por omisión no basta con que tenga el deber de actuar, sino que debe estar en posibilidad de llevar a cabo la acción de salvamento y de evitar el resultado⁶⁸³. En primer

⁶⁸⁰ ROXIN agrega: “*Como cuarto supuesto se debate aquí la responsabilidad penal por el producto, que en los últimos años ha cobrado especial actualidad, en la cual se discute si la misma puede incardinarse en una de las posiciones de garante de vigilancia tradicionales, o bien puede suponer un tipo propio del deber de responsabilizarse del aseguramiento o una posición de garante de protección*”. *Ibidem*. p. 885.

⁶⁸¹ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, *op. cit.* p. 163.

⁶⁸² URBANO MARTINEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 490.

⁶⁸³ Aclara ZAFFARONI “*Sus autores son siempre calificados, porque la ley, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación*”.

lugar, es un máxima del derecho que “*nadie está obligado a lo imposible*”⁶⁸⁴ por lo que si el sujeto no puede llevar a cabo la acción de salvamento no será penalmente responsable. Si quien ve a su hijo ahogarse no sabe nadar, no tiene la obligación de meterse al agua a tratar de sacarlo⁶⁸⁵. En segundo lugar, es necesario que exista la certeza que, de haber intervenido, el sujeto habría impedido la producción del resultado, pues si aún habiendo desplegado la conducta mandada el resultado se hubiera producido, este no le es imputable tampoco.

Adicionalmente, es necesario que, para que se consume un tipo omisivo se presente una situación típica, que es una situación objetiva de riesgo para el bien jurídico, que permite individualizar al omitente relevante para el derecho penal⁶⁸⁶. La situación fáctica es la que genera el peligro para el bien jurídico protegido, a partir del cual se espera que un sujeto impida la lesión al bien jurídico. A esto se suma, lo que parece obvio, que el sujeto no realiza la acción mandada. La omisión, desde luego, se fundamenta en la falta de acción, pero debe ser la ausencia de la acción mandada y no cualquier otra acción. Adicionalmente, esta acción debe ser la necesaria para evitar el resultado, pues de no ser así, tampoco se le puede exigir al sujeto que la lleve a cabo.

Ahora bien, para que la omisión sea equivalente a la acción, se requiere que el resultado típico se produzca. El resultado se imputa al garante igual que si él lo hubiera causado con un comportamiento activo, y, en consecuencia, el resultado debe serle objetivamente imputable al autor. Desde luego, no puede existir una causalidad en términos naturales, pues para ello se requiere una acción que inicie el curso causal que genere el resultado y, en los casos de la comisión por omisión, el curso causal es uno que el sujeto no ha iniciado. Es más, aún cuando exista una omisión en el caso concreto “*(...) si la lesión del bien jurídico se produce por una acción habrá un delito comisivo o activo, no uno de omisión*”⁶⁸⁷.

jurídica que se considera fuente de la obligación de actuar en la situación típica”. ZAFFARONI. *Manual ...*, op. cit. p. 447.

⁶⁸⁴ ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 756.

⁶⁸⁵ ZAFFARONI. *Manual ...*, op. cit. p. 454.

⁶⁸⁶ RODRIGUEZ MOURULLO. *Derecho ...*, op. cit. p. 310.

⁶⁸⁷ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho ...*, op. cit. p. 253.

En los delitos de comisión por omisión, la omisión es *condición negativa*⁶⁸⁸ del resultado, es decir, se imputa al sujeto no haber detenido la cadena causal que terminó con el resultado. Por ello, se ha hablado que no existe nexo de causalidad, sino un nexo de evitación⁶⁸⁹, para cuya determinación es necesario utilizar la imputación objetiva, que es un procedimiento normativo⁶⁹⁰. Se debe verificar que el sujeto hubiera evitado el resultado de haber ejecutado la acción mandada, para poder afirmar que se trata de una condición negativa, pues “*si entre la omisión y el resultado no puede constatarse una relación o conexión conforme a las leyes (naturales) y por tanto no es segura una real disminución del riesgo a través de la actuación requerida, la imputación del resultado chocaría contra el principio in dubio pro reo y se convertiría el delito de lesión en un mero delito de peligro*”⁶⁹¹.

Finalmente, como resulta evidente a partir de lo anterior, el delito omisivo puede ser cometido a título de dolo o imprudencia. En el primer caso, el componente cognitivo exige que el sujeto conozca la situación de riesgo y la posición de garante que tiene, que es distinto del deber de garante, cuyo conocimiento debe analizarse en sede de culpabilidad⁶⁹², por tratarse de la licitud de la conducta. Además, el autor debe conocer el curso causal que debe interrumpir, lo que incluye conocer el posible resultado y la capacidad que tiene de evitarlo. Dentro del componente volitivo, el autor debe querer realizar el tipo objetivo, lo que incluye desde luego la producción del resultado típico y debe querer omitir la conducta mandada⁶⁹³. Adicionalmente, la omisión se puede realizar a título de dolo directo de primer grado, dolo de consecuencias necesarias o dolo eventual⁶⁹⁴. La última opción sucederá cuando el sujeto prevea como posible la producción del resultado, pero deje su producción librada al azar y continúe adelante con la omisión.

⁶⁸⁸ RODRIGUEZ MOURULLO. *Derecho...*, op. cit. p. 226.

⁶⁸⁹ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 446.

⁶⁹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, op. cit. p. 160.

⁶⁹¹ ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 775.

⁶⁹² Explica ROXIN “*La distinción entre error de tipo y error de mandato tiene en los delitos omisivos la siguiente consecuencia: quien no conoce un presupuesto objetivo (descriptivo o normativo) de su deber de actuación se halla en un error de tipo excluyente del dolo omisivo. Pero quien es consciente de todas las circunstancias objetivas y sin embargo considera no estar obligado a la actuación incurre en un error de prohibición*”. *Ibidem*. p. 818.

⁶⁹³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ..., op. cit. p. 432.

⁶⁹⁴ ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 816.

En cuanto a la imprudencia, basta con decir que quien tiene deber de garante, y sin actuar dolosamente, permite que se produzca el resultado, por infracción de ese deber, es penalmente responsable por un delito de comisión por omisión a título de imprudencia. Esta infracción se puede dar porque el sujeto aprecie equivocadamente la situación típica; porque le falta cuidado al ejecutar el mandato; porque no aprecia con suficiente cuidado la posibilidad de ejecutar la conducta; o, por último, porque no evalúa su posición de garante con suficiente cuidado⁶⁹⁵.

ii. Causalidad

Cuando los delitos exigen un resultado para configurarse, determinar si la actuación del sujeto es la causa de la producción del resultado es esencial para establecer la responsabilidad penal, sin embargo no en todos los ordenamientos se le ha dado la misma importancia a este asunto. Dentro del derecho anglosajón el problema de la causalidad solo se ha discutido en la doctrina y en la jurisprudencia en casos particulares, pues “*we are usually able to make ‘common sense’ judgments*”⁶⁹⁶ a los cuales se aferran, sin que sientan la necesidad de crear una teoría general sobre la causalidad. En consecuencia, “*it is impossible to assert that English criminal law adheres to any coherent and consistent doctrine of causation: ‘causation is not a single unvarying concept to be mechanically applied without regard to the context in which the question arises*”⁶⁹⁷. Existen, por tanto, varias teorías sobre la causalidad y, aunque no es apropiado abordarlas todas en este espacio, se hará referencia a

⁶⁹⁵ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 458.

⁶⁹⁶ WELLS. QUICK. *Reconstructing ...*, op. cit. p. 100. [Normalmente somos capaces de hacer juicios de sentido común]. En el mismo sentido MOORE afirma que: “*These may be because causation, like some other elements of liability such as intention and insanity, may be known better by common intuition in particular instances than by the abstract test of legal theories have devised to “guide” such intuitions*”. MOORE, Michael. “Causation in the Criminal Law” En DEIGH, John. *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011. p. 187. [Esto puede deberse a que la causalidad, como otros elementos de la responsabilidad como la intención y la locura, se pueden conocer mejor a través del sentido común en instancias particulares, que a partir de exámenes abstractos basados en teorías legales, diseñadas para guiar esas intuiciones] (traducción libre).

⁶⁹⁷ MOORE, Michael. “Causation in the Criminal Law”..., op. cit. p. 187. [Es imposible afirmar que el derecho penal inglés se adhiere a una doctrina coherente y consistente de la causalidad: la causalidad no es un concepto único e invariable que pueda aplicarse mecánicamente sin tener en cuenta el contexto en el que se plantea la pregunta] (traducción libre). MOORE asegura que existen por lo menos 63 teorías sobre la causalidad en el derecho penal inglés.

las más utilizadas, teniendo en cuenta que la mayoría de los jueces evitan pronunciarse al respecto, salvo que en el caso concreto se presente un asunto que tenga que ver directamente con este asunto⁶⁹⁸.

La causalidad ha sido abordada de esta manera por dos razones. En primer lugar, que el acusado haya causado el resultado con su acción u omisión, constituye uno de los aspectos a definir dentro de los hechos (*a question of facts*), por lo que corresponde al jurado determinar si existió o no causalidad en el caso concreto. Esto implica que no son expertos del derecho, sino personas del común las que por lo general deben realizar el análisis de causalidad. Para responder a esta pregunta, los jueces deben instruir al jurado sobre los principios generales del derecho, sin determinar con ello la respuesta, pues de hacerlo la sentencia puede ser revocada por un órgano superior. En consecuencia, los jueces son propensos a pedirle al jurado que aplique el '*sentido común*'⁶⁹⁹.

En segundo lugar, el pensamiento pragmático, característico de los ordenamientos de *common law*, ha permeado este asunto⁷⁰⁰ al punto en el que se ha llegado a establecer la regla de la causa mínima (*the minimis rule*). De acuerdo con esta regla, sin importar las otras posibles causas del resultado, el comportamiento del acusado debió contribuir de una manera significativa en la ocurrencia del resultado; no es necesario que esa contribución sea sustancial o que sea la única, pero no puede ser insignificante. Si el comportamiento del sujeto es considerado significativo por el jurado, las demás causas son descartadas y entonces el sujeto será penalmente responsable, si se cumplen los demás requisitos establecidos para ello. Lo esencial es, en todo caso, que exista una relación entre la conducta del sujeto y el

⁶⁹⁸ BERNAL DEL CASTILLO explica que "*Los tribunales no se han planteado grandes disquisiciones teóricas en relación a la causalidad si no la resolución de los casos concretos a la hora de establecer una mínima conexión causal, considerando la causalidad como una mera cuestión de hecho, pretendiendo simplemente consignar que es justo en un caso particular atribuir a alguien un resultado*". BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p 122.

⁶⁹⁹ Al respecto House of Lords, *Alphacell Ltd v Woodward*, mayo 3 de 1972.

⁷⁰⁰ De hecho, ASWORTH asegura que "[i]n cases where it is clear that D either intended to cause the result or knowingly risked causing it, the causal enquiry is likely to be brief because no court will see much merit in the argument that the result was highly unlikely in the circumstances and was probably a coincidence". ASWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 124.[En los casos en los que es claro que D, o bien tenía la intención de causar el resultado o se arriesgó a causarlo con conocimiento del riesgo, es probable que la cuestión de la causalidad sea abordada brevemente, porque ninguna corte verá mucho mérito en el argumento de que el resultado era altamente improbable dadas las circunstancias y fuera una coincidencia] (traducción libre).

resultado, pues el propósito es evitar que una persona sea responsabilizada por un resultado que no ha causado, por lo que “*the main area of application of this principle will be crimes of negligence*”⁷⁰¹.

En principio, se utiliza el test de la ‘*causa sin la cual*’ (*but for causation*) que tiene cierto parecido con la teoría de la *conditio sine qua non* utilizada en el derecho continental, especialmente en materia civil. No obstante, dado que no todos los caos pueden resolverse con base en esta doctrina, la jurisprudencia ha ido desarrollando otros mecanismos para resolver los problemas más complejos. La primera limitante que se ha impuesto a esta doctrina, está vinculada con los elementos subjetivos de la conducta. Por un lado, debe establecerse lo que el sujeto previó o debió prever como posibles, pues las causas extrañas, los casos fortuitos y los resultados que sean producto de la fuerza mayor quedan automáticamente excluidos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el elemento de la intención, pues se entiende que, si el sujeto tenía la intención de causar el resultado, aunque hayan existido circunstancias extrañas, la intención puede conectar el resultado con la conducta en ciertos casos, pero si la actuación no estaba encaminada a crear ese resultado, su ocurrencia puede deberse a factores anormales⁷⁰².

En todo caso, dentro del derecho anglosajón hoy es claro que el concepto de causalidad tiene una doble naturaleza. Si bien tiene un componente ontológico que vincula la acción y el resultado (*mechanical connection*), también es una cuestión jurídica que se refiere a imputar o negar la responsabilidad penal⁷⁰³. En consecuencia, para que el delito le pueda ser imputado al sujeto, se requiere que su conducta sea la causa real o actual (*actual cause*) y la causa legal (*legal cause*) de ese resultado. El análisis sobre la causalidad real suele ser muy sucinto y en

⁷⁰¹ KEILER. *Actus reus*..., op. cit. p. 125. [La aplicación más importante de este principio se dará en los delitos negligentes] (traducción libre).

⁷⁰² DUFF explica que: “*The judgement that my action caused an outcome may depend on the very fact that I intended to bring that outcome about: if the causal chain between action and outcome involves abnormal factors, my intention may help to connect action to outcome, whereas without that intention causation may the rather be ascribed to the abnormal factor*”. DUFF. *Intention*..., op. cit. p. 66. En el mismo sentido, SMITH. HOGAN. *Criminal*..., op. cit. p.42. [El juicio de que mi acción puede causar un determinado resultado depende del hecho de que pretendiera producir ese resultado: si una cadena causal entre una acción y un resultado incluye factores anormales, mi intención puede ayudar a conectar la acción y el resultado, mientras que sin esa intención el resultado puede atribuírsele al factor anormal] (traducción libre).

⁷⁰³ LAFAYE. SCOTT. *Criminal*..., op. cit. p. 209.

la mayoría de las veces está guiado por el sentido común. Esto, debido a que se entiende que el principio de autonomía presume que cuando el individuo no tiene una deficiencia mental o es un menor de edad, es inapropiado realizar un análisis de causalidad más elaborado, siendo suficiente que el sujeto haya aportado a la ocurrencia del resultado⁷⁰⁴.

Por su parte, para determinar la causa legal, el método más utilizado es el «*but for test*» (sin la cual), que pretende identificar aquella conducta sin la cual el resultado no se habría producido, o, en palabras del Código Penal Modelo, “*it is an antecedent but for which the result in question would not have occurred*”⁷⁰⁵. A esta definición, se le deben añadir una serie de factores que la limitan, para poder imputar un resultado a una conducta⁷⁰⁶, sobre todo cuando se trata de una omisión. Esto, porque en estricto sentido ontológico, la omisión no causa el resultado, sino que el comportamiento omisivo del sujeto permite que la cadena causal que se ha iniciado por un tercero o por un factor externo, genere el resultado delictivo, como se explicó anteriormente.

En primer lugar, el análisis de causalidad debe limitarse al sujeto que ha llevado a cabo el comportamiento, por lo que no es posible involucrar a sus padres, sus abuelos o a cualquier otra persona, pues se estaría contradiciendo el sentido común⁷⁰⁷. En segundo lugar, no es necesario que la acción del sujeto sea la única causa que cumpla con el test para que el resultado le pueda ser imputado, es decir que la causa imputable es una o alguna de las causas ‘*sin las cuales*’ el resultado no se habría producido, pero no la única y con eso basta.

En esa misma línea, en los casos en los que se presentan muchas causas que aportan de manera significativa a la producción del resultado, se han planteado dos soluciones, la última

⁷⁰⁴ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 127.

⁷⁰⁵ Model Penal Code, Section 2.03, 1 (a). [Es un antecedente sin el cual el resultado en cuestión no se habría dado] (traducción libre).

⁷⁰⁶ “*The general principle is that causation is established if the result would not have occurred but for D’s conduct. (...) Yet the ‘but for’ test does appear to be rather undemanding, and it may be consciousness of this which has led English courts to refer to further (though often uncertain) parameters*”. ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 125. [El principio general es que la causalidad se establece si el resultado no se hubiese producido sino hubiera sido por la conducta de D. (...) Aún así, el “*but for test*” parece ser muy poco exigente y puede haber sido este aspecto lo que ha llevado a las cortes inglesas a referirse a parámetros adicionales, aunque generalmente inciertos] (traducción libre).

⁷⁰⁷ WILLIAMS. *Textbook...*, op. cit. p. 379.

de las cuales es la que se utiliza en la actualidad. En primer lugar, se planteó la idea de que la causa debía ser *una parte insuficiente pero no redundante de una condición innecesaria pero suficiente*, a lo que se llamó el test INUS (“*defining a cause as an insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*”). Por la complejidad de esta definición, más adelante PUPPE⁷⁰⁸ desarrolló el método NESS, que se define como elemento necesario de un conjunto de causas suficientes (*necessary element of a sufficient set*). Lo que pretenden demostrar ambas teorías, es que se considera imputable el resultado al sujeto cuando su conducta es insuficiente para crear el resultado por sí misma, pero es una parte necesaria de un grupo de acciones que son suficientes para producir el resultado, al suceder juntas. Así, “*if a cause is defined as a necessary element of a sufficient set then each unit of pollution and each vote can be regarded as the necessary ingredient of such a set (...) and, again, it does not matter that more than one set of sufficient conditions is present or that those sets overlap*”⁷⁰⁹.

Otra modificación que se le puede realizar al análisis de causalidad es el que se conoce como *fine-grained effect*, que está diseñado para abordar aquellos casos en los cuales la conducta del sujeto ha causado un daño menor que aquel que se habría causado si este no hubiese intervenido. En este caso, ya no se cuestiona si el comportamiento es una causa sin la cual el resultado no se habría producido, sino si se hubiera producido un daño mayor, de no ser por la intervención del sujeto⁷¹⁰, con lo cual, si la respuesta es positiva, se excluye la responsabilidad penal del mismo. En quinto lugar, se debe tener en cuenta que, si dentro de la cadena causal intervienen factores antinaturales o no previsibles, esta se rompe y el resultado delictivo ya no le es imputable a la persona.

Pero si los factores que intervienen son naturales, es decir propios del curso causal que ha iniciado el sujeto y previsibles, entonces la cadena causal no se rompe y el sujeto responderá

⁷⁰⁸ PUPPE, Ingeborg. “The Concept of Causation in the Law”. En Kahmen, Benedikt. Stepanians, Markus. (Eds.) *Critical Essays on Causation and Responsibility*, De Gruyter, USA, 2013.

⁷⁰⁹ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. “Causation” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014. p. 478. [Si una causa se define como un elemento necesario de un set suficiente, entonces cada unidad de polución y cada voto puede verse como un ingrediente necesario de ese set (...) y, de nuevo, no importa que exista más de un set de condiciones suficientes o que esos sets se solapen](traducción libre).

⁷¹⁰ MOORE. *The Oxford ...*, op. cit. p. 173.

penalmente⁷¹¹. Esto, salvo en el caso de que el factor que intervenga sea de tal importancia que sustituya la conducta del sujeto (*superseding intervening factor*). Esto sucede cuando se trata de un factor independiente que es más significativo en la producción del resultado, por lo cual la conducta del sujeto queda sustituida por este factor y el acusado no deberá responder penalmente⁷¹².

Como se dijo, el Código Penal Modelo adopta esta misma teoría de la causalidad en la sección 2.03, 1 (a). No obstante, en los literales siguientes, el mismo documento establece una serie de limitantes a la aplicación de la teoría. En primer lugar, el literal (b) de la misma sección afirma que “*the relationship between the conduct and result satisfies any additional causal requirements imposed by the Code or by the law defining the offense*”⁷¹³. Lo que indica que dentro del Código existen delitos que contemplan formas particulares de causalidad, que pueden variar la teoría general. Adicionalmente, el literal (b) del numeral 2 de la misma sección, exige que el resultado no sea demasiado remoto o accidental, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta. Es decir, que debe considerarse si dentro de la prohibición que subyace a la definición del delito estaba contemplado este resultado, pues si se trata de un resultado muy remoto o que no se compadece con la gravedad de la conducta ejecutada, no habrá responsabilidad penal. Esto se ha reconocido como la incorporación del “*harm-within-the-risk test*” que significa literalmente ‘el daño dentro del riesgo’⁷¹⁴.

Como se dijo antes, en los casos de comisión por omisión se exige la producción de un resultado y, por tanto, la causalidad cobra una especial importancia. No obstante, ni los legisladores, ni la jurisprudencia anglosajona han encontrado dificultades a la hora de entender que los comportamientos omisivos son causas negativas, porque “*it corresponds to*

⁷¹¹ Se debe tener en cuenta “*chains can be sufficiently direct (...) even though they are quite long chains extending over considerable space and time. It is only if a special kind of event – an “intervening” (aka “superseding”, “extraneous”) cause – intervenes that the chain is insufficiently direct*”. Ibidem, p. 184. [Las cadenas pueden ser suficientemente directas, aunque sean relativamente largas que se extiendan por un periodo espaciotemporal considerable. Solamente si una especial forma de evento - una causa "interviniente" (también conocida como "superpuesta", "extraña") - interviene en la cadena hace que esta no sea suficientemente directa] (traducción libre).

⁷¹² POLLOCK. *Criminal ...*, op. cit. p. 54.

⁷¹³ [La relación entre la conducta y el resultado satisface cualquier requisito adicional de causalidad impuesto por el código o por la ley que define la ofensa] (traducción libre).

⁷¹⁴ MOORE. *The Oxford...*, op. cit. p 183.

common experience”⁷¹⁵. El único problema en este caso sería que las causas negativas, es decir las causas que pueden ser ubicadas dentro de la frase “de no ser porque la acción X fue omitida no se habría producido Y” pueden ser infinitas. No obstante, dado que las únicas acciones omitidas que interesan al derecho penal son aquellas de quienes tenían el deber específico de actuación, esta circunstancia no representa en realidad ningún inconveniente.

El último principio general que se aplica en el derecho anglosajón es el que afirma que el autor debe aceptar a su víctima como la encuentra, es decir, “*take his victim as he finds her*”. Este principio se aplica a los casos en los que la víctima tiene una condición especial que lo hace especialmente vulnerable, haciendo más graves las consecuencias del delito. Esta idea es una derivación del principio según el cual la conducta de un individuo autónomo altera un *estado de cosas* que él conoce o debería conocer antes de iniciar una conducta delictiva. Las condiciones físicas y emocionales del sujeto pasivo del delito hacen parte de ese *estado de cosas* que el sujeto altera⁷¹⁶.

Por ejemplo, en *R v Blaue*⁷¹⁷ la víctima de una lesión con un cuchillo se negó a recibir una transfusión de sangre debido a que iba en contra de sus creencias religiosas, a pesar de que se le dijo que moriría si no aceptaba el procedimiento. Dentro del proceso se probó que si la transfusión se hubiese llevado a cabo la persona no habría muerto. No obstante, la Corte de Apelación confirmó la condena por homicidio, con base en el principio de que quien comete un delito debe aceptar a su víctima como la encuentra⁷¹⁸. Adicionalmente, aunque la regla general es que este principio no cubre las actuaciones posteriores de la víctima que empeoran su situación y en esos casos el sujeto solo responderá por los daños causados que eran

⁷¹⁵ STUCKENBERG. *The Oxford Handbook...*, op. cit. p. 480. [Corresponde a la experiencia común] (traducción libre).

⁷¹⁶ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 131.

⁷¹⁷ Court of Appeal, *R v Blaue*, julio 9 de 1975.

⁷¹⁸ ASHWORTH explica que: “[t]his brief discussion of the cases shows that the courts are often more concerned with moral judgments and public policy outcomes than with strict causal principles, and it is doubtful whether codification, important as it would be for other reasons, would stifle this tendency. ASHWORTH. *The handbook...*, op. cit. p. 427. [Esa breve discusión de los casos muestra que las cortes, por lo general, están más preocupadas por los juicios morales y los resultados de política pública que por los principios causales estrictos y, es dudoso que la codificación, aunque sea importante por otras razones, pueda cambiar esta tendencia] (traducción libre).

previsibles, pues, aparentemente debería romperse la cadena causal y por ende la conducta debería quedar impune, las Cortes han determinado que esa solución es incorrecta⁷¹⁹.

De este modo, en *R v Roberts*⁷²⁰ se estableció que cuando el comportamiento posterior de la víctima es previsible y normal dentro de la reacción que tendría una persona promedio en la misma situación, el autor deberá responder por los resultados lesivos que cause esa reacción. En este caso, la víctima le pidió al acusado que acababa de conocer en una fiesta, que la llevara en su carro a otro lugar. Cuando iban en el carro él intentó tocarla y propasarse sexualmente con ella, por lo cual ella saltó del vehículo en movimiento sufriendo golpes y una contusión en la cabeza. El acusado fue condenado por lesiones personales, ya que la Corte de Apelación consideró que era previsible que la mujer saltara del vehículo. Afirmó la Corte, además, que no era necesario que el sujeto tuviera intención de causar las lesiones, pues al intentar ejecutar una conducta sexual, había sido negligente frente al resultado de lesiones, que era un *resultado natural* de su comportamiento.

En Francia, aunque la doctrina reconoce que dentro del elemento material de las infracciones penales, cuando el legislador ha previsto la necesidad de que se produzca un resultado, debe existir entre este y el comportamiento del acusado un nexo de causalidad, este es un asunto muy poco discutido⁷²¹. A diferencia de lo que sucede en España y Colombia, donde la discusión de la causalidad penal es muy amplia, en Francia la causalidad es un tema que a penas se menciona y para su resolución el derecho penal utiliza las mismas teorías que utiliza el derecho civil. Así pues, por lo general se utiliza alguna de las siguientes tres teorías o una combinación de ellas para abordar el asunto, que solo será tenido en cuenta por la

⁷¹⁹ “The judicial approach is to hold that D can still be convicted if his conduct made an operative and substantial contribution to the result, even if V’s own act or omission also contributed. Once again, the more rigorous approach of recognizing that V’s own act broke the causal chain, and that D should therefore be convicted of an attempt or other offence, has been found unattractive by the courts”. ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 133. [La postura judicial es que D puede ser condenado si su conducta creó un aporte sustancial e importante a la producción del resultado, incluso si la propia acción u omisión de V también contribuyó. Una vez más, un acercamiento más riguroso al reconocimiento de que la acción de V rompió el nexo causal y que, en consecuencia, D debe ser condenado por tentativa o por otro delito, no ha tenido mucha acogida en las cortes] (traducción libre)

⁷²⁰ Court of Appeal, *R v Roberts*, octubre 21 de 1971.

⁷²¹ ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 61.

jurisprudencia si la existencia del nexo de causalidad es puesta en duda dentro del proceso penal por alguna de las partes, tal como ocurre en el derecho penal de tradición anglosajona.

En primer lugar, se puede utilizar la teoría de la equivalencia de condiciones (*théorie de l'équivalence des conditions*), según la cual, todos los elementos que aparecen como la condición *sine qua non* del resultado serán considerados como una causa jurídica del mismo. En segundo lugar, se puede utilizar la teoría de la causa próxima (*théorie de proximité des causes*), que entiende que la causa será aquella circunstancia temporalmente más próxima al resultado. Y, finalmente, se puede hacer uso de la teoría de la causalidad adecuada (*théorie de la causalité adéquate*), de acuerdo con la cual es causa aquella condición *sine qua non*, que de acuerdo con las reglas de la experiencia, era previsible que causara el resultado. No obstante, aunque en la jurisprudencia pueden encontrarse ejemplos de cualquiera de ellas, es más frecuente que se utilice la teoría de la equivalencia de condiciones, “*c’est-à-dire la conception extensive et sévère, particulièrement lorsqu’elle est en présence d’homicide ou de blessures par imprudence. Est dès lors punissable tout personne dont la faute a concouru à la réalisation du dommage*”⁷²².

En el derecho penal colombiano y español, la relación de causalidad entre la conducta que ejecuta el sujeto y el resultado que produce ha suscitado todo tipo de discusiones, aunque hoy en día, la gran mayoría de la doctrina continental se ha decantado por utilizar la *teoría de la imputación objetiva*, propuesta en su momento por ROXIN, para solucionar este asunto. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el concepto de causalidad “*no es originariamente*

⁷²² RENOUT, Harald. *Droit pénal général*. Larcier, Bruxelles, 2013. p. 135. [Es decir, una concepción extensiva y severa, particularmente en los casos de homicidio o lesiones imprudentes. Así pues, es sancionable toda persona que concurra a la realización del daño] (traducción libre). No obstante, debe tenerse en cuenta que como lo afirma ELLIOT, “*thus, in the context of the fatal and non-fatal offences against the person that do not require intention, the courts regularly state that there need not exist between the fault and the damage ‘a direct and immediate causal link’, nor that the wrongful conduct of the defendant be the ‘exclusive cause’ of the harm. In the same way, in the context of intentional offences against the person, the Cour de Cassation considers that all the consequences of the wrongful conduct must be taken into account ‘be the indirect’*”. ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 62. [En el contexto de los delitos fatales y no fatales en contra de la persona que no requieren intención, las cortes regularmente afirman que no se requiere un nexo causal inmediato y directo entre la falta y el daño, ni que la conducta del acusado sea la causa exclusiva del daño. Del mismo modo, en el contexto de los delitos intencionales en contra de la persona, la Corte de Casación considera que todas las consecuencias de una conducta delictiva deben ser tomadas en cuenta como causas indirectas] (traducción libre).

jurídico, sino que procede de las ciencias de la naturaleza, aunque ciertamente ha sido incorporado y desarrollado por la Dogmática Penal”⁷²³, por lo que se han dado propuestas de todo tipo.

La teoría de la imputación objetiva es mayoritariamente aceptada porque asume la idea de que el derecho penal debe seleccionar las acciones típicas con base en valoraciones propias que superan la causalidad natural, que resulta insuficiente. Así pues, la imputación objetiva es un conjunto de criterios normativos que permiten determinar, a partir de valoraciones objetivas, si un resultado típico le puede ser imputado a la acción que se estudia⁷²⁴. La ley penal colombiana reconoce la importancia de establecer criterios adicionales a la causalidad natural para determinar la responsabilidad penal, cuando en el artículo 9 del Código Penal establece que «(...) [l]a causalidad por si sola no basta para la imputación jurídica del resultado», por lo cual la imputación objetiva tiene una función preponderante dentro de la tipicidad objetiva. Por su parte, la jurisprudencia española⁷²⁵ también ha reconocido la importancia de esta teoría, que exige criterios normativos propios del derecho penal, para verificar el nexo causal entre la acción y el resultado.

En principio, la imputación objetiva tiene cuatro niveles de análisis, uno naturalístico y tres normativos, aunque los autores dan a esto distintas estructuras. En todo caso, en primer lugar, se debe determinar si entre el resultado y la acción existe un nexo de causalidad en sentido natural. Se ha discutido si la causalidad natural constituye un primer nivel de la imputación objetiva⁷²⁶, o si es más bien un presupuesto de la misma⁷²⁷. “Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado”⁷²⁸, por lo que la doctrina coincide en que es imprescindible que un resultado le sea imputable al autor de una acción desde el punto de vista de la causalidad natural. Si el

⁷²³ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual ...*, op. cit. p. 101.

⁷²⁴ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, op. cit. p. 125.

⁷²⁵ Tribunal Supremo, sentencia de 16 de octubre de 2002; sentencia de 9 de diciembre de 2004; sentencia de 26 de noviembre de 2008 y sentencia de 28 de junio de 2010, entre otras.

⁷²⁶ A favor de esta postura VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 360.

⁷²⁷ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 93.

⁷²⁸ ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 346.

resultado no era previsible de acuerdo con la causalidad natural, no le es imputable al autor porque ha sido fruto del azar⁷²⁹.

Sobre la causalidad natural se han planteado muchas teorías. Las más utilizadas son la teoría de la equivalencia de las condiciones⁷³⁰, según la cual, es causa de un resultado todo factor que haya intervenido en la causación del resultado pues tienen idéntico valor causal; esta teoría se acompaña de dos correctivos, que pretenden evitar que se continúe la cadena causal infinitamente, llegando a verdaderos absurdos. Por un lado, la *conditio sine qua non*⁷³¹, afirma que es causa aquel factor que no pueda ser mentalmente suprimido, sin que con él sea suprimido, también, el resultado. Por otro, es necesario preguntarse sí, de acuerdo con las leyes de la naturaleza conocidas, el resultado es producto de la acción del sujeto⁷³².

Una vez establecida la causalidad en sentido natural, la imputación objetiva exige identificar la creación o el incremento de un riesgo no permitido, o jurídicamente desaprobado. Este primer elemento normativo implica, por una parte, que el riesgo creado o incrementado sea penalmente relevante, en la medida en la que suponga un peligro real y significativo para el bien jurídico. Por otra parte, ese riesgo debe estar desaprobado, es decir, que no puede ser de aquellos riesgos que, a pesar de generar peligros significativos para los bienes jurídicos, se toleran dentro del orden normal de la vida en sociedad, porque son necesarios para que ella pueda llevarse a cabo. Con este requisito normativo, quedan excluidas aquellas conductas que carecen de desvalor de acción, es decir, que no son peligrosas para los bienes jurídicos de manera *ex ante*. Del mismo modo, quedan excluidos los casos en los que el riesgo se crea para disminuir otro riesgo que amenaza al bien jurídico⁷³³.

⁷²⁹ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 378.

⁷³⁰ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 360. En el mismo sentido, JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 257. También, LUZÓN PEÑA afirma: “en el terreno de la causalidad la teoría correcta es la de la condición, hoy muy mayoritaria desde que se ha impuesto la admisión de la imputación objetiva” LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 370.

⁷³¹ “La causalidad se establece conforme al principio de equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*: causa es toda condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado”. ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 362.

⁷³² CERESO MIR explica que: “En realidad la teoría del equivalencia de las condiciones no permite constatar la existencia de una relación de causalidad allí donde la investigación científica no ha podido descubrir a un una ley causal”. CERESO MIR. *Curso...*, op. cit. p. 52.

⁷³³ MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 260. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 245.

El segundo criterio normativo de análisis es la realización del riesgo creado o incrementado en el resultado. Esto significa que el resultado producido sea consecuencia del riesgo creado y no de otros, independientemente de si el riesgo creado habría podido producir el resultado, a partir de un análisis *ex ante*. Se excluyen a partir de ahí los resultados que se producen como consecuencia de cursos causales atípicos o irregulares, en los que la cadena causal se ve interrumpida por otra. Un ejemplo es el caso del herido que muere en el hospital, pero no a causa de la herida que le han causado, sino por un incendio en las instalaciones.

Finalmente, se debe analizar si el resultado producido está comprendido dentro del ámbito de protección de la norma penal, es decir, si es uno de los resultados que la norma infringida pretendía evitar. Al respecto, se debe tener en cuenta que *“se trata, quizás, del nivel de imputación objetiva más discutido por los estudiosos, sea porque se aduzca confusión en sus planteamientos tornándolo innecesario o se señale que ha perdido sus contornos y no es susceptible de definición; no obstante, se acepta aunque se discute su ubicación al interior de las construcciones de la imputación objetiva”*⁷³⁴. En este nivel de análisis se busca determinar si el resultado se encuentra dentro de la esfera de protección que ha previsto el legislador, a partir del tipo penal. Por tanto, quedan excluidas las autopuestas en peligro y las puestas en peligro de un tercero consentidas por este, en la medida en la que los bienes jurídicos sean disponibles por su titular. Además, se excluyen también los segundos daños, como cuando una persona herida, contrae en el hospital una bacteria a causa de la cual muere, por ejemplo.

3. Elemento mental o elemento moral

Como se anticipó al inicio de este capítulo, para que se pueda establecer la responsabilidad penal de una persona, el elemento externo del delito debe estar acompañado de elementos internos o subjetivos. En los distintos ordenamientos, estos elementos reciben nombres

⁷³⁴ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*. Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Andrés Morales, Bogotá, 2017. p. 375. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO *et al*, sostienen que se trata de un criterio *“mucho más ambiguo e impreciso que los anteriormente expuestos”*. DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 107.

distintos y hacen parte de categorías específicas. Así, el derecho anglosajón se refiere a ellos como *mens rea* que literalmente quiere decir ‘mente culpable’, aunque el concepto hoy en día resulta insuficiente y puede llevar a equivocaciones⁷³⁵. Por su parte, en el derecho penal francés, estos elementos constituyen la tercera categoría a analizar para poder determinar la responsabilidad penal de un acusado y se los conoce como el elemento intelectual, moral o psicológico (*l’élément intellectuel, l’élément moral, ou l’élément psychologique*). Por el contrario, la teoría del delito de España y Colombia no agrupa los elementos subjetivos en una sola categoría, sino que se encuentran divididos entre los elementos del tipo subjetivo y los de la culpabilidad, como se verá a continuación.

En el derecho penal anglosajón existe una presunción, según la cual alguno de los elementos de la *mens rea* debe estar presente para que exista responsabilidad penal, a menos que una ley disponga expresamente lo contrario. Esta presunción está basada en la importancia que tiene la libertad individual, dentro de un Estado Liberal de Derecho⁷³⁶. En términos generales, el término *mens rea* es utilizado para indicar la existencia de intención o imprudencia frente a un resultado específico y conocimiento o imprudencia, frente a determinadas circunstancias⁷³⁷, así como negligencia en ciertos casos⁷³⁸.

Aún así, el término *mens rea* resulta insuficiente para abarcar todos los elementos que, en la actualidad, hacen parte de los distintos delitos, y que deben ser analizados en este punto, pues no todos ellos son realmente subjetivos. Por eso, aunque el requisito de *mens rea* se estableció

⁷³⁵ “*Traslated literally, mens rea means guilty mind, but this is misleading and too imprecise as a yardstick of liability. We should make it clear from the outset exactly what we are or are not looking for*”. REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 54. [Traducida literalmente, *mens rea* significa mente culpable, pero esto es engañoso y muy impreciso para definir un pilar de la responsabilidad. Debemos dejar claro desde el comienzo que se busca y que no] (traducción libre).

⁷³⁶ WELLS. QUICK. *Reconstructing...*, op. cit. p. 107.

⁷³⁷ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 173.

⁷³⁸ No obstante, se debe tener en cuenta que “*The jurisprudence of English courts has not been very straightforward on the interpretation of the concept of mens rea. In fact, it has been plagued by disagreement among judges as to the applicability of the correct mens rea standards of culpability to the various crimes*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 94 [La jurisprudencia de las Cortes inglesas no ha sido muy clara con respecto a la interpretación del concepto de *mens rea*. De hecho, está plagada de desacuerdos entre los jueces con respecto a la aplicación correcta de los estándares de culpabilidad en los distintos crímenes] (traducción libre).

en el derecho anglosajón en la época de Enrique I⁷³⁹, su interpretación y aplicación ha variado sustancialmente con el tiempo, al punto que hoy en día existen delitos que carecen de este elemento subjetivo, al menos frente a uno o algunos de sus elementos objetivos. En consecuencia, hay autores que prefieren referirse a la culpa (*fault*) para designar el segundo gran grupo de piezas que deben estudiarse para determinar la responsabilidad penal de una persona, pues algunos delitos exigen un elemento subjetivo propiamente dicho (*subject fault*), otros una culpa objetiva (*objective fault*) y otros no exigen ningún tipo de culpa (*liability without fault*)⁷⁴⁰.

En todo caso, el significado moderno del término *mens rea* es un estado en el que está la mente de un individuo en el momento en que este lleva a cabo una conducta delictiva. Este estado mental puede ir desde la intención de ejecutar el delito, hasta una desatención con respecto de ciertas circunstancias que lo rodean, “*en cuanto proceso cognitivo implicado en la obtención o almacenamiento de conocimiento*”⁷⁴¹. Además, es importante tener en cuenta que, salvo que la definición de un delito explícitamente prevea otra cosa, se entiende que para que un delito se cometa basta con que el autor haya actuado como mínimo imprudentemente⁷⁴². Y, en todo caso, el ente acusador tiene la obligación de probar cada uno

⁷³⁹ LORD IRVINE OF LAIRG. *Human Rights, Constitutional Law, and the development of the English Legal System. Selected Essays*. Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2003. p. 343.

⁷⁴⁰ LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 212 a 213. Cabe resaltar que la existencia de delitos que no exigen elementos subjetivos ha sido fuertemente criticada, por ejemplo ASHWORTH explica que: “*The general approach of modern English textwriters has been to assert that subjective guilt should be proved in each case (...) The orthodoxy is then to criticize crimes (...) of strict liability for their departure from the standard requirement*”. ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 158. [La aproximación general de la doctrina inglesa moderna ha sido afirmar que el elemento subjetivo de la responsabilidad debe probarse en cada caso. (...) Lo ortodoxo es entonces criticar los crímenes de responsabilidad objetiva por alejarse del requisito estándar] (traducción libre).

⁷⁴¹ OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 68.

⁷⁴² “*Normally, the required mental element is either: - an intention to do the forbidden act, or otherwise to bring about the external elements of the offence (whether you know of the legal prohibition or not), or - (in most crimes) recklessness as to such elements.*” WILLIAMS..., op. cit. p. 71. [Normalmente, el elemento mental requerido es bien, una intención de realizar el acto prohibido o de producir los elementos externos de la ofensa (se conozca o no la prohibición), o (en la mayoría de los casos) la imprudencia frente a esos elementos] (traducción libre).

de los elementos subjetivos que exige el delito para que pueda existir responsabilidad penal⁷⁴³, por lo que suele suceder que se infiera cuando menos la imprudencia⁷⁴⁴.

Así mismo, se debe tener en cuenta que los elementos internos del delito responden a una inabarcable casuística dentro del derecho anglosajón. No solamente cada delito exige un elemento subjetivo determinado, sino que cada uno de los componentes del *actus reus* puede exigir un elemento subjetivo distinto⁷⁴⁵ y, si a esto se suma que determinar cuál debe ser ese elemento subjetivo por lo general es labor de la jurisprudencia, el estudio de la *mens rea* resulta en una tarea muy compleja. Por poner un ejemplo, para el delito de violación se exige que el sujeto actúe con intención o propósito frente al acto sexual, pero basta con que sea negligente frente a la ausencia de consentimiento del sujeto pasivo para que se configure el delito. También, algunas veces, el *common law* acepta la prueba del *basic mens rea*, para configurar un delito. Es decir, basta con que el sujeto haya actuado con la *mens rea* de un delito menor, para que le pueda ser imputado un delito más grave, por haber ocasionado el

⁷⁴³ Por ejemplo, el *Criminal Justice Act 1967*, Section 8 establece «*Proof of criminal intent. A court or jury, in determining whether a person has committed an offence, (a) shall not be bound in law to infer that he intended or foresaw a result of his actions by reason only of its being a natural and probable consequence of those actions; but (b) shall decide whether he did intend or foresee that result by reference to all the evidence, drawing such inferences from the evidence as appear proper in the circumstances*». [Prueba de la intención criminal. Una corte o un jurado, al momento de determinar si una persona ha cometido un delito, (a) no estará obligado por la ley a inferir que tuvo la intención o que previó un resultado de sus acciones por ser este una consecuencia natural y probable de esas acciones; pero (b) deberá decidir si la persona tenía la intención de causar el resultado o lo previó con base en todas las pruebas, haciendo esas inferencias según se adecúe a las circunstancias] (traducción libre).

⁷⁴⁴ OXMAN. *Sistema ...*, op. cit. p. 87. De hecho, el Código Penal Modelo en la sección 2.02 (3) afirma: «*Culpability Required Unless Otherwise Provided. When the culpability sufficient for establish a material element of an offense is not prescribed by law, such element is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly with respect thereto*». [Culpabilidad requerida a menos que se indique lo contrario. Cuando la forma de culpabilidad requerida sobre un elemento del delito no ha sido establecida por la ley, ese elemento se configura si la persona actuó con intención, conocimiento o imprudencia a ese respecto] (traducción libre). Adicionalmente, REED afirma que «*In practice, the prosecution will have to prove the mens rea on certain parts of the actus reus only if the accused has made a live issue of the aspect*». REED. SEAGO. *Criminal ...*, op. cit. p. 56. [En práctica, el ente acusador tendrá que probar la *mens rea* sobre algunas partes del *actus reus* solamente si el acusado ha traído el tema al juicio] (traducción libre).

⁷⁴⁵ LAFAVE explica que: «*Thus with the various crimes – whether the old common law crimes or the in newer statutory crimes not known to the common law – it must be recognize that there may be different mens rea requirements as to the different physical elements that go to make up these crimes*». LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 215. [Por lo tanto, con los diversos crímenes, ya sean los antiguos delitos comunes o los delitos estatutarios más nuevos que no han sido creados por el derecho consuetudinario, se debe reconocer que puede haber diferentes formas de *mens rea* frente a los diferentes elementos físicos que componen estos crímenes] (traducción libre).

resultado de este último, es decir que si con la intención de causar una lesión corporal el sujeto mata a la víctima, le será imputado el delito de homicidio (*manslaughter*).⁷⁴⁶

Así mismo, es importante tener en cuenta que no existe una definición general de *mens rea*, con la cual tanto la doctrina como la jurisprudencia estén unánimemente de acuerdo⁷⁴⁷, aunque es posible partir de la definición que proponen SMITH y HOGAN según la cual se trata de: “*Intention or recklessness with respect to all the consequences and circumstances of the accused’s act (or the state of affairs) which constitute the actus reus, together with any ulterior intent which the definition of the crime requires*”⁷⁴⁸. En un sentido similar, el *Reporte sobre Asesinato, Homicidio e Infanticidio* de la Comisión Legal de Inglaterra de 2006 afirmó que la intención podía definirse como “(1) *A person should be taken to intend a result if he or she acts in order to bring it about. (2) In cases where the judge believes that justice may not be done unless an expanded understanding of intention is given, the jury should be directed as follows: an intention to bring about a result may be found if it is shown that the*

⁷⁴⁶ En palabras de SMITH y HOGAN “*Sometimes the common law is satisfied by proof of the basic mens rea of a lesser offence than that charged. So, on a charge of murder it is enough that D intended to cause, or knew that it was highly probable that his act would cause, serious bodily harm, and on a charge of maliciously inflicting grievous bodily harm, it is enough that D intended to cause or was reckless whether he caused actual (that is not serious) bodily harm*”. [Algunas veces el *common law* se satisface con la prueba de la *mens rea* básica de un delito menor a aquel por el cual se está acusando. Así, dentro de un proceso por homicidio, es suficiente que D tuviera la intención de causar, o supiera que existía una alta probabilidad de que su conducta causara, un daño corporal serio, y en un proceso por lesiones dolosas, es suficiente con que D tuviera la intención de causar o fuera imprudente frente a la causación de lesiones (que no fueran serias)] (traducción libre). SMITH. HOGAN. *Criminal ...*, op. cit. p. 57. También ASHWORTH afirma al respecto: “*Even though the sentence is unlikely to reflect the death fully, the label (manslaughter) is serious. The doctrine may be supported by arguing that the death, though accidental, is a direct result of D’s wrong in committing the minor crime: D crossed this significant moral threshold, and so should bear the legal responsibility for the consequence*” ASHWORTH...., op. cit. p. 160. [Aunque es poco probable que la sentencia refleje la muerte completamente, la etiqueta (*manslaughter*) es seria. La doctrina puede apoyarse en el argumento de que la muerte, aunque accidental, es un resultado directo de la responsabilidad de D al cometer un delito menor: D cruzó esta barrera moral significativa y por tanto debe asumir la responsabilidad legal derivada de la consecuencia de su actuación] (traducción libre). En el mismo sentido, BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 132.

⁷⁴⁷ “*Criminal law doctrine is unsuccessful in its attempts to construct a unitary category of ‘mens rea’*. In fact, it hardly gets beyond a very general statement in terms of ‘mens rea’ having to do with the aspects of the defendant’s practical attitudes towards her actions, proof of which is required for specific offences (...)” WELLS. QUICK. *Reconstructing ...*, op. cit. p. 117. [La doctrina del derecho penal ha sido infructuosa en su intento por construir una categoría unitaria de *mens rea*. De hecho, pocas veces supera un planteamiento muy general afirmando que la *mens rea* tiene que ver con las actitudes prácticas del acusado con respecto a sus acciones, que deben ser probadas para los delitos específicos] (traducción libre).

⁷⁴⁸ SMITH. HOGAN. *Criminal...*, op. cit. p.56. [la intención y la imprudencia con respecto a todas las consecuencias y circunstancias del acto del acusado (o de la situación) que constituyen el *actus reus*, junto con cualquier intención ulterior que el delito requiera] (traducción libre).

defendant thought that the result was a virtually certain consequence of his or her action”⁷⁴⁹.

Teniendo en cuenta que no en todos los casos, los delitos exigen elementos de *mens rea* y mucho menos una intención ulterior.

En relación con lo anterior es necesario referirse al principio de correspondencia o concurrencia que rige la imputación penal en el derecho anglosajón y es el encargado de establecer la relación entre el *actus reus* y la *mens rea*. En términos generales, este principio afirma que la culpabilidad debe coincidir en el tiempo con la conducta para que el delito pueda configurarse⁷⁵⁰. Se trata de garantizar que el derecho penal se enfoque en el acto criminal como tal y no en sus antecedentes o secuelas, porque estos pueden variar la valoración moral de la conducta y viciar al juzgador, en especial frente a los delitos de *common law*. Así pues, solamente puede acreditarse un delito cuando puede comprobarse que en el momento justo en el que se lleva a cabo el comportamiento existe un vínculo entre este y la mente culpable del sujeto. En el mismo sentido, se exige que en los delitos que incluyen ciertas circunstancias dentro de la definición, estas circunstancias estén presentes en el mismo momento en el que se ejecuta el comportamiento y se tiene un determinado estado mental⁷⁵¹. Sin embargo, se debe tener en cuenta que este requisito no exige la concurrencia del resultado con el estado mental del sujeto, pues este puede producirse mucho tiempo después de que se lleve a cabo la conducta.

Ahora bien, el proceso de inferencia es el método por el cuál se identifica el estado mental con el que actuó el sujeto en el momento en el que produjo el resultado. En términos generales, solamente tres tipos principales de *mens rea* (*intent, knowledge* y *recklessness*) son objeto de prueba en el proceso penal, y se ha desarrollado para guiar al juez frente a las instrucciones que debe dar al jurado sobre como determinar si existió o no este elemento en el caso concreto. Como sucede con la causalidad, los elementos internos hacen parte de las cuestiones de hecho que deben ser declaradas por el jurado. En consecuencia, el juez debe indicarle que, dado que es imposible saber a ciencia cierta que pensaba el individuo en el

⁷⁴⁹ Law Commission Report, *Murder, Manslaughter and Infanticide*, Project 6 of the Ninth Programme of Law Reform: Homicide. 28 de noviembre de 2006. Disponible en www.lawcom.gov.uk.

⁷⁵⁰ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p 161. En el mismo sentido, OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 44

⁷⁵¹ LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 270.

momento en el que actuó, la acción realizada y el contexto en el que esta se llevó a cabo deben permitir inferir, más allá de toda duda, en que estado mental se encontraba la persona en ese momento⁷⁵².

En este contexto, tanto el Código Penal Modelo de Estados Unidos, como el Borrador de Código Penal para Inglaterra y Gales reconocen que una persona no es penalmente responsable de un delito si no ha actuado con propósito, conocimiento, imprudencia o negligencia según la ley lo requiera para cada uno de los elementos materiales de un delito. Sin embargo, es al Código Penal Modelo de Estados Unidos al que la doctrina unánimemente le reconoce haber realizado uno de los aportes más significativos en el ámbito del derecho penal anglosajón, con respecto a la imputación subjetiva⁷⁵³. Este documento planteó un esquema de cuatro formas de responsabilidad subjetiva que hoy en día es utilizado, aunque con algunas variaciones, no solo en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados Unidos⁷⁵⁴, sino en la mayoría de las jurisdicciones de *common law*, incluso en aquellas que no cuentan con un Código Penal, como sucede en Inglaterra, donde la jurisprudencia utiliza este esquema con bastante frecuencia⁷⁵⁵.

Esto se debe a que, por primera vez en el derecho penal anglosajón, se establecieron definiciones legales, precisas y claras, de los distintos niveles de imputación subjetiva, con intensidades diferenciadas que reflejan la gravedad de las penas a imponer, dado que las cuatro categorías planteadas son progresivas. Estas cuatro categorías son la intención, que

⁷⁵² OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 66.

⁷⁵³ Con respecto a estas disposiciones se afirma que “*These ambiguities which shadow the meaning of intent find their remedy in the Model Penal Code. The new approach (...) is based on two principles. First, the ambiguous and elastic term ‘intent’ or ‘intention’ is replaced with a hierarchy of culpable states of mind. Secondly, the different levels in this hierarchy are commonly identified, in descending order of culpability (...)*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 99.

⁷⁵⁴ Con respecto al funcionamiento de los cincuenta y dos sistemas jurídicos que operan en los Estados Unidos consultar el capítulo I, 2 de este trabajo.

⁷⁵⁵ OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 69. En el mismo sentido LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 215. Incluso ROBINSON afirma que “*Modern American codes typically follow Model Penal Code section 2.02(1) in providing that “a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly, or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense”*”. ROBINSON. *The handbook...*, op. cit. p. 453. [Los códigos americanos modernos generalmente siguen la sección 2.02(1) del Código Penal Modelo al establecer que “una persona no es responsable de un delito, a menos que actúe intencionalmente, con conocimiento, imprudentemente o negligentemente, según lo requiera la ley con respect a cada uno de los elementos materiales del delito] (traducción libre).

también recibe el nombre de propósito (*intention* or *purpose*), el conocimiento (*knowledge*), la imprudencia (*recklessness*) y la negligencia (*negligence*). Cada una de estas cuatro formas de vínculo subjetivo entre el hecho y el sujeto serán analizados a continuación.

En lo que respecta del derecho penal francés, se debe decir que de las tres categorías que lo componen, esta es la más compleja, pues en ella se estudian varios elementos, en especial porque el derecho penal francés reconoce varias formas de dolo (*dol*), ya que entiende que la diversidad de formas de dolo permite una respuesta penal más justa y matizada. Así pues, existe dolo general (*le dol général*), dolo especial (*le dol spécial*), dolo simple (*le dol simple*), dolo agravado (*le dol aggravé*), dolo atenuado (*dol atténué*), dolo determinado (*le dol déterminé*) e indeterminado (*le dol indéterminé*), dolo excedido (*le dol dépassé*) y dolo eventual (*le dol éventuel*)⁷⁵⁶.

Además, el derecho penal francés distingue claramente entre aquellas infracciones que requieren intención y aquellas que no lo hacen⁷⁵⁷, caso en el cual el elemento intelectual podrá ser la imprudencia o negligencia o la puesta en peligro voluntaria. A esto se suma que el elemento moral está fuertemente vinculado con la distinción entre crímenes, delitos y contravenciones, pues los primeros siempre requieren intención salvo que, como afirma el tercer párrafo del artículo 121-3 exista expresa provisión en contrario que establezca que basta con la imprudencia; los segundos son en principio intencionales, aunque el legislador puede prever lo contrario y las contravenciones son siempre no intencionales, salvo provisión en contrario⁷⁵⁸.

Adicionalmente, las diferencias más notorias entre las distintas escuelas de pensamiento del derecho penal francés se producen en este ámbito, mientras que en lo referente al componente legal y material de la conducta, las posturas suelen ser más similares. Así, los utilitaristas consideran que este elemento tiene una importancia mínima, por aversión a los regímenes inquisitoriales y para los miembros de las escuelas retributivas, este elemento es determinante al momento de imponer una pena. Del mismo modo, los positivistas entienden que es a partir

⁷⁵⁶ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 248.

⁷⁵⁷ SOYER, Jean-Claude. *Droit Pénal et Procédure Pénale*. 20 éd. Lextenso éditions, Paris, 2008. p. 98.

⁷⁵⁸ *Ibidem*, p. 105.

del elemento psicológico que se puede determinar la peligrosidad del sujeto, por lo cual resulta muy importante su estudio⁷⁵⁹.

Como se dijo, en España y en Colombia el tipo penal se compone de dos grandes partes, el tipo objetivo y el tipo subjetivo, cuyo ingrediente principal, es el dolo, en los tipos dolosos y la imprudencia, en los tipos imprudentes. Sin embargo, en algunos tipos penales se incluyen otros elementos subjetivos que también son esenciales para que la conducta sea típica. La doctrina, la ley y la jurisprudencia son unánimes al afirmar la necesidad de que la conducta se lleve a cabo a título de dolo o imprudencia, en respeto al principio de culpabilidad, para que pueda existir responsabilidad penal. El artículo 5 del Código penal español así lo establece al afirmar que «*no hay pena sin dolo o imprudencia*», vinculando la imposición de la pena a la tipicidad subjetiva. Adicionalmente, al transferir el dolo a la tipicidad, se deben ubicar también aquí los elementos subjetivos adicionales del dolo, que también describen la conducta, al ser elementos necesarios para poder determinar si la conducta se adecúa a la descripción hecha por el legislador, aunque estos no se encuentran presentes en todos los delitos⁷⁶⁰.

Además del dolo, existen otras dos formas de tipicidad subjetiva. La primera de ellas es la imprudencia, que ha ido adquiriendo protagonismo dentro del derecho penal, sobre todo porque los legisladores cada vez incluyen más tipos penales imprudentes en los códigos. La segunda es la preterintención, considerada por la doctrina europea continental como una figura antigua y, que de hecho, ya no se encuentra en la legislación penal española. No obstante, el Código penal colombiano, tal como sucede con la legislación francesa, aún contiene dos figuras de este tipo en la parte especial, además de mencionarla en la parte general. Esta última es, en realidad, una forma de tipo subjetivo que combina el dolo y la imprudencia.

⁷⁵⁹ « *L'importance de la considération des dispositions psychiques et psychologiques du sujet de droit varie évidemment beaucoup selon l'école criminaliste à laquelle on adhère* ». ROBERT. *Droit...*, op. cit. p. 315. [La importancia de la consideración de las disposiciones psíquicas y psicológicas del sujeto varía en gran medida, según la escuela de derecho criminal a la que uno se adhiera] (traducción libre).

⁷⁶⁰ Afirma CEREZO MIR que “*La inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos viene exigida por la existencia de los restantes elementos subjetivos del injusto. ¿Cómo es posible considerar por ejemplo, el ánimo de lucro, en el hurto, como un elemento subjetivo del injusto y negar dicho carácter, en cambio, al dolo?*”. CEREZO MIR..., op. cit. p. 124. En el mismo sentido, ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 307.

Entre el dolo y la imprudencia, existen notables diferencias; en realidad se trata de estructuras completamente distintas, cuya diferencia principal se encuentra en el desvalor de acción, pues en los delitos dolosos se vulnera la norma prohibitiva, mientras que en los delitos imprudentes, aunque se produce el resultado típico, lo que se vulnera es la norma de cuidado. Así, aunque el desvalor de resultado pueda ser el mismo o, incluso en algunos casos mayor en los delitos imprudentes, las actuaciones dolosas comportan una mayor gravedad por la intensidad del desvalor de acción subjetivo⁷⁶¹, que se eleva en la medida en la que, considerada la conducta *ex ante*, es más peligrosa. Quien actúa con dolo, actúa con el propósito de lesionar el bien jurídico, orientando su conducta hacia la consecución de dicho fin, y por tanto, aumenta las posibilidades de conseguir el resultado buscado⁷⁶².

a. La culpabilidad

Adicionalmente, para que se puedan equiparar correctamente la *mens rea* del derecho anglosajón, con el elemento mental del derecho francés y los elementos subjetivos del derecho iberoamericano hay que tener en cuenta el último nivel de análisis de la teoría del delito dentro de este sistema que es la culpabilidad. Es decir, mientras que el derecho anglosajón y el derecho francés ubican los elementos subjetivos en una misma categoría, salvo por la voluntariedad de la acción, tal como se explicó antes, el derecho iberoamericano los divide entre aquellos que están en el tipo subjetivo y aquellos que están en la culpabilidad.

El derecho anglosajón reconoce que la *mens rea* se basa en la capacidad del sujeto para ser responsabilizado por sus actos, como presupuesto de la intervención penal justa. De acuerdo con el derecho anglosajón, sería irracional y contrario a los principios del derecho penal de un Estado democrático sancionar a una persona que no posee las condiciones necesarias para que su conducta le sea reprochada, pues iría en contra de la dignidad humana⁷⁶³. Por ello, para que una persona sea responsabilizada por el delito que ha cometido, debe haber estado suficientemente consciente de lo que hace y de las consecuencias que su acción puede tener,

⁷⁶¹ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ..., op. cit.* p. 112. También MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. ..., *op. cit.* p. 282.

⁷⁶² MIR PUIG,. *Derecho..., op. cit.* p. 168.

⁷⁶³ KEILER. *Actus reus ..., op. cit.* p. 45.

para que se pueda afirmar que ha elegido libremente actuar de ese modo y ocasionar ese resultado. Esto, debido a que el principio de autonomía, que guía el derecho penal, establece que los sujetos deben tener una capacidad de elegir entre comportamientos alternativos y en respeto a su autonomía, solamente pueden ser sancionados con base en esas elecciones⁷⁶⁴. Así pues, aunque en el momento en el que se criminaliza una conducta, esta decisión por lo general se fundamenta en la búsqueda de bienestar social, la pena puntual que se impone a un sujeto debe estar basada en el respeto a su autonomía y a su libertad y no en cálculos de utilidad social.

Por su parte, a pesar de que con respecto a la ubicación de estos conceptos dentro de la estructura del delito hay gran debate entre la doctrina francesa, no existe discusión frente a la necesidad de que se compruebe que el sujeto que objetivamente ha delinquido contaba con cierta capacidad penal (*la capacité pénale*)⁷⁶⁵. Este concepto incorpora varios elementos y tiene además dos acepciones: por una parte, se refiere a la condición en la que se encontraba el sujeto al momento de cometer el delito, en términos de lucidez mental y de capacidad de ejercer su libertad; por otra parte, hace referencia a la capacidad física y mental del sujeto de atender el juicio y cumplir con la pena. Para los efectos de este trabajo, solamente interesa el primero de estos significados, el cual incorpora al derecho penal los elementos equivalentes a la idea de culpabilidad del derecho penal iberoamericano.

La noción de capacidad penal en Francia está basada en la idea de que el derecho penal y, especialmente la pena, tienen la función de disuadir a los individuos de cometer delitos. De acuerdo con esta postura, la pena no sería un instrumento moral, sino una herramienta funcional que evitaría la comisión de delitos, por lo cual, si el sujeto no tiene la capacidad de entender la norma o la sanción, la pena no cumpliría ninguna función. Se trata de una exigencia ligada al concepto mismo de persona pues, se entiende que, por respeto a la dignidad humana, no puede sancionarse a quien no cuente con las facultades mentales más

⁷⁶⁴ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 158 a 160.

⁷⁶⁵ De acuerdo con FAUCONNET, por la capacidad penal se entiende que «L'homme est responsable, en ce sens qu'il possède les aptitudes pour jouer, éventuellement, le rôle de patient de la peine (...) l'homme adulte et normal, en principe, est "habile" à être puni» FAUCONNET, Paul. *La responsabilité, étude de sociologie*. Félix Alcan, Paris, 1920. p. 26. [El hombre es responsable, en el sentido de que posee las aptitudes para ser, posiblemente, sancionado (...)] El hombre adulto y normal, en principio, es "apto" para ser castigado]

elementales y, en ese orden de ideas, se ubica dentro de los elementos subjetivos o mentales del delito, por referirse al aspecto interno del sujeto⁷⁶⁶.

A pesar de su importancia y la relativa frecuencia con la que la menciona la doctrina, la capacidad penal no ha sido consagrada en el Código penal francés, aunque su incorporación al ordenamiento puede deducirse de algunas normas que excluyen la responsabilidad penal de ciertos individuos con base en la ausencia de uno o varios elementos subjetivos que la integran (*les causes d'incapacité délictuelle*). En este sentido, cabe destacar la ley de 25 de febrero de 2008, mediante la cual se incorporó al sistema jurídico un procedimiento especial para declarar la ausencia de responsabilidad penal por causa de problemas mentales⁷⁶⁷, reconociendo así que hay sujetos que no deben ser sancionados por no tener las calidades mentales para ello.

Como sucede con las demás estructuras, la culpabilidad en el derecho iberoamericano se ha desarrollado un poco más que en los otros sistemas jurídicos. De acuerdo con este sistema, la culpabilidad no solamente supone el análisis de la última característica que debe cumplir la conducta para que se pueda imponerse una pena (esta ha de ser culpable), sino que es en realidad el fundamento de la pena⁷⁶⁸. La culpabilidad es el conjunto de condiciones que permiten justificar la imposición de una pena a un sujeto concreto, por un hecho concreto, en virtud de las circunstancias que le son propias. En ese orden de ideas, la culpabilidad se encarga de analizar al sujeto y de reprocharle a él su conducta. La culpabilidad está basada en el principio de culpabilidad, que busca limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, en especial frente a las necesidades públicas de prevención⁷⁶⁹.

Así pues, en todos los ordenamientos se entiende que, si uno de los fines de la pena es la prevención general, como se ha reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, por lo cual el principio de legalidad exige la existencia de una ley previa para que el sujeto pueda

⁷⁶⁶ VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. LGDJ, Paris, 1998. p. 124-125.

⁷⁶⁷ Ley n° 2008-174 de 25 de febrero de 2008 «relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental».

⁷⁶⁸ URBANO MARTINEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p. 361.

⁷⁶⁹ ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 798.

conocer la prohibición y se pueda prevenir el delito, quien no conoce o no puede conocer dicha prohibición, no puede motivarse por la norma y, por tanto, no puede ser sancionado penalmente⁷⁷⁰. Este principio establece que no habrá pena sin culpabilidad y, más aún, en el derecho de Colombia y España limita la medida de la pena, ya que esta deberá ser proporcional a la culpabilidad del sujeto⁷⁷¹. Así, en virtud de este principio, las necesidades preventivas se separan de la pena individual, brindando al sujeto la garantía de no ser instrumentalizado⁷⁷².

La culpabilidad es, entonces, un juicio personal mediante el cual se le reprocha al sujeto que, en las circunstancias en las que se encontraba cuando llevó a cabo la conducta, haya cometido un delito. El eje central de la culpabilidad es la reprochabilidad, en la medida en la que lo que se pretende en esta instancia es reprocharle al sujeto, en el caso concreto, el hecho delictivo que ha ejecutado. Por esa razón, es necesario determinar el fundamento de dicho reproche⁷⁷³.

En el sistema iberoamericano se han propuesto nociones normativas de culpabilidad, que buscan redefinir el concepto, dirigiéndolo hacia elementos demostrables, que permitan mantener los límites que el principio de culpabilidad impone al Estado. MUÑOZ CONDE propone que el fundamento de la culpabilidad está en la *función motivadora de la norma penal*, por lo que lo trascendental es que el sujeto estaba en capacidad de determinarse por la

⁷⁷⁰ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 567.

⁷⁷¹ CERESO MIR explica que: “La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, suponen la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado su dignidad”. CERESO MIR. *Curso...*, op. cit. p. 16.

⁷⁷² “Según la opinión defendida, la pena presupone siempre culpabilidad, de modo que ningún necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad”. ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 793

⁷⁷³ De esta necesidad surge la más grande discusión que ha generado el concepto de la culpabilidad en la dogmática penal y que, en la actualidad continúa sin resolverse. Más aún, cada vez hay mas argumentos para fundamentar una y otra posición. El concepto tradicional de culpabilidad supone que el sujeto podía decidir “actuar de otro modo” y no lo hizo, por lo cual presupone que el hombre es libre. No obstante, la libertad de determinarse de los seres humanos es indemostrable, aunque todos tenemos la *sensación* de que tomamos decisiones libremente. Al respecto se ha afirmado que “La culpabilidad es la culpabilidad de la voluntad. Se le reprocha el sujeto que haya adoptado la resolución de voluntad de llevar acabo la acción (u omisión) típica y antijurídica, en lugar de haber adoptado una resolución de voluntad diferente, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico”. CERESO MIR. *Curso...*, op. cit. p. 42. En el mismo sentido, ZAFFARONI. *Manual ...*, op. cit. p. 508.

norma penal y, en ese sentido al no haberse comportado de acuerdo con ella, el sujeto es penalmente responsable⁷⁷⁴. Con una posición similar, ROXIN asegura que la capacidad general de autocontrol, que si es empíricamente constatable, sirve para fundamentar que el sujeto podría comportarse de acuerdo con la norma y, en consecuencia, para afirmar su culpabilidad⁷⁷⁵.

En todo caso, parece adecuada la conclusión que propone VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ quien afirma que *“para no gastar energías en un debate que acaba siempre en un punto muerto, en un non liquet, debe aceptarse de una buena vez que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada no parece posible por el momento y, mientras el comportamiento desviado sea tratado mediante la aplicación de penas, el principio de culpabilidad resultará imprescindible”*⁷⁷⁶. A este respecto, serán seguramente las neurociencias las encargadas de modificar, en algún momento, la culpabilidad en la teoría del delito, si algún día logran demostrar que el hombre no es libre en el momento de tomar decisiones. Porque en la actualidad, así como no es posible demostrar el libre albedrío, tampoco es posible demostrar la hipótesis contraria y, lo que sí es cierto, es que los seres humanos nos percibimos a nosotros mismos como capaces de determinar nuestros comportamientos en la mayoría de las ocasiones.

En todo caso, el objeto del reproche penal debe ser siempre el hecho y no el autor mismo, al menos en un derecho penal de acto, propio de un Estado democrático y de derecho⁷⁷⁷. Por eso, lo que se le reprocha al sujeto es haber guiado su voluntad hacia la comisión de un hecho delictivo, *“culpabilidad es reprochabilidad de la formación de la voluntad”*⁷⁷⁸. En esa medida, el juez se basa en la exigencia que podía hacerse al sujeto de obrar conforme a derecho en el caso concreto, en unas condiciones sociales determinadas, y aún estando en

⁷⁷⁴ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 381.

⁷⁷⁵ *“Por eso, el reproche de culpabilidad contra la persona individual únicamente puede formularse así: el autor, en la situación en que se encontraba, hubiera podido actuar de otro modo, en el sentido de que, conforme a nuestra experiencia con casos semejantes, otro en su lugar hubiera podido proceder de otro modo, en esas circunstancias concretas, ejecutando la fuerza de voluntad que quizá le faltase al autor”*. JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 370. En un sentido similar, ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 810.

⁷⁷⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 523.

⁷⁷⁷ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 510.

⁷⁷⁸ JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 364.

capacidad de hacerlo (desvalor de exigibilidad)⁷⁷⁹. A esto, ROXIN ha propuesto añadir la necesidad de sanción, en términos de prevención, como límite adicional de la pena⁷⁸⁰, con lo cual concuerda la legislación penal colombiana que en el artículo 3⁷⁸¹ del Código penal reconoce la necesidad de la pena como uno de los principios de las sanciones penales.

Esto está unido a la idea de que la culpabilidad es un elemento jurídico y no un juicio moral. No se le reprocha al sujeto por ser una “*mala persona*”, ni se le exige en modo alguno que sienta remordimiento por el delito cometido⁷⁸². Es más, en virtud de los derechos fundamentales a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad⁷⁸³, no se le puede exigir a la persona que comparta los valores sociales o que esté de acuerdo con las posiciones mayoritarias. Lo que se le reprocha al sujeto es que actuó en contra de una norma jurídica por lo que ocasionó un resultado típico. El reproche se dirige al hecho y no al autor⁷⁸⁴.

Ahora bien, tanto en el sistema penal francés como en el derecho penal iberoamericano, la culpabilidad se compone de varios elementos. La categoría de la culpabilidad en España y Colombia incluye la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta y, la conducta no será culpable cuando falte alguno de estos elementos. Por su parte, la capacidad penal francesa se compone de dos elementos: (i) la capacidad delictual y, (ii) la imputabilidad, cada una de las cuales, a su vez, se compone de dos elementos. La capacidad delictual está conformada por la inteligencia o la facultad de comprender y la facultad de ejercer la voluntad. Por su parte, la imputabilidad está conformada por el

⁷⁷⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 426. Con el mismo sentido, URBANO MARTINEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p. 388.

⁷⁸⁰ ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 797.

⁷⁸¹ Código Penal colombiano «Artículo 3. Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan».

⁷⁸² Afirman PÉREZ ÁLVAREZ et al.: “Sin embargo, nosotros vamos a matizar esta afirmación, manteniendo la culpabilidad como juicio de reproche, pero ya no un reproche moral (ético) sino como reproche jurídico (social). La culpabilidad del individuo se afirma cuando la infracción de la norma en el caso concreto permite verificar, además de la determinación de la afectación del bien jurídico por el sujeto en cuestión, la conveniencia de imposición de pena por razones preventivo generales, ante la inexistencia de causas de exclusión de la culpabilidad”.

PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, op. cit. p. 198.

⁷⁸³ Constitución Española, artículo 1, artículo 8, numeral 2 y artículo 10. Constitución Política de Colombia, artículo 10, artículo 16 y artículo 20.

⁷⁸⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual ...*, op. cit. p. 175.

discernimiento y el libre albedrío. Todos estos elementos constituyen presupuestos esenciales de la responsabilidad penal, pues su ausencia implica que es imposible configurar el elemento moral del delito.

Además, estos elementos son graduables⁷⁸⁵, lo que implica que la culpabilidad también lo es. Aunque esto se reconoce en Francia, Colombia y España, las consecuencias en cada sistema son distintas. En Colombia y España la culpabilidad no quedará completamente excluida en todos los casos, sino que en algunas ocasiones solamente se verá atenuada y, con ella, la pena. Adicionalmente, cuando en ciertas circunstancias el sujeto no puede ser considerado culpable, el legislador renuncia a la imposición de la pena, pero impone una medida de seguridad, que es una forma especial de sanción que tiene en cuenta las especiales condiciones del autor del delito. Por su parte, en Francia, se ha establecido que la capacidad delictual puede ser parcial. En este sentido se pronunció la Corte de Casación, mediante una sentencia del 9 de diciembre de 1993, según la cual existen incapacidades especial (*des incapacités spéciales*) que son aquellas que cubren a los autores de ciertas infracciones que tienen elementos morales complejos, pero que están en capacidad de cometer delitos con elementos morales más sencillos. En estos casos, aunque el acusado tenga cierta capacidad de comprensión y de determinación, se deberá comprobar que esa capacidad se adecúa a la complejidad del elemento moral del delito o de lo contrario no se podrá imponer la sanción⁷⁸⁶.

Así pues, por un lado, la culpabilidad de la teoría del delito en Colombia y España implica que la imputabilidad se suma con un elemento intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad y, un elemento volitivo, la exigibilidad de obediencia al derecho, para estructurar la culpabilidad.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ JESCHECK. *Tratado...*, *op. cit.* p. 384.

⁷⁸⁶ La Corte de Casación rechazó la clasificación de violación por la que la Corte de Apelación de Lyon había condenado a dos menores de edad que habían llevado a un tercero al bosque, donde lo obligaron a desnudarse, luego lo golpearon varias veces y le introdujeron un palo para extorsionarlo. Por el contrario, condenó por una tentativa de extorsión en concurso con tortura y actos de barbarie. Esto por considerar que los delitos sexuales exigen que el autor tenga cierta madurez psicológica y sexual de la cual carecían los menores. Cour de Cassation, Chambre Criminelle, N° 93-81044, 9 décembre 1993.

⁷⁸⁷ CERESO MIR. *Curso...*, *op. cit.* p. 114-116.

Se ha discutido si la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad o, más bien, su presupuesto⁷⁸⁸. En todo caso, está claro que para que una persona sea considerada culpable debe ser imputable, es decir, debe tener capacidad de culpabilidad. Esta se puede definir como “*un estado personal y concreto del sujeto activo del delito que por padecer ciertas condiciones (...) encuentra impedida, disminuida o entorpecida su capacidad personal para motivarse, interiorizar, comprender o integrar las normas jurídicas que mandan o prohíben realizar un determinado comportamiento con relevancia jurídico penal*”⁷⁸⁹

El artículo 33, inciso 1 del Código penal colombiano⁷⁹⁰ y el artículo 20, numeral 1 del Código penal español⁷⁹¹, describen la imputabilidad como la capacidad de comprender la ilicitud del acto y la capacidad de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión. Es decir, es culpable quien podía entender las exigencias que le hacía la norma penal y motivarse de acuerdo con ella⁷⁹². En ese orden de ideas, existen circunstancias en las cuales la persona o bien no comprende la norma, o bien, comprendiéndola, no puede regir su comportamiento por ella y, en esos casos comete una conducta típica y antijurídica pero no culpable⁷⁹³. Dichas circunstancias han sido reconocidas por el legislador y deberán ser probadas en el proceso, pues no se trata del mero alegato de la falta de comprensión, sino de específicas

⁷⁸⁸ “En la dogmática la discusión se ha centrado a veces en el punto de si la imputabilidad es presupuesto o elemento de la culpabilidad; esta discusión no nos parece trascendente, a condición de que no exista duda sobre el axioma que enseña que no hay culpabilidad sin previa imputabilidad, o dicho en otras palabras, que sólo el imputable puede ser culpable”. URBANO MARTINEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 372.

⁷⁸⁹ POSADA MAYA, Ricardo. “Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano”. En POSADA MAYA, Ricardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. CORREA FLÓREZ, María Camila. *Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. II*. Ibañez, Bogotá, 2015. p. 224

⁷⁹⁰ Código Penal Colombiano «artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil».

⁷⁹¹ Código Penal español. «Artículo 20. 1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión».

⁷⁹² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos ...*, op. cit. p. 534. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 313.

⁷⁹³ Se debe tener en cuenta que, como afirma ROXIN “la incapacidad de “comprender el injusto del hecho”, y la incapacidad de “actuar conforme a esa comprensión” se entremezclan a menudo y entonces no se pueden distinguir de manera precisa. En definitiva todo depende de la falta de capacidad de comprensión, pero también de otras circunstancias y a menudo de la combinación de distintos factores”. ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 837.

características de la persona que le impedían comportarse de acuerdo con la norma jurídico penal.

Así pues, el texto colombiano recoge tres causas de inimputabilidad: inmadurez psicológica, trastorno mental y diversidad sociocultural, a lo que agrega otros «*estados similares*», dando la posibilidad de que en el proceso penal se demuestre una especial circunstancia del sujeto que lo hace inimputable, a través de una analogía *en bonam partem*⁷⁹⁴. Es evidente, que el Código penal colombiano no se limita a las causas psiquiátricas de inimputabilidad, sino que consagra una fórmula más amplia, al incluir circunstancias culturales, lo que tiene pleno respaldo constitucional, en la medida en la que la Constitución reconoce a Colombia como un estado plural⁷⁹⁵. De hecho, la Corte Constitucional analizó en sentencia C-370 de 14 de mayo de 2002 con ponencia del magistrado Eduardo Montealegre Lynett, la diversidad sociocultural como causa de inimputabilidad y la declaró exequible, estableciendo además que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no se deriva de una incapacidad mental, sino de una cosmovisión diferente.

Por su parte, en el ordenamiento español no está contemplada la posibilidad de agregar causas de inimputabilidad de manera expresa, pero el hecho de que se utilicen términos como «*anomalía o alteración psíquica*» o «*trastorno mental transitorio*» que son conceptos vagos que no concuerdan con las enfermedades psiquiátricas propiamente dichas, se entiende como una opción para que el juez incluya *todas las diversas formas de enfermedad mental, tales como psicosis y neurosis, pero también, (...), aquellos defectos o alteraciones del proceso de socialización relevantes en la determinación de la imputabilidad de un individuo, aunque no sean estrictamente reconducibles al concepto de enfermedad mental*”⁷⁹⁶. Adicionalmente, el artículo 20 del Código penal español reconoce como causas de inimputabilidad la intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas y sustancias psicotrópicas que impidan la correcta comprensión o motivación de la persona y el síndrome de abstinencia⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ POSADA MAYA, Ricardo. “Aproximación ...”, *op. cit.* p. 223

⁷⁹⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 1 «*Colombia es un Estado social de derecho, (...) democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, (...)*».

⁷⁹⁶ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho ...*, *op. cit.* p. 407.

⁷⁹⁷ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 314.

Las causas de inimputabilidad así entendidas tienen como consecuencia que, en algunos casos, el juez puede imponer una medida de seguridad al autor del injusto penal, si lo considera completamente inimputable, pero además, dado que la comprensión y la determinación son criterios graduables, se puede comprender mejor o peor y determinarse más o menos, la imputabilidad también lo es. De allí, que se acepte en la actualidad que hay personas *semiimputables*, por lo que su responsabilidad penal no se excluye, sino simplemente se atenúa y esto deberá ser tenido en cuenta en el momento de imponer una sanción penal⁷⁹⁸.

El segundo elemento de la culpabilidad es el conocimiento de la antijuridicidad, que es el elemento cognoscitivo o intelectual de la misma. Con el esquema finalista del delito se transfirió el dolo neutro a la tipicidad y, el conocimiento de la antijuridicidad se dejó en la culpabilidad, como lo analizaba la escuela causalista. Esto tiene sentido desde la definición de la culpabilidad como reproche al sujeto por no haberse motivado por la norma, pues la única manera de motivarse por la norma es conociéndola⁷⁹⁹. De tal suerte que si el sujeto no conocía la norma, no podía motivarse por ella y, por tanto no puede actuar culpablemente. Debe distinguirse el no conocer la norma, del hecho de no tener capacidad de comprenderla, pues en el primer caso se incurre en un error de prohibición y en el segundo en una causal de inimputabilidad que se abordó en el acápite anterior.

El error de prohibición se presenta pues, cuando el sujeto no conoce el carácter antijurídico de su comportamiento, ya porque no conoce la existencia de la norma prohibitiva (error de prohibición directo) o ya porque comete un error sobre los límites o presupuestos de una causa de justificación (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación) que lo hace pensar que su conducta está permitida⁸⁰⁰. Además de esto, desde los textos legales debe distinguirse entre el error de prohibición invencible, que en ambos ordenamientos da lugar a la exclusión de la culpabilidad y, con ella, de la responsabilidad penal; y el error

⁷⁹⁸ CERESO MIR. *Curso...*, op. cit. p. 102.

⁷⁹⁹ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 339. En igual sentido, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 409.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, p. 411. En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual...*, op. cit. p. 131.

vencible, que obliga a la atenuación punitiva en uno o dos grados en el ordenamiento español y en la mitad de la pena en el ordenamiento colombiano.

El conocimiento de la antijuridicidad tiene dos particularidades. Por una parte, es claro que no se exige a la persona que conozca el precepto jurídico vulnerado o la punibilidad del hecho, sino que es suficiente con que sepa que su comportamiento contradice el orden social y que, por tanto, va en contra del derecho⁸⁰¹. No se trata de un conocimiento propio de un profesional del derecho, pero no basta con la idea de que el comportamiento está “*socialmente mal*”. Por otra parte, se ha discutido ampliamente si el conocimiento de la antijuridicidad debe ser un conocimiento actual o actualizable, como sucede con el conocimiento del dolo o basta con un conocimiento potencial.

Un sector de la doctrina afirma que basta con que el agente hubiese podido conocer lo ilícito de su conducta para que pueda reprochársele, analizándola en términos razonables de oportunidad⁸⁰². Y esto es así porque se entiende que si la ley exigiera una comprensión efectiva de la antijuridicidad, la inculpabilidad sería la regla general⁸⁰³. Además, la ausencia de responsabilidad penal por ausencia de conocimiento de la antijuridicidad va en contra del principio general, según el cual la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento⁸⁰⁴. Por tanto, se debe asumir que basta con el conocimiento potencial, siempre y cuando se tengan en cuenta las circunstancias particulares del sujeto, postura que también ha adoptado el Código penal colombiano al afirmar, en el artículo 32, numeral 11 que «*para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta*»⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ JESCHECK. *Tratado ...*, op. cit. p. 410.

⁸⁰² POSADA MAYA, Ricardo. “El dolo...”, op. cit. p.. 42.

⁸⁰³ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p.. 536.

⁸⁰⁴ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual ...*, op. cit. p. 132.

⁸⁰⁵ De todos modos se debe tener en cuenta que autores como MUÑOZ CONDE son de la opinión que “*con esta teoría se amplían desmesuradamente las posibilidades de considerar culpable a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición*” MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 410.

Finalmente, solo será culpable la persona a la que podía exigírsele que actuara conforme a derecho en el específico momento en el que llevó a cabo su comportamiento⁸⁰⁶. En ese marco se encuentran todas las causas de exculpación que demandan que el juez tenga en cuenta todas las circunstancias que rodearon el hecho y a su autor para emitir su fallo. En este caso, no se sanciona al sujeto porque en el caso concreto le era especialmente difícil comportarse de acuerdo con la norma penal, pero no porque no la comprendiera o porque tuviera una característica especial que le imposibilitara hacerlo, como un trastorno mental, sino porque la situación extraordinaria en la que se encontraba, se lo impedía⁸⁰⁷.

Las causas de exculpación reconocidas por cada ordenamiento jurídico penal son distintas, aunque, desde luego, en ambos casos se encuentra el estado de necesidad exculpante como la más común de ellas. Además, el Código penal español reconoce el miedo insuperable y el encubrimiento entre parientes; mientras que el Código penal colombiano contempla el medio insuperable y la insuperable coacción ajena. Finalmente, hay que decir que en ambos casos se contempla la posibilidad de aplicar una eximente incompleta en los casos de estado de necesidad cuando se excedan los límites del mismo o se cumplan sus elementos esenciales, pero falte alguno de los inesenciales⁸⁰⁸.

Por otro lado, como se dijo la capacidad penal del derecho penal francés se compone de la capacidad delictual y de la imputabilidad. Lo primero que hay que decir de la capacidad delictual (*capacité délictuelle*), es que el derecho penal francés carece de una definición que permita entender claramente que es la capacidad delictual, aunque puede entenderse como la capacidad de cometer el delito (*l'aptitude à commettre une faute*)⁸⁰⁹. Esto se debe, en primer lugar, a que la regla general es que las personas tengan capacidad de delinquir, mientras que la incapacidad es la excepción, por lo que, en su mayoría, la doctrina solamente se ha interesado en la capacidad delictual de manera indirecta, a través de la determinación de hipótesis en las que el sujeto se considera un incapaz. Esta postura está basada en el artículo

⁸⁰⁶ ZAFFARONI. *Manual...*, *op. cit.* p. 532.

⁸⁰⁷ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ..., *op. cit.* p. 345.

⁸⁰⁸ CEREZO MIR. *Curso...*, *op. cit.* p. 146.

⁸⁰⁹ LAVASSEUR, George. *L'imputabilité en droit pénal*. Rapport de synthèse présenté au IV Congrès de l'Association Française de droit pénal. RSC, Nantes, 1982. p. 10.

1123 del Código civil francés que establece que «*toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi*»⁸¹⁰, con base en el cual se afirma que esta es la regla general.

Así pues, se reconoce que los menores muy jóvenes son incapaces de delinquir, en la medida en la que no alcanzan el grado mínimo de conciencia y de voluntad necesarios para actuar con dolo, incluso con el más simple que es el dolo general, del cual se hablará más adelante, pues no pueden dirigir su actuación hacia la creación de un daño ni conocen el riesgo que implica la actividad que están llevando a cabo. En el mismo sentido, no tienen capacidad delictual aquellos adultos cuya mente está afectada por alguna sustancia o alguna enfermedad que tenga el efecto de nublar la conciencia, lo que les priva de la facultad de comprender y de querer.

A partir de estos dos ejemplos se ha establecido que la capacidad delictual se compone de dos elementos: la inteligencia (*l'intelligence*) que constituye la capacidad de comprender y, la capacidad de ejercer la voluntad (*faculté d'exercer sa volonté*). Estos dos elementos son prerequisites esenciales para que el sujeto pueda actuar con dolo, que como se verá se compone de un elemento intelectual y un elemento volitivo. No obstante, el caso más importante con respecto a este tema es el caso *Laboube*, en el que la Corte de Casación ha establecido que la capacidad delictual se requiere tanto en los delitos intencionales como en los no intencionales. En esta decisión se discutió la responsabilidad penal de un menor de seis años que había lesionado un ojo de uno de sus compañeros de manera imprudente.

Los jueces de la Corte de Casación establecieron que «*conformément aux principes généraux du droit, que le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte; que toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté*»⁸¹¹. Por esa razón afirma LEVASSEUR que la

⁸¹⁰[Código Civil francés, artículo 1123: Toda persona puede contratar si no ha sido declarado incapaz por la ley]

⁸¹¹Cour de Cassation, Chambre Criminelle, N° 55-05772, 13 décembre 1956. [De acuerdo con los principios generales del derecho, se debe establecer que un menor cuya participación en el acto material de un delito por el que se le reprocha, ha entendido y querido ese acto; toda ofensa, aunque no intencional, supone que su autor actuó con inteligencia y voluntad].

capacidad delictual es «*le support indispensable de toute culpabilité*»⁸¹². Así pues, la capacidad delictual es el grado mínimo de capacidad de comprender lo que se hace y las consecuencias que van a producirse y, de querer que se requiere para llevar a cabo un delito, que se traducirá posteriormente en el dolo general, que es el ejercicio de estas capacidades.

Como se dijo anteriormente, a la capacidad delictual se suma la imputabilidad. Este concepto hace referencia a una evaluación de la personalidad del sujeto que tiene como propósito determinar si está o no en condiciones de responder por su actuación, es decir si el hecho puede o no imputársele, de manera muy similar al mismo concepto en el derecho penal iberoamericano. A su vez, la imputabilidad se compone de dos elementos, uno ligado a la inteligencia y el otro ligado a la voluntad, por lo que entre la imputabilidad y la capacidad delictual existe un vínculo indisoluble⁸¹³. Por una parte, está el discernimiento, que es la aptitud para comprender el alcance de los actos propios. Por otra parte, está el libre albedrío que, aunque como se dijo es muy complicado de definir, se utiliza en todos los ordenamientos jurídicos para determinar la libertad con la cual actúa una persona en un caso concreto.

Para entender la imputabilidad, en primer lugar, es necesario diferenciar entre la inteligencia que hace parte de la capacidad delictual y el discernimiento. De acuerdo con la teoría penal francesa, como se explicó, la primera hace referencia a la facultad de comprender lo que se hace; por el contrario, el discernimiento se refiere a un grado superior de reflexión que le permite al sujeto comprender que su actuación constituye una ofensa y, por lo tanto, es una acción desaprobada socialmente. Se refiere pues a la capacidad de distinguir aquello que está bien, de lo que está mal. En última instancia, es la capacidad de conocer la ilicitud de la actuación que es un segundo elemento del dolo general, de acuerdo con la noción de delito que se sostiene en este país⁸¹⁴.

⁸¹² LAVASSEUR, George. *L'imputabilité en droit pénal*. Rapport de synthèse présenté au IV Congrès de l'Association Française de droit pénal. RSC, Nantes, 1982. p. 15. [el soporte indispensable de toda culpabilidad]

⁸¹³ DECOCQ, André. *Droit pénal général*, Armand Colin, Paris, 1971. p. 201.

⁸¹⁴ En ese sentido explica BONFILS que « *il ne saurait y avoir de responsabilité pénale sans discernement puisqu'il est une exigence capitale de la responsabilité pénale, qui traduit sa dimension morale et son objet sanctionnateur* ». BONFILS, *Le discernement en droit pénal*, in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Paris, 2007. p. 106. [no habrá responsabilidad penal sin discernimiento pues es una exigencia fundamental de la responsabilidad penal, que traduce su dimensión moral y su objeto sancionador]

Finalmente, el libre albedrío (*libre arbitre*) se define como la capacidad de auto determinarse, espontánea y voluntariamente⁸¹⁵. Se trata pues de la ausencia de fuerzas externas sobre la voluntad que impliquen que el acto no responde a los deseos de quien lo ha llevado a cabo. Si una persona no puede discernir o no actúa libremente no se le puede sancionar por su actuación, aun cuando objetivamente se trate de un delito, porque esto vulneraría la libertad individual, que se ha reconocido como un valor esencial del Estado, desde la Revolución Francesa de 1789. Por esa razón, se ha considerado que la imputabilidad es una condición subjetiva de la responsabilidad penal⁸¹⁶.

Así mismo, en esta categoría se incluyen también elementos subjetivos que determinan la actuación del sujeto, la mayoría de los cuales tienen elementos intelectuales y volitivos. Aunque no todos los sistemas reconocen las mismas formas de elementos subjetivos para fundamentar la responsabilidad penal, existen varias coincidencias que es importante resaltar pues es a partir de estos puntos comunes que pueden crearse interpretaciones generales. Antes de detenerse en cada uno de ellos, es importante mencionar que, a pesar de que en este escrito se estén explicando en el mismo lugar de la culpabilidad tal como se hace en el derecho anglosajón con la *mens rea* y en el derecho francés con el elemento moral (*l'élément moral*), en su gran mayoría la doctrina en Colombia y España considera que estos elementos constituyen el tipo subjetivo, que se encuentra dentro de la tipicidad, segundo estadio del análisis de la teoría del delito, mientras que la culpabilidad, como ya se explicó, constituye la cuarta estructura a estudiar.

b. El dolo

La primera forma de tipo subjetivo o de *mens rea* que suele estudiarse, posiblemente porque de su comprensión depende el estudio de otras estructuras semejantes, es el dolo directo o intención. Todos los sistemas que se están estudiando coinciden en sancionar penalmente aquellas conductas que se realizan con intención directa o dolo directo, cuya característica

⁸¹⁵ De acuerdo con MERLE y VITU, «*le libre arbitre est la clé de voûte du droit pénal classique car lui seul confère à la culpabilité de l'agent la pleine signification morale qui appelle le blâme et justifie le reproche*». MERLE, Roger. VITU, André. *Traité de droit criminel*, T.1. 7 ed., Francia, Cujas, 1997. p. 616.

⁸¹⁶ BERNARDINI, Roger. *Droit pénal général*, Gualino, Paris, 2003. p. 399.

principal es que en él coinciden la intención del sujeto, su finalidad, la acción que lleva a cabo y el resultado que produce cuando el sujeto alcanza el propósito que tiene.

En todos los sistemas, la intención (*intention*) es el elemento interno más grave⁸¹⁷, pero no por ello es al que el derecho penal anglosajón le ha dedicado más estudio. En el derecho anglosajón no hay una fórmula general para decidir todos los casos en los que el sujeto actúa deliberadamente, ni un concepto general que describa esta forma de *mens rea*⁸¹⁸. De hecho, “[t]he general legal opinion is that “intention” cannot be satisfactorily defined and does not need a definition, since everyone knows what it means”⁸¹⁹. Sin embargo, la idea general es que una persona tiene intención de causar una consecuencia, cuando ella es consciente de que esta se producirá con su conducta. A partir de esta definición general se han realizado algunas consideraciones que ameritan ser estudiadas, sin embargo, es importante aclarar que el Código Penal Modelo ha optado por utilizar el adverbio *purposely*, que significa a propósito o deliberadamente, en lugar de intencionalmente, que es la expresión utilizada en Inglaterra, para referirse al mismo concepto. Del mismo modo, en aquellos estados de los Estados Unidos en los que se ha modificado la estructura propuesta por el Código Penal Modelo, la terminología puede variar⁸²⁰.

⁸¹⁷ Se ha establecido que una forma de *mens rea* es más grave que otra con base en el numeral cinco (5) de la sección 2.02 del Código Penal Modelo que firma «*Substitutes for Negligence, Recklessness and Knowledge. When the law provides that negligence suffices to establish an element of an offense, such element also is established if a person acts purposely, knowingly or recklessly. When recklessness suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely or knowingly. When acting knowingly suffices to establish an element, such element also is established if a person acts purposely*». [Sustitutos para la negligencia, la imprudencia y el conocimiento. Cuando la ley prevea que la negligencia es suficiente para establecer un elemento de un delito, ese elemento también quedará establecido si la persona actúa con intención, conocimiento o imprudencia. Cuando sea suficiente actuar con imprudencia, el elemento estará establecido si el sujeto actúa con propósito o conocimiento. Cuando sea suficiente actuar con conocimiento, el elemento quedará establecido si se actúa con intención](traducción libre).

⁸¹⁸ “*La intención es asimismo una forma propia de los delitos más graves «serious crimes»*”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 134.

⁸¹⁹ [La opinión general dentro de los operadores jurídicos es que la “intención” no puede ser definida satisfactoriamente y no necesita ser definida, porque todo el mundo sabe lo que significa] (traducción libre). Continua WILLIAMS, “*This is largely true. Trouble has been caused in the past because when judges have provided a jury with definitions or tests of intentions, they have used wide language going beyond the ordinary meaning of the word. The present practice is to leave the word without explanation, which in every case except one, is perfectly acceptable*”. WILLIAMS. *Textbook...*, op. cit. p. 74. En el mismo sentido SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R. *Criminal Law. Theory and Doctrine*, 3 ed., Oregon, Hart Publishing, 2007. p. 133.

⁸²⁰ POLLOCK. *Criminal...*, op. cit. p. 51.

Así pues, la sección 2.02 establece que: «(a) *A person acts purposely with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and (ii) if the element involves the attendant circumstances, he is aware of the existence of such circumstances or he believes or hopes that they exist*»⁸²¹. Al definir este concepto, la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó que “*a person who causes a particular result is said to act purposefully if he consciously desires that result, whatever the likelihood of that result happening from his conduct*”⁸²².

El objetivo al utilizar esta expresión y no la clásica *intención* es desvincularla de la idea de deseos o sueños que subyace en el uso ordinario del término. *Deliberadamente* implica entonces, que el sujeto actúa con cierto estado cognitivo que incluye la previsión de las consecuencias y el conocimiento de lo que está haciendo⁸²³. Sin embargo, se debe tener en cuenta que *knowing* es decir, actuar con conocimiento es otra forma distinta de culpabilidad, por lo que el conocimiento en el caso de la intención o la actuación deliberada se refiere más a la conciencia (*he is aware*) de la existencia de ciertas circunstancias o de que, de acuerdo con una regla de la experiencia, una conducta determinada produce el resultado que el sujeto pretende producir⁸²⁴.

La mayoría de las veces, la jurisprudencia anglosajona opera con base en la llamada presunción de la intención (*presumption of intent*)⁸²⁵, según la cual se presume que el sujeto tenía la intención de causar las consecuencias naturales y probables de sus actos, por lo que la intención no será discutida en las sentencias, ni el ente acusador tendrá la obligación de

⁸²¹ [(a)Propósito. Una persona actúa con propósito con respecto a un elemento material de un delito cuando (i) si el elemento constituye la naturaleza de la conducta o el resultado producido, el sujeto tiene como objetivo consciente ejecutar una conducta de esa naturaleza o causar ese resultado; y (ii) si el elemento constituye una circunstancia, él sabe de la existencia de esa circunstancia, cree o espera que ella exista] (traducción libre).

⁸²² Supreme Court of The United States, *United States vs Bailey et al*, 21 de enero de 1980.

⁸²³ FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 440.

⁸²⁴ LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 216.

⁸²⁵ Además “*The legislature sometimes creates statutory presumptions to aid the prosecution in proving the mental side of the crime, including a required intention*”. LAFAVE. SCOTT. *Criminal ...*, op. cit. p. 225. [El legislador en algunos casos crea presunciones estatutarias para ayudar al ente acusador a proveer los aspectos mentales del crimen, incluyendo la intención requerida] (traducción libre).

probarla, salvo en dos ocasiones⁸²⁶. En primer lugar, que el acusado alegue que carecía de intención y entonces el acusador deberá probar la existencia de la intención o de alguna otra forma de *mens rea*⁸²⁷. En segundo lugar, si la definición del delito incluye las palabras *intentionally* o *purposely*, se deberá probar que el sujeto actuó con esta forma de *mens rea* pues ninguna otra es suficiente para que exista la responsabilidad penal. En estos casos, bastará con que se pruebe que el sujeto tenía una “*reasonable cause to believe that the act will end with a certain result*”⁸²⁸, para que se entienda cumplido el requisito.

Ahora bien, se debe dejar claro que la determinación de la existencia de deliberación en la actuación criminal de un sujeto no incluye el análisis de los motivos por los cuales este decidió cometer el delito. Los motivos son definidos en el derecho penal como el conjunto de los deseos del sujeto y su propósito de producir ciertas consecuencias finales, a través de una conducta que produce otras consecuencias que solo son medios⁸²⁹. Es decir, los motivos por los cuales actúa el sujeto son aquellas consecuencias, posteriores a su actuación, que son las que el sujeto desea, pero que escapan al interés del derecho penal, por no ser los resultados delictivos que la ley define. Por ejemplo, si una persona mata a otra por venganza, la venganza será el motivo, pero esta está por fuera del derecho penal y lo que es relevante para el sistema jurídico es la muerte, aunque en la mente del sujeto esta sea solo el medio para alcanzar su fin último.

⁸²⁶ “*In cases involving a ‘direct attack’ on a victim, juries need no direction on the meaning of ‘intention’: there is ‘direct and clear’ evidence of the defendant’s ‘desire or motive’; and ‘his intent will have been the same as his desire or motive’*”. DUFF. *Intention...*, op. cit. p. 24. [En casos que involucran ataques directos sobre la víctima, los jurados no necesitan instrucciones sobre el significado de la intención: existe evidencia clara y directa del deseo o motivo del acusado y, su intención debió haber sido la misma que su deseo o motivo] (traducción libre).

⁸²⁷ “*(...) en los supuestos donde el acusado alega no haber querido la particular consecuencia indirecta de sus acciones se valora (en lo que se denomina regla de Wooling/Nedrick), sobre la base de la previsibilidad de los riesgos que involucra la realización de la acción considerando la posibilidad cierta de producción del resultado (en especial, en los casos de homicidio y de lesiones graves)*”. OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 114.

⁸²⁸ NEMETH. *Criminal...*, op. cit. p. 84. [Causa razonable para creer que el acto terminaría con un resultado determinado] (traducción libre).

⁸²⁹ WEIGEND, Thomas. “Subjective Elements of Criminal Law” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014. p. 498. En el mismo sentido, LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 227.

Sin embargo, no siempre es fácil distinguir la intención del sujeto de sus motivos. En *Chandler and others v Director of Public Prosecutions*⁸³⁰ se juzgó a un grupo de personas que organizaron una manifestación a favor de la prohibición de las bombas en la estación de la Real Fuerza Aérea, con el objetivo de que todos los aviones se quedaran en tierra. Los acusados fueron condenados por perjudicar la seguridad y los intereses del Estado, de acuerdo con la sección 1 del *Official Secrets Act 1911* y apelaron alegando que su propósito era que se prohibieran las armas nucleares y por tanto, garantizar la seguridad del Estado y el bienestar de los ciudadanos. Los Lores rechazaron este argumento, afirmando que ese podría ser el motivo de la manifestación, pero el propósito o la intención era mantener los aviones en tierra, lo que contravenía la ley y por tanto eran penalmente responsables, por lo que confirmaron la sentencia.

Por eso, los motivos en el derecho penal anglosajón han sido estrictamente definidos, para excluir las intenciones específicas, distinguiendo entre unas y otros, pues solo las primeras son relevantes para el ordenamiento penal. Así pues, el concepto de intención tiene un alto componente cognitivo y solo un pequeño componente volitivo⁸³¹. Al excluir los deseos y los motivos y al analizar la definición de intención que presenta el Código Penal Modelo y que, como se dijo, ha sido adoptada casi sin variaciones en la mayoría de los ordenamientos que pertenecen a esta tradición jurídica, puede verse que la intención supone un compromiso de la conciencia del sujeto en cuanto a su conducta, el resultado que pretende producir y el conocimiento de las circunstancias en las que se encuentra. Así también lo afirmó la Corte de Apelaciones de Inglaterra en 1950, en la sentencia *Cunliffe v Goodman*, afirmando que “[a]n intention (...) connotes a state of affairs which [X] decides, so far as in him lies, to bring about, and which, in point of possibility, he has a reasonable prospect of being able to bring about, by his own act”⁸³².

⁸³⁰ House of Lords, *Chandler and others v Director of Public Prosecutions*, julio 12 de 1962.

⁸³¹ “Keeping in mind, there is some agreement that intention (in a broad sense, i.e. including various modes of intentional fault) comprises both cognitive and volitional elements”. WEIGEND. *The Oxford...*, op. cit. p. 494. [Teniendo en cuenta que existe algún grado de acuerdo con respecto a que la intención (en sentido amplio, por ejemplo incluyendo varios modos de culpabilidad) comprende los elementos cognitivos y volitivos] (traducción libre).

⁸³² Court of Appeal, *Cunliffe v Goodman*, marzo 7 de 1950. Párrafo 253. [Una intención (...) connota un estado de cosas que [X] decide, en la medida en la que las provoca, y que, desde el punto de vista de la posibilidad, tiene una perspectiva razonable de ser capaz de producir, por su propio acto] (traducción libre).

Por el contrario, en algunos tipos consagrados en el derecho penal iberoamericano, se incluyen además otros elementos subjetivos, que también determinan la tipicidad de la conducta, en tanto que son especiales tendencias o motivos que el legislador exige para caracterizar la voluntad del autor⁸³³. Estos elementos subjetivos que por regla general pertenecen a la culpabilidad quedan en la tipicidad cuando el legislador los incluye en la descripción típica⁸³⁴. A partir de la presencia de estos elementos en los tipos penales estos se clasifican. Dentro de la clasificación se identifican los delitos de intención, los delitos de tendencia y los delitos de expresión⁸³⁵. Sin embargo, aunque estos elementos son importantes pues existen conductas que solo pueden identificarse a partir de ellos, *“los elementos del ánimo deben ser cuidadosamente analizados para excluir inconstitucionalidades, pues sobre la base de ellos puede caerse en una moralización de los tipos, como también en un derecho penal de autor y aún peor, en derecho penal del enemigo”*⁸³⁶.

Ahora bien, el elemento volitivo de la intención anglosajona está dado por el hecho de que el sujeto busca producir un resultado determinado, lo que permite hablar de que *quiere* ese resultado. No obstante, este querer no puede entenderse en términos de deseo, sino que se refiere a que el sujeto acepta la producción de ese resultado como la consecuencia natural y más probable de su conducta⁸³⁷. Esto se debe, a que es imposible afirmar que el sujeto conoce el resultado de su conducta, en la medida en la que nos es imposible conocer con certeza el futuro, por lo que el conocimiento de la acción y de las circunstancias (que son el presente del sujeto), no es exactamente el mismo que puede tener del resultado futuro y, en consecuencia, hay un elemento volitivo en la intención, que es la voluntad de producir un resultado determinado⁸³⁸.

⁸³³ JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 285. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 296.

⁸³⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho...*, op. cit. p. 254. CEREZO MIR explica que: *“Pertenece al injusto aquellos elementos subjetivos en los cuales no se puede determinar la conducta prohibida por la norma, mientras que pertenecen a la culpabilidad aquellos que influyen únicamente en la medida de la reprochabilidad”*. CEREZO MIR. *Curso ...*, op. cit. p. 158.

⁸³⁵ *Ibidem*. p. 122. También, JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 287. En el mismo sentido, ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 312.

⁸³⁶ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 425.

⁸³⁷ WEIGEND. *The Oxford...*, op. cit. p. 495.

⁸³⁸ *“By treating “circumstances” and “results” together, this definition camouflages the fact that “knowledge” can only be refer to circumstances past or present, not to the future. It is therefore preferable to distinguish between “circumstances” (including the actor’s own conduct) where knowledge can indeed be certain or*

Así lo reconoce, también el Código Penal Modelo, cuando afirma, en el segundo numeral de la sección que ya se ha citado, que el sujeto es consciente de causar el resultado, pero no de la existencia del mismo, como lo afirma de la acción y de las circunstancias. O, en palabras de ASWORTH, “*to phrase it properly, that D can be said to have intended the result if he or she realized that the result was certain to follow from the behavior in question*”⁸³⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia inglesa, que en el caso *Director of Public Prosecutions v. Smith*⁸⁴⁰, se refirió a la máxima de la consecuencia probable en el delito de homicidio, para determinar que el sujeto había actuado con intención. En esa ocasión, un policía se aferró al capó del carro de un hombre para evitar que este huyera con bienes hurtados. El sujeto manejó a una alta velocidad, serpenteando por la carretera hasta que el policía cayó del capó y murió por el golpe. La Cámara de los Lores estableció que dado que la muerte del policía era la consecuencia probable de la actuación del sujeto, este tenía la intención de causarla con su conducta y, en consecuencia, lo condenó por homicidio intencional (*murder*). Aunque esta sentencia ha sido fuertemente criticada por haber realizado un análisis completamente objetivo al determinar si esa era la causa probable de la conducta, y el precedente fue derogado posteriormente por la misma Cámara de los Lores en otros aspectos, el análisis objetivo del concepto de intención como la realización de una conducta con el propósito de causar el resultado natural y probable sigue vigente.

Este concepto está basado en la premisa establecida en *Gollins v Gollins*, según la cual “*Intention is a state of mind. You cannot see into other people’s minds, but ordinary people have little difficulty in inferring intention from what a man does and says*”⁸⁴¹, lo que tiene como consecuencia que sea necesario realizar una segunda distinción, esta vez entre lo que

almost certain, and “results”, where one should rather talk about expectation or prediction”. *Ibidem*. p. 497. [Al referirse al mismo tiempo a las circunstancias y a los resultados, esta definición camufla el hecho de que el conocimiento solamente puede referirse a las circunstancias pasadas o presentes, no a las futuras. En ese sentido, es preferible distinguir entre “circunstancias” (incluyendo la propia conducta del actor) donde el conocimiento puede ser cierto o casi cierto, y resultados, donde uno debe hablar de expectativa o predicción] (traducción libre).

⁸³⁹ ASWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 175. [para decirlo correctamente, se puede decir que quería producir el resultado si se dio cuenta de que el resultado se derivaría del comportamiento en cuestión] (traducción libre).

⁸⁴⁰ House of Lords, *Director of Public Prosecutions v. Smith*, mayo 20 de 1961.

⁸⁴¹ House of Lords, *Gollins v Gollins*, julio 27 de 1963. [La intención es un estado de la mente. Una persona no puede ver en la mente de otra, pero la gente generalmente no tiene dificultades en inferir la intención a partir de lo que otro hace o dice] (traducción libre).

el sujeto se propone y aquello que prevé (*foresight*). La jurisprudencia ha establecido varias veces que la intención no incluye la previsión de las probables consecuencias que se puedan desprender de la acción del sujeto. Es decir, que la actuación deliberada es aquella que el sujeto realiza para producir un resultado determinado, y es irrelevante si el sujeto previó otros resultados, aunque estos puedan desprenderse de su conducta. La diferencia con los motivos radica en que la previsión del resultado querido no es del todo irrelevante para el derecho penal, pues, de la prueba de lo que el sujeto previó, se puede inferir la intención del sujeto. Así pues, “[i]f foresight of even a morally certain consequence is only evidence from which intention must be inferred, intention must be a ‘state of mind’ distinct from any such foresight (...)”⁸⁴².

Como se dijo, en Francia todos los crímenes y la mayoría de los delitos son intencionales. La ley penal no define el concepto de intención⁸⁴³ y, por ello, ha sido la doctrina la encargada de hacerlo⁸⁴⁴. La intención penal se define como “*la volonté qui se tend vers un but illicite: l’accomplissement de l’infraction*”⁸⁴⁵, de donde se derivan dos elementos, la voluntad y el conocimiento⁸⁴⁶. Por una parte, actúa con voluntad quien se dirige a conseguir un propósito ilícito.

En este punto, es preciso evidenciar que para el derecho penal francés, el dolo es un dolo malo, similar al concepto sostenido por la escuela causalista del delito en el contexto continental⁸⁴⁷, pues no basta que el sujeto dirija su actuación a la producción de un resultado,

⁸⁴² DUFF. *Intention...*, op. cit. p. 25. [Si la previsión de incluso una consecuencia moralmente cierta es solo evidencia de la cual se debe inferir la intención, la intención debe ser un ‘estado de ánimo’ distinto de tal previsión] (traducción libre).

⁸⁴³ El Código penal solamente establece que no habrá delito sin intención. Code pénal, article 121-3 « Il n’y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ».

⁸⁴⁴ ELLIOT, Catherine. “The French Law of Intent and Its Influence on the Development of International Criminal Law”. En *Criminal Law Forum*, Volume 11, Issue 1. March 2000. Disponible en <https://doi.org/10.1023/A:1009417120616>. Consultado el 30 de octubre de 2017. p. 36.

⁸⁴⁵ SOYER. *Droit...*, op. cit. p. 100. [La voluntad que se dirige hacia un propósito ilícito : el cumplimiento de la infracción] (traducción libre). En el mismo sentido, EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 89.

⁸⁴⁶ ELLIOT. “The French...”, op. cit. p. 36. En el mismo sentido, BADAR. MARCHUK. “A Comparative...”, op. cit. p. 28.

⁸⁴⁷ Para la doctrina causalista, el dolo comprendía el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y la voluntad de llevar a cabo la conducta, tal como sucede en el ordenamiento jurídico-penal francés, por lo cual el dolo se concebía como *dolus malus*, y se ubicaba dentro de la culpabilidad, ya que esta teoría hacía una clara distinción entre elementos objetivos, ubicados en el injusto, y elementos subjetivos, ubicados en la culpabilidad. WELZEL, a partir de su concepción de la acción final, separó el

sino que debe saber que su conducta es ilícita y aún así decidir llevarla a cabo⁸⁴⁸. En consecuencia, el conocimiento que se exige dentro de la intención no es solo el conocimiento del hecho, sino el conocimiento de que la actuación que se lleva a cabo es contraria a la ley penal⁸⁴⁹. Como se explicó anteriormente, este conocimiento también se exige en el derecho penal iberoamericano, pero en ese caso hace parte de la culpabilidad del autor y no del dolo. Adicionalmente, en el derecho penal francés, con base en la presunción de que todos los ciudadanos conocen la ley y en el principio ‘*nemo censetur ignorare legem*’, por lo general, se presume que el sujeto actuó con conocimiento de la ilicitud de su conducta, salvo prueba en contrario⁸⁵⁰.

Así pues, en principio, el derecho penal francés entiende que para que haya intención no es necesario que la voluntad del sujeto se dirija hacia la consecución del resultado, sino que basta con que quiera llevar a cabo el comportamiento ilícito, con el conocimiento de qué está haciendo y de la ilicitud de su actuar⁸⁵¹. Esta voluntad y este conocimiento configuran el dolo general (*dol général*)⁸⁵². Así, por ejemplo, si una persona tira una piedra a otra y esta muere como consecuencia del golpe, basta con probar que la persona quería tirar la piedra para que tuviera el dolo general del crimen de homicidio. Para el dolo general es indiferente si el sujeto

conocimiento de la antijuridicidad, que se mantiene en la culpabilidad, del conocimiento y la voluntad que recaen sobre los hechos, que se trasladó al tipo subjetivo, pues solo el dolo permite identificar claramente la conducta que se pretende analizar y, por tanto, determinar si se trata de una conducta típica. Así pues, si la acción solo puede ser entendida a partir de la finalidad, el tipo que la describe debe, necesariamente, incluir todos los elementos de esa finalidad, comenzando por el más intenso de ellos, el dolo. Al respecto, MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 266. En el mismo sentido JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 218.

⁸⁴⁸ GARÇON, Émile. *Code pénal annoté*, Sirey, París, 1959. p. 77.

⁸⁴⁹ Afirma RENOUT “*L’intention doit donc être entendue comme l’intention de violer la loi pénale, c’est-à-dire comme la volonté de commettre l’infraction considérée, comme la volonté d’accomplir l’acte constituant l’élément matériel de l’infraction. (...) Elle implique que l’auteur de l’infraction savait que le comportement était interdit par la loi et pénalement sanctionnée (...) et qu’il ait pourtant volontairement décidé d’apporter ce comportement*”. RENOUT, Harald. *Droit pénal général*. Larcier, Bruxelles, 2013. p. 146. [La intención se debe entender como la intención de violar la ley penal, es decir, como la voluntad de cometer el delito en consideración, como la voluntad de ejecutar el acto constitutivo del elemento material de la infracción. (...) Esto implica que el autor de la infracción sabía que el comportamiento estaba prohibido por la ley y le correspondía una sanción penal (...) y que él ha decidido voluntariamente llevar a cabo ese comportamiento] (traducción libre).

⁸⁵⁰ El error de derecho se abordará al final de este apartado.

⁸⁵¹ Sin embargo, se debe tener en cuenta que « *Aucune définition n’en est proposée par la loi. C’est donc une analyse essentiellement doctrinale et jurisprudentielle qui permet de préciser la définition de l’intention et les classifications* ». SORDINO, Marie-Christine. *Droit pénal général*. Ellipses, París, 2016. p. 134. [La ley no contiene ninguna definición. Se trata de un análisis esencialmente doctrinario y jurisprudencial que permite precisar la definición de la intención y las clasificaciones] (traducción libre).

⁸⁵² BADAR. MARCHUK. “*A Comparative...*, op. cit. p. 32.

quería matar a la persona o solamente quería lesionarla porque esa es la intención frente al resultado. En consecuencia, difícilmente en un caso concreto se establecerá que la persona carecía de dolo general cuando ha llevado a cabo la conducta, salvo en los casos en los que se haya actuado bajo un error sobre los hechos o un error de derecho⁸⁵³.

Sin embargo, algunas infracciones exigen que se produzca un determinado resultado, como se explicó anteriormente⁸⁵⁴. En estos casos, para que pueda existir responsabilidad penal, es necesario que, además del dolo general, el sujeto tenga la intención de producir ese determinado resultado. Esa intención adicional que recae sobre el resultado configura el dolo especial (*dol spécial*). Así pues, en el homicidio se exige la intención de matar, que debe sumarse al dolo general, por ejemplo. En el mismo sentido, en el hurto, mientras que el dolo general exige que el sujeto quiera apoderarse de un bien ajeno y que sepa que esa conducta está prohibida, el dolo especial se constituye porque el sujeto quiere actuar como dueño de ese bien⁸⁵⁵.

No obstante, el dolo especial es una excepción, que solo se aplica a aquellas infracciones que requieran un resultado determinado, que son en su mayoría crímenes y delitos graves. Determinar cuando una infracción requiere un dolo especial generalmente presenta problemas, por lo que, en contra de la necesidad de establecer el dolo general y el dolo especial, DECOCQ propuso que se unificara dentro del dolo general, la intención de llevar a cabo el acto y de producir el resultado, no obstante, ni la jurisprudencia ni la doctrina francesa han acogido esta idea⁸⁵⁶. Mientras que el Código penal solo hace referencia al dolo general

⁸⁵³ Explica Sordino que « *Le dol général désigne le souhait de commettre un acte que l'on sait prohibé par la loi pénale. Il existe dans toutes les infractions intentionnelles. Il comprend deux éléments qui sont d'une part, la connaissance et la conscience du caractère interdit du comportement et d'autre part la volonté de réaliser ce comportement* ». SORDINO, Marie-Christine. *Droit pénal général*. Ellipses, Paris, 2016. p. 134. [El dolo general designa el deseo de cometer un acto que uno sabe que está prohibido por la ley penal. Existe en todas las infracciones intencionales y comprende dos elementos que son, de una parte, el conocimiento y la conciencia del carácter prohibido del comportamiento y, de otra, la voluntad de realizar ese comportamiento] (traducción libre).

⁸⁵⁴ Así lo afirma BADAR al sostener que “*Accordingly, in French criminal law, all offences that require certain outcome of the criminal conduct need to be accompanied by special intention or dol spécial*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 163. [En consecuencia, en el derecho penal francés, todos los delitos que requieran que la conducta criminal produzca cierto resultado necesitan una intención especial o dolo especial] (traducción libre).

⁸⁵⁵ *Ibidem*, p. 29. Así mismo, EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 90.

⁸⁵⁶ ELLIOT. “The French...”, op. cit. p. 38.

en el artículo 121-3, la jurisprudencia aún distingue entre ambos tipos de dolo⁸⁵⁷, principalmente porque algunos de los delitos y crímenes establecen expresamente que se requiere una intención especial adicional.

En un sentido similar, en el derecho anglosajón se distingue entre la intención general (*general intent*) y la intención específica (*specific intent*), aunque para la Corte Suprema de los Estados Unidos “*this venerable distinction has been the source of a good deal of confusion*”⁸⁵⁸. La primera de ellas hace referencia a la intención con la que se comete cualquier delito, es decir, la intención con la que actúa el sujeto, que incluye la conciencia de que el sujeto está realizando dicha conducta, va a producir un resultado determinado o está envuelto en determinadas circunstancias.

La segunda, por su parte, hace referencia a intenciones específicas que exigen las descripciones de los delitos y que van más allá de la conducta misma. Se trata en realidad de finalidades ulteriores con las que se cometen ciertos delitos⁸⁵⁹. Por ejemplo, el delito de *burglary* exige que el sujeto entre a un inmueble ajeno, con la intención de cometer un delito grave⁸⁶⁰. Por su parte, en Inglaterra estas intenciones específicas reciben el nombre de intenciones ulteriores (*ulterior intent*)⁸⁶¹. A esto hay que sumar el hecho de que el análisis de la intención nunca se hace en abstracto, la intención siempre está dirigida a un hecho

⁸⁵⁷ ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 68.

⁸⁵⁸ Supreme Court of The United States, *United States vs Bailey et al*, 21 de enero de 1980.

⁸⁵⁹ En palabras de LAFAYE: “*Sometimes it is spoken of as a “general intent” to distinguish it from the “specific intent” which a crime may specifically, but its definition, required, over and above any required intention to engage in the forbidden conduct*”. Ibidem, p. 217. [Algunas veces se habla de “intención general” para distinguirla de la “intención específica” que un crimen puede específicamente, por su definición, requerir, más allá de cualquier intención requerida para participar en la conducta prohibida] (traducción libre).

⁸⁶⁰ Sin embargo, algunos autores utilizan la distinción entre intención general e intención específica de un modo distinto, usando *intención general* como sinónimo de *mens rea* e *intención específica* como la forma especial de *mens rea* que es la intención.

⁸⁶¹ En ese sentido, “*A crime is frequently so defined that the mens rea includes an intention to produce some further consequence beyond the actus reus of the crime in question. (...) The phrase “ulterior intent” is therefore preferred to describe the third concept*”. SMITH. HOGAN. *Criminal...*, op. cit. p. 56. [Un crimen es frecuentemente definido de tal forma que la *mens rea* incluye una intención de producir una consecuencia posterior al *actus reus* del crimen que se analiza. (...) La expresión “intención ulterior” se prefiere para describir este tercer concepto] (traducción libre). Así mismo, “*(...) However, there are some crimes in which there is a requirement for mens rea which goes beyond the elements of the actus reus; this is described as ulterior intent*”. REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 66. [Sin embargo, existen algunos delitos que requieren una *mens rea* que va más allá de los elementos del *actus reus*; esto se describe como “intención ulterior”] (traducción libre).

relevante, a un comportamiento o a una consecuencia y así debe revisarse su existencia, siempre en el caso concreto⁸⁶². El derecho penal iberoamericano realiza la misma exigencia al establecer que el dolo siempre es un dolo típico, tal como se explicará posteriormente.

Por otro lado, una particularidad del derecho penal francés es que existen ámbitos en los cuales el dolo se presume. Aunque no existe una disposición legal a este respecto, se ha afirmado que *“la seule constatation de la violation en connaissance de cause d’une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l’intention exigée par l’article 121-3 de Code pénal”*⁸⁶³. Esto sucede en ámbitos específicos, que se caracterizan por estar regulados por normas de carácter técnico, como los delitos contra los derechos laborales, los delitos medioambientales y aquellos relacionados con el urbanismo; *“dans ces matières, l’intention est dès lors largement présumée”*⁸⁶⁴.

Por su parte, en el derecho penal de Colombia y España, el dolo se compone de dos elementos, el conocimiento de los elementos de la conducta típica y la voluntad. Dolo es *“la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivos necesarios para su configuración”*⁸⁶⁵. La intensidad de estos dos elementos en la psique del sujeto al momento de ejecutar el delito determina la forma de dolo con la cual el sujeto ha actuado y, a partir de allí, se han identificado: (i) el dolo directo de primer grado, (ii) el dolo directo de segundo grado y el (iii) dolo eventual⁸⁶⁶.

No obstante, aunque la doctrina mayoritaria aún exige la presencia de voluntad dentro del dolo, especialmente en el dolo directo, con el paso del tiempo ha ido surgiendo un sector que rechaza esta exigencia y que considera que el solo conocimiento de los elementos del tipo

⁸⁶² WILLIAMS. *Textbook...*, op. cit. p. 87. Por lo mismo afirma ASWORTH *“The approach of the criminal law, however, is generally not to ask with the intentions D committed the act, but to ask whether one particular intention was present when the act was committed”*. ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 174. [Normalmente el derecho penal no se cuestiona con respecto a las intenciones con las que D cometió el acto, sino que se pregunta si una intención específica estaba presente en el momento en el que el acto se llevó a cabo] (traducción libre).

⁸⁶³ RENOUT, Harald. *Droit pénal général*. Larcier, Bruxelles, 2013. p. 147. [La sola constatación de la violación con conocimiento de la prescripción legal o reglamentaria al respecto implica, por parte del autor, la intención exigida por el artículo 121-3 del Código penal] (traducción libre).

⁸⁶⁴ RENOUT. *Droit pénal...*, op. cit. p. 147.

⁸⁶⁵ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 403.

⁸⁶⁶ LUZÓN PEÑA. *Curso ...*, op. cit. p. 413. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho ...*, op. cit. p. 287.

objetivo es suficiente para la configuración del mismo. A partir de esa postura, se han ido decantando diferentes definiciones de dolo que se deben mencionar por la fuerza que han ido ganando⁸⁶⁷.

Siguiendo la clasificación propuesta por POSADA MAYA⁸⁶⁸, existen tres grupos de teorías sobre el concepto de dolo, que buscarían establecer sus límites y su naturaleza. En primer lugar, estarían las teorías de corte psicológico o normativo, que afirman que basta con el conocimiento de la realización de los elementos del tipo objetivo, para que exista dolo, por lo cual, los elementos volitivos no son necesarios. En segundo lugar, se encuentran las posturas que, desde una perspectiva ontológica o, incluso en algunos casos normativa, exigen la concurrencia de un elemento volitivo y un elemento cognitivo para configurar el dolo. De acuerdo con ellas, la voluntad es irrenunciable, pues no basta con que el sujeto conozca todos los elementos típicos, si no quiere realizar su conducta o no quiere producir el resultado. Y, finalmente, posiciones intermedias, que afirman que mientras que el dolo eventual es un concepto meramente cognitivo, el dolo directo de primer grado y el dolo de consecuencias necesarias, exigen un elemento volitivo. Existiendo, dentro de cada grupo, varias propuestas que tienen entre ellas importantes diferencias. A continuación se explicará una concepción de dolo que se enmarca dentro de las teorías del segundo grupo.

A la clasificación del dolo entre dolo directo de primer grado, dolo de consecuencias necesarias y dolo eventual, se le ha asignado una función puramente dogmática, es decir, es útil para estudiar el dolo, para entender como funciona y cual es su contenido y, se afirma, que no tiene ninguna consecuencia práctica, pues la ley penal tipifica el tipo doloso, sin hacer ninguna distinción posterior⁸⁶⁹. Sin embargo, el Código penal colombiano, en el artículo 61, establece como uno de los fundamentos para la individualización de la pena la «*intensidad del dolo*», así como el artículo 66 del Código penal español, en el numeral 6, establece la

⁸⁶⁷ “También hay que hacer alusión a otra postura minoritaria, aunque influyente, que cuestiona el elemento volitivo del dolo, (...) Son las modernas teorías puras del conocimiento”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual...*, op. cit. p. 112. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 405.

⁸⁶⁸ POSADA MAYA. “El dolo...”, op. cit. p. 10.

⁸⁶⁹ “La clasificación del dolo en distintas modalidades (...) no tiene ninguna consecuencia desde el punto de vista sancionatorio, ya que todas las modalidades dolosas reciben la misma sanción penal”. PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, op. cit. p. 137.

«*mayor o menor gravedad del hecho*», como un elemento a tener en cuenta a la hora de la imposición de la pena, por lo cual la clasificación del dolo, sí tiene un efecto práctico.

El Tribunal Supremo español en una sentencia de 7 de noviembre de 2002, expuso las tres formas de dolo con las siguientes palabras: «*(...) la jurisprudencia han (sic) distinguido tres clases de dolo, (...): directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual. En los delitos de resultado, en el primer caso, el autor quiere el resultado típico, de manera que su conducta está orientada precisamente a su consecución. En el segundo caso, aunque el autor no quiere directamente el resultado, este se presenta como consecuencia natural e inevitable de su acción, que es conocida y admitida por el; y, finalmente, en el dolo eventual, el autor se representa la posibilidad del resultado y consiente en su producción (teoría del consentimiento) o bien se representa el resultado con un alto grado de probabilidad (teoría de la representación), continuando su acción a pesar de no hacerlo directamente*»⁸⁷⁰.

Así pues, el dolo directo de primer grado, al que también puede denominarse intención o propósito, es la persecución de un fin⁸⁷¹, que es la realización del tipo. A este respecto, es indiferente que el sujeto este absolutamente seguro de que el resultado que busca va a producirse y, que la realización del tipo sea el único fin en la mente del sujeto. Simultáneamente, pueden coincidir en el sujeto varios motivos y varias finalidades, siendo lo único relevante que el sujeto se haya propuesto alcanzar el resultado típico⁸⁷². Ahora bien, aunque el dolo, como concepto general, es aplicable a todos los tipos penales dolosos, la definición particular de cada figura de la parte especial determinará el dolo, por esa razón, el dolo siempre es un dolo típico⁸⁷³, cada delito exige su propio dolo, porque para que pueda afirmarse que el sujeto ha actuado dolosamente, este debe querer y conocer cada uno de los

⁸⁷⁰ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ..., op. cit.* p. 118.

⁸⁷¹ ROXIN. *Derecho ..., op. cit.* p. 416.

⁸⁷² MIR PUIG. *Derecho ..., op. cit.* p. 271.

⁸⁷³ ROXIN asegura que: “*Dado que el dolo se presenta como saber y querer la realización del tipo, siempre ha de referirse a un tipo concreto y examinarse por separado para cada uno de ellos. Así, con la producción de un resultado el sujeto puede realizar dolosamente varios tipos (...). Asimismo concurren varias realizaciones típicas dolosas cuando alguien causa diferentes resultados con una acción, aunque sea con distintas formas de dolo*”. ROXIN. *Derecho ..., op. cit.* p. 455.

elementos del tipo objetivo⁸⁷⁴. Así pues, hay dolo de homicidio, dolo de hurto, dolo de secuestro, etc.

El Código penal colombiano define, en el artículo 22, el dolo afirmando que «[l]a conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (...)» donde claramente se establece que el dolo tiene dos elementos, el conocimiento y la voluntad⁸⁷⁵. Por el contrario, el Código penal español no da una definición de dolo⁸⁷⁶, dejando a la jurisprudencia y a la doctrina la tarea de identificar sus elementos. Esto tiene como consecuencia que, mientras en España cualquier definición de dolo es admisible, siempre y cuando sea coherente con la estructura del ordenamiento jurídico y sus principios rectores, en Colombia solo es admisible, al menos de *lege lata*, una concepción bipartita del dolo que incluya elementos cognositivos y volitivos.

El elemento intelectual del dolo es el conocimiento que debe tener el sujeto en el momento en el que realiza la acción. El autor del delito debe tener conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo, tanto los esenciales, es decir aquellos que constituyen el tipo básico, como los accidentales o las causas agravantes o atenuantes en su caso. Por tanto, el sujeto debe saber que conducta está llevando a cabo, el resultado que producirá, el nexo causal que existe entre ambos y los demás elementos de modo, tiempo, lugar y circunstancias que integren el tipo penal concreto.

⁸⁷⁴ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 114.

⁸⁷⁵ Explica POSADA MAYA: "En primer lugar, se puede predicar con seguridad la existencia de una relación intrínseca entre el concepto del dolo —como forma de imputación subjetiva del delito— y la teoría de la conducta. (...) Precisamente, si se advierte que el artículo 22 del Código Penal regula el elemento volitivo del dolo de forma clara y expresa, como un aspecto necesario e irrenunciable de su estructura normativa general, la conclusión correcta subsiguiente, desde el punto de vista dogmático, implica que el contenido de la voluntad del agente, ello es, el "querer" en la significación de la norma anotada, se encuentre íntimamente influido por la finalidad del agente al momento de realizar la conducta típica" POSADA MAYA, Ricardo. "El dolo en el Código Penal de 2000". En POSADA MAYA, Ricardo (Cord.) *Temas de Derecho Penal*. Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008. p. 41. También, URBANO MARTÍNEZ, *Lecciones ...*, *op. cit.* p. 239. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, *op. cit.* p. 388.

⁸⁷⁶ SOTOMAYOR ACOSTA sugiere que la ausencia de definición legal incentiva el trabajo de la doctrina en este aspecto, cuando afirma, "A diferencia de lo que sucede en legislaciones como la colombiana, en Alemania y en España el C.P. no ofrece una definición de aquello que debe entenderse por dolo, situación que ha permitido el desarrollo de una serie de teorías sobre el concepto de dolo". SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Fundamento del dolo y la ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitivo/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano*. Política Criminal, Vol. 11, N° 22. Diciembre 2016. Disponible en <http://www.politicacriminal.cl/Vol-11/n-22/Vol11n22a10.pdf>. p. 681.

De lo anterior se deben deducir dos cosas. La primera es que el conocimiento relevante para la imputación de la conducta punible es el conocimiento que tiene el agente en el momento en el que la lleva a cabo (conocimiento actual)⁸⁷⁷, los conocimientos adquiridos con posterioridad a la consumación del delito, no modifican el dolo. La segunda, es que el conocimiento del sujeto abarca elementos presentes, como la conducta que está llevando a cabo y las circunstancias en las que se encuentra, y elementos futuros, como el resultado que va a producir⁸⁷⁸.

Además, se debe tener en cuenta que, aunque el sujeto debe conocer tanto los elementos descriptivos como los elementos normativos, estos últimos tienen una particularidad en la medida en la que no le es exigible al sujeto que conozca los elementos normativos como lo haría un profesional⁸⁷⁹. Así pues, mientras que en el caso de los elementos descriptivos del tipo, el nivel de conocimiento que se exige para que exista dolo no implica problema, en la medida en la que dicho conocimiento se adquiere mediante los sentidos y son, por lo general conceptos de uso común; los elementos normativos, al requerir una valoración social o jurídica, hacen necesario establecer que tan precisa debe ser esa valoración.

Exigir un conocimiento exacto de este tipo de elementos plantea el problema de que se torna casi imposible afirmar que un sujeto sin preparación especializada en un tema determinado, ha cometido un delito doloso. Por ello, es suficiente con que el sujeto conozca el significado de ese elemento desde el punto de vista del hombre común. En el caso de un hurto, por ejemplo, no se le exige al sujeto que sepa, en términos jurídicos, que significado tiene «*cosa mueble ajena*» (artículo 239 CP. colombiano,), sino que es suficiente con que reconozca que

⁸⁷⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual ...*, op. cit. p. 114.

⁸⁷⁸ JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 264.

⁸⁷⁹ En palabras de ROXIN: “*Por un lado no se puede exigir que el sujeto realice reflexiones conscientes sobre cada uno de los elementos (...) Por otro lado hoy es indiscutido que no basta para el dolo con una conciencia solamente potencial. (...) Hoy se admite mayoritariamente una concepción situada entre los extremos. Según ella el dolo abarca también aquellas circunstancias en las que el sujeto no piensa expresamente, pero de las que es coconocida (...) consiste en una conciencia a la que en efecto no se presta atención explícitamente, pero que es coconocida con otro contenido de conciencia al que se presta atención y a la que necesariamente ha de prestarse a la vez atención de modo implícito*”. ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p.. 472.

la cosa no le pertenece. Esto es lo que MEZGER denominó «*valoración paralela en la esfera del profano*»⁸⁸⁰ y que hoy la doctrina acepta unánimemente⁸⁸¹.

Lo siguiente que se debe indicar es que cuando ese conocimiento está ausente, bien porque el autor ha malinterpretado alguna de las circunstancias que le rodean o bien porque carece por completo del conocimiento sobre una de ellas, se incurre en un error de tipo, que anula la existencia del dolo. Incluso puede afirmarse que en estos casos tampoco existe voluntad en el autor, al menos en lo que al elemento sobre el cual recae el error se refiere, pues como lo explica DEMETRIO CRESPO, “*no se puede querer o aceptar lo que no se conoce*”⁸⁸². Desde luego, esto no quiere decir que la conducta carezca de finalidad, pues quien dispara a una persona creyendo que está cazando a un animal, tiene la finalidad de cazar y el error en nada modifica tal finalidad.

Con respecto al elemento volitivo del dolo⁸⁸³, lo primero que es necesario aclarar es que este no puede confundirse con el deseo⁸⁸⁴, pues el mero anhelo o aspiración hacia algo no basta para integrar el dolo. El elemento volitivo del dolo se presenta cuando el sujeto, conociendo todos los elementos objetivos del tipo, quiere su realización, lo que determina a través de su actuación⁸⁸⁵. Por tanto, el sujeto debe querer su conducta y al menos en el caso del dolo directo de primer grado, querer, así mismo, el resultado.

⁸⁸⁰ MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 270. En el mismo sentido, PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho...*, op. cit. p. 135.

⁸⁸¹ Además, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con un sector de la doctrina, “*el dolo requiere el conocimiento de los elementos objetivos, positivos y negativos, del tipo global de injusto, o sea, tanto de los elementos objetivos del tipo positivo o indiciario como de la falta de concurrencia de los elementos que son requisitos de las causas de atipicidad o de justificación*”. LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 408. No obstante al respecto afirma FAKHOURI GÓMEZ que debe tenerse en cuenta la “*(...) necesidad de aclarar que no sólo los legos en derecho incurren en errores sobre los elementos normativos del tipo. (...) ni el sujeto es siempre un profano, ni lo que hace es siempre una valoración*”. FAKHOURI GÓMEZ. *El objeto...*, op. cit. p. 112.

⁸⁸² DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 124.

⁸⁸³ CEREZO MIR afirma que, dentro del ordenamiento español: “*La necesidad de este elemento volitivo se deduce claramente del término «intención» que utiliza, en ocasiones, nuestro Código para designar el dolo*”. CEREZO MIR., *Curso...*, op. cit. p. 144.

⁸⁸⁴ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 284.

⁸⁸⁵ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ., MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 116.

Como se ve, el dolo en este sistema engloba todos los elementos del tipo objetivo, pero esto no implica que todos esos elementos se encuentren consagrados en la misma norma. Un tipo puede contener elementos adicionales, que se encuentran consagrados en normas que incluyan agravantes o atenuantes de la conducta, por ejemplo. Esto también sucede en el derecho penal francés, pero en este caso, se afirma que el dolo varía, existiendo un dolo diferente para las distintas circunstancias que modifican la conducta.

En ese sentido, en realidad el dolo agravado (*dol aggravé*) y el dolo atenuado (*dol atténué*) no son formas distintas de intención⁸⁸⁶, sino que se refieren a la existencia de elementos subjetivos adicionales. Por regla general la intención debe distinguirse de los motivos que impulsan al sujeto a llevar a cabo la conducta⁸⁸⁷, por lo que estos últimos no hacen parte de los criterios que se utilizan para calificar las infracciones, aunque estos pueden ser tenidos en cuenta por el juez en el momento de la individualización de la pena. No obstante, en la descripción de algunas infracciones el legislador ha previsto que debe existir un elemento subjetivo adicional⁸⁸⁸.

Cuando se exige uno de estos elementos, que agrava la conducta porque su presencia la hace más reprochable, se dice que el legislador ha previsto la necesidad de que exista un dolo agravado para la consumación de la conducta. Ejemplos de dolo agravado son la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso en el genocidio (artículo 211-1 CP), la premeditación en el asesinato (artículo 221-1 CP) o la intención de causar terror en la población en el delito de terrorismo (artículo 421-1 CP)⁸⁸⁹. Por el contrario, si la presencia de estos elementos hace que la conducta sea menos reprochable, se dice que el legislador ha exigido un dolo atenuado. Cabe resaltar, que a diferencia de las circunstancias

⁸⁸⁶ “*Dol aggravé will often be a requirement for crimes carried out with a particular motive*”. ELLIOT. “The French...”, op. cit. p. 41. [El dolo agravado será frecuentemente exigido en los delitos ejecutados con un motivo particular] (traducción libre).

⁸⁸⁷ « *Entre la conception classique et la conception réaliste, le droit pénal français a choisi la conception classique : l'intention est tout à fait distincte des mobiles* ». STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 243. [Entre la concepción clásica y la concepción realista, el derecho penal francés a elegido la concepción clásica: la intención es completamente distinta de los motivos] (traducción libre).

⁸⁸⁸ En francés estos elementos se denominan *des mobiles*, cuya traducción literal sería motivos. No obstante, como se verá, en realidad se trata de elementos subjetivos adicionales y no siempre de las razones que llevan al sujeto a actuar.

⁸⁸⁹ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 249.

agravantes que hacen parte de la descripción legal del crimen o del delito, las circunstancias que configuran el dolo atenuado no siempre se encuentran previstas en el elemento legal, pues dentro de ellas se mencionan los estados mentales del agente o la minoría de edad⁸⁹⁰.

Adicionalmente, cuando se analiza la relación entre la intención del sujeto y el resultado buscado, el dolo se clasifica como dolo determinado, indeterminado, excedido y eventual⁸⁹¹. Estas últimas tres formas de dolo se refieren a circunstancias en las cuales el resultado producido es distinto de aquél que el sujeto buscaba producir, por lo que por lo general se estudian conjuntamente. El dolo es determinado (*dol déterminé*) cuando el resultado producido es el resultado buscado. Así, quien busca matar a otra persona y lo mata, ha actuado con dolo determinado. Desde luego, se deberá analizar la existencia de dolo general y especial, por tratarse de un homicidio, por ejemplo.

Ahora bien, existen situaciones en las que el sujeto, habiendo previsto el resultado, no ha previsto exactamente su gravedad, pues era previsible que se iba a producir un daño, pero la magnitud del mismo no lo era⁸⁹². En estos casos, el sujeto ha actuado con dolo indeterminado (*dol indéterminé*). Se trata de casos en los que el sujeto corre un riesgo sin prever específicamente cual será el resultado producido, como sucede en una riña, en la que el sujeto no prevé exactamente la lesión que producirá con sus golpes⁸⁹³. No obstante, no todas las infracciones pueden cometerse con dolo indeterminado, sino que el legislador debería haber previsto que basta con esta forma de elemento psicológico para que se consume la infracción. Esta previsión rara vez es expresa y ha sido la jurisprudencia la encargada de interpretar el Código penal y determinar si se requiere dolo especial o si es suficiente el dolo indeterminado para ciertos delitos.

⁸⁹⁰ EBOVE, FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 91.

⁸⁹¹ STEFANI, LAVASSEUR, BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 250.

⁸⁹² ELLIOT explica que “*this is the case where it is not possible for the defendant to know precisely what the result of his or her conduct will be. (...) The accused performs an act seeking a result without being able to foresee what exactly the result will be*”. ELLIOT. “The French...”, op. cit. p. 39. [Este es el caso en el que no es posible para el acusado conocer exactamente cual será el resultado de su conducta. (...) el acusado realiza en acto buscando un resultado sin ser capaz de prever cual será ese resultado concreto] (traducción libre).

⁸⁹³ Así la define SOYER: “*Le dol indéterminé. Dans cette situation, le résultat effectivement atteint avait été visé imprécisément par l'intention. Soit, par exemple, l'infraction de coups et blessures volontaires. (...)*”. SOYER. *Droit...*, op. cit. p. 103. [El dolo indeterminado. En esta situación, la intención se dirige de manera imprecisa hacia el resultado logrado. Por ejemplo, el delito de asalto y lesiones intencionales] (traducción libre).

En el análisis de la intención se debe tener en cuenta que existen diferentes tipos o niveles de intención en todos los ordenamientos. En ese orden de ideas, aunque el Código Penal Modelo de los Estados Unidos no haga referencia a la existencia de la *intención indirecta* u *oblicua*, la jurisprudencia y la doctrina la mencionan con relativa insistencia. Además de la intención directa o el propósito, el sujeto puede producir daños secundarios a la actuación delictiva, bien que ha previsto y le han sido indiferentes o bien que no ha previsto siendo estos previsibles y, en cualquiera de los dos casos, se dice que el sujeto tiene una intención oblicua⁸⁹⁴. Se trata de una categoría intermedia entre la imprudencia y el propósito, que se refiere a los resultados secundarios que se desprenden de la acción del sujeto. No obstante, se debe tener cuidado pues, *“pese a lo que podría deducirse en una primera aproximación meramente conceptual entre ambos sistemas jurídicos, resulta que la denominación de [intención oblicua] no se coincide de modo exacto con las modalidades de dolo del derecho continental”*⁸⁹⁵.

La intención oblicua está presente, por ejemplo, cuando el sujeto A pretende matar a B, que se encuentra detrás de una ventana y dispara, rompiendo el vidrio y quitándole la vida a B. En este caso, resulta ilógico afirmar que A no tenía el propósito de romper el vidrio, si se entiende que la acción intencional es aquella en la que el sujeto conscientemente lleva a cabo un comportamiento para producir un resultado. Lo que sucede es que la intención con la que A rompe el cristal no tiene la misma intensidad que aquella con la que mata a B.

Cabe decir que ninguno de los dos tipos de intención está vinculada con la capacidad del sujeto del producir el resultado que pretende o con que la circunstancia en la que el sujeto se ve envuelto intencionalmente, sean realmente como él las concibe. *“What matters, however, is whether I believe that my action might have the desired result, not whether ‘in point of possibility’ I in fact have a ‘reasonable prospect’ of bringing it about. I can intend to do what is in fact impossible, if I believe it to be possible (...)”*⁸⁹⁶. Lo mismo sucede con respecto a

⁸⁹⁴ OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 96.

⁸⁹⁵ Ibidem. p. 98.

⁸⁹⁶ DUFF. *Intention...*, op. cit. p. 56. [Sin embargo, lo que importa es si creo que mi acción puede tener el resultado deseado, no si 'en cuestión de posibilidades' de hecho tengo una 'posibilidad razonable' de lograrlo. Puedo intentar hacer lo que de hecho es imposible, si creo que es posible] (traducción libre).

las circunstancias, lo que es fundamental es que el sujeto actúe como lo hace porque considera que las circunstancias son de una manera específica, aunque esté equivocado al respecto⁸⁹⁷, sin perjuicio de que en esos casos pueda reconocerse alguna forma de error.

En el mismo sentido, la segunda clase de dolo en el derecho penal seguido en España y en Colombia es el dolo directo de segundo grado, dolo indirecto o dolo de consecuencias necesarias. Como se afirmó anteriormente, los distintos grados del dolo dependen de la intensidad del conocimiento y la voluntad con la que actúa el sujeto en el caso concreto. Mientras que en el dolo directo de primer grado, lo que el sujeto quiere y lo que el sujeto persigue, es decir su finalidad, coinciden, en el dolo de consecuencias necesarias la finalidad no está dirigida a la consecución de este resultado. En este caso, los elementos del tipo se realizan porque el sujeto considera que, de acuerdo con su plan criminal, son necesarios para la producción del resultado buscado⁸⁹⁸. Así, el sujeto prevé como efectos concomitantes de la acción que ha decidido realizar y de los medios que ha elegido para ello, el resultado típico y, al considerarlos como necesarios para alcanzar su finalidad, los acepta⁸⁹⁹.

En ese sentido, tanto el conocimiento como la voluntad que se exigen para el dolo directo de primer grado o intención, están presentes también en el dolo de consecuencias necesarias, pues deben abarcar los resultados necesarios, tanto como lo hacen con el fin. La diferencia radica en que en este punto, estos resultados son solo aceptados como necesarios por el autor, pero de no ser por la necesidad de alcanzar la finalidad propuesta, el sujeto no los produciría⁹⁰⁰. Algunos autores afirman, como se indicó anteriormente, que en este caso no se requiere voluntad, porque basta con que el sujeto conozca con certeza que estos resultados van a producirse, no obstante, como explica LUZÓN PEÑA, ello no es cierto, pues *“si el sujeto sabe que con su actuación encaminada a otro fin con seguridad va a producir también el hecho típico, entonces, le guste o no le guste, necesaria y forzosamente también quiere*

⁸⁹⁷ Ibidem. p. 88.

⁸⁹⁸ MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 271.

⁸⁹⁹ ROXIN afirma que *“en sentido estricto [la voluntad] abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente”*. ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 423.

⁹⁰⁰ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 406. En el mismo sentido, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 392.

producir el hecho típico, porque no tiene más remedio que consentir o aceptar su segura realización con su actuación”⁹⁰¹.

La diferencia entre el dolo de consecuencias necesarias que se utiliza en el contexto del derecho continental y la intención oblicua del derecho anglosajón, es que en el primero se exige que el sujeto prevea esos resultados y los acepte como necesarios para la consecución de su objetivo; en la intención oblicua es suficiente con que esos resultados le sean indiferentes al sujeto, para que se predique este tipo de intención⁹⁰², incluso si el sujeto no tiene certeza de que se van a producir, sino que considera que es probable que se produzcan⁹⁰³. Aún así, en ambos casos se trata del mecanismo para imputar al sujeto los resultados delictivos que son producto de su acción, en la medida en la que su producción fuera previsible, pese a que frente a ellos el sujeto no tiene una intención directa⁹⁰⁴.

Adicionalmente, el derecho anglosajón contempla una forma de vínculo subjetivo muy particular, que no se encuentra reconocida en ningún otro ordenamiento: se trata del conocimiento. El Código Penal Modelo de los Estados Unidos, en la sección 2.02, 2 literal (b) establece: «*Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result*»⁹⁰⁵. Estamos pues frente a una forma absolutamente

⁹⁰¹ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 412.

⁹⁰² WELLS,. QUICK. *Reconstructing...*, op. cit. p. 109. En el mismo sentido, OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 102.

⁹⁰³ JONES. CARD..., op. cit. p. 32.

⁹⁰⁴ BENTHAM lo define así: “*A consequence, when it is intentional, may either be directly so, or only obliquely. It may be said to be directly or lineally intentional, when the prospect of producing it constituted one of the links in the chain of causes by which the person was determined to act. It may be said to be obliquely or collaterally intentional, when, although the consequence was in contemplation, and appeared likely to ensue in case of the act’s being performed, yet the prospect of producing such consequences did not constitute a link in the aforesaid chain*”. BENTHAM, Jeremy. *Principles and Morals and Legislation*, Oxford, Harrison, 1960. p. 202. [Una consecuencia, cuando es intencional, puede ser directa u oblicua. Se dirá que es directa o lineal, cuando el prospecto de producirla está constituido por uno de los eslabones de la cadena causal por la que una persona se determinó a actuar. Se dirá que es oblicua o collateral, cuando, aunque la consecuencia se habría previsto y parecía que se iba a producir cuando se ejecutara el acto, incluso el prospecto de producir esa consecuencia no constituye un eslabon en la cadena antedicha] (traducción propia).

⁹⁰⁵ [Con conocimiento: Una persona actúa con conocimiento sobre el elemento material de un delito cuando: (i) si el elemento se refiere a la naturaleza de la conducta o a las circunstancias concurrentes, él sabe que su

cognitiva de *mens rea*, que tiene dos elementos, (i) el sujeto conoce la naturaleza de su conducta o de las circunstancias en las que se encuentra y (ii) conoce que es prácticamente seguro que su conducta produzca un determinado resultado.

En principio, se asume que el conocimiento tiene la misma intensidad que la intención, en términos de gravedad, pero la diferencia está entre el objeto de la intención y el objeto del conocimiento⁹⁰⁶. La intención recae sobre eventos futuros, el sujeto busca producir un determinado resultado delictivo o involucrarse en una determinada circunstancia. No obstante, el conocimiento recae sobre hechos ciertos, presentes o que se producirán con toda certeza. El sujeto que actúa con conocimiento, es decir *knowingly*, no busca la realización del resultado, sino que conoce las circunstancias que rodean su actuación y conoce que existe certeza o un grado muy alto de probabilidad de que el resultado se produzca. No se trata de que el sujeto quiera la producción del resultado, ni siquiera en una mínima parte, pues como se dijo, nos encontramos frente a un elemento puramente cognitivo, por lo que basta con que el sujeto acepte como ciertas las circunstancias que conoce⁹⁰⁷.

Por lo general, el conocimiento se vincula con los delitos de mera conducta, en los que basta con que el sujeto conozca la conducta que está desplegando. También suele encontrarse esta discusión frente a los elementos circunstanciales de ciertos delitos, como si el sujeto conoce o no conoce que la víctima de una violación no consciente la relación sexual. En este punto, cabe recordar que en el derecho penal anglosajón, tal como en el Estatuto de Roma, cada uno de los elementos del *actus reus* de un delito puede ser cometido con un elemento distinto de *mens rea*, por lo que en el ejemplo, frente a la relación sexual el sujeto puede actuar con intención, mientras que frente al consentimiento el sujeto puede actuar con conocimiento, simultáneamente⁹⁰⁸.

conducta es de esa naturaleza o que esas circunstancias existen; y (ii) si el elemento se refiere al resultado de la conducta, él sabe que es prácticamente cierto que su conducta causará ese resultado] (traducción libre).

⁹⁰⁶ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p 187.

⁹⁰⁷ OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 97.

⁹⁰⁸ WELLS. QUICK. *Reconstructing...*, op. cit. p. 110.

La tercera forma de dolo reconocida en el derecho penal iberoamericano es el dolo eventual que es, probablemente, la más complicada, en especial porque constituye el límite entre las conductas dolosas y las conductas imprudentes y porque “*el elemento cognoscitivo y el volitivo están bastante más difuminados*”⁹⁰⁹. Por ello, la distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente es, aún hoy, un tema extremadamente polémico, existiendo teorías de todo tipo, aunque dos de ellas son las que más acogida han tenido: la *teoría de la probabilidad* que parte del elemento intelectual del dolo y la *teoría de la voluntad o del consentimiento*, que como indica su nombre, atiende al contenido de la voluntad. En todo caso, es claro que el contenido del injusto en el dolo eventual es menor, en la medida en la que el autor no tiene la finalidad de alcanzar ese resultado, ni lo acepta como seguro, siquiera⁹¹⁰ y, allí radica la diferencia entre las tres clases de dolo, pues en este último caso la realización del tipo penal, es solo una posibilidad o eventualidad⁹¹¹.

La teoría de la probabilidad afirma que, dadas las dificultades de demostrar que quien actúa con dolo eventual quería, aunque fuera con muy poca intensidad, el resultado, se admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se haya representado el resultado y haya conocido que era muy probable que este se produjera y, aún así, haya seguido adelante con su actuación⁹¹². De acuerdo con esta postura, es indiferente si el sujeto acepta la producción del resultado o este le es indiferente. Lo que si es determinante es que la probabilidad de que el resultado se produzca debe ser significativa⁹¹³. No obstante, esta teoría resulta insuficiente para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, en la medida en la que en ambas formas de tipicidad subjetiva, el sujeto se representa la probable producción del resultado y

⁹⁰⁹ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 120.

⁹¹⁰ JESHECK afirma que: “*El contenido del injusto del dolo eventual es menor que el de las otras dos clases de dolo, porque aquí el resultado no fue ni propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al curso de las cosas*”. JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 269.

⁹¹¹ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 419. MIR PUIG afirma que “*con esto hay acuerdo en la doctrina. Pero las opiniones se separan profusamente a la hora de precisar este punto de partida, de modo que sea posible distinguir el dolo eventual de la culpa consciente*” MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 272.

⁹¹² MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 287.

⁹¹³ Adoptando esta postura URBANO MARTÍNEZ afirma que “*Habrà dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado; por el contrario será culpa consciente cuando la posibilidad conocida por el autor fue vista como muy lejana. Lo trascendente es el haber querido la conducta, pese a conocer el peligro inherente a ella*”. URBANO MARTÍNEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 237.

basar la distinción en el grado de probabilidad, no solo resulta poco práctico, sino muy problemático.

Si lo decisivo es el grado de probabilidad de producción del resultado con la que contaba el sujeto⁹¹⁴ y analizada a partir de un juicio *ex post* la probabilidad no puede considerarse suficientemente alta, si el resultado no se produjo o, por el contrario, siempre será suficiente para imputar el dolo eventual, si el resultado típico finalmente sucedió, la distinción entre culpa con representación y dolo eventual se deja librada a la voluntad del funcionario judicial. En consecuencia, afirma POSADA MAYA la adopción de esta teoría, “*permitiría, además, construir un dolo que sirva exclusivamente como un mecanismo para hacer amplias imputaciones jurídicas al albur del fiscal que realiza la acusación*”⁹¹⁵. En todo caso, una concepción puramente cognoscitiva del dolo carece de respaldo legal en Colombia, donde el legislador ha exigido expresamente un elemento volitivo para todas las formas de dolo, siendo además imposible diferenciar de otro modo la imprudencia del dolo⁹¹⁶.

Por otro lado, la teoría de la voluntad o del consentimiento entiende que el hecho de que el sujeto se plantee el resultado como probable es insuficiente, por lo que se necesita, además, que la resolución de actuar no se vea modificada, aún cuando la producción del resultado sea segura⁹¹⁷. Así pues, el criterio determinante es la voluntad del sujeto y no la probabilidad de que el resultado típico se produzca, ya que es indiferente si el sujeto considera muy probable o poco probable que el resultado se produzca, sino que lo determinante es si acepta la posible producción del resultado, en la medida en la que, aún cuando la producción del resultado fuera una certeza, el sujeto continuaría con su actuación⁹¹⁸. Por esa razón, ROXIN asegura que existe dolo eventual cuando “*el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización*

⁹¹⁴ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ..., op. cit.* p. 122.

⁹¹⁵ POSADA MAYA, Ricardo. “El dolo eventual y la preterintención: diferencias en un caso de homicidio y tortura”. En POSADA MAYA, Ricardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. CORREA FLÓREZ, María Camila. *Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. III.* Ibáñez, Bogotá, 2017. p. 181-182.

⁹¹⁶ SOTOMAYOR ACOSTA. *Fundamento ..., op. cit.* p. 691.

⁹¹⁷ Siguiendo esta postura, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ afirma que “*Así mismo, en tercer lugar, se tiene el dolo eventual (dolus eventualis) (...) cuando el agente asume como probable la realización del tipo penal, con el consiguiente menoscabo para el bien jurídico tutelado, y, a pesar de ello, sigue con su accionar para alcanzar el fin perseguido*”. “VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos..., op. cit.* p. 392.

⁹¹⁸ CERREZO MIR. *Curso..., op. cit.* p. 150.

del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella”⁹¹⁹.

A esta teoría se la critica afirmando que exige probar un hecho hipotético, que no ha sucedido en realidad, dejando en manos del funcionario judicial la determinación de la existencia de un elemento volitivo, con base en un hecho que en realidad no sucedió. Según la teoría de la voluntad, el sujeto previó el resultado y le era indiferente su probable producción, en la medida en la que, aún cuando el resultado hubiese sido seguro, este habría continuado con su ejecución. Pues bien, esto es puramente hipotético, en la medida en la que el resultado nunca fue seguro y, por tanto solamente puede *asumirse* que de haber sido así, el sujeto habría continuado con su actuación⁹²⁰.

Igual que sucede con el dolo directo, el Código penal español no define el dolo eventual, pero el artículo 22 del Código penal colombiano sí lo hace, afirmando que «(...) *también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*»⁹²¹. En ese orden de ideas, la legislación penal colombiana incluye dentro de la definición tanto un elemento cognoscitivo: el agente

⁹¹⁹ ROXIN. *Derecho ...*, op. cit. p. 427. La misma postura es sostenida por ZAFFARONI quien afirma: “En conclusión, habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado. Esta posibilidad (...) considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente” ZAFFARONI. *Manual ...*, op. cit. p. 407. Del mismo modo, LUZÓN PEÑA, quien considera que “por coherencia con las otras formas de dolo directo y para distinguirse con suficiente fundamento material, por su más grave desvalor de acción, de la imprudencia consciente, el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento (con fórmulas similares) de la eventual producción del hecho, pero que mediante una valoración objetivo-normativa se puede restringir lo que se entiende por aceptación/no aceptación”. LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p.. 426.

⁹²⁰Incluso afirman URBANO MARTÍNEZ et al. que “Esto es derechos de autor y no derecho penal del hecho” URBANO MARTÍNEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p.. 236. La misma objeción la plantea MUÑOZ CONDE al asegurar que: “En efecto, la teoría de la voluntad se basa en confrontar al delincuente con el resultado, cuando este todavía no se ha producido, imaginándolo como efectivamente acaecido” aunque también considera que “Parece, preferible la teoría de la voluntad, ya que, además de tener en cuenta el elemento volitivo, delimita con mayor nitidez el dolo de la imprudencia”. MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p.. 288.

⁹²¹ Al respecto afirma SOTOMAYOR ACOSTA: “De otra, también es evidente la diferenciación de dos clases de dolo: el directo (“la conducta es dolosa...”) Y el eventual (“también será dolosa...”). Ello significa que la ley colombiana ofrece directamente criterios no sólo para diferenciar entre dolo directo y eventual, sino también entre este último y la culpa consciente, por lo que, en principio, parecería ofrecer a la especulación dogmática un marco legal bastante restringido”. SOTOMAYOR ACOSTA. *Fundamento ...*, op. cit. p. 680.

debe *prever como probable* la realización del delito, incorporando así la previsibilidad y la probabilidad, como lo hacen las teorías de la probabilidad; como también se incluye un elemento volitivo mediante la frase «*su producción se deja librada al azar*», según lo cual el sujeto acepta, al menos como probable, la realización del tipo, pero permite que el curso causal continúe⁹²².

Aún así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha sido uniforme a la hora de sancionar conductas a título de dolo eventual⁹²³. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, aunque tampoco es completamente uniforme, ha tendido más a la adopción de la teoría de la probabilidad⁹²⁴, en sentencias como la número 622, 10 de junio de 2009; la 106 de 16 de febrero de 2010, y la 178 del 20 de diciembre de 2010. Sin embargo, en la sentencia número 65 de 31 de octubre de 2007, la Audiencia Nacional utilizó la teoría de la voluntad para sancionar a los responsables de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 en Madrid⁹²⁵.

Aunque los sistemas jurídicos anglosajones no contemplan una forma de intención o conocimiento que equivalga al dolo eventual de los sistemas continentales, existe cierta similitud con la ignorancia deliberada⁹²⁶. Además, para solucionar este tipo de casos, lo que

⁹²² Cabe resaltar que existen una serie de teorías mixtas con respecto a la definición del dolo eventual, al respecto. DAZA LORA, Juan Felipe. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual*. Universidad de los Andes, Ibáñez, Bogotá, 2018.

⁹²³ Afirma POSADA MAYA al respecto que: “*En fin, con todas las posibilidades teóricas, la doctrina colombiana esperaría que la jurisprudencia brindará por lo menos una teorización más clara, pues la imprecisión que se advierte en la práctica no es satisfactoria para aplicar la categoría del dolo y, aún más importante, para distinguirlo de la culpa con previsión del resultado a través de criterios practicables, que brinden seguridad jurídica*” POSADA MAYA. “El dolo eventual...”, *op. cit.* p. 179.

⁹²⁴ Asegura SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ “*Sin embargo, en la actualidad la Sala 2ª aplica un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima claramente el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal*”. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual...*, *op. cit.* p. 123.

⁹²⁵ Afirma ROXIN que se ha ido desarrollando una tercera vía. “*Las dificultades de la delimitación entre dolus eventualis e imprudencia consciente han inducido a Eser a considerar de lege ferenda la reunión de ambos en una tercera forma específica de culpabilidad situada entre el dolo y la imprudencia. Weigend ha fundamentado en profundidad esta idea, apoyándose en la figura jurídica angloamericana de la “recklessness”, que persigue una solución semejante*”. ROXIN. *Derecho ...*, *op. cit.* p. 447.

⁹²⁶ FLETCHER asegura “*So far as the Anglo-American conception of intention is concerned, there is no doctrine with the sweep of dolus eventualis*”. FLETCHER. *Rethinking...*, *op. cit.* p. 447. En el mismo sentido afirma OXMAN, “*el dolo eventual es una categoría que no existe en el Derecho Penal anglosajón*”. OXMAN. *Sistema ...*, *op. cit.* p. 119.

suele existir son normas especiales, como la regla *felony-murder*, según la cual, cuando una persona produce una muerte en la ejecución de un delito grave (*felony*) responderá por homicidio intencional (*murder*) independientemente de cual haya sido su intención o conocimiento; o la *misdemeanor-manslaughter rule*, según la cual responderá por homicidio imprudente (*manslaughter*) cuando se produzca un homicidio mientras se esta cometiendo un delito menor, de aquellos que son *mala in se*.

A partir de la figura de la ignorancia deliberada o *willful blindness*, puede imputarse un delito con base en que “*deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable*”⁹²⁷, por lo que la ignorancia deliberada se hace equivalente al conocimiento cierto. El término *willful blindness* es propio del derecho inglés, aunque a partir de la segunda mitad del siglo XX, se comenzó a utilizar en los Estados Unidos. No obstante, el Código Penal Modelo no incluye esta forma de imputación de manera explícita, por lo que se ha discutido ampliamente si queda incluida dentro de la previsión del numeral octavo (8) de la sección 2.02⁹²⁸, que hace referencia una forma excepcional de imputación a título de conocimiento.

La ignorancia deliberada está presente cuando el sujeto actúa solamente bajo la expectativa probable de la existencia de alguno de los elementos del *actus reus*, porque ha decidido conscientemente no cerciorarse de su existencia⁹²⁹. En estos casos, la decisión autónoma de no informarse adecuadamente, sumada a la sospecha que tiene el sujeto de que ciertas circunstancias existen, permiten realizar una equivalencia entre la actuación bajo ignorancia deliberada y la actuación con conocimiento y, por tanto, permiten la responsabilidad penal⁹³⁰. En ese orden de ideas, no es necesario probar que el sujeto conocía el *actus reus*, sino que se deberá demostrar que ha decidido permanecer ignorante porque sospechaba la verdad y no quería confirmar sus sospechas, sin que los motivos para actuar de esta forma sean relevantes⁹³¹.

⁹²⁷ LAFAVE. SCOTT. *Criminal Law* ..., op. cit. p. 219.

⁹²⁸ Model Penal Code, Section 2.02 «(...) (8) Requirement of *Wilfulness* Satisfied by Acting Knowingly. A requirement that an offense be committed wilfully is satisfied if a person acts knowingly with respect to the material elements of the offense, unless a purpose to impose further requirements appears».

⁹²⁹ OXMAN. *Sistema* ..., op. cit. p. 116.

⁹³⁰ LAFAVE. SCOTT. *Criminal*..., op. cit. p. 219.

⁹³¹ ASHWORTH. *Principles*..., op. cit. p. 192.

El caso líder sobre ignorancia deliberada en los Estados Unidos fue decidido por la Novena Corte del Circuito de Apelaciones en 1976⁹³², que condenó a un hombre por tráfico de drogas. El individuo condujo un vehículo entre México y los Estados Unidos, con un compartimento secreto en el que había aproximadamente 100 libras de marihuana. El acusado alegó que él desconocía que la droga se encontraba en el vehículo, pero se logró demostrar que conocía la existencia del compartimento secreto y que para cualquier persona era fácil sospechar que un vehículo que cruzaba la frontera entre estos dos países con un compartimento secreto era utilizado para el contrabando de sustancias prohibidas. La Corte determinó que en este caso existía una ignorancia deliberada que era equivalente al conocimiento que exigía la conducta y, por tanto, condenó al procesado.

Por otra parte, algunos sistemas reconocen una forma mixta de elemento subjetivo que mezcla el dolo con la imprudencia. Se trata de la preterintención, que se utiliza en Francia y en Colombia en algunos casos. En Francia, cuando el resultado producido es más grave que el resultado buscado, se habla de que existe dolo excedido (*dol dépassée*) o una infracción preterintencional (*infraction praeterintentionnelle*). Se trata de los mismos casos que se conocen como delitos preterintencionales en Colombia, pero en Francia las infracciones no están expresamente previstas, sino que el juez debe tener en cuenta que el sujeto ha actuado con dolo general y que se ha producido el resultado más grave a la hora de imponer la pena. Por lo general, el juez impondrá una pena más severa que aquella que amerita la intención, pero menos severa que la que se impondría si el resultado hubiese estado cubierto por un dolo especial⁹³³. El caso con el que típicamente se ejemplifica la preterintención es la producción imprudente de una muerte mediante una conducta cometida con la intención de lesionar.

En igual sentido, aunque la preterintención no existe en la legislación española, el Código penal colombiano la contempla en la parte general y tipifica el homicidio preterintencional (artículo 105) y el aborto o parto preterintencional (artículo 118)⁹³⁴. El artículo 24 del Código

⁹³²United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *United States v. Jewell*, febrero 27 de 1976.

⁹³³ ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 72.

⁹³⁴ Los mismos supuestos en el ordenamiento jurídico penal español se solucionan a través de la figura del concurso de tipos penales URBANO MARTÍNEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 246.

penal colombiano afirma que «*la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente*». Además, el artículo 21 del Código agrega que «*la culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley*», estableciendo que la preterintención responde a un sistema de *numerus clausus*, tal como sucede con la imprudencia. Así, de una parte, se da una conducta dolosa, cuyo resultado va más allá del dolo del autor, por lo que este se produce a título de imprudencia. El presupuesto de los tipos penales preterintencionales es que el resultado imprudente sea previsible y evitable en el momento en el que se lleva a cabo la conducta dolosa, pues de lo contrario habría un caso fortuito que excluye la responsabilidad penal. Por ejemplo, habrá homicidio preterintencional cuando el autor busca lesionar a otro con un cuchillo pero causa una herida de tal profundidad que el sujeto pasivo muere desangrado.

Una de las discusiones más importantes en este punto es si el resultado debe producirse a título de culpa con o sin representación. Aunque la postura mayoritaria en Colombia es que el sujeto efectivamente no prevé el resultado, por lo cual habría culpa sin representación, un sector minoritario considera que el resultado culposo se puede dar mediante culpa con representación, cuando el sujeto previó la posibilidad de que se produjera pero confió, fundadamente, en poder evitarlo⁹³⁵. En todo caso, debe existir un nexo de causalidad entre la conducta y el resultado imprudente, que no puede ser entendido en sentido puramente naturalístico, sino que debe analizarse a partir de la teoría de la imputación objetiva⁹³⁶.

c. La imprudencia

Desde luego, la imprudencia también se reconoce como una forma de *mens rea* en el derecho penal anglosajón, de tipicidad subjetiva en el derecho colombiano y español y como un elemento moral en el derecho francés. Igualmente, las imputaciones a título de imprudencia son cada día más frecuentes. No obstante, tal como sucede con el dolo, existen varias formas

⁹³⁵ POSADA MAYA. “El dolo eventual...”, *op. cit.* p. 188.

⁹³⁶ MOLINA LÓPEZ, Ricardo León. *La preterintención en el Derecho penal colombiano*. Comlibros, Medellín, 2006. p. 51.

de imprudencia. Aunque los contenidos de estas formas de imputación subjetiva coinciden entre los distintos ordenamientos, los nombres que reciben sean distintos.

De acuerdo con la sección 2.02, 2 (c) «*A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation*». Nuevamente, se trata de un elemento puramente cognoscitivo, que tiene dos elementos⁹³⁷.

En primer lugar, el sujeto actúa imprudentemente cuando, conscientemente ignora el riesgo injustificable y sustancial de que un elemento material del delito exista o surja como consecuencia de su conducta. En segundo lugar, el riesgo debe ser tal que ignorarlo constituya una grave infracción del estándar de comportamiento que tendría una persona respetuosa de la ley. Adicionalmente, la descripción exige que para determinar si la infracción del sujeto es suficientemente grave para que exista responsabilidad penal, se debe tener en cuenta la naturaleza y el objetivo del comportamiento del sujeto y las circunstancias que él conoce⁹³⁸.

En Inglaterra y Estados Unidos, la imprudencia es una forma de vínculo subjetivo en la que se sanciona al sujeto que conoce el riesgo que conlleva su conducta, pero que decide ignorarlo y es suficiente para responsabilizar penalmente por cualquier delito, salvo en los casos en los que la definición del delito prevea expresamente otra forma de imputación subjetiva. Así pues, en estos sistemas la inclusión de la imprudencia es contraria a lo que sucede en el derecho continental. Mientras que en Francia, Colombia y España la imprudencia es *numerus*

⁹³⁷ No puede olvidarse que “*Generally speaking, recklessness is the most common level at which criminal liability attaches, and it is considered the ‘default’ requisite mental state in many jurisdictions when a statute is silent with regard to the mental state in many jurisdictions when a statute is silent with regard to the mental state required for a crime*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 112.

⁹³⁸ De acuerdo con FLETCHER, “*Recklessness is a form of culpa – equivalent to what German scholars call ‘conscious negligence’*”. FLETCHER. ..., op. cit. p. 443.

clausus, es decir que solo se puede responder por delitos imprudentes en los casos en los que la ley lo prevea expresamente, en el derecho anglosajón se requiere que la norma diga expresamente que no se puede responder por imprudencia por un delito determinado, pues la regla general es que la *recklessness* es suficiente para que haya responsabilidad penal⁹³⁹.

El fundamento de la penalización de la culpa es la necesidad de sancionar aquellos casos en los que las personas provocan un daño sin intención, es decir sin el propósito de producir el resultado lesivo para los intereses de terceros, pero con plena conciencia del riesgo que implica llevar a cabo una determinada acción. En esa medida, esta categoría de la *mens rea* sanciona un ejercicio inadecuado de la libertad, en términos de la desviación del comportamiento conforme a un estándar objetivo que es el comportamiento que habría tenido un hombre cumplidor de la ley. No obstante, se exige además que el sujeto haya sido plenamente consciente de la irracionalidad de ese riesgo, lo que se analiza desde un punto de vista subjetivo⁹⁴⁰.

Así pues, para que pueda aplicarse la imprudencia se requiere que el sujeto al momento del hecho haya reconocido el riesgo al que se enfrentaba, que objetivamente debía ser un riesgo serio de aquellos que, *ex ante*, una persona cumplidora de la ley rechazaría asumir. Mientras que el primer elemento es un elemento subjetivo, la gravedad del riesgo es un asunto objetivo que, por lo general, debe ser probado en el proceso penal a través de estadísticas, pues en principio, se exige que el riesgo sea más grave que aquel que origina responsabilidad civil, por lo que la mayoría de la jurisprudencia por imprudencia es en casos de homicidio y riesgos para los intereses de personas menores de edad⁹⁴¹. En ese orden de ideas, para determinar si el riesgo era injustificable o irracional se utilizan dos criterios, que son la utilidad social del riesgo y la probabilidad de la ocurrencia del resultado. En todo caso este análisis deberá hacerlo el jurado y es irrelevante la opinión del procesado al respecto, siempre y cuando él conociera la existencia del riesgo⁹⁴².

⁹³⁹De acuerdo con BERNATE OCHOA "(...) [l]a imprudencia, en la práctica, satisface el *mens rea* en la mayoría de delitos". BERNATE OCHOA. *El sistema ...*, op. cit. p. 163. En el mismo sentido WEIGEND. *The Oxford Handbook ...*, op. cit. p. 499.

⁹⁴⁰ OXMAN. *Sistema ...*, op. cit. p. 122.

⁹⁴¹ *Ibidem*. p. 128.

⁹⁴² SMITH. HOGAN..., op. cit. p. 52.

El principio de utilidad social del riesgo permite no sancionar aquellos riesgos que, aunque son graves, son necesarios para el desarrollo de la vida en sociedad o para alcanzar un fin mayor. Es el caso, por ejemplo, del riesgo que corre un médico al intervenir quirúrgicamente a un paciente, lo que en términos objetivos es una lesión e incluso un riesgo de muerte, pero que queda excluido del ámbito penal por ser un riesgo socialmente adecuado. Aunque para un lector educado en otra cultura jurídica el análisis de esta característica del riesgo en este punto puede parecer inadecuado, en la medida en la que se trata de un elemento puramente objetivo que, en principio debería analizarse en el *actus reus* y no en la culpabilidad, lo cierto es que el derecho anglosajón ha optado por utilizar el criterio para descartar la *mens rea* y con ella la responsabilidad penal⁹⁴³.

Otro principio que se debe analizar en este punto es el principio de confianza. Según él, solo se puede afirmar que una persona es penalmente responsable por haber ignorado un riesgo, si ella tenía la obligación de saber que dicho riesgo existía o le era exigible conocer la alta probabilidad que existía de que se produjera el resultado en el caso concreto. Esto, con base en la idea de que es necesario que existan criterios objetivos de confianza social, en la medida en la que cada vez son más los riesgos que deben ser tolerados para el desarrollo de las comunidades. En esa medida, se han multiplicado dentro del ámbito anglosajón una serie de estándares mínimos de conducta que generan deberes de actuación y si, en el caso concreto, dicho estándar no obligaba al sujeto a ser consciente del riesgo que implicaba su comportamiento, este no podrá responder a título de imprudencia⁹⁴⁴.

Ahora bien, aunque aparentemente la definición de imprudencia está clara, lo cierto es que el casuismo intrínseco del derecho anglosajón ha hecho que con el paso del tiempo la jurisprudencia haya variado esta definición según el delito que se pretende imputar a este título. Aunque el problema se subsanó en los Estados Unidos con la aparición del Código Penal Modelo en 1962 y su posterior adopción por todos los estados, en Inglaterra hay dos definiciones de imprudencia, cada una de las cuales surgió en un caso distinto. Aunque en la

⁹⁴³ “*Whether or not a risk is one you are justified in taking depends upon the social utility of the act you are performing*”. REED. SEAGO. *Criminal ...*, op. cit. p. 69 [Si se justifica o no tomar un riesgo depende de la utilidad social del acto que se lleva a cabo] (traducción libre).

⁹⁴⁴ OXMAN. *Sistema ...*, op. cit. p. 44 a 46.

actualidad la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por una de ellas, el debate continúa abierto⁹⁴⁵.

El primer caso sucedió en 1957, cuando la Corte de Apelaciones falló la sentencia *R v Cunningham*⁹⁴⁶ en la que se condenó por homicidio imprudente a un hombre que arrancó el medidor de gas de su vivienda, lo que ocasionó que el gas se filtrara a la vivienda vecina y su suegra muriera envenenada. La Corte de Apelaciones consideró que actuaba imprudentemente quien conocía el riesgo de que su conducta generara un daño y que correr dicho riesgo resultaba irracional. Para ello, es esencial que el individuo considere la existencia del riesgo y las posibles consecuencias que pueden derivarse de tomarlo. En el proceso se comprobó que el procesado había considerado la posibilidad de que el gas se filtrara y aún así había decidido retirar el medidor, porque tenía la intención de obtener dinero al venderlo. La misma definición de imprudencia utilizada por la Corte de Apelaciones en *Cunningham*, es la que adoptó el Código Penal Modelo de Estados Unidos y la que más ha apoyado la jurisprudencia y la doctrina en Inglaterra⁹⁴⁷, por tratarse de un concepto subjetivo, que resulta más garantista en términos de respeto a la autonomía y la libertad de los individuos⁹⁴⁸.

La controversia surgió en 1982, cuando la Cámara de los Lores falló el caso *Caldwell*⁹⁴⁹. El acusado trabajaba en un hotel y tenía una enemistad con su empleador, por lo cual una noche, luego de haber consumido una gran cantidad de alcohol, inició un incendio en el hotel, sin que nadie resultara herido, por lo que fue acusado del delito de daños agravados. Pero apeló, bajo el argumento de que ese delito exige, al menos imprudencia y él, dado al elevado estado de embriaguez en el que se encontraba, no había previsto el daño que podía causar, por lo que no existía imprudencia. No obstante, la Cámara de los Lores modificó el concepto de imprudencia que había imperado desde *Cunningham* y adicionó una nueva forma de imprudencia, sosteniendo la condena. De acuerdo con esta sentencia, además de la

⁹⁴⁵ LORD IRVINE OF LAIRG. *Human Rights...*, op. cit. p. 338.

⁹⁴⁶ Court of Appeals, *R v Cunningham*, mayo 27 de 1957.

⁹⁴⁷ ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 181.

⁹⁴⁸ BERNATE OCHOA. *El sistema ...*, op. cit. p. 165.

⁹⁴⁹ House of Lords, *Commissioner of Police of The Metropolis v Caldwell*, marzo 19 de 1982.

imprudencia que se ha explicado hasta ahora, existe una segunda forma de imprudencia que se produce cuando el sujeto no prevé el resultado del riesgo que produce en ciertas circunstancias que conoce, cuando cualquier persona razonable hubiera previsto ese riesgo.

Lord Diplock, que fue el ponente de esta sentencia afirmó: “*In my opinion, a person charged with an offence under section 1(1) of the Criminal Damage Act 1971 is reckless as to whether any such property would be destroyed or damaged if (1) he does an act which in fact creates an obvious risk that property will be destroyed or damaged and (2) when he does the act he either has not given any thought to the possibility of there being any such risk or has recognized that there was some risk involved and has nonetheless gone on to do it. That would be a proper direction to the jury; cases in the Court of Appeal which held otherwise should be regarded as overruled*”⁹⁵⁰. Incluyendo así las dos formas de imprudencia.

En ese orden de ideas, para aplicar el estándar establecido en esta sentencia es necesario que el riesgo sea *obvio* para cualquier persona razonable, lo que deberá de probarse independientemente de cual de las dos opciones subjetivas se aplique; es decir que el sujeto haya o no previsto el posible resultado y haya considerado la gravedad del riesgo. Sin embargo, en 1993 la Cámara de los Lores de nuevo modificó el concepto de imprudencia y en *Reid*⁹⁵¹ estableció que el requisito de obvedad del riesgo solo era necesario cuando el sujeto había omitido considerar el riesgo en el que se encontraba, pero si se establece que el procesado era consciente de estar corriendo un riesgo medianamente relevante, entonces el ente acusador no tiene que probar que ese riesgo era obvio.

Esta forma de imprudencia fue muy criticada por varias razones. En primer lugar, un importante sector de la doctrina era de la opinión que no podía constituir una forma específica de *mens rea* en la medida en la que era puramente objetiva, ya que ignora por completo las consideraciones del sujeto o las circunstancias en las que se encontraba en el momento en el cual ejecutó la conducta. Esta idea está basada además en la idea que en respeto a la autonomía de los sujetos, el mínimo necesario para poder atribuir responsabilidad penal es

⁹⁵⁰ House of Lords, *Commissioner of Police of The Metropolis v Caldwell*, marzo 19 de 1982.

⁹⁵¹ House of Lords, *Regina v Reid*, julio 20 de 1992.

considerar el estado mental del sujeto⁹⁵². En segundo lugar, con base en la importancia que tienen los hechos para aplicar las normas sobre precedente⁹⁵³, se dijo que esta forma de imprudencia solo aplicaba para los delitos de daños y que en los demás casos, “*Caldwell is unlikely to be extended to other crimes, and so advertent recklessness remains the dominant test*”⁹⁵⁴.

Sin embargo, en 2003, la Cámara de los Lores anuló *Caldwell* y volvió a establecer que solo la forma de imprudencia de *Cunningham* era aplicable. En *R v G and R*⁹⁵⁵, dos jóvenes salieron a acampar sin el permiso de sus padres y decidieron encender unos periódicos, que luego dejaron abandonados, convencidos de que se apagarían solos. Sin embargo, el fuego se extendió y causaron daños por un millón de libras esterlinas. En la sentencia, la Cámara de los Lores afirmó que no podía responsabilizarse a los dos jóvenes por el delito de daños, porque ellos no se habían representado el riesgo que habían creado con su conducta, anulando *Caldwell*.

Lo más importante en estos casos es que, aunque hay acciones que solamente pueden realizarse con intención, como sucede con las tentativas, por ejemplo, la mayoría de los delitos admiten una forma imprudente de comisión, por lo que es esencial que la definición de este elemento de *mens rea* sea clara y restrictiva, en la medida en la que constituye una garantía para los acusados. En consecuencia y, luego de la sentencia de la Cámara de los Lores en 2003, la imprudencia solo puede existir si el acusado tomó el riesgo injustificado y relevante, siendo consciente de su existencia.

Esta noción de imprudencia corresponde a lo que en el derecho penal francés se conoce como dolo eventual (*dol éventuel*). El sujeto actúa con dolo eventual, cuando realiza deliberadamente una conducta riesgosa, esperando que el resultado no se produzca, es decir, “*on désigne sous ce vocable la conduite de l’agent qui prend délibérément un risque en*

⁹⁵² “*That could be changed if it were agreed that the Caldwell test is superior on moral and social grounds*” ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 185. [Eso podría haber cambiado si se estuviese de acuerdo en que el test de *Caldwell* es superior moral y socialmente] (traducción libre).

⁹⁵³ Con respecto al precedente revisar capítulo I, 1, de este trabajo.

⁹⁵⁴ ASHWORTH. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2003. p. 187.

⁹⁵⁵ House of Lords, *R v R and G*, junio 15 de 2003.

espérant que celui-ci ne se réalisera pas”⁹⁵⁶. Debe tenerse en cuenta que, aunque se utiliza la misma expresión que en el derecho continental, con el vocablo “dolo eventual” se designan cosas diferentes en los dos sistemas. Mientras que para que exista dolo eventual en el derecho penal iberoamericano el resultado debe haberse previsto pero la persona debe ser indiferente frente al resultado, en el derecho penal francés, el sujeto debe confiar que este no se va a producir. Esto lo pone en evidencia RENOUD cuando afirma que “*Autrement dit, le délinquant a volontairement, délibérément, pris un risque, en espérant qu’aucun dommage ne serait provoqué. On parle alors de dol éventuel, d’imprudence consciente ou encore de faute lourde d’imprudence*”⁹⁵⁷.

Esto ha hecho que el dolo eventual se entienda como una categoría intermedia entre las infracciones intencionales y las no intencionales, pues si bien el sujeto actúa con conocimiento y voluntad, propios de las infracciones intencionales, no quiere que el resultado se produzca⁹⁵⁸. Esta concepción de categoría intermedia es la misma que en el derecho penal anglosajón tiene la desconsideración o imprudencia (*recklessness*). Vale aclarar que el Código penal francés no hace referencia expresa al dolo eventual, sino solamente a una forma especial de elemento psicológico que consiste en la creación deliberada de un riesgo que se analizará más adelante, pero que ha servido para argumentar que el sujeto actúa con dolo eventual cuando no quiere la producción del resultado. En todo caso, dadas las dificultades que genera diferenciar la imprudencia del dolo eventual, la jurisprudencia es reiterativa en afirmar que cuando existe duda, con base en el principio de favorabilidad penal, se debe aplicar la infracción no intencional⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 92. En el mismo sentido, ELLIOT. “France”..., op. cit. p. 173. [Con esta expresión se hace referencia al agente que toma un riesgo deliberadamente esperando que ese riesgo no se realice] (traducción libre).

⁹⁵⁷ RENOUD. *Droit pénal...*, op. cit. p. 159. [Dicho de otro modo, el delincuente voluntariamente, deliberadamente, toma un riesgo esperando que no se produzca ningún daño. Se habla así de dolo eventual, de imprudencia consciente o también de falta de imprudencia grave] (traducción libre).

⁹⁵⁸ « *Du point de vue psychologique, le dol éventuel se situe entre l’intention proprement dite et la faute d’imprudence ou de négligence, qui ne suppose ni l’acceptation éventuelle du résultat illicite, ni la recherche d’un tel résultat* ». STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 251. [Desde un punto de vista psicológico, el dolo eventual se encuentra entre la intención propiamente dicha y la falta de imprudencia o de negligencia, que no supone la aceptación eventual de un resultado ilícito, ni la búsqueda de ese resultado] (traducción libre). En el mismo sentido, BADAR. MARCHUK. “A Comparative..., op. cit. p. 33.

⁹⁵⁹ « *Comment dès lors distinguer de manière fiable entre le dol éventuel, faute non intentionnelle, et le dol indéterminé, figure de la faute intentionnelle? Pareille proximité favorise l’insécurité juridique, notamment lorsque l’on sait que le choix entre la qualification de faute intentionnelle et de faute non intentionnelle s’avère*

En el mismo sentido, en Colombia y España se distingue entre la imprudencia consciente o con representación y la imprudencia inconsciente o sin representación⁹⁶⁰. La primera de ellas coincide con el dolo eventual del sistema francés y con la recklessness anglosajona y la segunda con la negligencia de estos sistemas. No obstante resulta más fácil de comprender la imprudencia en general y, la distinción entre las dos formas de imprudencia del derecho iberoamericano si se analizan conjuntamente.

Igual que sucede con el dolo, el Código penal español no define la imprudencia, permitiendo varias elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, en especial sobre la diferenciación entre imprudencia consciente o con representación y dolo eventual. Sin embargo, en la legislación penal colombiana, sí se define la imprudencia, distinguiendo entre las dos formas en las que esta puede presentarse, en el artículo 23, afirmando que «[l]a conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo»⁹⁶¹.

Las dos formas de imprudencia en este sistema, parten de la diferenciación entre las modalidades en las cuales puede producirse la violación al deber objetivo de cuidado, que es el fundamento de la punición de la imprudencia. En primer lugar, existe un deber de cuidado interno según el cual, el sujeto tenía el deber de prever el peligro que significaba su acción para el bien jurídico, siendo este previsible. Si no lo hace, se produce la imprudencia inconsciente o, con una terminología un poco más adecuada, la imprudencia sin

déterminant du choix de la qualification pénale, et donc de la hauteur de la répression pénale encourue» GARÇON. “La faute..., op. cit. p. 6. [¿Cómo puede distinguirse de manera fiable entre el dolo eventual, la falta no intencional y el dolo indeterminado, que es una figura de la falta intencional? La proximidad favorece la inseguridad jurídica, especialmente cuando se sabe que la elección entre la clasificación de la conducta indebida intencional y la conducta indebida no intencional es decisiva para la elección de la clasificación penal y, por lo tanto, para el monto de la represión penal] (traducción libre).

⁹⁶⁰ PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho ...*, op. cit. p. 149. En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 506.

⁹⁶¹ Adicionalmente, cabe mencionar que en la medida en la que, en estos delitos el autor no dirige su actuación hacia la afectación de un bien jurídico, en todos los sistemas los delitos imprudentes son menos graves que los delitos dolosos, aún cuando en ciertos supuestos el resultado lesivo pueda ser mayor. Debido a esto, los delitos imprudentes en Colombia y España se sancionan de acuerdo con un sistema de *numerus clausus*, es decir, solo cuando el legislador lo haya previsto expresamente en la parte especial. Así lo reconoce el artículo 21 del Código Penal colombiano que afirma «(...) la culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley», y el artículo 12 del Código penal español que señala «[l]as acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

representación, pues el sujeto no se ha representado el peligro que está creando y, como consecuencia, el posible resultado de su actuación. En segundo lugar, habiendo previsto el peligro que está generando, el sujeto tiene el deber de comportarse de acuerdo con ese peligro, es decir de seguir las normas necesarias para que el resultado no se produzca. Cuando no lo hace, existe imprudencia consciente o con representación del resultado⁹⁶².

Recapitulando, desde el punto de vista psicológico se distingue entre la culpa sin representación, cuando el sujeto no se representa el peligro que crea con su conducta y la posible producción del resultado típico⁹⁶³ y, la culpa con representación cuando, habiéndose representado el resultado típico, confía indebidamente en poder evitarlo⁹⁶⁴. Esa confianza debe estar basada en medidas de evitación o disminución del riesgo, aunque puedan ser supersticiosas, ilusas o una esperanza irracional de evitación, salvo que “*el agente dude seriamente de las medidas que ha empleado para evitar o disminuir la producción del resultado porque en tal caso actuará a título de dolo eventual*”⁹⁶⁵.

La determinación del deber de cuidado se realiza a partir de criterios normativos⁹⁶⁶, a partir de aquellas precauciones que exige la norma para evitar la lesión de los bienes jurídicos. Las fuentes de los deberes de cuidado pueden ser leyes, normas técnicas, normas de carácter administrativo o de procedimiento que rigen en ciertas profesiones, como la *lex artis* de los médicos, por ejemplo. Como consecuencia, se trata de un parámetro general, que luego de ser establecido por la norma, le es exigible al hombre medio, en la situación en la que se encontraba el autor, con los conocimientos y las experiencias que tenía⁹⁶⁷, lo que pone en evidencia que tiene un componente objetivo y un componente subjetivo.

⁹⁶² Se debe tener en cuenta que “*Esto no significa que la acción imprudente no tenga finalidad: simplemente, no individualiza la conducta prohibida en razón de esa finalidad, sino en razón de la falta de cuidado con que se la persigue*”. ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 428.

⁹⁶³ ZAFFARONI. *Manual...*, op. cit. p. 429.

⁹⁶⁴ JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 511. En igual sentido, LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 514. También MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 293.

⁹⁶⁵ POSADA MAYA. “El dolo eventual...”, op. cit. p. 187.

⁹⁶⁶ CEREZO MIR. *Curso...*, op. cit. p. 166. En igual sentido, LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 498.

⁹⁶⁷ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATA LLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, op. cit. p. 148. Igualmente, MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 307

El aspecto objetivo está dado por el cuidado que se exige normativamente a cualquier ciudadano. El aspecto subjetivo, se da porque se exige que el cuidado debido sea individualizado conforme a los conocimientos del individuo en el caso concreto⁹⁶⁸. Desde luego, si el resultado se produce sin que el autor de la conducta haya violado el deber objetivo de cuidado, esta será atípica.

Como se afirmó, el segundo elemento necesario para que pueda responsabilizarse penalmente al autor de un delito imprudente es el resultado, pues *“la infracción del deber objetivo de cuidado que no va seguida de un resultado de lesión o puesta peligro no interesa al derecho penal, por muy grave que sea la misma”*⁹⁶⁹, esto, porque implicaría ampliar las barreras de punibilidad en exceso, sancionando con pena las violaciones a cualquier reglamento o norma de cuidado en cualquier actividad que implique un mínimo de riesgo⁹⁷⁰. Por tanto, *“sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda constituido el injusto de los delitos de acción imprudentes”*⁹⁷¹.

Para comenzar, el resultado debe ser previsible, pues de lo contrario no se le puede exigir al sujeto que lo prevea⁹⁷². Además, debe existir entre la conducta y el resultado un nexo de causalidad que se determina a través de la imputación objetiva⁹⁷³. Así pues, la infracción al deber objetivo de cuidado debe haber creado o incrementado un riesgo penalmente relevante, que debe concretarse en el resultado típico⁹⁷⁴, y, como en cualquier delito, para que pueda determinarse la existencia de imputación objetiva en el caso concreto, será necesario que el resultado sea de aquellos que trataba de evitar la norma penal, es decir que se encuentre dentro del ámbito de protección del tipo penal⁹⁷⁵.

⁹⁶⁸ Ibidem. p. 304.

⁹⁶⁹ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones..., op. cit.* p. 150.

⁹⁷⁰ ZAFFARONI. *Manual..., op. cit.* p..

⁹⁷¹ CEREZO MIR. *Curso..., op. cit.* p. 186.

⁹⁷² LUZÓN PEÑA. *Curso..., op. cit.* p. 502.

⁹⁷³ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones..., op. cit.* p. 151.

⁹⁷⁴ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho..., op. cit.* p. 310.

⁹⁷⁵ CEREZO MIR. *Curso..., op. cit.* p. 183. Del mismo modo, MIR PUIG. *Derecho..., op. cit.* p. 304.

Además, la violación al deber objetivo de cuidado debe ser de una entidad tal que resulte relevante para el derecho penal, en virtud del principio de insignificancia. Así lo reconoció, en España, la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, que distingue entre imprudencia grave y menos grave⁹⁷⁶, que se basa en la peligrosidad de la conducta para tipificarla⁹⁷⁷, “*la medida de la gravedad no la marca el resultado, sino el nivel de diligencia desarrollado en la acción*”⁹⁷⁸.

En los delitos imprudentes, al igual que en los delitos dolosos, la culpabilidad significa el reproche que se le hace al sujeto por la realización de una conducta típica y antijurídica⁹⁷⁹. Para ello es preciso que el agente sea imputable, que tenga al menos conocimiento potencial de la antijuridicidad de su conducta, lo que incluye también la existencia de la norma de la que deriva el deber objetivo de cuidado⁹⁸⁰, pues si el sujeto se equivoca frente a dicha norma incurrirá en un error de prohibición. Además, la culpabilidad podrá ser excluida en virtud de una causa de exculpación⁹⁸¹.

Como se dijo, la imprudencia sin representación que se reconoce en España y en Colombia es similar a la negligencia en los demás ordenamientos que se están estudiando. La definición de negligencia en el derecho anglosajón también está basada en la diferencia que existe entre ella y la imprudencia (*recklessness*). De acuerdo con el Código Penal Modelo, sección 2.02, 2 (d) “*A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation*”. La diferencia fundamental entre la negligencia y la imprudencia radica en la previsión del riesgo.

⁹⁷⁶ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, *op. cit.* p. 308.

⁹⁷⁷ MIR PUIG. *Derecho ...*, *op. cit.* p. 294.

⁹⁷⁸ DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 155.

⁹⁷⁹ JESCHECK. *Tratado...*, *op. cit.* p. 539.

⁹⁸⁰ CEREZO MIR. *Curso...*, *op. cit.* p. 134.

⁹⁸¹ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, *op. cit.* p. 529.

Una persona que actúa negligentemente no está consciente de las circunstancias o las consecuencias de su comportamiento y, por lo tanto no prevé el riesgo que corre. Eso hace que, tanto en Estados Unidos como en Inglaterra, “*recklessness is considered the norm for criminal culpability, while negligence typically is punished (...) only in exceptional situations, such as where a death is caused*”⁹⁸². En ese mismo sentido, la Corte Suprema de Utah, en los Estados Unidos, afirmó que “*the difference between the minimum required mens rea of recklessness for manslaughter and criminal negligence for negligent homicide is simply whether the defendant was aware, but consciously disregarded, a substantial risk the result would happen, or was unaware but ought to have been aware of a substantial risk the result would happen*”⁹⁸³. Más aún, la incorporación de la negligencia como una forma de estado mental delictivo ha sido duramente criticada, por ser una desviación de la idea principal de *mens rea* que es que las personas responden por hacer un mal uso de su libertad, porque *eligen* actuar mal. Y si una persona no es consciente del riesgo que corre realmente no está realizando ninguna elección⁹⁸⁴.

No se trata pues de un verdadero estado de la mente, sino de una seria o grosera desviación del estándar de conducta que resulta en la ejecución de un comportamiento extremadamente riesgoso, con base en la no previsión de un riesgo evidente⁹⁸⁵. La inclusión de esta forma de *mens rea* en el derecho penal anglosajón se ha entendido como una evolución desde lo psicológico hacia lo normativo⁹⁸⁶, en la medida en la que se trata de un análisis completamente objetivo, que responsabiliza al sujeto, precisamente por incumplir el deber que le impone la norma de conducta de prever un riesgo⁹⁸⁷. En consecuencia, no es suficiente

⁹⁸² ROBINSON. *The handbook ...*, op. cit. p. 455. [La desconsideración se considera la regla general de la culpabilidad criminal, mientras que la negligencia es generalmente sancionada solo en situaciones excepcionales tales como aquellas en las que se causa una muerte] (traducción libre).

⁹⁸³ Supreme Court of Utah, *State v Howard*, 1979. [La diferencia entre el nivel mínimo de *mens rea* requerido, la desconsideración, para un homicidio imprudencial y la negligencia criminal para un homicidio negligente es simplemente si el acusado conocía y conscientemente ignoró el riesgo sustancial de que el resultado ocurriera o no conocía pero debía conocer el riesgo de que el resultado ocurriera] (traducción libre).

⁹⁸⁴ RUSSELL. *Fletcher's ...*, op. cit. p. 80.

⁹⁸⁵ Explica ASHWORTH: “*The doctrine of mens rea, as expressed in the requirement of intention and recklessness (apart from Caldwell), makes liability depend on proof that D chosen the harm, in the sense of intending it or at least being aware that it might result. These elements are missing where mere negligence is sufficient: there is no need to prove that D adverted to the consequences at all, so long as the court is satisfied that a reasonable person would have done so*”. ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 193.

⁹⁸⁶ BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho ...*, op. cit. p. 140.

⁹⁸⁷ REED. SEAGO. *Criminal...*, op. cit. p. 67.

cualquier grado de negligencia para que exista responsabilidad penal, ni siquiera un nivel de negligencia que baste para originar responsabilidad civil. La exigencia que se ha hecho es que sea una negligencia grosera, por lo que algunos autores, como WELLS por ejemplo, hablan de *gross negligence*⁹⁸⁸.

En todo caso, lo que está claro es que el riesgo debe ser tal que supere de manera grave los riesgos propios de la convivencia social actual, que creamos todos sin ser objeto de responsabilidad penal por negligencia. La forma de identificar estos riesgos es comparando la magnitud del daño que se puede causar con la utilidad del riesgo que se crea. Pero dicha utilidad no se mide en términos subjetivos, como la utilidad que el autor del comportamiento delictivo cree que tiene, sino que debe ser una cuestión analizada objetivamente con base en la probabilidad de causar el resultado y la naturaleza y extensión del daño causado, según la habría previsto un hombre de razonabilidad media⁹⁸⁹. Sin embargo, hay que tener en cuenta que “*where a risk of harm to others is required, the type of harm involved is not necessarily the same for all such crimes*”⁹⁹⁰.

Todas estas críticas han hecho que se haya establecido la negligencia a través de un sistema de *numerus clausus* a diferencia de lo que sucede con las otras tres formas de imputación subjetiva⁹⁹¹. El único crimen de *common law* que admite la negligencia es el homicidio, cuando la muerte se causa como consecuencia de la falta de previsión de un riesgo que habría sido evidente para cualquier persona razonable. En cuanto a los delitos estatutarios, cada vez aparecen más formas negligentes, especialmente en temas relacionados con los negocios y la responsabilidad de los empresarios⁹⁹². “*The argument is therefore moving towards the*

⁹⁸⁸ WELLS. QUICK. *Reconstructing ...*, op. cit. p. 110.

⁹⁸⁹ LAFAVE. SCOTT. *Criminal...*, op. cit. p. 233.

⁹⁹⁰ *Ibidem*. p. 239. [Cuando se requiere un riesgo de daño a los demás, el tipo de daño no es necesariamente el mismo para todos los delitos] (traducción libre).

⁹⁹¹ OXMAN. *Sistema ...*, op. cit. p. 130. [El argumento lleva a la conclusión que la negligencia puede ser un estándar apropiado para la responsabilidad penal cuando (i) el daño es grande; (ii) el riesgo es obvio; (iii) el defendido está en la capacidad de tomar las precauciones exigidas] (traducción libre).

⁹⁹² “*Yet there are many offences of negligence among the statutory offences regulating various commercial and other activities, often taking the form of an indictable offence of doing an act ‘with intent’ to contravene the regulations, supported by a summary offence of negligence in committing an act in such a way as to ‘have reason to believe’ that the regulations will be contravened*”. ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 193. En el mismo sentido WEIGEND. *The Oxford ...*, op. cit. p. 509. [Hay muchos delitos negligentes dentro de las ofensas estatutarias que regulan actividades comerciales y de otro tipo, generalmente establecidas como la actuación

conclusion that negligence may be an appropriate standard for criminal liability where: (i) the harm is great; (ii) the risk is obvious; and (iii) the defendant has the capacity to take the requirement precautions”⁹⁹³.

Por su parte, el tercer inciso del artículo 121-3 del Código penal francés establece la imprudencia, a partir de la cual se definen todas las infracciones no intencionales⁹⁹⁴. El inciso establece « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* »⁹⁹⁵, con base en el cual se sancionan comportamientos negligentes tanto comisivos como omisivos.

De acuerdo con la provisión legal, son imprudentes (comportamientos comisivos) o negligentes (comportamientos omisivos)⁹⁹⁶ aquellos comportamientos que faltan a una obligación de cuidado o de seguridad, prevista por la ley o el reglamento, cuando se establezca que el sujeto ha faltado a ese deber que podía cumplir con debida diligencia⁹⁹⁷,

con la intención de contravenir una regulación, soportadas en la ofensa sumaria de negligencia en la comisión de un acto de alguna manera en la que existía razón para creer que la regulación estaba siendo violada] (traducción libre).

⁹⁹³ ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 195.

⁹⁹⁴ Se debe tener en cuenta que « *L'expression « homicide, blessures et coups involontaires » par laquelle le Code pénal désigne l'homicide et les blessures par imprudence ne signifie nullement que ces délits ne son pas l'ouvre d'une volonté mais seulement que leurs conséquences n'ont pas été voulues* ». STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 239. En el mismo sentido, SOYER. *Droit...*, op. cit. p. 105. [La expresión “homicidio, lesiones y daños involuntarios” mediante la que el Código penal designa el homicidio y las lesiones imprudentes no significa que esos delitos no sean la obra de una voluntad, sino que sus consecuencias no eran queridas] (traducción libre).

⁹⁹⁵ Existen también delitos en los que la ley prevé, en casos de faltas imprudentes, de negligencia o de violación que una obligación de prudencia o de seguridad precisa por la ley o por un reglamento, que el autor de estas faltas no ha cumplido con las diligencias normales debidas, por ejemplo por la naturaleza de su misión o su función, de sus competencias así como de su poder y de los medios con los que contaba] (traducción libre).

⁹⁹⁶ « *Alors que la notion « d'imprudence » inclut les comportements de commission, la « négligence » désigne les cas dans lesquels l'omission de l'agent aura permis la réalisation du dommage* ». GARÇON. “La faute...”, op. cit. p. 7.

⁹⁹⁷ Con respecto a la noción de « *les diligences normales* », en la disposición legal, que se ha traducido como *diligencia debida*, ELLIOT afirma que : “*In essence, the provision sought to remind the court that a person cannot be found to have been at fault if they showed a normal level of care in the circumstances of the case*”. ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 75. [En esencia, la norma busca recordarle a la Corte que una persona puede ser encontrada responsable aun cuando haya actuado con un nivel normal de cuidado en las circunstancias del caso] (traducción libre).

teniendo en cuenta la naturaleza de su misión y sus funciones, así como su poder, su capacidad y los medios a su disposición. Al respecto, lo primero que ha establecido la doctrina es que la diligencia debida, así como las circunstancias, la posibilidad de actuar y las capacidades del sujeto deben ser establecidas con base en un estándar objetivo, para lo cual se utiliza la noción del “buen padre de familia” (*un bon père de famille*), puesto en las circunstancias en las que se encontraba el sujeto que ha cometido la infracción.

En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede con las infracciones intencionales, el resultado es un elemento esencial de las infracciones no intencionales, pues solo son legítimas aquellas sanciones que se impongan en virtud de la causación de un daño, ya que el sujeto no tenía la intención de infringir la ley penal. Como consecuencia, no basta con la sola infracción del deber para imponer una sanción por una infracción imprudente⁹⁹⁸, como sucede con los delitos imprudentes en el derecho penal español y colombiano. Además, debe decirse que, igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos, las faltas imprudentes requieren de una expresa provisión legal para poder ser sancionadas.

Adicionalmente, en este sistema jurídico penal se distingue entre el autor directo de una infracción imprudente, que se deriva de la previsión que se viene analizando, y el autor indirecto de la misma infracción, que responde por una falta de imprudencia reforzada, es decir, por una falta más grave. De acuerdo con la modificación introducida por la ley de 10 de julio de 2000, la imprudencia se analiza de manera distinta según si el agente ha causado el daño directa o indirectamente. Mientras que el autor directo será sancionado por haber incumplido un deber de cuidado o seguridad que estaba en capacidad de cumplir, el autor indirecto será sancionado por haber desempeñado un papel preponderante en la causación del daño y haber incurrido en una falta cualificada⁹⁹⁹. Así pues, el autor indirecto no ha participado personalmente en la creación del daño, pero ha creado la situación que ha

⁹⁹⁸ EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 94.

⁹⁹⁹ «*En revanche, l'auteur indirect du dommage ne peut à présent engager sa responsabilité qu'à la double condition d'avoir joué un rôle prépondérant dans la réalisation du dommage et de s'être rendu coupable d'une faute qualifiée*». EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 95. En el mismo sentido GARÇON. “La faute...”, op. cit. p. 1. [Por otra parte, el autor indirecto del daño solo puede ser responsable con la doble condición de haber desempeñado un papel preponderante en la realización del mismo y de ser culpable de una falta cualificada] (traducción libre).

permitido que ese daño se produjera o no ha tomado las medidas necesarias para evitarlo y, en eso consiste, la falta cualificada¹⁰⁰⁰.

Así lo establece el cuarto inciso del artículo 121-3 que afirma: « (...) *Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* »¹⁰⁰¹. Adicionalmente, como lo muestra la previsión legal el sujeto debe haber violado un deber de cuidado o de seguridad previsto por la ley o el reglamento, de manera manifiestamente deliberada o, cometió una falta grave por exponer a otro a un riesgo tan elevado que no se podía ignorar¹⁰⁰².

Así, por ejemplo, en sentencia del 13 de noviembre de 2002, la Sala Criminal de la Corte de Casación condenó a un médico pediatra como autor directo del homicidio imprudente de un recién nacido, porque el médico falló en el deber de vigilancia que se le había asignado. Por el contrario, en sentencia del 10 de enero de 2001 la misma Sala condenó como autor indirecto al director del servicio de un hospital, pues faltó a su deber de vigilar que los médicos cumplieran correctamente con su labor. Un paciente menor de edad, falleció sin que el médico lo revisara en más de nueve horas y la Sala Criminal entendió que el director del servicio, como jefe directo, hubiera podido evitar ese riesgo, en la medida en la que debía garantizar el correcto ejercicio de la actividad médica.

¹⁰⁰⁰ GARÇON. “La faute..., op. cit. p. 4. En el mismo sentido, BADAR. MARCHUK. “A Comparative..., op. cit. p. 37.

¹⁰⁰¹ [(...) En el caso previsto en el párrafo anterior, las personas físicas que no han causado el daño directamente, pero que han creado o contribuido a crear la situación que ha causado el daño o que no han tomado las medidas necesarias para evitarlo, son penalmente responsables si se establece que han violado, de manera manifiestamente deliberada, un deber particular de cuidado o seguridad previsto por la ley o por el reglamento, o han cometido una falta grave exponiendo a otros a un riesgo de una gravedad particular que no podrían ignorar] (traducción libre).

¹⁰⁰² ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 78.

d. Infracciones de responsabilidad absoluta.

Finalmente, es necesario hacer referencia a una forma de delitos que no existe en España o en Colombia, pero que ha adquirido importancia en los otros ordenamientos que se están estudiando. Se trata de los delitos de responsabilidad absoluta del *common law*, que el derecho penal francés conoce como contravenciones.

En el *common law* se presume que los delitos, a pesar de no decirlo expresamente, incluyen siempre algún grado de *mens rea*, aunque sea implícitamente. Sin embargo, este no es siempre el caso y, dentro de los delitos estatutarios, cada vez son más aquellos que carecen por completo de culpabilidad¹⁰⁰³. Estos delitos reciben el nombre de delitos de responsabilidad absoluta o *strict liability* y se caracterizan porque en la definición de cada uno de ellos se prevé que no es necesario demostrar que el sujeto haya actuado con alguno de los cuatro niveles de culpabilidad, es decir, intención, conocimiento, imprudencia o negligencia¹⁰⁰⁴. Sin embargo, esto no debe confundirse, como sucede con cierta frecuencia, con la inexistencia de elementos subjetivos en la definición del delito pues, cuando menos, estará siempre presente la voluntariedad del acto que, aunque no hace parte de las *mens rea*, es un elemento subjetivo¹⁰⁰⁵.

En estos delitos, basta la acreditación de la realización de un hecho voluntario, de la participación del sujeto y de la relación causal entre la acción y el resultado, para que se pueda imputar la responsabilidad penal. Ahora bien, siguiendo la misma estructura que se viene explicando, es posible que en un mismo delito se establezca la necesidad de probar alguna forma de culpabilidad frente a un elemento del *actus reus* y responsabilidad absoluta frente a otro u otros, por lo que, aunque el delito se considera de *strict liability*, el ente

¹⁰⁰³ CHIAO. “Acts and Actus Reus” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014. p. 449.

¹⁰⁰⁴ ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 164.

¹⁰⁰⁵ “It is, however, important to remember that even in crimes of strict liability some mental element will be required”. REED. SEAGO..., op. cit. p. 81. En el mismo sentido SMITH y HOGAN afirman que “What is clear is that the voluntariness of an act is a more fundamental element of criminal liability than the intention to cause, or foresight of, result of the act which we normally think of as *mens rea*”. SMITH. HOGAN..., op. cit. p. 39.

acusador deberá probar alguna forma de *mens rea* frente a ciertos elementos¹⁰⁰⁶. Sin embargo, no se trata de los delitos de responsabilidad objetiva propios del ámbito civil, en la medida en la que, la mayoría de las veces por disposición del mismo estatuto que criminaliza la conducta, se permite al acusado alegar la debida diligencia (*due diligence*) como excusa de su comportamiento¹⁰⁰⁷. El efecto de la incorporación de los delitos de responsabilidad absoluta es que el ente acusador no tiene que probar la *mens rea*, pero no se trata de que el acusado no cuente con opciones de defensa¹⁰⁰⁸.

Aunque no constituye un precedente vinculante¹⁰⁰⁹, en este ámbito es frecuentemente citada la sentencia *Gammon (Hong Kong) LTD. v. Attorney General of Hong Kong*¹⁰¹⁰ que dictó el Privy Council en 1985. En este caso un edificio colapsó y se procesó a los constructores por el incumplimiento de deberes en el ámbito de la construcción por las que se podían imponer altas multas y un máximo de tres años de prisión. En la decisión se estableció que aunque existe una presunción según la cual para que una persona pueda ser penalmente responsable se requiere alguna forma de *mens rea*, la presunción es especialmente relevante cuando la conducta es ‘verdaderamente delictiva’ (*truly criminal*), y tal presunción aplica a los delitos estatutarios, salvo cuando el delito se encuentra en un ámbito del interés social o seguridad pública, en el que se demuestra que la responsabilidad absoluta se requiere para incentivar un mayor cumplimiento de ciertos deberes, por lo que o bien la norma claramente establece que la presunción es inaplicable o, puede deducirse claramente de la interpretación de la norma.

La incorporación de estos delitos resulta contraria al principio *nullum crimen nulla poena sine culpa*, e incluso la doctrina anglosajona ha criticado su existencia, afirmando que “a

¹⁰⁰⁶ “*The fact is that an offence is regarded – and properly regarded – as one of a strict liability is no mens rea need be proved us to a single element in the actus reus. The single element will usually be one of great significance; but by no means follows that mens rea should not be required as to the remaining constitutes of the offence*”. SMITH. HOGAN..., op. cit. p. 79.

¹⁰⁰⁷ LEGEAIS. *Grands ...*, op. cit. p. 330.

¹⁰⁰⁸ OXMAN. *Sistema ...*, op. cit. p. 78.

¹⁰⁰⁹ Al respecto del Privy Council consultar Capítulo I, 1 de este trabajo.

¹⁰¹⁰ Privy Council, *Gammon (Hong Kong) LTD. v. Attorney General of Hong Kong*, mayo 8 de 1985. Párrafo

*person should not be condemned for wrongdoing without proof of choice*¹⁰¹¹. Para contestar a estas críticas se ha dicho que estos delitos son en realidad delitos *mala prohibita*, es decir conductas que prohíbe el legislador para que la sociedad se desenvuelva mejor, “*though no one really thinks of the offenders as criminals*”¹⁰¹². En ese mismo sentido se ha dicho que estos delitos son materialmente criminales, pero de naturaleza civil (*criminal in form, but civil in nature*)¹⁰¹³, por lo cual, la regla general es que tengan penas pequeñas, aunque estas pueden ser privativas de la libertad¹⁰¹⁴. Adicionalmente se entiende que estas conductas tienen una naturaleza tal que, si el ente acusador tuviera la obligación de probar los elementos internos del delito, la persecución sería tan difícil que el derecho penal no cumpliría con el fin de prevenir estos comportamientos¹⁰¹⁵.

Lo cierto es que estos delitos se caracterizan por proteger intereses públicos que se ponen en riesgo cuando se realizan ciertas actividades inherentemente peligrosas, por lo que se imponen deberes estrictos de conducta para prevenir daños a los ciudadanos, individualmente considerados o para proteger intereses colectivos¹⁰¹⁶, afirmando que quien participa en los negocios debe aceptar los riesgos que estos conllevan, incluso cuando resultan en responsabilidad penal. Por esa razón, los delitos de responsabilidad absoluta solo pueden ser estatutarios y se encuentran en sectores como el tráfico rodado, la manipulación de bebidas o alimentos, la polución y la higiene pública¹⁰¹⁷. Incluso, en los Estados Unidos se ha discutido la constitucionalidad de este tipo de delitos y la Corte Suprema ha asegurado que

¹⁰¹¹ ASHWORTH. *Principles ...*, op. cit. p. 166. Incluso SMITH y HOGAN afirman que “*It is not suggested that this sort of situation – which arises in connection with several crimes – is a very happy one. On the face of it, it is illogical and unjust*”. SMITH. HOGAN. *Criminal ...*, op. cit. p. 57.

¹⁰¹² REED. SEAGO. *Criminal ...*, op. cit. p. 106.

¹⁰¹³ TIEDEMANN, Klaus. “Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo”. En *Revista Penal*, nº 3, 1999. Disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal>. Consultado el 31 de julio de 2017. p. 82. Sobre la naturaleza civil de estos delitos se pronunció la Corte Suprema de los Estados Unidos en la sentencia *Supreme Court of the United States, United States v. Freed, julio 25 de 1971*.

¹⁰¹⁴ “*Usually, but not always, the statutory crime-without-fault carries a relatively light penalty – generally of the misdemeanor variety*”. LAFAVE. SCOTT. *Criminal ...*, op. cit. p. 243. [Por lo general, pero no siempre, los crímenes estatutarios que no contienen elemento de culpabilidad tienen asignada una pena relativamente suave, generalmente de la clase de las de los delitos menores] (traducción libre).

¹⁰¹⁵ POLLOCK. *Criminal ...*, op. cit. p. 57.

¹⁰¹⁶ OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 76.

¹⁰¹⁷ KEILER. *Actus reus ...*, op. cit. p. 40. En el mismo sentido REED. SEAGO. *Criminal ...*, op. cit. p. 108.

los legisladores tienen autoridad soberana tanto para definir y limitar la *mens rea*, como para definir las defensas que puede invocar el acusado, sin restricción alguna¹⁰¹⁸.

En el derecho francés¹⁰¹⁹, la falta contravencional (*faute contraventionnelle*), es el elemento psicológico con el cual se comenten todas las contravenciones, salvo que exista expresa disposición en contrario¹⁰²⁰. Esta forma de elemento psicológico ha sido duramente criticada porque, al igual que en el caso anterior, se trata de una forma de responsabilidad objetiva que exige un estándar muy bajo de relación psicológica entre el hecho y el sujeto. Adicionalmente, la característica principal de las contravenciones es que ellas no exigen un resultado lesivo, a diferencia de las infracciones imprudentes. Como consecuencia, se entiende que las contravenciones tienen la función principal de prevenir riesgos, por lo que consisten solamente en la violación de una norma que el legislador ha destinado para mantener el orden social y para prevenir lesiones¹⁰²¹. La mayoría de estas infracciones se encuentran en los campos de medio ambiente, urbanismo, aduanas, derecho penal laboral y derecho penal económico¹⁰²², entre otras.

¹⁰¹⁸ Supreme Court of The United States, *Clark v. Arizona*, junio 29 de 2006.

¹⁰¹⁹ Por contraposición a las infracciones intencionales, el derecho penal francés establece infracciones no intencionales (*les fautes non intentionnelles*), que son aquellas en las que el agente no tiene la intención de violar la ley penal, pero se le reprocha la falta (*faute*) en la que ha incurrido al incumplir un específico deber que le imponía la ley o el reglamento. Las infracciones no intencionales cambiaron de manera importante con la entrada en vigencia del Código penal de 1994, y luego, a partir de la ley de 10 de julio de 2000 que modificó el artículo 121-3 del Código penal. Esta ley estableció los distintos grados de faltas no intencionales que se contemplan en este ordenamiento jurídico. Así pues, las infracciones no intencionales se dividen entre la imprudencia o negligencia, la falta contravencional y la puesta en peligro deliberada. Las infracciones no intencionales solo pueden ser delictivas contravenciones. Con respecto a esta ley, es necesario tener en cuenta, además, que “[f]or a long time the courts drew a distinction between civil and criminal negligence, but the Cour de cassation reversed this approach in 1912. (...) With the reform introduced by the Act of 10 July 2000, a distinction has been reintroduced between civil negligence and criminal negligence where the harm has been caused indirectly by a natural person”. ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 79. [Por un largo tiempo, las cortes distinguieron entre la negligencia civil y la negligencia penal, pero la Corte de Casación reversionó esta aproximación en 1912. (...) con la reforma introducida por el Acto de 10 de julio de 2000, la distinción entre la negligencia civil y la negligencia penal ha sido reintroducida cuando el daño ha sido causado indirectamente por una persona natural] (traducción libre).

¹⁰²⁰ « *Toutefois, par exception, sur prévision expresse du pouvoir réglementaire au titre de la contravention considérée, l'élément coupable de certaines contraventions peut consister soit dans la faute intentionnelle, soit dans la faute d'imprudence* ». GARÇON. “La faute...”, op. cit. p. 1. [Sin embargo, como excepción, en la disposición expresa del reglamento para la infracción en cuestión, el elemento culpable de ciertas infracciones puede consistir en una falta intencional o en una imprudencia] (traducción libre).

¹⁰²¹ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 259.

¹⁰²² SOYER. *Droit...*, op. cit. p. 106.

Así pues, para que se pueda imputar una contravención, basta con que el sujeto haya violado la norma de manera voluntaria, en el sentido de que no será penalmente responsable si su voluntad estaba viciada por una coacción, un caso de fuerza mayor o alguna causa similar. Así lo establece el artículo 121-3 que en el último inciso indica que «*Il n'y a point de contravention en cas de force majeure*». No se requiere, por el contrario, que exista intención e incluso el sujeto será penalmente responsable, aunque haya actuado de buena fe¹⁰²³. Es decir, basta con que el sujeto haya vulnerado la norma para responder penalmente; “*il suffit de constater, pour prononcer une condamnation, que l'agent a méconnu une prescription pénale*”¹⁰²⁴, por lo que al probar el elemento material, queda probada la responsabilidad penal.

Esto hizo que anteriormente se denominara a estas infracciones como puramente materiales (*purement matérielle*), porque se entendía que no se requería ningún elemento psicológico. No obstante, esta expresión se ha descartado, por conducir a equivocaciones, ya que, sí se debe comprobar que el sujeto actuó de manera voluntaria, por lo que tanto la fuerza mayor como la falta de capacidad de comprensión de la acción o de la norma se pueden alegar como defensa. También ayudó a descartar esta expresión que anteriormente existían delitos que podían cometerse con esta forma de elemento psicológico, aunque eran excepcionales, pero el nuevo Código eliminó todos esos delitos y solamente conservó esta forma de elemento psicológico para las contravenciones. El bajo estándar del elemento subjetivo de las contravenciones se contrarresta con la pena de multa, que es la única admisible para las contravenciones, lo que busca garantizar el principio de proporcionalidad.

Adicionalmente, el inciso segundo del artículo 121-3 establece que, a pesar de que el primer inciso afirma la necesidad de que exista intención en la comisión de los crímenes y los delitos, habrá delito cuando el sujeto ponga en peligro deliberadamente a otra persona, si la ley así lo

¹⁰²³ Explican STEFANI *et al.* « *A la différence de la faute d'imprudence, la faute en matière de contravention non intentionnelle n'exige même pas une imprudence ou une prescription légale ou réglementaire. Il importe peu, sauf pour certaines contraventions, que cette violation ait été intentionnelle, volontaire, commise par imprudence ou de bonne foi, dans l'ignorance du règlement* ». STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 256 [A diferencia de la conducta imprudente, la falta en materia de contravención no intencional no exige, si quiera, un elemento imprudente o una prescripción legal o reglamentaria. Importa poco, salvo para ciertas contravenciones, que la violación haya sido intencional, voluntaria, cometida por imprudencia o de buena fe en la ignorancia del reglamento] (traducción libre).

¹⁰²⁴ EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 93. [Basta con constatar que el agente violó una prescripción penal para emitir una condena] (traducción libre).

ha previsto. Dice el inciso « *Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* »¹⁰²⁵. Por la ubicación de la norma se ha afirmado que se trata de una tercera forma de elemento subjetivo no intencional, que hasta antes de este Código solo contemplaba la imprudencia y la falta contravencional¹⁰²⁶.

Adicionalmente, el artículo 223-1 del Código penal¹⁰²⁷, introdujo un nuevo delito que consiste en exponer directamente a otro a un riesgo de muerte o de lesiones, mediante la violación manifiesta de una obligación de cuidado o seguridad. Este artículo ha sido ampliamente criticado, por tratarse de un delito que sanciona la creación de un riesgo, equivalente a un delito de peligro en la doctrina continental, mediante una previsión sumamente amplia. Sin embargo, su introducción en la ley se ha justificado a través del propósito de llenar una laguna en este ámbito, porque hasta ese momento, quien ponía a otro en riesgo deliberadamente solo respondía por una falta imprudencial, si se producía un daño¹⁰²⁸.

No obstante, la relación entre el delito del artículo 223-1 y el elemento subjetivo del segundo inciso del artículo 121-3 no es muy clara, aunque la mayoría de la doctrina entiende que el delito constituiría una falta material, de las que se supone que ya no existen en este Código penal¹⁰²⁹, que tienen como elemento esencial la puesta en riesgo deliberada. El problema

¹⁰²⁵ [Sin embargo, cuando la ley lo disponga, habrá delito cuando se ponga en peligro a otro deliberadamente] (traducción libre).

¹⁰²⁶ ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 79.

¹⁰²⁷ Code pénal, article 223-1 « *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». [La falta de exponer directamente a otro a un riesgo de muerte o de lesiones inminentes, tal que le cause una mutilación o una deformidad permanente, por la violación manifiestamente deliberada de una obligación particular de prudencia o de seguridad impuesta por la ley o el reglamento es punible con un año de prisión y 15.000 euros de multa] (traducción libre).

¹⁰²⁸ “*The person taking a risk knowingly and causing by this fact a harm was liable to the same punishment as that for causing a similar harm by negligence, despite the fact that this conduct was extremely dangerous and immoral*” ELLIOT. *French...*, op. cit. p. 80. En el mismo sentido, CHACORNAC. “*Le risque...*, op. cit. p. 855. [La persona que tomaba un riesgo conscientemente y causa por ese hecho un daño era sancionada con el mismo castigo que quien causaba un daño similar por negligencia, aún cuando su conducta fuera extremadamente peligrosa e inmoral] (traducción libre).

¹⁰²⁹ Explican EBOVE et al. « *Sous l'empire de l'Ancien Code pénale, l'élément moral de certains délits (qualifiés de matériels) résidait parfois en une simple faute contraventionnelle. (...) Dans toutes ces matières techniques, la faute de l'agent était présumée et découlait de la matérialité de l'acte accompli. Eu égard à la gravité de l'enjeu, la solution était sévère. Avec le Nouveau Code pénal, les délits matériels ont officiellement disparu. Du jeu combiné de l'article 121-3 CP. et de l'article 339 de la loi d'adaptation, il résulte en effet qu'un*

principal es que la definición del elemento material y el elemento psicológico en este delito sería la misma, por lo cual se trataría de un caso más de responsabilidad objetiva. Cabe destacar que la pena asignada a esta conducta es prisión y multa, por lo cual de acuerdo con la clasificación clásica del derecho penal francés, se trata de un delito y no de una contravención¹⁰³⁰. Así pues, esta norma constituye un factor de inseguridad jurídica, ya que la puesta en peligro deliberada es a la vez, una forma de elemento psicológico no intencional, un delito autónomo y además, una circunstancia agravante de las previstas para los delitos de homicidio y lesiones (artículo 221-6 CP).

- e. Causas de exclusión de la responsabilidad penal vinculadas al elemento subjetivo.

Todos los ordenamientos reconocen que hay circunstancias en las cuales las personas no deben responder penalmente por sus acciones, aún cuando objetivamente estas constituyan delitos. La variación está en que circunstancias se reconocen y en que momento del análisis se tienen en cuenta.

En el derecho anglosajón, luego de haber analizado los dos primeros elementos, es decir el *actus reus* y la *mens rea*, se suele analizar la concurrencia de las defensas, que pueden ser defensas justificantes o exculpantes, ya sea que nieguen la ilicitud de la conducta, en el primer

délit ne peut plus être réprimé en l'absence d'intention, d'imprudence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ». EBOVE. FALLETTI. *Précis...*, op. cit. p. 93. [Bajo el antiguo Código penal, el elemento moral de ciertas ofensas (clasificadas como materiales) a veces era una mera culpa contravencionista. (...) En todas estas cuestiones técnicas, se presumió la falta del agente y se derivó de la materialidad del acto realizado. Dada la gravedad del problema, la solución fue severa. Con el nuevo Código penal, los delitos materiales han desaparecido oficialmente. las disposiciones combinadas del artículo 121-3 CP y el artículo 339 de la ley de adaptación, permite deducir que un delito no puede reprimirse en ausencia de intención, imprudencia o peligro deliberado en contra de otras personas] (traducción libre).

¹⁰³⁰ GARÇON, afirma que « *Ensuite, le législateur a saisi l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, pour donner naissance à un nouveau délit qu'il classifie parmi les délits non intentionnels : le délit de risque causé à autrui (art. 223-1 CP). Or, on remarque que ce délit constitue en quelque sorte une incrimination à titre autonome de la faute de mise en danger délibérée, indépendante du résultat. Il s'agit en effet d'un délit obstacle, qui présente la particularité d'incriminer le seul risque provoqué* ». GARÇON. “La faute...”, op. cit. p. 3. [Luego, el legislador aprovechó la oportunidad de la entrada en vigor del nuevo Código penal para dar lugar a un nuevo delito que clasifica entre los delitos no intencionales: el delito de riesgo causado a otros (artículo 223-1). CP. Sin embargo, se observa que esta ofensa constituye de una manera una incriminación en una capacidad autónoma de la falta de peligro deliberado, independientemente del resultado. De hecho, es un obstáculo ofensivo, que tiene la distinción de incriminar solamente por el riesgo causado] (traducción libre).

caso, o la culpabilidad del autor en el segundo. En ese orden de ideas, un sector minoritario de la doctrina anglosajona donde se encuentran, por ejemplo, FLETCHER y KEILER, sostiene que así considerada la estructura del delito es tripartita, aunque se debe tener en cuenta que “*when it can be proved that a person has committed the definition of an offence (actus reus and mens rea) the presence of wrongfulness and blameworthiness is generally assumed. Only if justification can be invoked is wrongfulness negated or respectively blameworthiness in case of an excuse*”¹⁰³¹, por lo que los tres estadios de análisis no se llevan a cabo en todos los casos.

La estructura pragmática y sencilla del pensamiento anglosajón ha hecho que las defensas y las excusas (*defenses and excuses*), se hayan abordado tradicionalmente a partir de su función práctica de excluir la responsabilidad penal dentro del proceso penal¹⁰³², por lo que se suelen estudiar como figuras procesales, dando especial relevancia al procedimiento para alegarlas y a quien corresponde la carga de probarlas. En consecuencia, las excusas y las defensas no serán abordadas en este texto, salvo por el caso del error, pues este está estrechamente vinculado al conocimiento, que es un elemento de la *mens rea*.

Basta decir que el derecho penal anglosajón distingue excepciones (*exemptions*), justificaciones (*justifications*) y excusas (*excuses*). Las excepciones se refieren a la capacidad del sujeto para responder penalmente, por lo cual la enfermedad mental (*insanity*) es una excepción, por ejemplo. Por su parte, las justificaciones se refieren a circunstancias que hacen que el acto no sea contrario a derecho, por lo cual eliminan el *actus reus*, dentro de ellas se encuentra la legítima defensa. Finalmente, las excusas eliminan la *mens rea*, porque implican que el sujeto no puede comprender su actuación o controlarse. Adicionalmente, existe una categoría formal que incluye algunas atenuantes generales¹⁰³³.

¹⁰³¹ KEILER, Johannes. *Actus reus and participation in European criminal law*. Intersentia, Cambridge, 2013. p. 41 [cuando se puede probar que una persona ha cometido un delito (*actus reus* y *mens rea*) la presencia de la ilicitud y la culpabilidad, generalmente se asumen. Solo si la justificación puede ser invocada, se niega la ilicitud e igual sucede con la culpabilidad en caso de que se alegue una excusa] (traducción libre)

¹⁰³² No obstante, se debe tener en cuenta que “[e]ntre todas las cuestiones desarrolladas por la doctrina destacan dos: la primera es el interés por encontrar una clasificación sistemática de las mismas dentro de la estructura del delito y el segundo la concreción del fundamento racional de su efecto de excluir la responsabilidad criminal”. BERNAL DEL CASTILLO. *Derecho...*, op. cit. p. 147.

¹⁰³³ WELLS, Celia. QUICK, Oliver. *Reconstructing Criminal Law*. Law in Context, Cambridge University Press, Cambridge, 2010. p. 120.

Por su parte, en el derecho francés, la doctrina no ha acordado aún si las causas de justificación y de exculpación pertenecen a uno de los elementos anteriores o se trata de una categoría particular, como lo establecía la doctrina clásica. Lo único cierto es que el derecho penal francés reconoce que hay circunstancias en las cuales las personas no pueden responder penalmente, ya porque su conducta no puede ser considerada como contraria a derecho, o bien porque no les es reprochable que hayan actuado como lo hicieron. En el primer caso, se trata de la existencia de causas de justificación y, en el segundo, de causas de exculpación, tal como sucede en el derecho penal iberoamericano.

La distinción entre causas de justificación y causas de exculpación en el derecho penal francés está basada en la distinción entre las causas objetivas y las causas subjetivas¹⁰³⁴. Cuando las causas son objetivas, es decir que se trata de circunstancias externas al sujeto, se habla de justificaciones, que algunos autores como STEFANI, LAVASSEUR y BOULOC consideran que anula el elemento legal de la infracción¹⁰³⁵; cuando estas son subjetivas, es decir que se deben a elementos dentro de la mente del sujeto o a una característica del mismo, se trata de causas de exculpación. En todo caso, el Código penal no refleja esta distinción y el Capítulo II, del Título II, del Libro I de la parte legislativa (artículos 122-1 a 122-9) define las causas de ausencia o de atenuación de la responsabilidad penal (*des causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité*).

En términos generales, se reconocen cuatro justificaciones: (i) la ley, (ii) la orden de una autoridad legítima, (iii) la legítima defensa y (iv) el estado de necesidad. En estos casos, se entiende que no existe responsabilidad penal porque el agente no ha actuado de forma antisocial, ya que su conducta se encuentra amparada por la ley. Por esa razón, el elemento legal de la infracción sería el que desaparecería, en la medida en la que se presenta una antinomia y primaría la norma permisiva. No obstante, también se ha alegado que las causas de justificación eliminarían el elemento legal del delito, en la medida en la que el bien jurídico protegido hace parte de este elemento y las causas de justificación exoneran de responsabilidad penal porque el bien jurídico cede ante la protección brindada a un bien

¹⁰³⁴ ELLIOT. "France"..., op. cit. p. 178.

¹⁰³⁵ STEFANI. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 244.

jurídico igual o superior¹⁰³⁶. A estas causas habría que añadir una quinta opción que planteó la jurisprudencia como una variación de la justificación dada por la ley, y es el ejercicio legítimo del derecho de defensa, aunque este solo ha sido mencionado un par de veces¹⁰³⁷.

En cuanto a las excusas, que son aquellas que se derivan de las características propias del sujeto, el derecho penal francés también reconoce cuatro: (i) la minoría de edad, (ii) la enfermedad mental, (iii) el constreñimiento y (iv) el error de derecho. En estos casos, el sujeto carece de la habilidad para cometer una infracción, porque no tiene una voluntad libre y clara, por lo que no responden penalmente. Esta manera de entender las causas de exculpación permite que, a pesar de que el autor no responda penalmente, los partícipes sí lo hagan, llegando a la misma solución que llega el derecho penal iberoamericano a partir del principio de accesoria limitada.

De manera muy similar, el derecho penal iberoamericano distingue entre causas de justificación y causas de exculpación, pues las primeras anulan la antijuridicidad de la conducta y las segundas la culpabilidad. La antijuridicidad de la conducta que es el tercer estadio de análisis de la teoría del delito, a grandes rasgos, se refiere a la contrariedad entre la conducta del sujeto y el derecho y, cuya relación con la tipicidad se ha discutido ampliamente y se han adoptado varias posiciones¹⁰³⁸. Una de ellas sostiene que el tipo penal es la esencia de la antijuridicidad, su razón de ser, pues supone la existencia de la misma. En ese orden de ideas, la tipicidad es *ratio essendi* de la antijuridicidad, pues si el legislador ha decidido prohibir la conducta es porque esta va en contra del derecho, así que se habla de que

¹⁰³⁶ Explica ROBERT que: « *Les hypothèses de cette sorte peuvent être rangées en deux catégories. Tantôt or, il arrive que, quoiqu'une personne ait réalisé le comportement prohibé par le texte pénal, on ne puisse pas lui reprocher d'avoir lésé l'intérêt protégé. Il faut alors prononcer acquittement. Tantôt l'intérêt existe et il est bel et bien lésé, mais il n'est plus protégé par la loi pénale parce qu'il est sacrifié à un intérêt supérieur. On parle alors de « fait justificatif » dont le meilleur exemple est la légitime défense* ». ROBERT. *Droit...*, op. cit. p. 271. [Las hipótesis de este tipo se pueden dividir en dos categorías. A veces, sin embargo, sucede que, aunque una persona ha llevado a cabo la conducta prohibida por la ley penal, no puede ser culpada por haber infringido el interés protegido. Entonces es necesario pronunciar la absolución. A veces, el interés existe y, de hecho, está perjudicado, pero ya no está protegido por la ley penal porque se sacrifica a un interés superior. Ahí hablamos de "hecho justificante" cuyo mejor ejemplo es la legítima defensa.] (traducción libre).

¹⁰³⁷ EBOVE. FALLETTI. *Précis ...*, op. cit. p. 159.

¹⁰³⁸ DEMETRIO CRESPO *et al*, afirman que “*actualmente las posiciones sobre la relación entre tipo y antijuridicidad se divide entre la mayoritaria concepción indiciaria del tipo y las posiciones menos numerosas que sostienen que el tipo supone ya en todo caso antijuridicidad*” DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTÍNEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones ...*, op. cit. p. 26.

la conducta es «*típicamente antijurídica*» y no una conducta típica y antijurídica. Una teoría que va un paso más allá, pero que se desarrolla a partir de la misma concepción, es la de los *elementos negativos del tipo*, según la cual, la antijuridicidad y la tipicidad están tan estrechamente vinculadas, que solamente hay un tipo global o total de injusto, una vez que se ha verificado que en el caso concreto no concurren causas de justificación, es decir que la conducta es antijurídica¹⁰³⁹.

No obstante, de acuerdo con la posición mayoritaria, la tipicidad es, tan solo, un indicio de la antijuridicidad de la conducta, es decir, es su *ratio cognoscendi*¹⁰⁴⁰. La tipicidad de una conducta indica que esa conducta está prohibida por el ordenamiento penal, ya sea porque se ha llevado a cabo una acción o porque se ha omitido ejecutarla. No obstante, para determinar la existencia de responsabilidad penal, aún debe determinarse la entidad de la lesión o el peligro causado y que no concurren causas de justificación. Por tanto, no toda conducta típica es, en sí misma, antijurídica: quien mata a otro en legítima defensa ha cometido, sin duda, una conducta típica, pero no por ello, antijurídica.

La antijuridicidad es un predicado de la acción, que la califica como contraria al ordenamiento jurídico¹⁰⁴¹, íntegramente considerado. Cuando se afirma que una conducta es antijurídica, se está afirmando que quien la ha llevado a cabo ha realizado un comportamiento prohibido o ha omitido un comportamiento mandado¹⁰⁴², sin estar justificado por otra norma, lo que se conoce como antijuridicidad formal. Adicionalmente, se debe valorar si dicho comportamiento, más allá de ser formalmente contrario al ordenamiento jurídico, ha lesionado o, cuando menos, puesto en peligro, un bien jurídico protegido por la ley penal, lo que configura la antijuridicidad material¹⁰⁴³. Es la antijuridicidad material la que indica por qué razón el legislador ha decidido sancionar con pena un determinado comportamiento.

¹⁰³⁹ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 299.

¹⁰⁴⁰ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho ...*, op. cit. p. 267.

¹⁰⁴¹ MUÑOZ CONDE. GARCÍA ARÁN. *Derecho...*, op. cit. p. 322.

¹⁰⁴² Así lo explica JESHECK: "(...) el legislador establece para la protección de la convivencia del hombre en la sociedad preceptos vinculantes de comportamiento que se denominan normas jurídicas. Las normas jurídicas no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden de la comunidad, que por su sentido racional apelan a la comprensión de los sujetos de derecho y reclaman consecuentemente obediencia cívica. (...) Por ello, hay que ver la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica. JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 211.

¹⁰⁴³ MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 140.

Nótese que hasta ese momento, no se ha hablado de ordenamiento jurídico penal, sino que el comportamiento es solamente antijurídico, en la medida en la que no sería lógico que un comportamiento estuviera prohibido por una rama del ordenamiento, estando permitido por otra(s). Lo que sí sucede, es que un comportamiento puede estar prohibido por el derecho y ser, al mismo tiempo, irrelevante para el derecho penal, pues este se encarga de conductas muy específicas, en virtud del principio de *ultima ratio*. Esto implica que las consecuencias que ha asignado el legislador a los distintos comportamientos varían de acuerdo con su gravedad y con la rama del derecho que se haya designado para lidiar con ellos.

Así pues, todo comportamiento contrario a la ley penal, será también contrario a todo el ordenamiento jurídico, pero no todo comportamiento antijurídico será penalmente antijurídico. El Código penal colombiano revela los dos componentes de la antijuridicidad, en el artículo 11 que establece: «*para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal*». Así, habla de lesión o puesta en peligro efectivo, haciendo énfasis en la antijuridicidad material y, cuando se refiere a que el sujeto actúa *sin justa causa*, se está incluyendo la antijuridicidad formal.

Para comprender cabalmente la antijuridicidad material, es necesario partir del concepto de bien jurídico, que es el objeto de protección del derecho penal y, alrededor del cual gira todo el ordenamiento jurídico penal en los Estados de esta tradición. Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad o determinados valores sociales, como la vida, el patrimonio económico, la integridad personal, entre otros¹⁰⁴⁴, que dada su importancia, el legislador decide proteger sancionando ciertos comportamientos que los lesionan de maneras especialmente graves¹⁰⁴⁵. Así, mediante la criminalización primaria, el legislador identifica

¹⁰⁴⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO define el bien jurídico como sigue: “*El bien jurídico no existe como tal en la realidad naturalística. El bien jurídico, en cuanto algo que vale, es decir, en cuanto valor es, como todos los valores irreal. Pero no es una pura creación de la mente humana, sino por el contrario, algo objetivo que reside como cualidad ideal, en las cosas*”. RODRIGUEZ MOURULLO. *Derecho ...*, op. cit. p. 276. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Fundamentos...*, op. cit. p. 66. También, JESCHECK. *Tratado...*, op. cit. p. 231.

¹⁰⁴⁵ Con respecto a la evolución del bien jurídico, VARGAS MENDOZA, Ligia María. “El inicio de la vida independiente” En POSADA MAYA, Ricardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. CORREA FLÓREZ, María Camila. *Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. III*. Ibañez, Bogotá, 2016, p.143.

aquellas conductas que, analizadas desde un punto de vista *ex ante* resultan de especial peligrosidad para el bien jurídico (desvalor de acción) y, luego, al analizar la antijuridicidad de la conducta, se revisa si se ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico, desde un punto de vista *ex post* (desvalor de resultado) ¹⁰⁴⁶.

En ese orden de ideas, en la antijuridicidad se materializa el principio de lesividad y se debe tener en cuenta que “*el bien jurídico es un concepto lógicamente necesario, del que no se puede prescindir, pues con su renuncia desaparece todo sentido en la prohibición: se prohíbe porque se prohíbe*”¹⁰⁴⁷. Sin embargo, no todos los bienes jurídicos ameritan protección penal, sino que, dado el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del derecho penal, éste solo protege aquellos bienes jurídicos más esenciales para la sociedad, de los ataques más graves y más peligrosos¹⁰⁴⁸. Por ello hay otros bienes jurídicos y otros ataques, que son regulados por otras ramas del ordenamiento jurídico.

Cuando, a pesar de que la conducta sea típica, el bien jurídico no se ha lesionado o no se ha puesto en un peligro relevante, la antijuridicidad material y, con ella, la responsabilidad penal, quedan excluidas. Esto se debe al principio de insignificancia, según el cual, las afectaciones a los bienes jurídicos deben tener cierta entidad, para ser relevantes a la luz del derecho penal¹⁰⁴⁹. Esto no debe confundirse con la insignificancia del riesgo, que excluye el primer nivel de análisis de la imputación objetiva; en estos casos sí se ha lesionado el bien jurídico (en los delitos de lesión) o se ha puesto en peligro, pero el menoscabo al bien jurídico es tan pequeño, que el derecho penal no lo considera suficientemente relevante para imponer una pena al sujeto¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁶ STRATENWERTH. *Disvalor...*, *op. cit.* p. 26. En el mismo sentido, DEMETRIO CRESPO. DE VICENTE MARTINEZ. MATALLANES RODRÍGUEZ. *Lecciones...*, *op. cit.* p. 31.

¹⁰⁴⁷ ZAFFARONI. *Manual...*, *op. cit.* p. 370. Por la misma vía, STRATENWERTH “*La penalización del desvalor de acción debe servir a la protección de los bienes jurídicos en la medida en que - independientemente sólo de la utilidad o daño actual de la acción - asegura el respeto a los bienes jurídicos*” afirma que STRATENWERTH. *Disvalor...*, *op. cit.* p. 30.

¹⁰⁴⁸ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, *op. cit.* p. 327.

¹⁰⁴⁹ “*El viejo principio minima non curat Praetor es la base del enunciado moderno del llamado principio de insignificancia o de bagatela*”. ZAFFARONI. *Manual ...*, *op. cit.* p. 376.

¹⁰⁵⁰ “*La antijuridicidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuridicidad, en primer lugar, por exigir en principio un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones*”. MIR PUIG. *Derecho...*, *op. cit.* p. 160.

Una vez que se ha determinado que el resultado de la conducta es suficientemente relevante para justificar la intervención del derecho penal, es decir, que la conducta es materialmente antijurídica, es necesario establecer si también lo es formalmente. La antijuridicidad formal se refiere a la efectiva contradicción entre el comportamiento y el derecho penal, que va más allá de la tipicidad de la conducta, y se refiere a la ausencia de causas de justificación¹⁰⁵¹. Esto es lo que explica que la tipicidad sea, tan solo, indicio o *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pues no basta con que la conducta se adecúe al tipo penal para considerarla antijurídica, ya que las causas de justificación pueden provenir de cualquier rama del derecho, en la medida en la que se analiza la antijuridicidad de cara a todo el ordenamiento jurídico¹⁰⁵².

Las causas de justificación son varias y de distinta naturaleza¹⁰⁵³. Tanto el Código penal español (artículo 20), como el Código penal colombiano (artículo 32) engloban en un solo artículo todas las causas de exclusión de la responsabilidad penal, por lo que ha correspondido a la jurisprudencia y a la doctrina dilucidar cuales de las circunstancias allí consagradas son causas de justificación. Las dos causas de justificación más importantes son la legítima defensa y el estado de necesidad justificante, aunque el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber también se han considerado como causas de justificación¹⁰⁵⁴. Frente a las causas de justificación, se debe tener en cuenta que la doctrina mayoritaria exige un elemento objetivo, que está dado por las circunstancias que justifican el comportamiento (estado de necesidad o agresión actual o inminente) y un elemento subjetivo, es decir que el sujeto sepa que está en esa situación y quiera, por ello, actuar de ese modo¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵¹ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, *op.cit.* p.. 323.

¹⁰⁵² ZAFFARONI. *Manual...*, *op.cit.* p. 462.

¹⁰⁵³ “Las causas de justificación llevan implícito un precepto permisivo, que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita” Además “Las causas de justificación excluyen la antijuridicidad de la conducta, determinan que la conducta sea lícita impiden, por ello, la aplicación de medidas de seguridad, pues éstas exige la realización de una acción u omisión típica y antijurídica”. CERESO MIR. *Curso...*, *op.cit.* p.. 188.

¹⁰⁵⁴ Afirma MIR PUIG “Son causas de justificación previstas en el Código penal español la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber”. MIR PUIG. *Derecho...*, *op.cit.* p. 150.

¹⁰⁵⁵ JESCHECK. *Tratado ...*, *op. cit.* p. 295. En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual...*, *op. cit.* p. 157. También, CERESO MIR. *Curso...*, *op. cit.* p.. 198.

En este contexto, para los intereses de este trabajo es importante mencionar el error, que en los ordenamientos anglosajones y en el ordenamiento francés es una justificación, pero que para el sistema español y colombiano anula el dolo o la culpabilidad, según sea el caso¹⁰⁵⁶. En el derecho anglosajón, el error y el conocimiento tienen una relación ineludible, especialmente el error de hecho (*mistake of fact*), que es una de las dos formas de error que contempla el derecho anglosajón, siendo el otro el error de derecho (*mistake of law*)¹⁰⁵⁷. El error de hecho es una defensa del acusado, que consiste en negar el conocimiento como elemento de la *mens rea*, en la medida en la que el sujeto consideraba que las circunstancias eran distintas. En estos casos, el acusado no está en la obligación de aportar ninguna prueba, sino que bastará con alegar el error, pues es el ente acusador el encargado de probar que el sujeto tenía el conocimiento necesario para fundamentar la responsabilidad penal¹⁰⁵⁸.

El fundamento para excluir la responsabilidad penal de quien ha actuado bajo error es que no ha actuado libremente, en el sentido de que no ha tenido la posibilidad de elegir su comportamiento, pues no podía evitar el daño causado en la medida en la que no conocía el contenido de su conducta o las circunstancias en las que se encontraba¹⁰⁵⁹. Sin embargo, se

¹⁰⁵⁶ Respecto del error de derecho, el derecho penal anglosajón sostiene la teoría de que la ignorancia del derecho no exime de culpa, tal como sucede en el derecho civil. Al respecto afirma WEIGEND: “*There has been much scholarly debate on the issue of whether “normative” mistakes affects a person’s intention. A reasonable guideline might be that a misinterpretation of the criminal law and its terms does not absolve the actors of intentional fault, but that a mistake as to legal norms outside the criminal law (...) may negate his intention if the criminal law implicitly refers to such other legal norms*”. WEIGEND. *The Oxford ...*, op. cit. p. 504. [Se ha dado un fuerte debate doctrinal con respecto a si el error “normativo” afecta la intención de la persona. Una guía razonable puede ser que una mala interpretación del derecho penal y sus términos no absuelve a los autores de un delito intencional, pero que un error sobre una norma que no sea penal (...) puede negar su intención si la ley criminal implícitamente se refiere a esas normas] (traducción libre). Sin embargo, FLETCHER afirma: “*Of all the fields of mistake, there is none more problematic than mistakes about the legality of conduct. Though there is a tradition against recognizing these mistakes, a number of decisions reflect sensitivity to the dangers of punishing an unwitting violation*” FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 736. [De todos los aspectos del error, no existe uno más problemático que el error sobre la legalidad de la conducta. Aunque existe una tradición en contra de reconocer ese error, un número de decisiones reflejan los peligros de sancionar una falta involuntaria] (traducción libre).

¹⁰⁵⁷ Mientras que en el derecho continental se utilizan los términos error de tipo y error de prohibición, tanto el derecho anglosajón como el derecho francés utilizan los términos error de hecho y error de derecho.

¹⁰⁵⁸ ASHWORTH. *Principles...*, op. cit. p. 189.

¹⁰⁵⁹ En este sentido explica FAKHOURI GÓMEZ, que “[e]llo ha llevado al reconocimiento de la relevancia del error en el sistema anglosajón a partir de dos vías fundamentalmente: 1. como negación del elemento psicológico del delito (*mens rea*), especialmente respecto de aquellos delitos en los que se exige el conocimiento de los elementos del tipo (*specific intents*) y 2. como eximente (*defense*), en casos de confianza razonable en la interpretación oficial de una ley o cuando el desconocimiento de la norma se deba a una

debe tener en cuenta que, por la estructura del derecho anglosajón, en cada delito existen reglas con respecto al error, que pueden ser extremadamente particulares, por lo que resulta difícil establecer una regla general para aplicar el error¹⁰⁶⁰, lo que reconoce el propio Código Penal Modelo en la regulación que propone para esta defensa.

De acuerdo con la sección 2.04 del Código Penal Modelo: «*Ignorance or Mistake. (1) Ignorance or mistake as to a matter of fact or law is a defense if: (a) the ignorance or mistake negatives the purpose, knowledge, belief, recklessness or negligence required to establish a material element of the offense; or (b) the law provides that the state of mind established by such ignorance or mistake constitutes a defense*»¹⁰⁶¹. Lo que indica que, el error de hecho constituye una defensa cuando niega la *mens rea*, salvo en los casos en los que la definición del delito establezca un tipo de error especial, según el estado mental y la defensa que se admite para cada delito. Así pues, “*el error resulta ser determinante para la exclusión de la responsabilidad penal sólo si es incompatible con la existencia de los requerimientos subjetivos el tipo*”¹⁰⁶².

En ese sentido, el error será tenido en cuenta según sea el elemento subjetivo que se exija para cada uno de los elementos externos del delito. Como ya se dijo, en algunos casos el legislador determina expresamente que elemento subjetivo se requiere, pero en la mayoría de los casos basta con la imprudencia, aunque se admite, desde luego, el conocimiento y la intención. Si el nivel de imputación subjetiva que se debe acreditar es el conocimiento, cualquier error vicia ese conocimiento y, en consecuencia, excluye la responsabilidad penal. Por su parte, si se exige imprudencia o negligencia, el error deberá ser razonable pues la valoración del riesgo es el elemento central de estas formas de imputación subjetiva y, el

omisión previa del Estado”. FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *El objeto del dolo en derecho penal*. Universidad Externado de Comolombia, Bogotá, 2012. p. 53.

¹⁰⁶⁰ “*En el derecho angloamericano, la cuestión sobre la racionalidad del error se decide en el caso conforme a la estructura de cada delito*”. OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 90.

¹⁰⁶¹ [Ignorancia o error: (1) la ignorancia o el error sobre un elemento fáctico o sobre la ley es una defensa si: (a) la ignorancia o el error niega el propósito, el conocimiento, la creencia, la imprudencia o la negligencia requerida para establecer un elemento material del delito; o (b) la ley provee que el estado mental establecido por esa ignorancia constituye una defensa] (traducción libre).

¹⁰⁶² OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p 63.

error sobre la existencia del riesgo de ser irracional es el fundamento de la negligencia¹⁰⁶³. Desde luego, esto no es aplicable en los delitos de responsabilidad absoluta, en la medida en la que ellos no exigen ningún tipo de elemento subjetivo, por lo que el error de hecho no excluye la responsabilidad penal. En cualquier caso, se ha establecido que el error debe estar libre de culpa, es decir que el sujeto debe cometer un error en buena fe, de lo contrario no podrá exonerarse de responsabilidad penal¹⁰⁶⁴.

El caso más importante en el ámbito del error en Inglaterra es *Director of Public Prosecutions v. Morgan*¹⁰⁶⁵, en el que se sentenció a tres hombres como autores de violación y a Morgan como partícipe en la violación de su esposa. Los cuatro hombres ingresaron a la vivienda de Morgan y violaron a su esposa. Durante el juicio, alegaron que Morgan les había dicho que su esposa consentiría las relaciones sexuales, pero que le gustaba simular que se oponía, como parte del intercambio sexual. La Cámara de los Lores sostuvo que el error de hecho no es una defensa en sí mismo, sino que es solamente una forma coloquial de expresar que el fiscal debe probar el conocimiento que tenía el sujeto del comportamiento o las circunstancias del delito. Cuando se demuestra que el acusado no tenía dicho conocimiento, por existir un error, no puede existir responsabilidad penal, salvo que el sujeto haya actuado con imprudencia o negligencia. En este caso, la Cámara de los Lores entendió que ningún jurado podría considerar que en el caso concreto existía un error frente al consentimiento de una mujer que se probó que había hecho todo lo que estaba a su alcance para oponerse a la relación sexual y, en consecuencia, confirmó la sentencia.

Adicionalmente, el Código Penal Modelo reconoce una forma de error de hecho, según el cual, si una persona comete un delito con un error en las circunstancias, que lo hacen creer que está cometiendo un delito menos grave, será sancionado por el delito que habría cometido en el caso de que la situación hubiese sido como él la pensaba. En este caso, la ley reconoce la modificación que causa el error en la *mens rea*, sin dejar de reconocer que el individuo

¹⁰⁶³ RUSSELL L. Christopher (Ed.). *Fletcher's Essays on Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2013. p. 100.

¹⁰⁶⁴ FLETCHER. *Rethinking...*, op. cit. p. 691.

¹⁰⁶⁵ House of Lords, *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, enero 24 de 1975.

tenía la intención o el conocimiento necesario de cometer un delito, razón por la cual responde penalmente¹⁰⁶⁶.

También en el derecho francés todas las formas de error están directamente relacionadas con los elementos subjetivos de los delitos. En el mismo sentido, el derecho penal francés distingue entre el error de hecho y el error de derecho, aunque el primero no tiene tratamiento legal, como no lo tenía en el antiguo Código. No obstante, la doctrina entiende que si el autor de una infracción intencional incurre en un error de hecho relevante, este puede anular la intención y, en ese caso, el agente responderá por una conducta imprudente; si se trata de una conducta no intencional, el error de hecho siempre será irrelevante, pues solo demuestra que el autor no actuó con la debida diligencia¹⁰⁶⁷.

En cuanto al error de derecho, en términos del artículo 122-3 del Código penal¹⁰⁶⁸, no es penalmente responsable la persona que haya creído que podía realizar legítimamente la conducta. Con esta disposición, se rompió la tradición de que el error de derecho era irrelevante porque el desconocimiento de la ley no exoneraba de su cumplimiento. Aún así, el artículo es muy restrictivo, pues el autor de la conducta debe probar, además de la existencia del error, que este era invencible. Finalmente, en cuanto a la atenuación que puede recibir una persona por estas causas, la ley penal francesa solamente contempla atenuación por la minoría de edad y por enfermedades mentales leves. En el resto de los casos, cuando no se cumplen todos los requisitos de las circunstancias de justificación o exculpación, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no se prevé una atenuación punitiva¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ Model Penal Code, section 2.04. «(...) (2). *Although ignorance or mistake would otherwise afford a defense to the offense charged, the defense is not available if the defendant would be guilty of another offense had the situation been as he supposed. In such case, however, the ignorance or mistake of the defendant shall reduce the grade and degree of the offense of which he may be convicted to those of the offense of which he would be guilty had the situation been as he supposed.*»

¹⁰⁶⁷ « *De même, l'erreur de fait qui, dans les infractions intentionnelles, peut faire disparaître l'intention et muer celle-ci en une faute d'imprudence, est sans effet dans les infractions non intentionnelles* ». STEFANI, Gaston. LAVASSEUR. BOULOC. *Droit...*, op. cit. p. 260. En el mismo sentido, ELLIOT. "France"..., op. cit. p. 180. [Igualmente, el error de hecho, que, dentro de las infracciones intencionales, puede hacer desaparecer la intención y crear una falta imprudente, no tiene un efecto dentro de las infracciones no intencionales] (traducción libre).

¹⁰⁶⁸ Code pénal, article 122-3 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ».

¹⁰⁶⁹ SOYER, Jean-Claude. *Droit Pénal et Procédure Pénal*. 20 éd. Lextenso éditions, Paris, 2008. p. 107.

El derecho penal iberoamericano reconoce que el sujeto puede ignorar alguno o algunos de los elementos constitutivos del tipo penal (ignorancia), como sucede, por ejemplo cuando el sujeto no sabe que el arma que tiene en sus manos está cargada, o puede haber captado de manera defectuosa un determinado elemento del tipo, como sucedería en el caso en el que el sujeto cree estar disparando a un animal y, en realidad se trata de otro ser humano. En cualquier caso, la ley equipara la ignorancia con el error, pues en ambos casos se elimina el elemento cognoscitivo del dolo¹⁰⁷⁰. Además, dado que en las teorías modernas el dolo que se encuentra ubicado en la tipicidad es un dolo neutro, es decir, es un dolo que no exige que el sujeto conozca la antijuridicidad de su conducta, el desconocimiento de la misma no afecta el dolo y, por tanto, no constituye un error de tipo, sino un error de prohibición, que será abordado en sede de culpabilidad, que es donde se evalúa el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta¹⁰⁷¹.

Ahora bien, dentro del error de tipo se distinguen dos clases, que la ley trata de manera diferente. Por una parte, si el error era evitable para el autor, es decir, si el error era vencible, prestando la debida atención en la comprobación de las circunstancias que rodearon el hecho, el sujeto ha actuado imprudentemente y, por tanto, se impondrá la pena prevista para el tipo imprudente. Esto implica, desde luego, que la conducta imprudente se encuentre tipificada en la ley penal, ya que la imprudencia responde a un sistema de *numerus clausus*, por lo que si no está tipificada, no podrá ser sancionado el autor, aún cuando el error fuera vencible.

Por otra parte, si atendiendo a las circunstancias del autor el error era invencible, es decir que el sujeto no podía haberlo evitado, la conducta quedará impune. Así lo reconoce el artículo 32, numeral 10 del Código penal colombiano¹⁰⁷², y el artículo 14, numeral 1 del Código penal

¹⁰⁷⁰ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ. *Manual...*, op. cit. p. 129.

¹⁰⁷¹ “(...) [C]uando un error concierne únicamente a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aun cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal”. ROXIN. *Derecho...*, op. cit. p. 463.

¹⁰⁷² Código Penal colombiano, «artículo 32 Ausencia de responsabilidad. (...)10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa».

español¹⁰⁷³. En todo caso, para determinar si el error era vencible o invencible, se deberá acudir a un criterio objetivo, “*atendiendo a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, colocado en la situación del autor y con los conocimientos de éste*”¹⁰⁷⁴.

El análisis anterior revela que las diferencias entre los distintos sistemas jurídico penales no son tan profundas como se piensa. Todos ellos parten de principios generales, más o menos comunes, como el principio de legalidad, el de culpabilidad o el principio del acto. Las diferencias radican en el método con el cual se analizan los delitos, las estructuras que se han desarrollado para realizar ese análisis y la terminología utilizada. No obstante, una revisión como la que se ha realizado permite identificar los puntos comunes y esclarecer las diferencias, a partir de lo cual pueden plantearse conceptos comunes.

¹⁰⁷³ Código Penal español, «Artículo 14. 1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*».

¹⁰⁷⁴ LUZÓN PEÑA. *Curso...*, op. cit. p. 444. En igual sentido, MIR PUIG. *Derecho...*, op. cit. p. 278.

CAPÍTULO III: ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO EN EL ESTATUTO DE ROMA

En los capítulos anteriores se ha explicado el sistema jurídico de cada uno de los países seleccionados, así como su sistema de derecho penal, con el propósito de brindarle al lector un marco general en el que encuadrar el derecho penal internacional que, aunque en la actualidad es un sistema independiente¹⁰⁷⁵, con características muy particulares, no puede negar las raíces que tiene en estos sistemas. Para que sea posible analizar los elementos subjetivos de los crímenes internacionales de acuerdo con el Estatuto de Roma y, poder identificar los puntos de encuentro entre los distintos ordenamientos jurídico-penales nacionales para que la Corte Penal Internacional realice una verdadera aplicación internacional del sistema de derecho penal internacional, primero se debe comprender el sistema general de derecho penal internacional que plantea el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Este capítulo presenta, en primer lugar, una noción general del derecho penal internacional, para luego mencionar en el proceso de la redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante Estatuto de Roma o Estatuto de la Corte Penal Internacional). A partir de allí, se explican los predicados de la conducta punible en el derecho penal internacional y, finalmente, el texto se detiene en los elementos subjetivos o mentales de la estructura, haciendo referencia a cada una de sus formas, evidenciando como se relacionan con los elementos de los delitos nacionales que se explicaron en el capítulo anterior y planteando como deben ser entendidas para generar una postura coherente, que permita una aplicación certera de las mismas, y brinde garantías a todas las partes involucradas.

¹⁰⁷⁵ Afirman MEJÍA AZUERO y SANDOVAL MESA que “(...) se viene construyendo toda una nueva elaboración conceptual, en donde el Derecho Penal Internacional se constituye, como se ha expuesto, en aquel conjunto de normas nacionales e internacionales que establecen consecuencias jurídico-penales, soportadas principalmente en la evolución de la responsabilidad internacional de la persona natural y la configuración de una macrocriminalidad especial como eje central”. MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal. Universidad de Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2013. p. 83.

1. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

a. Cuestiones previas

i. Surgimiento y legitimidad de la Corte Penal Internacional

A pesar de que pueden rastrearse instrumentos de derecho internacional que se refieren a los temas propios del derecho penal internacional, a momentos anteriores al Siglo XX, como la Conferencia de la Haya sobre el Derecho de la guerra de 1889, por ejemplo, la verdadera evolución de lo que hoy recibe el nombre de derecho penal internacional sucedió durante el ese siglo, en especial luego de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, y sobre todo si se compara con los ordenamientos jurídico – penales nacionales, el derecho penal internacional está muy lejos de ser un sistema acabado¹⁰⁷⁶. De hecho, AMBOS afirma que “[l]a comunidad internacional se encuentra hoy donde el Estado-Nación se encontraba cuando nació: encargada de la construcción y consolidación de un monopolio de poder, esto es, en el mejor de los casos, en el estadio de un orden incipiente similar a un Estado”¹⁰⁷⁷.

Esto implica, que aún quedan muchas discusiones por zanjar, incluso aquellas que se refieren a la legitimidad de este sistema. En ese sentido, se trata de un derecho “(...) en desarrollo, imperfecto, inacabado, y dependiente de los sistemas penales internos”¹⁰⁷⁸, lo que responde a las particulares características de su creación, fundamentado completamente en el consenso al que puedan llegar los Estados, que en muchas ocasiones resulta casi imposible, aunque todos compartan el objetivo común de proteger los valores e intereses más esenciales para el mantenimiento del orden internacional¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁶ Debe tenerse en cuenta que se hace referencia a “*international criminal law stricto sensu, i.e. the international core crimes codified in the ICC Statute, including punishable violations of international humanitarian law*” VERVAELE, John A.E. GLESS, Sabine. “Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice”. *Utrecht Law Review Vol. 9*. Septiembre de 2013. Disponible en <http://www.utrechtlawreview.org>. Consultado el 15 de abril de 2019. [Derecho Penal Internacional *stricto sensu*, es decir, el núcleo duro de los crímenes codificados en el Estatuto de la CPI, incluyendo las violaciones punibles del Derecho Internacional Humanitario].

¹⁰⁷⁷ AMBOS, Kai. Fundamentos y Problemas del Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo. Ubi Lex, Lima 2013. p. 413.

¹⁰⁷⁸ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. “La configuración del Principio de Legalidad Penal en el Derecho Internacional Contemporáneo” En CUERDA RIEZU, Antonio. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. (Dir.) Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Tecnos, Madrid, 2009. p. 373.

¹⁰⁷⁹ Al respecto se afirma que “(...) *genocide, crimes against humanity and most war crimes are considered contrary to universal norms. As has been said, modern writers on the subject correctly point to Chinese, Islamic*

Aun así, se debe partir de la base que cuando se hace referencia al derecho penal internacional, se está hablando de un conjunto de normas internacionales diseñadas para prohibir y sancionar conductas delictivas que la Comunidad Internacional considera de la mayor gravedad¹⁰⁸⁰, bien sea mediante la obligación de los Estados de llevar a cabo la persecución y sanción de estos delitos o, mediante la aplicación directa de instrumentos internacionales por órganos creados especialmente para ello¹⁰⁸¹. En consecuencia, puede decirse que frente a los delitos internacionales uno se encuentra «(...) *devant une catégorie de délits «publics», par rapport à laquelle l'État ne veut pas punir des faits qu'il a lui-même ordonnés, encouragés ou stimulés. Et voilà la raison profonde d'une justice pénale internationale. Mais il y en a aussi une autre. Les crimes en question sont une offense à la conscience publique de l'humanité entière. Ce sont des delicta iuris gentium parce qu'ils blessent le sentiment de justice de l'humanité* »¹⁰⁸².

Dentro de estos órganos de carácter internacional se encuentran, en primer lugar, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente, que fueron los encargados de juzgar algunos de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. Varios años después, el Consejo de Seguridad creó dos Tribunales Penales *ad hoc*, con el propósito de juzgar y castigar los crímenes cometidos a principios de la década de 1990 en la ex Yugoslavia y en Ruanda, con base en el Capítulo VII de la Carta

and Hindu traditions that underscore the universal values enshrined in the prohibition of crimes that shock the conscience of mankind”. CRYER, Robert. FRIMAN, Håkan. ROBINSON, Darryl. WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ed. Cambridge University Press, U.K., 2014. p. 44. [(...) el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la mayoría de los crímenes de guerra se consideran contrarios a normas universales. Como se ha dicho, la doctrina moderna sobre el tema, correctamente evidencian tradiciones chinas, islámicas e hindúes que subyacen a los valores universales consagrados en la prohibición de crímenes que golpean la conciencia de la humanidad] (traducción libre).

¹⁰⁸⁰ Asegura ANDRÉS DOMÍNGUEZ que la denominación derecho penal internacional debe quedar “(...) *reservada para aquellos intentos de establecer una legislación penal internacional emanada de la comunidad internacional a la que estuvieran sometidos los ciudadanos de todas las naciones: es decir, conjunto de normas dirigidas a tutelar intereses fundamentales de la comunidad internacional*”. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *Derecho Penal Internacional*. Tirant, Monografías, Valencia, 2006. p. 16.

¹⁰⁸¹ De acuerdo con CASSESE, “*International criminal law is a body of international rules designed both to proscribe international crimes and to impose upon States the obligation to prosecute and punish at least some of those crimes. It also regulates international proceedings for prosecuting and trying persons accused of such crimes*”. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2003. p. 15. [El derecho penal internacional es un cuerpo de normas internacionales designado para prohibir crímenes internacionales y para imponer a los Estados la obligación de perseguir y sancionar al menos algunos de esos crímenes. Así mismo, regula los procedimientos internacionales para procesar y juzgar a las personas acusadas de cometer esos crímenes] (traducción libre).

¹⁰⁸² CHIAVARIO, Mario. *La justice penal internationale entre passé et avenir*. Dalloz, Paris, 2004. p. 82.

de Naciones Unidas (Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 y Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 respectivamente). Así mismo, se han creado órganos híbridos como las Salas Especiales en los Tribunales de Camboya, el Tribunal Especial para el Líbano y el Tribunal Especial para Sierra Leona entre otros, para juzgar crímenes cometidos en estos Estados en contextos específicos de conflicto, en los que la comunidad internacional tomó la decisión de intervenir con base en la gravedad de los hechos ocurridos.

Sin embargo, ninguno de estos organismos tuvo vocación de permanencia, ni pretendían sustituir las normas consuetudinarias y convencionales que regían el derecho penal internacional hasta ese momento. Más aún, su propósito no era desarrollar el derecho penal internacional como un sistema de aplicación universal, aunque sin lugar a dudas hayan aportado a ese desarrollo¹⁰⁸³, en especial los dos Tribunales *ad hoc*, ni incorporar nuevos crímenes internacionales. Estos Tribunales y Salas contaban con una competencia plenamente delimitada, diseñada para sancionar específicamente crímenes cometidos antes de su creación.

En consecuencia, la creación de la Corte Penal Internacional, mediante el Estatuto firmado durante el Conferencia de Roma el 17 de julio de 1998 constituye un hecho sin precedentes. A diferencia de sus antecesores, la Corte Penal Internacional fue creada con vocación de universalidad y, representa *“a rather different approach to the adjudication of atrocity crimes because it: (i) has been created through an international treaty by the State Parties; (ii) constitutes an independent international organization of a permanent nature; and (iii) is*

¹⁰⁸³ Así lo reconoce CARDONA LLORENS al afirmar que *“(…) aunque la tipificación realizada en los Estatutos tiene esas limitaciones, ello no impide que esa tipificación de los crímenes internacionales en los estatutos de los Tribunales Internacionales suponga una aportación a la tipificación de los crímenes internacionales en general, pues sin duda inciden en la cristalización o en el desarrollo del tipo penal que ha basado la inclusión de estas conductas en la jurisdicción de los tribunales”*. CARDONA LLORENS, Jorge. “Los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y los Crímenes Internacionales ¿Tipificación o delimitación competencial?” En CUERDA RIEZU, Antonio. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. (Dir.) Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Tecnos, Madrid, 2009. p. 202.

not part of a broader post-conflict UN strategy”¹⁰⁸⁴. Por eso, SADAT la ha llamado “*el puente entre el pasado y el futuro*”¹⁰⁸⁵.

Ahora bien, para poder cumplir con sus funciones, el primer inconveniente que ha tenido que sortear la Corte Penal Internacional es el fortalecimiento de su legitimidad¹⁰⁸⁶. Los tribunales internacionales que habían sido creados con anterioridad fueron fuertemente cuestionados pues en algunos ámbitos se los consideró como “justicia de vencedores”, diseñada para sancionar solamente a quienes habían perdido en ciertos conflictos armados. Este argumento fue especialmente utilizado para cuestionar los juicios adelantados por el Tribunal Militar de Núremberg, luego de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, a favor de un *ius puniendi* internacional, se ha argumentado que se puede inferir a partir de los valores y derechos humanos fundamentales de los ciudadanos, que, con base en la dignidad humana, reconocida por todos los ordenamientos nacionales, ha permitido desarrollar un incipiente concepto de supranacionalidad¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Essays on International Criminal Justice*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012. p. 7. [Una aproximación diferente a la adjudicación de crímenes atroces porque: (i) ha sido creado a través de un tratado internacional por los Estados Parte; (ii) constituye una organización internacional de naturaleza permanente; y (iii) no es parte de una estrategia más amplia de la ONU para lidiar con una situación de postconflicto] (traducción libre).

¹⁰⁸⁵ Explica SADAT que “[t]he ICC was the last great international institution of the 20th century. It is a bridge between the past and a yet uncertain future. With its focus on individual accountability for the commission of serious crimes under international law, it suggests that globalization is no longer just about trade and international commerce, but concerns human rights, as well”. SADAT, Leila Nadya. “The International Criminal Court and the Transformation of International Law”. En SADAT, Leila Nadya. SCHARF, Michael P (Ed). *The Theory and Practice of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008. p. 313. [La CPI fue la última gran institución del Siglo XX. Es un puente entre el pasado y un futuro aún incierto. Con su enfoque en la responsabilidad individual por la comisión de crímenes graves bajo el derecho internacional, sugiere que la globalización no versa solamente acerca de intercambio y comercio internacional, sino que se refiere a los derechos humanos también] (traducción libre).

¹⁰⁸⁶ Por ejemplo, PASTOR, con una postura muy crítica de la Corte Penal Internacional afirma que “(...) los cuerpos judiciales penales deberían esperar pasivamente a que el acusador, en silencio hacia el exterior, presente los casos que deberán juzgar. Tanto fiscal como jueces deben cuidarse de no hacer nada que pueda afectar la imagen necesaria de terceros frente a los hechos. En lugar de ello, una Corte y una Fiscalía volcadas ante todo a la propaganda de su lucha contra la impunidad no resisten, en el derecho penal moderno, el examen de objetividad: se trata de unos cuerpos pública y promocionalmente tan comprometidos con la obtención de las condenas que no aseguran para los imputados la serenidad de que se enfrentan a autoridades objetivamente neutrales”. PASTOR, Daniel. Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009. p. 189.

¹⁰⁸⁷ AMBOS. Fundamentos..., op.cit. p. 43.

Este argumento busca dar respuesta a los planteamientos que cuestionan la modificación del concepto de soberanía del Estado, a partir de la creación del derecho penal internacional. Si bien los tribunales anteriores presentaban los mismos problemas pues se apropiaban de, al menos, una parte del ejercicio del derecho penal de los Estados, como máxima expresión de su soberanía, la Corte Penal Internacional significa un cambio estructural de este concepto, principalmente por su carácter permanente y su aspiración de ser universal. Esto es aún más cierto, en la medida en la que “*mientras las legislaciones penales nacionales intentan tener un impacto equivalente en los individuos y en la sociedad en general, el derecho penal internacional más bien sirve – considerando las características especiales de sus delinquentes y de los delitos – al propósito de crear una conciencia jurídica universal, en el sentido de la prevención positiva general e integración, llamado a la reconciliación, o en el sentido del concepto “expresivismo” con miras a la función comunicativa de la pena*”¹⁰⁸⁸. Así pues, la Corte Penal Internacional y, con ella el derecho penal internacional, encuentran legitimación en la idea de que los Estados deben ceder una parte de su soberanía¹⁰⁸⁹, para que sea posible perseguir, juzgar y sancionar ciertos delitos que son especialmente graves, pues atentan contra los valores más esenciales de la humanidad en sí misma¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁸ ibídem, p. 83.

¹⁰⁸⁹ Explica MÉNDEZ RODRÍGUEZ que “[p]ara poder ir más allá del concepto de soberanía tal y como requiere la aplicación de este principio, se han formulado las doctrinas universalistas y las pragmáticas; las primeras reconocen ciertos valores esenciales o intereses dominantes que son comúnmente compartidos por la comunidad internacional y que por ello trascienden los intereses nacionales, mientras que las segundas reconocen que la protección de ciertos intereses compartidos por la comunidad internacional requiere de un mecanismo de coacción que supere la soberanía nacional”. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “El Principio de Justicia Universal en España: Los delitos que están en su ámbito”. En POSADA MAYA, Ricardo. *Discriminación, principio de jurisdicción Universal y Temas de Derecho Penal*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013. p. 446.

¹⁰⁹⁰ Al respecto explica MARINIELLO que “*This innovation is extremely significant considering that criminal law has historically been the most self-contained part of a domestic justice system, constituting one of the most central expressions of the socio-cultural identity of a country. The authority to determine the boundaries of individual liberty, through the definition of criminal conduct, is a central element of a State’s absolute sovereignty, without any international or supranational restriction*”. MARINIELLO, Triestino. “One, no one and one hundred thousand. Reflections on the multiple identities of the ICC” En MARINIELLO, Triestino (Ed.). *The International Criminal Court in search of its purpose and identity*. Routledge, New York, 2015. p. 2. [Esta innovación es extremadamente significativa considerando que, históricamente, el derecho penal ha sido la parte más autónoma de los aparatos de justicia nacionales, constituyendo la expresión central de la identidad socio-cultural de un país. La autoridad para determinar las barreras de la libertad individual, a través de la definición de la conducta penal es un elemento central de la soberanía absoluta del Estado, sin restricciones internacionales o supranacionales] (traducción libre). Sin embargo, como explica VERVAELE “*En las últimas décadas vemos que la judicatura internacional en materia de derechos humanos impone cada vez más a los Estados-parte un deber positivo de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones contra estos derechos, que son en gran medida también conductas relevantes de delitos internacionales que pertenecen al core delicta iuris gentium*” VERVAELE, John A.E. “Delitos Internacionales: ¿del *ius (non) puniendi* del Estado-Nación a

En segundo lugar, la Corte Penal Internacional basa su legitimidad en su forma de creación que le da un cierto origen democrático. Como se dijo, la Corte Penal Internacional se creó a través del Estatuto de Roma, que es producto de arduas negociaciones multilaterales en la que tuvieron la oportunidad de participar todos los Estados y muchas organizaciones no gubernamentales¹⁰⁹¹. Esta amplia participación en la Conferencia de Roma ha hecho que se le haya reconocido una naturaleza cuasi-legislativa¹⁰⁹², lo que se suma a que el Estatuto de Roma ha incorporado una serie de normas sustantivas y de procedimiento al derecho penal internacional. Además, este instrumento internacional fue aprobado por una abrumadora mayoría (120 Estados), lo que le ha dado una importante legitimidad. Finalmente, es destacable la velocidad con la cual se ratificó el Estatuto¹⁰⁹³, pues solo cuatro años después, el 1 de julio de 2002, entró en vigor tras haber sido ratificado por 60 Estados y, en la actualidad 123 Estados han ratificado el Estatuto.

No obstante, sigue siendo lamentable que algunos de los Estados más poderosos del mundo y con más población, como India, Estados Unidos, China o Rusia (los últimos tres con poder de veto en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas) aún no hayan ratificado el

un *deber puniendi* imperativo de *ius cogens*? En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. POSADA MAYA Ricardo. CADAVID, Alfonso. SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*, Ibañez, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013. p. 106.

¹⁰⁹¹ De acuerdo con BROOMHALL “*It is worth emphasizing that this tension or dichotomy is itself the product of the fact that the Statute is a treaty, and not some other form of instrument. It was recognized from the outset that the establishment through a multilateral convention was the only means that combined viability with legitimacy for the Court*”. BROOMHALL, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford University Press, New York, 2003. p. 68. [Vale la pena enfatizar en que esta tensión o dicotomía es en sí misma el producto de que el Estatuto sea un tratado y no otra forma de instrumento. Se reconoció desde el principio que el establecimiento a través de una convención multilateral era el único medio que combinaba la viabilidad con la legitimidad de la Corte] (traducción libre). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. “Final Reflections: The Challenges of the International Criminal Court” En OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Essays on International Criminal Justice*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012. p. 196.

¹⁰⁹² Explica SADAT: “*To the extent that the Rome Conference was therefore “quasi-legislative” in nature, establishing not only a new institution but an international code of criminal norms and procedure, adopted not by consensus but by (overwhelming) majority vote, that political legitimacy of the norms rests not solely upon classic theories of treaty law but on other, less explicit grounds*”. SADAT. “The International...”, op.cit. p. 315. [Dado que la Conferencia de Roma tuvo una naturaleza “quasi-legislativa” al establecer no solamente una nueva institución sino un código de normas penales y de procedimiento, adoptadas no por consenso sino por una abrumadora mayoría, la legitimidad política de las normas no se encuentra solamente en la teoría clásica de la ley de tratados sino en otros fundamentos menos explícitos] (traducción libre).

¹⁰⁹³ ZAPPALÀ, Salvatore. *Qué es la justicia penal internacional*. Colección Saber, Editorial Proteus, España, 2010. p. 155.

Estatuto de Roma¹⁰⁹⁴. La posición de los Estados Unidos frente a la Corte Penal Internacional merece ser destacada. A pesar de que el Congreso de los Estados Unidos no ha ratificado el Estatuto de Roma, este fue uno de los países firmantes¹⁰⁹⁵, lo que le otorgó el derecho de participar en las discusiones de la Asamblea de los Estados Parte, aunque a título de observador, de acuerdo con el artículo 112 del Estatuto¹⁰⁹⁶. Adicionalmente, la delegación de ese país fue realmente eficiente durante las negociaciones del Estatuto, logrando que muchas de sus posiciones se vieran reflejadas en la versión final del instrumento, al punto que se ha llegado a afirmar que el Estado que más influyó en la redacción fue este, pues se realizaron varias concesiones a su favor¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴ De hecho, esto ha llevado a PASTOR a afirmar que “[h]asta tanto los países más importantes del mundo como potencia militar o los más poblados no formen parte del sistema, el [Estatuto de la Corte Penal Internacional] no debería ser aplicado a nadie”. PASTOR, Daniel. “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional” En CANCIO MELÍA, Manuel. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. II. BdeF, Buenos Aires, 2006. p. 521.

¹⁰⁹⁵ NYAMUYA MAOGOTO, explica que “*In spite of the bitter disagreement over United States involvement on the ICC, on 31 December 2000, in a bold move that caught the world by surprise, the then United States President, Bill Clinton, signed the Statute on the last day open for signatures and thus the United States became a signatory to the Rome Statute*”. NYAMUYA MAOGOTO, Jackson. *State sovereignty and international criminal law: Versailles to Rome*. Transnational Publishers Inc., New York, 2003. p. 271. [A pesar de un fuerte desacuerdo sobre la participación de los Estados Unidos en la Corte Penal Internacional, el 31 de diciembre de 2000, en una movida arriesgada que tomó al mundo por sorpresa, el entonces presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, firmó el Estatuto, el último día del periplo en el que estuvo abierto a firmas, y entonces los Estados Unidos se convirtió en un país firmante del Estatuto de Roma] (traducción libre). No obstante, durante la administración del presidente George W. Bush, de una manera poco convencional, los Estados Unidos se retiró del Estatuto de Roma. Al respecto, ESER, Albin. *Hacia un Derecho penal mundial*. Comares, Granada, 2009. p. 53.

¹⁰⁹⁶ Estatuto de Roma, «*artículo 112. Asamblea de los Estados Partes 1. Se instituye una Asamblea de los Estados Partes en el presente Estatuto. Cada Estado Parte tendrá un representante en la Asamblea que podrá hacerse acompañar de suplentes y asesores. Otros Estados signatarios del presente Estatuto o del Acta Final podrán participar en la Asamblea a título de observadores. (...)*»

¹⁰⁹⁷ Explica SEWALL y KAYSEN que “*These modifications moved the new court away from an early model premised on universal jurisdiction. Under the final statute, the ICC is able to hear only actions against natural persons; it affords very limited opportunity for involvement by victims and non-parties; its ability to adjudicate is secondary to that domestic courts; and its capacity is quite limited by virtue of it being just one court with only eighteen judges*” SEWALL, Sarah B. KAYSEN, Carl. *The United States and the International Criminal Court*. American Academy of Arts and Sciences, New York, 2000. p. 5. [Estas modificaciones alejaron a la nueva corte del primer modelo previsto sobre la justicia universal. Bajo la versión final del Estatuto, la CPI puede conocer solamente de acciones en contra de personas naturales; brinda oportunidades de participación limitadas para las víctimas y las personas que no son parte en el proceso; su competencia es subsidiaria a la de las cortes nacionales; y su capacidad está limitada dado que es solo una corte con dieciocho jueces] (traducción libre). En el mismo sentido KIRSCH, Philippe. ROBINSON, Darryl. “Reaching Agreement at the Rome Conference”. En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 90. Del mismo parecer, AMBOS, Kai. *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. Fontamara, México D.F., 2008. p. 43.

Por ejemplo, los *Elementos de los Crímenes* son producto de una exigencia que hizo los Estados Unidos en abril de 1998, durante las sesiones del Comité Preparatorio, “*as a condition for making the Statute of the ICC acceptable to the United States, and thus to attract signature and ratification*”¹⁰⁹⁸. A esto se sumaron varias condiciones sobre la jurisdicción que se le otorgó a la Corte, que se vieron reflejadas en la incorporación del principio de complementariedad en el artículo 17 del Estatuto y la delimitación de las funciones del Fiscal de la Corte. Aun cuando todas estas concesiones fueron hechas, los Estados Unidos no solo no ha ratificado el Estatuto de Roma, sino que de manera poco convencional retiró su firma¹⁰⁹⁹. Uno de los argumentos que ha elevado este Estado para fundamentar su renuencia a ser un Estado Parte de la Corte Penal Internacional es la extensión de la jurisdicción de la Corte, que puede juzgar a ciudadanos de Estados no parte, con base en la competencia *ratione loci* o por remisión de la situación por parte del Consejo de Seguridad¹¹⁰⁰.

La Corte Penal Internacional representa un compromiso por acabar con la impunidad de los más graves crímenes, responsabilizando a los individuos que, en algún momento de la historia, podían escudarse en las políticas de Estado para no ser juzgados; constituye un marco de cooperación internacional para aumentar la paz y la seguridad internacional¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁸ POLITI, Mauro. “Elements of Crimes” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 445. [(...) como condición para que el Estatuto de la Corte Penal Internacional fuera aceptado por los Estados Unidos, y así contar con su firma y ratificación] (traducción libre).

¹⁰⁹⁹ SEWALL y KAYSEN afirman que “*U.S. leaders imply that because the United States is exceptional in international affairs today – assuming a unique responsibility for promoting international security – it deserves some exemption from rules applied to other states. This assumption of exceptionalism colors U.S. attitudes toward multilateral institutions generally – even those such as the U-N. Security Council, which grants special rights to more powerful states. The ICC vexes the United States because all individuals (and, by extension, states) stand before it as equals*”. SEWALL. KAYSEN. *The United ...*, op.cit. p. 3. [Los líderes de los Estados Unidos afirman que, debido a que Estados Unidos es excepcional en asuntos internacionales de hoy, asumiendo una responsabilidad única para promover la seguridad internacional, merece cierta exención de las reglas aplicadas a otros estados. Este supuesto de excepcionalismo determina las actitudes de los Estados Unidos hacia las instituciones multilaterales en general, incluso aquellas como el Consejo de Seguridad de la ONU, que otorga derechos especiales a los estados más poderosos. La Corte Penal Internacional desconcierta a los Estados Unidos porque todos los individuos (y, por extensión, los Estados) se presentan como iguales](traducción libre).

¹¹⁰⁰ NYAMUYA MAOGOTO. *State...*, op.cit. p. 242.

¹¹⁰¹ Además, se debe tener en cuenta que “*Notwithstanding these difficulties – which could discourage even the staunchest supporters of the Court – the ICC has had real achievements and has not only survived, but thrived in its first 15 years of existence. It has indicted more than three dozen individuals, concluded proceedings against more than a dozen individuals, and has several cases at trial*”. SADAT, Leila. “The journey from Politics to Law” En CRANE, David M. SADAR, Leila. SCHARF, Michael (Eds.). *The Founders*. Cambridge

Los Estados Unidos suele afirmar que uno de sus grandes intereses es la paz y la seguridad del mundo, así como garantizar los valores democráticos, tal como lo hizo luego de la Segunda Guerra Mundial, mediante su apoyo a los Tribunales Militares de Núremberg y el Lejano Oriente. En consecuencia, *“the reluctance of the United States to back the Court thereby undermines its ability to strengthen norms and to sustain the international relationships that are critical for its future security and prosperity”*¹¹⁰². La mayoría de los aliados históricos de los Estados Unidos ven a la Corte Penal Internacional como un avance en la protección de los derechos humanos y un avance en la búsqueda de la justicia, por eso, el hecho de que los Estados Unidos se niegue a hacer parte de esta institución resulta verdaderamente cuestionable.

Además, se ha criticado que la mayoría de los casos y situaciones de las que se ha ocupado la Corte han sucedido en países africanos, como Uganda, Congo, República Centroafricana y Sudán, por ejemplo, por lo que se ha afirmado que *“(…) tenemos un tribunal penal internacional para una franja de África, ni siquiera para todo el mundo, ni siquiera para toda África, y todo lo que se le ofrece a esos países es ahora, después de que los crímenes han sido cometidos, poder juzgarlos y condenarlos – quizás – en un tribunal en La Haya”*¹¹⁰³. Aunque las primeras investigaciones si se abrieron con respecto a países africanos, por lo cual son estos procesos los que van más adelantados, esto puede discutirse ya que Colombia tiene abierta una investigación preliminar, así como Palestina, Iraq, Afganistán y Venezuela¹¹⁰⁴. Además, no existe ningún fundamento para afirmar que en el futuro no sean

University Press, U.K. 2018. p. 29. [A pesar de estas dificultades, que podrían desalentar incluso a los más firmes partidarios de la Corte, la CPI ha tenido logros reales y no solo ha sobrevivido, sino que ha prosperado en sus primeros 15 años de existencia. Ha procesado a más de tres docenas de personas, ha concluido procedimientos contra más de una docena de personas y tiene varios casos en juicio] (traducción libre).

¹¹⁰² SEWALL. KAYSEN. *The United...*, op.cit. p. 5. [la negativa de los Estados Unidos de apoyar la Corte mina su habilidad para aplicar las normas y para sostener las relaciones internacionales que son críticas por su capacidad y prosperidad futuras] (traducción libre).

¹¹⁰³ PASTOR. *Encrucijadas...*, op.cit. p. 227.

¹¹⁰⁴ Aún así, *“(…) when announcing its withdrawal, The Gambia’s former information minister denounced the ICC in explicitly racial terms, as an ‘International Caucasian Court for the persecution and humiliation of people of color’. Critical legal scholars have leveled similar charges, arguing that the ICC’s apparent bias is itself a function of the Court’s role as an institutional vessel to control and maintain the political and economic interests of Western states”*. DE VOS, Christian M. “The International Criminal Court. Between law and politics” En KASTNER, Philipp. (Ed.) *International Criminal Law in Context*. Routledge, London, 2018. p. 240. [(…) Al anunciar su retiro, el ex ministro de información de Gambia denunció a la Corte Penal Internacional, con términos explícitamente racistas, como una institución que perseguía y humillaba a la gente de color. Doctrinantes críticos han elevado cargos similares, argumentando que la parcialidad aparente de la

investigadas situaciones de más países del mundo. Aun así, la Corte Penal Internacional ha iniciado el ejercicio de sus funciones, ya promulgó su primera sentencia, ha generado una importante jurisprudencia a través de sus Salas Preliminares y de Juicio y es necesario seguir trabajando para perfeccionar su labor¹¹⁰⁵.

Pero en mayor medida, para sostener esta afirmación se debe desconocer que los países africanos han tenido una gran participación en la creación y consolidación de la Corte Penal Internacional. Cuarenta y siete Estados africanos negociaron el Estatuto de Roma y muchos de ellos, en especial Sudáfrica, hicieron parte del grupo de los “*like-minded States*” del que se habló anteriormente y, en la actualidad, treinta y tres Estados africanos son parte del Estatuto de Roma. Igualmente, en el 2005 la Comisión Africana para los Derechos humanos y de las personas, emitió la Resolución para acabar la Impunidad en África y para la implementación del Estatuto de Roma (*Resolution on Ending Impunity in Africa and on the Domestication and Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court*). Finalmente, no puede olvidarse que las situaciones en Uganda, Mali, Congo, Costa de Marfil y la República Centro Africana fueron remitidas a la Corte por voluntad propia de los Estados investigados. En consecuencia, “(...) *suggestions that the court is a western creation, or anti-African, must defeat the overwhelming evidence of African involvement in the Court*”¹¹⁰⁶.

En todo caso, es claro que la creación del derecho penal internacional y, en especial, del Estatuto de Roma, es el producto de la labor de políticos, diplomáticos y “*en el mejor de los casos de abogados públicos (internacionales)*”¹¹⁰⁷. Durante la redacción del Estatuto de

Corte es una de sus funciones como buque institucional para controlar y mantener los intereses políticos y económicos de los Estados occidentales] (traducción libre).

¹¹⁰⁵ Afirma ANDRÉS DOMÍNGUEZ que “*si bien se ha dado un paso importante en el logro de la Justicia Universal, queda mucho por hacer y que el Tribunal Penal Internacional, a pesar de las buenas intenciones que han rodeado su nacimiento, es, desgraciadamente, una quimera, un sueño (...)*” lo que resulta un poco exagerado, pero no deja de ser cierto que aún es necesario desarrollar el derecho penal internacional en muchos aspectos. ANDRÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho...*, op.cit. p. 101.

¹¹⁰⁶ Y continúa el autor “(...) *the court, and the Rome Statute which underpins its substance and processes, was regarded by Africa’s states parties as being an institution which is for Africa*”. DU PLESSIS, Max. *The International Criminal Court that Africa wants*. Institute for Security Studies, Pretoria, 2010. pg. 25. [(...) las insinuaciones sobre la creación occidental o su carácter anti-África deben sobrepasar la abrumadora evidencia sobre la implicación de los Estados Africanos con la Corte (...) la Corte, el Estatuto de Roma que establece sus elementos sustantivos y procesales, fueron vistos por los Estados Parte de África como una institución que es para África] (traducción libre).

¹¹⁰⁷ AMBOS, Kai. *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*. Atelier, Barcelona, 2008. p. 14.

Roma se dejó poco espacio a las consideraciones dogmáticas de derecho penal, a pesar de que en la Conferencia de Roma y en la preparación de los Elementos de los Crímenes participaron algunos abogados penalistas de renombre. Más aún, la única forma en la que era posible llegar a los consensos necesarios para promulgar el Estatuto era incorporando al instrumento internacional solamente aquellos elementos más básicos, sobre los que todos los representantes de los Estados estaban de acuerdo. En consecuencia, al menos de forma expresa, elementos importantes como el dolo eventual o la *recklessness*, por ejemplo.

A pesar de lo anterior, el derecho penal internacional y principalmente, la Corte Penal Internacional, tienen una doble función¹¹⁰⁸. Por una parte, protege bienes jurídicos en los que se proyectan derechos humanos fundamentales, mediante la persecución y sanción de los crímenes internacionales. Por otra parte, contribuir a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, a través del castigo de estos graves crímenes, pues desde el preámbulo del Estatuto de Roma se reconoce que “*esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*”. Esto ha llevado a afirmar que, a su vez, el derecho penal internacional tiene un carácter doblemente subsidiario. Por una parte, es subsidiario, como todo derecho penal, porque solamente puede aplicarse cuando otras ramas del ordenamiento jurídico no puedan proteger los bienes jurídicos; por otra parte, es subsidiario porque los bienes jurídicos individuales deben ser resguardados, en primera medida, por los Estados y solo cuando esta protección falle, puede acudir al derecho penal internacional¹¹⁰⁹. Esta doble función genera a su vez, la necesidad de esclarecer dos elementos esenciales¹¹¹⁰.

El primero de ellos es el carácter penal del sistema, que lo diferencia del derecho internacional público, a pesar de que, en gran medida, es implementado por una corte internacional (o varias) y su fuente principal es un tratado internacional. No obstante, la

¹¹⁰⁸ AMBOS, Kai. *Fundamentos ...*, op.cit. p. 404.

¹¹⁰⁹ GIL GIL, Alicia. “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”. En AMBOS, Kai. (Coord.) *La nueva justicia penal internacional: desarrollos post-Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

¹¹¹⁰ Explica ZAPPALÀ que “[c]on la creación de la Corte, en cambio, la comunidad internacional se ha dotado de un mecanismo permanente que permite intervenir en salvaguardia de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario utilizando los instrumentos del derecho penal”. ZAPPALÀ. *Qué es la justicia...*, op.cit. p. 195.

naturaleza penal de la sanción que se impone a quienes son encontrados responsables de la comisión de las conductas que contempla el Estatuto, obliga a que todo el ordenamiento que se basa en él deba funcionar respetando las garantías propias del ejercicio del *ius puniendi*¹¹¹¹. Esto es aún más cierto si lo que se pretende con el derecho penal internacional es la protección, aunque sea indirecta, de los derechos humanos fundamentales, dentro de los que quedan incluidos los derechos de los procesados, sin lugar a duda.

La protección de los derechos humanos ha legitimado el derecho penal internacional desde su creación. No puede olvidarse que fue este el argumento que se utilizó para instaurar los Tribunales penales después de la Segunda Guerra Mundial, en contra de la interpretación más estricta del principio de legalidad¹¹¹². No obstante, también los derechos humanos deben limitar este sistema penal, tal como lo hacen con los sistemas penales nacionales¹¹¹³. Esto es válido, tanto a nivel sustantivo como a nivel procesal. También quien es juzgado a nivel internacional debe recibir un juicio justo, donde se respeten todas las garantías, como el principio de legalidad, la presunción de inocencia o la prohibición de doble incriminación, por ejemplo. En esto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha constituido un gran

¹¹¹¹ En este sentido, afirma PASTOR que “(...) *En todo caso, como se ha podido ver, la naturaleza “penal” de la sanción tiñe con su propio color a todos los componentes del modelo*”. PASTOR. *Encrucijadas ...*, op.cit. p. 159.

¹¹¹² En ese sentido afirma SCHABAS afirma que “*It seems indisputable that the London Agreement of 1945 provided for two categories of crime that were new: crimes against peace and crimes against humanity. The IMT did act upon the Charter provisions dealing with both categories. In so doing, it applied ex post facto law; in other words, it applied international law retroactively, as the defense counsel at Nuremberg rightly stressed. The Tribunal gave two justifications for its application of the Charter provision relating to crimes against peace. (...) First, the Tribunal stated that the Charter was the expression of international law existing at the time of its creation; and to that extent it was itself a contribution to international law (...) The second proposition of the Tribunal (...) was that, as stated above, the maximum nullum crime sine lege, is not a limitation of sovereignty but is in general a principle of justice*”. SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge, University Press, Cambridge, 2011. p. 148. [Parece indiscutible que el Acuerdo de Londres de 1945 estableció dos categorías de crímenes que era nuevas: los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad. El Tribunal Militar Internacional actuó con base en las normas de la Carta que lidiaban con las dos categorías. Al hacerlo, aplicó normas *ex post facto*; en otras palabras, aplicó el derecho internacional retroactivamente, como lo afirmó el abogado de la defensa en Núremberg correctamente. El Tribunal dió dos justificaciones para esta aplicación de las normas de la Carta con relación a los crímenes contra la paz. (...) En primer lugar, el Tribunal sostuvo que la Carta era la expresión de normas de derecho internacional que existían al momento de su creación y en ese sentido era en sí misma un aporte al derecho internacional (...). El segundo argumento del Tribunal (...) fue que, como se dijo anteriormente, la máxima *nullum crimen sine lege*, no es un límite a la soberanía, sino un principio general de la justicia] (traducción libre).

¹¹¹³ WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción de María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. p. 102.

avance, pues reconoce todas estas garantías y procura que los juicios adelantados por la Corte las respeten, aunque no sin problemas.

El segundo elemento que se debe dejar claro es que se protege mediante los delitos incorporados al derecho penal internacional y al Estatuto de Roma. El derecho penal, dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales, solo es legítimo en la medida en la que proteja bienes jurídicos, de acuerdo con la doctrina de los países con un sistema jurídico continental como Colombia y España, intereses jurídicos en Francia (*l'intérêt juridique*), o valores dignos de protección de acuerdo con el sistema anglosajón. En ese orden de ideas, el derecho penal internacional requiere que se identifique un elemento de protección que concuerde con esta postura legitimadora de los distintos ordenamientos jurídicos, para que pueda considerarse un sistema penal legítimo¹¹¹⁴.

Por eso, se han identificado bienes jurídicos universales, que son aquellos “*vinculados a los derechos humanos cuya protección está, justamente, en el origen del derecho penal internacional, por influencia de la doctrina internacionalista que recurrió al derecho internacional cuando su vulneración se efectuaba por el propio Estado o cuando la protección estatal no era suficiente*”¹¹¹⁵. Esto no quiere decir que puedan confundirse los derechos humanos fundamentales con los bienes jurídicos que protege el derecho penal internacional. Este sistema es consecuencia de entender la historia de la humanidad, que ha llevado a entender que también los individuos y no solo los Estados, son responsables a nivel internacional por ciertos crímenes.

Pero estos crímenes solo son tales en la medida en la que vulneran bienes jurídicos que son esenciales porque están vinculados a los derechos humanos, reconocidos en los tratados y convenios internacionales, lo que les otorga su dimensión internacional y justifica la

¹¹¹⁴ En ese orden de ideas explica AMBOS que “[h]oy en día está más o menos establecidos que el derecho penal internacional es sobre todo derecho penal. Como tal, debe respetar y garantizar los tratados universales de Derechos Humanos y los principios fundamentales del Derecho penal reconocidos en todos los principios fundamentales del Derecho penal reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas por la Ilustración”. AMBOS. *Principios...*, op.cit. p. 28.

¹¹¹⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ. “El Principio...”, op.cit. p. 458.

ampliación de la protección más allá de las fronteras estatales. Es decir, en palabras de MÉNDEZ RODRÍGUEZ *“El derecho penal internacional, como el derecho penal, protege también bienes jurídicos al igual que el derecho penal interno no protege derechos; o, si se quiere, protege, al igual que el derecho penal interno, derechos cuando estos se proyectan sobre los bienes jurídico-penales”*¹¹¹⁶.

Adicionalmente, el derecho penal internacional busca proteger a los individuos de los propios Estados, que aunque son los encargados de la salvaguarda de los derechos humanos fundamentales, la historia ha demostrado que pueden convertirse en entidades arbitrarias, capaces de cometer los actos más atroces¹¹¹⁷. Pero, si el ejercicio del poder penal se eleva a entidades internacionales, con toda la capacidad de poner en riesgo la libertad de los individuos, también deben trasladarse a ese ámbito las garantías propias de un ordenamiento jurídico que está diseñado para evitar la venganza privada e imponer sanciones que no sobrepasen los límites que exige la dignidad humana¹¹¹⁸. De este modo, el derecho penal internacional adquiere una tercera función, que se suma a las dos anteriores, y que consiste en contener el poder de la jurisdicción punitiva¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ *Ibíd.* p. 465.

¹¹¹⁷ Aún así, afirma PASTOR que *“Dado que, por un lado, un poder penal internacional de calidad es una contradicción en los términos y que, por el otro, los hechos que busca castigar son gravísimos, se ha generado internacionalmente una “incultura penal” en el sentido de que estamos ante una comprensión del poder punitivo contraria a la cultura penalista vigente: en el sistema internacional el fin justificaría los medios, de modo que si esos hechos gravísimos no pueden ser penados adecuadamente, dado que no pueden quedar impunes, serían penados de cualquier manera y a toda costa”* que es justamente lo que pretende evitarse. PASTOR, Daniel. *“El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”* En CANCIO MELÍA, Manuel. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. II. BdeF, Buenos Aires, 2006. p. 488.

¹¹¹⁸ Explica FERRAJOLI que *“Más despiadadas y, quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno”*. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, 2014. p. 385. Y el mismo autor más adelante recuerda que *“[l]a pena no sirve solo para prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos”* *Ibíd.*, p. 332

¹¹¹⁹ Sostiene PASTOR que *“[s]i unos Estados han acordado utilizar el poder punitivo por medio de una jurisdicción internacional, la función del derecho, y por tanto del jurista, es examinar si sus contenidos son adecuados a los cánones que la cultura jurídico-penal ha desarrollado en los últimos dos siglos y medio para evitar la utilización del poder penal con fines distintos a aquellos para los que esté previsto y para neutralizar todo intento de que los fines, cuando son legítimos, sean alcanzados por cualquier medio”* opinión con la que se concuerda absolutamente. PASTOR. *Encrucijadas...*, op.cit. p. 165.

Ahora bien, esto es una tarea complicada debido al origen heterogeneo de las normas y figuras tanto procesales como sustantivas del derecho penal internacional, al ser fruto de la mezcla entre distintos sistemas jurídicos¹¹²⁰. No obstante, a diferencia de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*, la Corte Penal Internacional ha optado por buscar la convergencia entre los distintos sistemas de justicia penal, incorporando en su jurisprudencia análisis de derecho comparado que permiten comprender de forma integral los principios y valores reconocidos por los distintos ordenamientos jurídicos y por el propio Estatuto de la Corte¹¹²¹. A pesar de que pudiera preferirse un sistema de derecho penal internacional alejado de las complicaciones propias de un ordenamiento tan heterogeneo, esta preferencia es “*unwise and unrealistic*”¹¹²².

Por una parte, porque como ya se ha dicho, el Estatuto de Roma es el producto de los aportes de quienes participaron en la Conferencia de Roma, que están necesariamente influidos por la tradición jurídica a la que pertenecen, que se ha desarrollado a lo largo de cientos de años. Por otra parte, porque quienes están encargados de administrar justicia en este ámbito, es decir los jueces y fiscales de los tribunales internacionales, no pueden desempeñar esta función ignorando la formación jurídica que han recibido previamente y, como es evidente, esta formación pertenece, necesariamente a una tradición jurídica determinada.

Esto no implica que pueda desconocerse que unas tradiciones jurídicas no hayan tenido más influencia que otras. En lo referente a la estructura de los crímenes internacionales “*salvo algunas opiniones aisladas, que imponen al análisis de la teoría del delito la sistemática tripartita de raigambre alemana (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), es absolutamente dominante en la actual doctrina internacionalista la idea de que, si esta jurisdicción universal responde a algún modelo, éste es el bipartito de corte anglosajón*”¹¹²³, que a su vez es bastante similar al sistema francés. Por esto, la comprensión del derecho penal internacional tiene que estar basada en un análisis de derecho comparado y no en la traslación

¹¹²⁰ Esto es lo que CASSESE denomina “*a real patchwork of normative standards that complicates matters (...)*”. [Un verdadero mosaico de normas que complica las cosas] (traducción libre). CASSESE. *International...*, op.cit. p. 18.

¹¹²¹ MARTÍN MARTÍNEZ. “La configuración...”, op.cit. p. 389.

¹¹²² ELLIOT, Catherine. “The French Law...”, op.cit. p. 44. [imprudente y poco realista] (traducción libre).

¹¹²³ MATUS. *La transformación...*, op.cit. p. 19.

de los conceptos de una sola tradición legal¹¹²⁴. Una interpretación de estas características solamente llevaría a que el sistema fuera incomprensible para aquellos juristas que no pertenecen a dicha tradición, generando que se aplicara la justicia penal de algunos, a todos los individuos, enmascarando esta imposición con el título de “justicia internacional”.

Así pues, en el Estatuto de Roma se ha recogido el proceso histórico del derecho penal internacional, a partir de la convergencia de los distintos sistemas jurídico-penales¹¹²⁵. De ese modo, se ha creado una corte internacional que se asienta en los valores reconocidos por la sociedad mundial, reconocidos en tratados de derechos humanos y que se ven reflejados en los bienes jurídicos que se pretende proteger¹¹²⁶. Los crímenes internacionales tienen la característica de afectar los bienes jurídicos más esenciales para el orden internacional y por esa razón deben ser penados, no solo por los Estados, sino por la comunidad internacional como un todo. Sin embargo, el Estatuto de Roma no es un código penal, sino que es un tratado internacional y, como tal, debe ser entendido. Su estructura no sigue criterios lógico-objetivos¹¹²⁷, sino que responde a las soluciones que pudieron alcanzarse a partir del consenso de los Estados, que aportaron a su construcción desde posiciones político-criminales completamente disimiles y a lo largo de su lectura, esto no puede olvidarse.

¹¹²⁴ Explica AMBOS que “[f]ue precisamente por esta razón que los encargados de la redacción del Estatuto de la Corte Penal Internacional evitaron el uso de términos genéricos que fueran sinónimos de conceptos de un sistema o tradición legal en particular” AMBOS. *Principios...*, op.cit. p. 16.

¹¹²⁵ Adicionalmente debe tenerse en cuenta que “*Its future success will depend in part on the extent to which States are prepared to take ownership of the Court. They will need to lend it their cooperation and support not only through strict and willing compliance with their obligations to the Court, but also by multilateral measures (...)*” CRYER, Robert. FRIMAN, Håkan. ROBINSON, Darryl. WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ed. Cambridge University Press, U.K., 2014. p. 177. [Su éxito futuro dependerá en parte de la medida en que los Estados estén preparados para ser dueños de la Corte. Deberán prestar su cooperación y apoyo no solo mediante el cumplimiento estricto y voluntario de sus obligaciones para con la Corte, sino también mediante medidas multilaterales (...)] (traducción libre).

¹¹²⁶ “[...] *the development of international criminal law was accompanied by various doctrinal challenges. (...) However, international criminal law as a system of criminal law necessarily rests upon fundamental liberal criminal principles that must be adhered to in order to establish individual guilt and individual responsibility*”. RAUTER, Thomas. *Judicial practice, customary international criminal law and nullum crimen sine lege*. Springer, Salzburg, 2017. p. 18. [(...) el desarrollo del derecho penal internacional ha estado acompañado de varios retos doctrinales. (...) Sin embargo, el derecho penal internacional, como sistema jurídico de derecho penal necesariamente se asienta sobre principios liberales de derecho, a los que debe adherirse para establecer la responsabilidad individual] (traducción libre).

¹¹²⁷ AMBOS, Kai. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 102.

A la luz de la evolución del derecho penal internacional, el Estatuto de Roma constituye un gran avance, en la medida en la que por primera vez se establecen, por vía normativa, una serie de figuras que, usualmente, pertenecen a la parte general del derecho penal¹¹²⁸. Dentro de este tratado internacional, se incorporaron principios que deben regir la actuación de la Corte, normas sobre las causas de exclusión de la conducta punible, y por primera vez, una definición de los elementos subjetivos del delito, por ejemplo¹¹²⁹. No obstante, aún es necesario desarrollar una parte general del derecho penal internacional, pues quedan muchas discusiones por zanjar, en gran medida porque “*due to its reactionary nature international criminal law has not had the time to develop its own doctrinal foundation gradually, but has applied existing doctrines of various components. International criminal law is not a cohesive system but is the international community’s response to serious breaches of human rights and humanitarian law*”¹¹³⁰. En este sentido WERLE afirma que existe un “*bajo nivel de madures dogmática de las reglas de la Parte General contenidas en el Estatuto de Roma*”¹¹³¹, por lo que es absolutamente necesario que tanto la jurisprudencia como la doctrina desarrollen la ciencia del derecho penal internacional en este ámbito¹¹³².

¹¹²⁸ Explican GIL GIL y MACULAN que “[a]ntes del ER no existía en el ámbito del DPI un elenco de normas lo suficientemente desarrolladas que respondieran a una teoría general del DPI, ni tampoco una preocupación por desarrollarla”. GIL GIL, Alicia. MACULAN, Elena (Dir.) *Derecho Penal Internacional*. Dykinson, Madrid, 2016. p. 157.

¹¹²⁹ Al respecto recuerda CARO CORIA que “(...) siguiendo la tradición europeo-continental, el Estatuto de Roma incorporó finalmente una parte general que acoge normas de imputación de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, que se constituye de esta manera en criterios exigidos para su configuración”. CARO CORIA, Dino Carlos. “El elemento subjetivo del crimen imputado en el caso Lubanga” En AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. STEINER, Christian. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal. Fundación Konrad Adenauer, CEDPAL, Bogotá, 2014. p. 180.

¹¹³⁰ RAUTER, Thomas. *Judicial practice, customary international criminal law and nullum crimen sine lege*. Springer, Salzburg, 2017. p. 15.

[Dada su naturaleza reaccionaria, el derecho penal internacional no ha tenido tiempo de desarrollar sus propios fundamentos doctrinales gradualmente, sino que ha aplicado doctrinas existentes con varios elementos. El derecho penal internacional no es un sistema cohesionado, sino la respuesta de la comunidad internacional a las violaciones graves de los derechos humanos y el derecho humanitario] (traducción libre).

¹¹³¹ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 174.

¹¹³² En la misma línea, TRIFFTERER afirma que “[e]l derecho internacional penal fue ejecutado, si acaso, por un largo tiempo solo a través de un modelo indirecto: la jurisdicción penal nacional. De allí que si parte especial, que contiene las definiciones de los crímenes punibles directamente según el derecho internacional, fuera más importante que la codificación de una parte general. La segunda tarea pudo ser dejada a los sistemas legales domésticos, quienes tuvieron que llenar los vacíos que el derecho internacional incluso actualmente muestra, al tratar con temas penales, por la propia diferencia de aquellos dos temas”. TRIFFTERER, OTTO. “Domésticos de ratificación e implementación” En AMBOS, Kai (Coord.) *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 27.

Desarrollar la parte general del derecho penal internacional, a partir de los avances del Estatuto de Roma, es necesario por dos razones. En primer lugar, porque la parte general aporta eficacia y eficiencia a la aplicación del derecho penal, en la medida en la que todos los delitos contienen, además de sus características particulares, una conducta, elementos subjetivos y otros elementos comunes, que se tratan mejor a partir de disposiciones generales. En segundo lugar, porque el desarrollo y posterior aplicación de esos elementos a partir de una sola estructura, significa que no se producirán inconsistencias, lo que protege el derecho a la igualdad y brinda seguridad jurídica en la aplicación del derecho penal internacional¹¹³³.

El asunto se complica aún más si se tiene en cuenta el proceso de redacción del Estatuto de Roma. De acuerdo con CLARK, mientras que los elementos de la parte general del derecho penal que se incorporaron en el Estatuto de Roma fueron diseñados por personas asociadas a los ministerios de justicia de los distintos Estados o personas cercanas al derecho, las definiciones de los crímenes y las normas que pertenecen a la parte especial fueron diseñadas por militares y ministros de relaciones internacionales, existiendo muy poca comunicación entre unos y otros¹¹³⁴. Esto tuvo la consecuencia de que en las definiciones de los crímenes se hace referencia a términos que no están incorporados en otras normas. Por ejemplo, las definiciones de los crímenes en la versión en inglés del Estatuto incluyen términos como “*wilful*”, “*wanton*”, “*calculated*” y “*treacherously*”, que no aparecen explicadas en el artículo 30 del Estatuto de Roma que define el elemento subjetivo con el que deben ejecutarse los crímenes.

¹¹³³ ESER afirma que “[t]here should be no discussion that a General Part is needed. (...) But perhaps, even more important is the need for avoidance of inconsistencies, which may easily occur if general requirements were to be regulated in connection with a specific crime, and thus, in an isolated manner”. ESER, Albin. “Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 890. [no debe haber discusión con respecto a la necesidad de una parte general. (...) Pero quizás, es más importante la necesidad de evitar las inconsistencias que pueden aparecer fácilmente si los requisitos generales se regulan con respecto a un crimen específico y, por lo mismo, de manera aislada] (traducción libre).

¹¹³⁴ CLARK, Roger S. “The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of The International Criminal Court and The Elements of Offences” *Criminal Law Forum* 12, Kluwer Academic Publishers, Netherlands 2001. Disponible en <https://search-proquest-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/publication/33826>. Consultado el 15 de enero de 2018. p. 314.

Establecida la necesidad de desarrollar una parte general, la siguiente pregunta que debe responderse es como debe ser esa parte general. Como se dijo antes, se ha sugerido que podría adaptarse la parte general a partir de las estructuras propias de un solo sistema, lo que significaría que no habría necesidad de desarrollar de nuevo las distintas figuras, haciendo una traslación automática de estas al derecho penal internacional. Sin embargo, esto no resulta aconsejable. Como se ha mostrado en los capítulos anteriores, a pesar de que el derecho penal en todos los Estados persigue, más o menos, los mismos objetivos, las diferencias entre ellos son muy significativas. Un sistema que pretende ser universal no puede estar basado en las figuras de un Estado o de un grupo de ellos exclusivamente, mucho menos cuando el propósito es juzgar aquellos crímenes que por su gravedad afectan a toda la humanidad. En ese orden de ideas, “[e]n la “*crisis de identidad del derecho penal internacional*”, sólo puede ser resuelta si (...) se establece como una disciplina por propio derecho y sobre la base de los principios fundamentales del derecho penal, inherentes a cualquier sistema legal, justo y liberal”¹¹³⁵.

Esta es la postura adoptada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que procura no dar preminencia a ningún sistema nacional, sino que, a partir de una perspectiva de derecho comparado, trata de incorporar los principios mínimos que les son comunes a todos los Estados que participaron en la Conferencia de Roma¹¹³⁶. Además, esta fue la opción adoptada por los Tribunales Penales Internacionales anteriores que se basaban en los ordenamientos internos para aplicar la parte general del derecho penal internacional. La opción adoptada se evidencia, en primer lugar, en el hecho de que el Estatuto no utiliza términos que puedan ser asociadas a una sola tradición jurídica, sino que hace uso de términos neutrales. Por ejemplo, en lugar de utilizar la expresión causas de justificación y causas de exculpación, propias de la tradición jurídica continental, el Estatuto ha optado por referirse a las «*circunstancias eximentes de responsabilidad penal*» («*grounds for excluding criminal responsibility*» «*motifs d'exonération de la responsabilité pénale*»). Con la misma intención, el artículo 30

¹¹³⁵ AMBOS, Kai. “El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional” En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011. p. 76.

¹¹³⁶ En este sentido afirma AMBOS que “[i]ncluso, si la redacción del Estatuto indicase una preferencia por un sistema particular, la exclusiva dependencia de este texto sería cuestionable”. *Ibidem*. p. 63.

no utiliza la expresión *mens rea*, clásica dentro de los ordenamientos jurídicos anglosajones, sino que denomina este artículo «*elemento de intencionalidad*» («*mental element*» «*élément psychologique*»).

Aun así, en algunos sectores se ha afirmado que el Estatuto de Roma da preminencia a la tradición del *common law*, principalmente porque parece consagrar una estructura bipartita de los crímenes, distinguiendo entre los elementos objetivos y los elementos subjetivos. Esto no es del todo cierto, si bien es cierto que los crímenes internacionales no adoptan la estructura tripartita, propia de la tradición jurídica continental, no puede olvidarse que también la tradición francesa utiliza una estructura bipartita del delito y su influencia puede hacerse evidente a partir de la historia de la Conferencia de Roma. El Comité Preparatorio de 1995 dio preminencia al sistema de *common law*, pero esta fue balanceada en 1996 por el llamado “*Borrador Francés*”, que fue esencial para generar discusiones entre los distintos sistemas. Estas discusiones, que se exacerbaban con la masiva participación en la Conferencia de Roma, hicieron que el Estatuto adoptara posturas mixtas, igual que lo hicieron posteriormente los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, para que fuera posible que el instrumento se aprobara con el apoyo de la mayoría de los Estados¹¹³⁷.

De todos modos, es evidente que durante la redacción del Estatuto de Roma se le dio más importancia a la definición de los crímenes que a los elementos de la parte general, principalmente porque estas definiciones se incorporaron con el objetivo de limitar la competencia de la Corte Penal Internacional; en realidad se incorporaron para establecer la competencia *ratione materiae* de la Corte. Es posible que, en ese orden de ideas, la parte general tuviera una menor relevancia política, lo que también habría influido en su menor desarrollo. Además, también podía considerarse que los jueces de la Corte tenían la opción de seguir la tradición de los tribunales *ad hoc* para identificar en la jurisprudencia nacional

¹¹³⁷ Al respecto se debe tener en cuenta que “(...) la aplicación práctica del marco procesal de la CPI dependerá, en última instancia, de la formación legal de los jueces a quienes se los ha dotado de suficiente discrecionalidad para dirigir los juicios de acuerdo a sus propias experiencias y preferencias”. AMBOS, Kai. “El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional” En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011. p. 65.

de los distintos países, tal como lo hicieran sus predecesores, las distintas figuras de la parte general y basar en esas decisiones su aplicación¹¹³⁸. En todo caso, “(...) *the drafters have provided a framework which the judges of the ICC will feel compelled to use as they set out on the path of creating a new jurisprudence*”¹¹³⁹. En ese camino, tanto los jueces de la Corte Penal Internacional como quienes se dediquen a desarrollar la doctrina para este sistema, deberán apoyarse en los planteamientos de los sistemas nacionales, pero con el objetivo de crear un sistema independiente, en que converjan los distintos sistemas, para crear un verdadero sistema universal.

La experiencia de los Tribunales internacionales *ad hoc* puso en evidencia la importancia de la justicia penal como uno de los mecanismos necesarios para terminar con las violaciones masivas de derechos humanos y que esta no siempre puede o debe provenir de las entidades estatales, pues en muchos de los casos tienen algún grado de responsabilidad en la comisión de estos delitos. Sin embargo, precisamente el carácter *ad hoc* de estas instituciones, es decir, su “*creación ex post facto (...) infringe ante todo el elemento temporal del principio nullum crimen, es decir, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales. (...) [este es] el defecto congénito de los tribunales ad hoc*”¹¹⁴⁰.

Ese “*defecto congénito*” fue la razón principal para la realización de la Conferencia de Roma, que se llevó a cabo entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998, en donde se creó la Corte Penal Internacional para satisfacer debidamente la necesidad de una verdadera justicia penal internacional, como un instrumento para restablecer la paz. Las delegaciones participantes en la Conferencia eran conscientes que para que fuera posible el proyecto de una corte internacional encargada de juzgar a los individuos penalmente responsables por crímenes de la máxima gravedad, era necesario “*entender los escollos del derecho penal internacional y la promesa de una corte penal internacional permanente, desde cada uno de sus exclusivos puntos de vista*”¹¹⁴¹, y así lo hicieron.

¹¹³⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1999.p. 406.

¹¹³⁹ CLARK. “The Mental...”, *op.cit.* p. 292. [(...) los redactores han diseñado un marco que los jueces de la CPI se sentirán obligados a usar a lo largo de su nueva jurisprudencia] (traducción libre).

¹¹⁴⁰ AMBOS, KAI. “El derecho...”, *op.cit.* p. p. 238.

¹¹⁴¹ AMBOS, Kai. *El Estatuto...*, *op.cit.* p. 268.

El Estatuto de Roma es el primer instrumento internacional que incorpora, en un mismo texto, las definiciones de los crímenes internacionales más graves, teniendo en cuenta la costumbre y las Convenciones y Tratados internacionales preexistentes¹¹⁴², en especial en lo referente a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, además de incluir algunas normas que representan importantes avances para la mejor protección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal internacional, como que ya no se exige un vínculo entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, ni motivos discriminatorios para llevar a cabo los crímenes de lesa humanidad, salvo por el crimen de persecución, por ejemplo¹¹⁴³.

Dentro de la Conferencia, se destacó un grupo de alrededor de sesenta Estados que compartían el interés por crear una corte independiente y efectiva, que pudiera juzgar, también, los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados internos y una fiscalía con capacidad para iniciar los procedimientos, conocidos como el *Like-Minded Group*, y donde se encontraban Estados de todas las regiones del mundo, entre ellos Canadá, el Reino Unido, Alemania y Australia¹¹⁴⁴. No obstante, fue la autoridad de la fiscalía para iniciar investigaciones *motu proprio*, tan importante para este grupo de Estados, uno de los puntos que más controversia causó y, una de las razones que se ha usado para explicar por qué China y Estados Unidos votaron en contra del Estatuto¹¹⁴⁵.

¹¹⁴² No obstante, se debe tener en cuenta que «[l]a rédaction des statuts des différentes juridictions internationales ou internationalisées a constitué, à chaque fois, un exercice de codification du droit existant, donnant lieu à une cristallisation du droit coutumier et à une mise en ordre de normes dispersées», aunque el Estatuto de Roma tenga avances significativos en este punto. DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 58. [La redacción de los estatutos de las diferentes jurisdicciones internacionales o internacionalizadas ha constituido, en cada ocasión, un ejercicio de codificación de derecho existente, dando lugar a una cristalización de derecho consuetudinario y a la organización de diversas normas que se encontraban dispersas] (traducción libre).

¹¹⁴³ BADINTER, Robert. “De Nuremberg à la Haye”. En *Revue internationale de Droit Pénal*, Vol. 75. 2004. Disponible en DOI : 10.3917/ridp.753.0699. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-3-page-699.htm> Consultado el 20 de diciembre de 2017. p. 704.

¹¹⁴⁴ KIRSCH. ROBINSON. “Reaching Agreement...”, op.cit. p. 71.

¹¹⁴⁵ Afirman HENHAM y BEHRENS que “*Proprio motu authority vesting with the ICC Prosecutor caused considerable controversy at the Rome Conference of 1998. One could go so far as to say that this authority is ultimately responsible for the US and China to ratify the Rome Statute. However, far from being the Court’s Achilles Heel, I suggest that this prosecutorial authority will inevitably be sidelined as it provides the OTP with a weak mandate upon which to instigate an investigation and consequent prosecution*” HENHAM, Ralph. BEHRENS, Paul. (Ed.) *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects*. Ashgate, Londres, 2007. p. 172. [La autoridad *motu proprio* otorgada al Fiscal de la CPI causó una considerable controversia en la Conferencia de Roma de 1998. Se podría decir que esta autoridad es la responsable final de que Estados Unidos y China no ratifiquen el Estatuto de Roma. Sin embargo, lejos de ser el talón de Aquiles de la Corte, sugiero que esta autoridad de fiscalización será inevitablemente dejada de lado, ya que le otorga a la Fiscalía un mandato débil para instigar una investigación y el consiguiente procesamiento] (traducción libre).

Otro elemento controversial fue la definición del crimen de agresión, aunque se consideraba de importancia central. Finalmente, a pesar de que el artículo 5 del Estatuto reconoció la competencia de la Corte sobre el crimen de agresión, el Estatuto de Roma que comenzó a regir en el año 2002 no incorporaba una definición de este delito, por lo cual, la Corte no tenía competencia sobre él. El Comité Preparatorio de los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba abordó este tema como primera tarea, pero luego se decidió crear un grupo de trabajo que trabajara en la definición del crimen de agresión, para no retrasar la ratificación de los dos documentos que adicionan el Estatuto, que fueron finalmente aprobados el 30 de junio del 2000¹¹⁴⁶.

Entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010 se llevó a cabo la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Kampala (Uganda). Allí se aprobaron por consenso varias enmiendas al Estatuto, dentro de las cuales la más importante incorporó el artículo *8bis* al Estatuto, que contiene la definición del crimen de agresión, con base en la cual la Corte ejercerá su jurisdicción, una vez que este entre en vigor, de acuerdo con las reglas establecidas también durante esa Conferencia. Además, se introdujeron nuevas conductas constitutivas de crímenes de guerra (utilizar armas biológicas o químicas; emplear armas que contengan partes que no se puedan detectar con rayos X y emplear armas laser), la renovación de la cláusula de “*opting out*” del artículo 124 del Estatuto¹¹⁴⁷ y algunas

Al respecto explica DAVID que « *On peut toutefois en identifier certains grâce à leurs déclarations après le vote; on sait a que la Chine, les E.U., l'Inde et Israel ont voté contre (sans surprise) et que le Mexique, Singapour, la Turquie et divers Etats arabes se sont abstenus* ». DAVID. *Éléments...*, op.cit. p. 930. [Sin embargo, algunos pueden ser identificados a través de sus declaraciones después de la votación; se sabe que China, los Estados Unidos, la India e Israel votaron en contra (como era de esperar) y que México, Singapur, Turquía y varios Estados árabes se abstuvieron] (traducción libre). Finalmente, aclara ESER que el grupo de los Like-minded States “*adoptaron el Estatuto de Roma, por cierto, que con imponente resultado; pues de entre los 150 países que participan en la Conferencia de Roma, solamente hubo 7 negativas y 120 votos a favor; cabe rescatar la alianza de opositores, nunca antes vista, conformada por la Estados Unidos de América, la República Popular China, Irán e Irak, los cuales finalmente perdieron*”. ESER. *Hacia...*, op.cit. p. 43.

¹¹⁴⁶ SADAT, Leila Nadya. *The International...*, op.cit. p. 136.

¹¹⁴⁷ “*The final proposal presented by the Bureau provided for automatic jurisdiction, consistent with the clear trends of the Conference. However, as a concession to hesitant States, a transitional provision (Art. 124) allows States to choose to use a one-time only, time-limited opt-out with respect only to war crimes (not crimes against humanity) for a period of seven years. (...) This provision was pivotal in earning the support of France for the Statute, leaving each permanent member of the Security Council to determine its own position on the ICC*” KIRSCH. ROBINSON. “*Reaching...*, op.cit. p. 85. [La propuesta final presentada por la Oficina proporcionó jurisdicción automática, consistente con las tendencias claras de la Conferencia. Sin embargo, como una concesión a los Estados indecisos, una disposición transitoria (Art. 124) permite a los Estados optar por usar una opción de exclusión limitada en el tiempo, solo con respecto a crímenes de guerra (no a crímenes de lesa humanidad) por un período de siete años. (...) Esta disposición fue fundamental para obtener el apoyo de Francia

medidas para fortalecer la cooperación entre la Corte y los Estados en temas de cumplimiento de las penas y las demás órdenes de la Corte Penal Internacional¹¹⁴⁸. Finalmente, se debe mencionar que entre el 4 y el 14 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la sesión número 16 de la Asamblea de Estados Partes, en la que se adoptaron seis resoluciones por consenso, sobre la activación de la competencia de la Corte con respecto del crimen de agresión, que empezará a regir a partir del 17 de julio de 2018.

Si bien el Estatuto de Roma no es un código penal, a nivel internacional es el instrumento que contiene las disposiciones penales sustantivas y procesales que permite la aplicación del derecho penal internacional por la Corte Penal Internacional. Este estatuto, a diferencia de los instrumentos constitutivos de los Tribunales *ad hoc*, no solamente describe los crímenes internacionales como disposiciones para determinar la competencia de la Corte, sino que se ocupa de definirlos de manera exhaustiva, similar a como lo hace el código penal dentro de los ordenamientos jurídicos de tradición continental¹¹⁴⁹. Esta intención, se apoya además en la consagración del principio de legalidad en los artículos 22 y 23. Además, el Estatuto se complementa por dos documentos, los *Elementos de los Crímenes* de naturaleza sustantiva que define los elementos materiales y subjetivos que componen los distintos delitos y, las *Reglas de Procedimiento y Prueba* que como su nombre lo indica, tiene una naturaleza procesal.

Ahora bien, una de las características más interesantes del Estatuto del Roma y del sistema de derecho penal que plantea es su carácter flexible y abierto, que responde al objetivo primordial de conservar la paz y el bienestar de la comunidad internacional y de respetar la

al Estatuto, dejando que cada miembro permanente del Consejo de Seguridad determine su propia posición sobre la CPI] (traducción libre). La resolución número 4 de la Conferencia aprobó mantener el artículo 124 en su forma original. Estatuto de Roma, «Artículo 124. Disposición de transición. No obstante, lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento”.

¹¹⁴⁸ “La resolución sobre Complementariedad adoptada en la Conferencia de Kampala ha confirmado estas ideas, haciendo hincapié en la importancia de asistir y fortalecer las autoridades nacionales y de intercambiar información entre Corte y Estados, así como en la utilidad de un enfoque integral para enfrentarse a los crímenes internacionales”. GIL GIL. MACULAN. *Derecho Penal ...*, op.cit. p. 94.

¹¹⁴⁹ MARTÍN MARTÍNEZ. “La configuración..., op.cit. p. 384.

soberanía de los Estados. Estos, siguen siendo los primeros obligados a proteger los bienes jurídicos de sus ciudadanos, lo que se pone en evidencia a través de varias normas del Estatuto. En primer lugar, el artículo 16¹¹⁵⁰ prevé la posibilidad de que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas suspenda las investigaciones de la Corte en ciertos casos. En segundo lugar, el artículo 17 consagra el principio de complementariedad. Finalmente, el artículo 53¹¹⁵¹ incorpora la cláusula de los intereses de la justicia, propia del *common law*, de acuerdo con la cual el fiscal tiene discrecionalidad para iniciar, o no, una investigación.

ii. Un texto en varios idiomas.

El primer problema al que se enfrenta cualquier persona al tratar de comprender a cabalidad el Estatuto de Roma es el lenguaje. El derecho, y más aún el derecho penal, hace uso de un lenguaje muy preciso para que le sea posible regular el comportamiento humano. En ese mismo orden de ideas, el derecho penal, que regula los comportamientos que atentan de manera más grave contra el orden social, hace uso de un lenguaje que es extremadamente técnico. Sin embargo, al ser un tratado internacional, el Estatuto procura usar un lenguaje general, alejado de los términos propiamente jurídicos de uno u otro sistema, precisamente para tratar de abarcar a todos los individuos y todas las tradiciones¹¹⁵².

¹¹⁵⁰ Estatuto de Roma, «Artículo 16. Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento. En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones».

¹¹⁵¹ Estatuto de Roma, «Artículo 53 Inicio de una investigación. 1. El Fiscal, después de evaluar la información de que disponga, iniciará una investigación a menos que determine que no existe fundamento razonable para proceder a ella con arreglo al presente Estatuto. Al decidir si ha de iniciar una investigación, el Fiscal tendrá en cuenta si: a) La información de que dispone constituye fundamento razonable para creer que se ha cometido o se está cometiendo un crimen de la competencia de la Corte; b) La causa es o sería admisible de conformidad con el artículo 17; c) Existen razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. El Fiscal, si determinare que no hay fundamento razonable para proceder a la investigación y la determinación se basare únicamente en el apartado c), lo comunicará a la Sala de Cuestiones Preliminares».

¹¹⁵² Al respecto afirma SATZGER “By introducing new legal terms, the authors of the Rome Statute wanted to avoid the linguistic approximation with similar but in the end not identical domestic legal concepts. Indeed, this was probably the only possible way to develop a coherent and independent theory on the structure and the elements of international crimes”. SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. 2 ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2018. p. 269. [Al introducir nuevos términos legales, los autores del Estatuto de Roma querían evitar una aproximación lingüística con conceptos jurídicos de sistemas internos que pueden ser similares pero no idénticos. De hecho, esta fue probablemente la única forma posible de desarrollar una teoría

El Estatuto de Roma fue negociado en inglés, como sucede con la mayoría de los instrumentos internacionales. Sin embargo, *“lo cierto es que se impone de hecho para el sistema un modelo monolingüe que tiende a ser “un inglés” que no es el idioma inglés propiamente dicho, sino una suerte de inglés simplificado que es el que utiliza la “comunidad internacional”*¹¹⁵³, lo que acrecienta la posibilidad de encontrar términos muy ambiguos en el documento. A esto se suma el hecho de que, con la intención de que el Estatuto no fuera enmarcado dentro de una tradición jurídica específica, sino que fuera posible entender el Estatuto por operadores jurídicos de todas las tradiciones, el instrumento se abstiene de utilizar términos técnicos, en la medida de lo posible¹¹⁵⁴.

Sin embargo, el mismo texto del Estatuto aporta algunas luces a este complicado problema. El artículo 50 del Estatuto de Roma¹¹⁵⁵ prevé que las lenguas oficiales de la Corte Penal Internacional son el árabe, el chino, el francés, el inglés, el español y el ruso, siguiendo lo establecido por la Carta de las Naciones Unidas. A su vez, el artículo 128 del Estatuto¹¹⁵⁶ reconoce como versiones oficiales del mismo, las redacciones realizadas en esos seis idiomas, sin que ninguna sea prevalente. La elección de la redacción multilingüe de un texto que, precisamente en un caso como este, tiene por objeto la elaboración del Estatuto de una

independiente y coherente sobre la estructura y los elementos de los crímenes internacionales] (traducción libre).

¹¹⁵³ A pesar de que es comprensible que esto sea así, e incluso deseable, PASTOR afirma que *“[e]stas pequeñas miserias idiomáticas podrían estar señalando algo más grave, tal como la imposibilidad misma de un sistema penal interestatal, al menos también en virtud de la estrecha relación que existe entre lengua y derecho, en tanto que el modelo internacional no puede trabajar con un lenguaje de calidad que atienda satisfactoriamente las complejidades jurídicas”*. PASTOR. *Encrucijadas...*, op.cit. p. 194.

¹¹⁵⁴ PASTOR se refiere a *“los problemas de ambigüedad que provienen de la utilización ambigua del idioma en que fue negociado el Estatuto y que se oponen rotundamente a las exigencias de precisión y certeza de la cultura penal moderna”* cuando explica este asunto. *Ibidem*. p. 198.

¹¹⁵⁵ Estatuto de Roma, «Artículo 50. Idiomas oficiales y de trabajo. 1. Los idiomas oficiales de la Corte serán el árabe, el chino, el español, el francés, el inglés y el ruso. Las sentencias de la Corte, así como las otras decisiones que resuelvan cuestiones fundamentales de que conozca la Corte, serán publicadas en los idiomas oficiales. La Presidencia, de conformidad con los criterios establecidos en las Reglas de Procedimiento y Prueba, determinará cuáles son las decisiones que resuelven cuestiones fundamentales a los efectos del presente párrafo. 2. Los idiomas de trabajo de la Corte serán el francés y el inglés. En las Reglas de Procedimiento y Prueba se determinará en qué casos podrá utilizarse como idioma de trabajo otros idiomas oficiales. 3. La Corte autorizará a cualquiera de las partes o cualquiera de los Estados a que se haya permitido intervenir en un procedimiento, previa solicitud de ellos, a utilizar un idioma distinto del francés o el inglés, siempre que considere que esta autorización está adecuadamente justificada».

¹¹⁵⁶ Estatuto de Roma, «Artículo 128. Textos auténticos. El original del presente Estatuto, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, que enviará copia certificada a todos los Estados».

jurisdicción penal mundial permanente, competente para los delitos que representa la expresión más fuerte del núcleo duro del derecho penal, parece estar guiada por razones de representatividad y consenso¹¹⁵⁷. Por ello, los redactores del Estatuto tuvieron en consideración que, al ser las seis versiones oficiales, estas no podían ser diferentes. Sin embargo, al comparar las versiones entre ellas, sí se encuentran diferencias, lo que hace necesario que se deba decidir cómo solucionar este inconveniente¹¹⁵⁸.

En otras palabras, a la hora de develar el significado de las normas del Estatuto en las que se contradicen las distintas versiones, es necesario decidir si alguna de ellas debe ser prevalente, si siempre es necesario que para la aplicación del Estatuto se comparen todas las versiones, o si cada operador jurídico puede determinar que versión del Estatuto aplicar, sobre la base de la presunción de autenticidad de todas las versiones. Esto se dificulta, aún más, teniendo en cuenta que cada una de las distintas lenguas oficiales representa una tradición cultural y jurídica muy distinta, las cuales a la vez se ven representadas por los distintos miembros de la Corte, que es la entidad llamada a interpretar el Estatuto, al menos en primer lugar. En conclusión, no es fácil determinar cómo debe encontrarse el verdadero significado de las normas, pero se han dado varias propuestas.

Por un lado, FRONZA, MALARINO y SOTIS aseguran que, con base en la presunción de autenticidad de todas las versiones, la obligación de comparar todas las versiones solo existe cuando una de las partes invoca dicha necesidad, a la luz de una incongruencia entre las distintas versiones del Estatuto¹¹⁵⁹. Sin embargo, la resolución de un caso concreto con base,

¹¹⁵⁷ FRONZA. MALARINO. SOTIS. “Le principe..., op.cit. p. 162.

¹¹⁵⁸ Otro asunto que resulta relevante con respecto a los idiomas en los que trabaja la Corte Penal Internacional es la diversidad lingüística de los acusados y los testigos, que fue puesta en evidencia por el caso en contra de Germain Katanga. Al respecto, International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga Decision on the Defence Request Concerning Languages 21 December 2007. Y International Criminal Court, Appeals Chamber. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga Decision on the appeal of Mr. Germain Katanga against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Defence Request Concerning Languages”. 27 May 2008.

¹¹⁵⁹ Explican FRONZA et al. que «*En droit international, la question est vivement débattue de savoir si, pour l'application, dans un cas concret, d'un Traité bilingue ou plurilingue dont les versions sont également authentiquées, toutes les versions doivent être toujours utilisées (et comparées). Des auteurs considérant que, précisément, sur la base de la présomption de l'égalité des significations de toutes les versions l'interprète est libre de décider quelle version utiliser (il peut donc choisir n'importe laquelle et par conséquent n'est pas tenir compte des autres dans son analyse)*». [En derecho internacional, se debate acaloradamente la cuestión de si

solamente, en uno de los seis textos oficiales, siempre será susceptible de ser cuestionada con base en la posibilidad de que una comparación de las distintas versiones de los instrumentos hubiese producido una solución distinta. Esta duda, solamente podrá ser resuelta a partir de la comparación de los instrumentos, aunque sea de algunos de ellos, si no es posible comparar las seis versiones. Aun así, la mayoría de los estudios sobre el Estatuto de Roma se realizan con base en la lengua que mejor conozca el autor o, en la mayoría de los casos sobre la versión en inglés; en última instancia se utilizan las versiones en español y en francés, mientras que las versiones en chino, ruso y árabe han sido relegadas.

Otra propuesta que se ha hecho es utilizar, como cláusula de cierre la versión en inglés, por ser esta la lengua en la que se negoció el Estatuto. Sin embargo, “*ni dans le droit cristallisé à Rome, ni dans les RPP, on ne mentionne que l’anglais est la version originale du texte, pas plus que l’on ne concède à cette dernière une importance interprétative supérieure*”¹¹⁶⁰. En ese orden de ideas, al no existir un idioma preponderante, ni una norma que establezca que una de las versiones es superior a las demás, la interpretación del Estatuto de Roma debe hacerse a partir de un criterio sistemático y teleológico, teniendo en cuenta la mayor cantidad de versiones posible (si no las seis), en los casos en los que existan contradicciones entre ellas. Adicionalmente, varios autores sostienen que la cláusula de cierre debe ser el principio de favorabilidad, con base en el cual siempre se debe acoger la interpretación más favorable al reo¹¹⁶¹, con lo que se concuerda.

Por otra parte, no deben confundirse los idiomas oficiales de la Corte con sus dos idiomas de trabajo, que de acuerdo con el artículo 50 del Estatuto de Roma y las reglas 40 y 41 de las Reglas de Procedimiento y Prueba son el inglés y el francés. Por lo mismo, solamente algunos

para la aplicación en un caso concreto de un Tratado bilingüe o multilingüe, cuyas versiones son igualmente auténticas, todas las versiones deben usarse (y compararse) siempre. Los autores consideran que, precisamente, sobre la base de la presunción de igualdad de significados de todas las versiones, el intérprete es libre de decidir qué versión usar (por lo tanto, puede elegir cualquiera y no tener en cuenta otras en su análisis)] (traducción libre). FRONZA. MALARINO. SOTIS. “Le principe...”, *op.cit.* p. 166.

¹¹⁶⁰ *Ibidem.* p. 179. [ni en la ley positivizada en Roma, ni en las Reglas de Procedimiento y Prueba, se menciona que el inglés es la versión original del texto, ni se le concede a este último una mayor importancia interpretativa] (traducción libre).

¹¹⁶¹ *Ibidem.* p. 192. En el mismo sentido, PASTOR, Daniel. *Encrucijadas...*, *op.cit.* p. 194.

documentos, como “*las decisiones que resuelvan cuestiones fundamentales de que conozca la Corte*” son traducidas a todos los idiomas oficiales.

b. Cuestiones esenciales del Estatuto de la Corte Penal Internacional para abordar el análisis del elemento subjetivo.

i. El principio de legalidad

Otro tema fundamental dentro del Estatuto de Roma son los principios de derecho penal que, por primera vez en el derecho penal internacional, han quedado consagrados en un tratado internacional¹¹⁶². En términos de GIL GIL y MACULAN, el Estatuto de Roma tiene una “doble alma” pues es, por un lado, un instrumento de derecho internacional público, semejante a la Carta de la Corte Internacional de Justicia y, por otro, un instrumento de derecho penal¹¹⁶³. En ese orden de ideas, la incorporación de los principios de derecho penal es una expresión de la naturaleza penal del Estatuto, que se acompaña además de una parte especial que tipifica los crímenes internacionales (artículos 5 a 8bis), unos principios generales sobre competencia y fuentes del derecho (artículos 9 a 21), una suerte de parte general de derecho penal (artículos 22 a 33) y una sección dedicada a las penas (artículos 77 a 80) además de las normas de carácter procesal.

¹¹⁶² Con respecto a la identificación de estos principios afirma CASSESE que “*General principles of international law consist of principles inherent in the international legal system. Hence, their identification does not require an in-depth comparative survey of all the major legal systems of the world, but can be carried out by way of generalization and induction from the main features of the international legal order*”. CASSESE. *International...*, *op.cit.* p. 30. [Los principios generales del derecho internacional son principios inherentes al sistema jurídico internacional. En consecuencia, su identificación no requiere una búsqueda comparativa profunda de los sistemas legales del mundo, pero puede llevarse a cabo mediante una generalización y deducción de las características principales del sistema legal internacional] (traducción libre). En el mismo sentido afirma WEIGEND que “*Although it is not clear that this was the intent of the statute’s founding fathers, one can regard the ICC statute as a first attempt at formulating the existing body of generally recognized criminal law principles, and some of its definitions have already been adopted by the ICTY*”. WEIGEND, Thomas. “The harmonization of general principles of criminal law: The statutes and jurisprudence of the ICTY, ICTR and the ICC: an overview” En VV.AA. Association Internationale de Droit Pénal. *International criminal law: Quo Vadis?* Érès, Francia, 2004. p. 319. [Aunque no es claro que esta haya sido la intención de los padres fundadores del Estatuto, el Estatuto de la CPI puede verse como el primer intento de positivizar un cuerpo de principios de derecho penal existente y generalmente reconocidos y, algunas de sus definiciones ya habían sido adoptadas por el Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia] (traducción libre).

¹¹⁶³ GIL GIL. MACULAN. *Derecho...*, *op.cit.* p. 98.

No obstante, se debe tener en cuenta que la expresión “principios generales” (*general principles* o *principes généraux*) de la Parte III del Estatuto de Roma induce a error, pues en ella no solamente se encuentran los principios generales, como se entienden dentro de los ordenamientos penales de los Estados, sino que también hay allí normas que se refieren a la atribución de responsabilidad penal, como normas sobre autoría y participación y causas de exclusión de la responsabilidad, por ejemplo¹¹⁶⁴.

Probablemente una de las normas más importantes dentro del Estatuto de Roma está integrada por los artículos 22 y 23¹¹⁶⁵, que incorpora el principio de legalidad, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Más allá de la importancia de este principio para el derecho penal, al punto de que lo reconocen todas las legislaciones penales, aunque con distintas denominaciones, su incorporación dentro del Estatuto de Roma constituye un hecho sin precedentes dentro del derecho penal internacional. Como se mencionó anteriormente, todos los tribunales internacionales que precedieron a la Corte fueron creados con el propósito de juzgar hechos cometidos antes de su creación, aunque las conductas que se juzgaban estuviesen prohibidas por normas consuetudinarias o convenios internacionales.

Mediante el Estatuto de Roma, por primera vez se creó un tribunal internacional que mira hacia el futuro; el objetivo es juzgar y sancionar los delitos internacionales cometidos luego de que la Corte haya comenzado a funcionar y eso es lo que reconocen estos dos artículos¹¹⁶⁶. Adicionalmente, para hacer que este principio tenga una verdadera aplicación y no se quede solamente de “papel mojado”, el Estatuto de la Corte Penal Internacional recoge las definiciones de los crímenes y la mayoría de las normas necesarias para que puedan darse juicios con plenas garantías¹¹⁶⁷. Por esto, “[l]os reparos acerca de si las normas de derecho

¹¹⁶⁴ AMBOS, Kai. *El Estatuto...*, op.cit. p. 114.

¹¹⁶⁵ Estatuto de Roma. «Artículo 22. *Nullum crimen sine lege* 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». «Artículo 23. *Nulla poena sine lege*. Quien sea declarado culpable por la Corte únicamente podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto».

¹¹⁶⁶ FRONZA. MALARINO. SOTIS. “Le principe...”, op.cit. p. 158.

¹¹⁶⁷ Aún así afirma PASTOR que “(...)no se trata entonces de la aplicación de un derecho propio y estable en una sociedad homogénea, sino de la imposición paulatina de un orden tendente a lograr algún día esa validez

*penal internacional cumplen realmente con los requisitos de claridad y reconocibilidad (sic) propios de las leyes penales han perdido el sustento con la entrada en vigor del Estatuto de la CPI. Hoy las normas del derecho penal internacional están formuladas en el Estatuto de la CPI con una claridad que se acerca a la de los ordenamientos jurídicos nacionales*¹¹⁶⁸.

La primera dificultad que existía en el derecho penal internacional con respecto al principio de legalidad era que no todos los delitos estaban definidos clara y estrictamente en un tratado internacional. Así por ejemplo, aunque los Tratados de la Haya de 1889 y 1907 y los Convenios de Ginebra de 1949¹¹⁶⁹ definen la gran mayoría de los crímenes de guerra, no existía una determinación clara y completa de los crímenes de lesa humanidad o del crimen de agresión¹¹⁷⁰. El Estatuto de Roma procura solucionar este inconveniente, mediante la incorporación de una “parte especial” que define los crímenes, similar a los tipos penales de los países con tradición jurídica continental, y al Código Penal Modelo de los Estados Unidos, en los artículos 6 a 8bis. Estos artículos permiten, a su vez, que por primera vez exista un respeto por el principio de legalidad, en los términos del “*élément légal*” del derecho penal francés.

Adicionalmente, también se ha cuestionado el respeto al principio de legalidad dentro del derecho penal internacional, a partir del origen antidemocrático de las instituciones que lo han aplicado hasta ahora, en la medida en la que se consideraba que era una “justicia de vencedores”. No obstante, el hecho de que la Corte Penal Internacional no haya sido creada para juzgar y sancionar ciertos crímenes cometidos con anterioridad a su creación en un

legítima. Es muy clara su descripción en cuanto a la inversión de los valores del principio nullum crimen, por parte del poder penal internacional, cuando sostiene que la pena debe dirigirse a hechos contrarios a ordenamientos en funcionamiento, contrarios a la constitución realmente existente de la sociedad (...). PASTOR, Daniel. “El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional” En CANCIO MELÍA, Manuel. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. II. BdeF, Buenos Aires, 2006. p. 495.

¹¹⁶⁸ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 105.

¹¹⁶⁹ Los cuatro Convenios de Ginebra son: Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

¹¹⁷⁰ DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 35.

territorio determinado, sino con vocación de universalidad y mediante un tratado internacional que es el producto de una Conferencia en la que participaron delegaciones de todos los países del mundo, hace que estas críticas no puedan sostenerse.

Ahora bien, la incorporación de las definiciones de los crímenes en el Estatuto de Roma y del principio de legalidad, implica que, por primera vez, una corte internacional tiene competencia para juzgar los delitos internacionales, incluso si los Estados que serían competentes para juzgarlos ordinariamente, no los han consagrado como delitos dentro de sus ordenamientos jurídicos¹¹⁷¹. Sin embargo, “(...) [e]l principio de legalidad penal internacional ha sido objeto de lo que a nuestro juicio puede calificarse de «reformulación controlada» en la Parte III del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (...)”¹¹⁷². La incorporación del principio de legalidad en el Estatuto de Roma no implica que automáticamente este vaya a aplicarse en todos los tribunales internacionales, o que exista una obligación de los Estados de seguir esta norma estrictamente cuando juzguen crímenes internacionales.

Así pues, el inciso 3 del artículo 22 regula la relación entre la incorporación de los delitos a nivel nacional y otros instrumentos internacionales, con el Estatuto de Roma. De acuerdo con este inciso, el hecho de que el Estatuto de Roma incorpore el principio *nullum crimen sine lege*, no implica que a nivel internacional otras instituciones estén obligados a aplicarlo con la misma rigurosidad que debe hacerlo la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma expresa claramente que no pretende agotar el derecho penal internacional. “*This clause was designated to ensure that the ICC Statute should not have a chilling effect upon the independent evolution of customary international law*”¹¹⁷³. Con ese mismo espíritu, el artículo 10 del Estatuto de Roma establece que “[n]ada de lo dispuesto en la presente parte se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe de alguna manera las normas

¹¹⁷¹ LAMB, Susan. “Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law”. En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 747.

¹¹⁷² MARTÍN MARTÍNEZ. “La configuración...”, op.cit. p. 375.

¹¹⁷³ LAMB. “Nullum...”, op.cit. p. 754. [Esta cláusula fue diseñada para asegurar que la Corte Penal Internacional no redujera la evolución del derecho internacional consuetudinario] (traducción libre).

existentes o en desarrollo del derecho internacional para fines distintos del presente Estatuto”, aunque cada una de las normas tiene su ámbito propio de aplicación¹¹⁷⁴.

A pesar de ello, mientras que el artículo 22, inciso 1, incorpora el principio de legalidad en su forma más clásica, el artículo 22, inciso 2, prohíbe el recurso a la analogía en la interpretación de los tipos penales y el principio de favorabilidad en las normas penales, que obliga a que siempre se interpreten a favor de las personas procesadas. De este modo, quedan consagrados los principios de ley escrita, previa y taxativa, así como la favorabilidad penal¹¹⁷⁵. Esto se complementa con la disposición del artículo 24¹¹⁷⁶, que consagra la irretroactividad de las normas penales, salvo en el caso de que sea posible la aplicación de una disposición más favorable. Aún así, esto no quiere decir que los jueces de la Corte Penal Internacional se hayan abstenido de interpretar el texto del Estatuto de Roma más allá de la literalidad estricta cuando lo han considerado necesario. A este respecto puede decirse que *“[t]he ICC has been willing to go beyond the text of the Rome Statute and has adopted progressive interpretations based on the concept of ‘control over the crime’ (through a hierarchical organization) is illustrative in this respect. This creative practice is controversial, even within the confines of the ICC”*¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁴ Con respecto a la disposición del artículo 10 del Estatuto de Roma afirma BENNOUNA que *“The fact that this provision has remained untitled is most likely the product of its ambiguous content which addresses two very different situations. It is simple to imagine that Article 10 will seek to preserve existing customary law but difficult to conceive that ‘developing’ law would not be influenced by the Rome Convention which does, after all, put forth a compromise among a great majority of the Member States of the international community, even if the objective is to make clear just what the jurisdiction of the future ICC will be”*. BENNOUNA, Mohamed. “The Statute’s Rules on Crimes and Existing or Developing International Law” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. II. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 1103. [El hecho de que esta disposición haya permanecido sin título es probablemente producto de su contenido ambiguo que aborda dos situaciones muy diferentes. Es fácil imaginar que el Artículo 10 tratara de preservar el derecho consuetudinario existente, pero es difícil concebir que el Estatuto de Roma no influya en el derecho “en desarrollo” que, después de todo, presenta un compromiso entre la gran mayoría de los Estados miembros de la comunidad internacional, incluso si el objetivo es aclarar cuál será la jurisdicción de la futura CPI] (traducción libre).

¹¹⁷⁵ MARTÍN MARTÍNEZ. “La configuración...”, op.cit. p. 384.

¹¹⁷⁶ Estatuto de Roma, «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»

¹¹⁷⁷ CUPIDO, Marjolein. *Facts Matter. A study into the casuistry of substantive international criminal law*. Eleven, Países Bajos, 2015. p. 9. [La CPI ha estado dispuesta a ir más allá del texto del Estatuto de Roma y ha adoptado interpretaciones progresivas basadas en el concepto de “control sobre el crimen” (a través de una organización jerárquica) que es ilustrativo a este respecto. Esta práctica creativa es controvertida, incluso dentro de la CPI] (traducción libre).

En ese sentido se pronunció la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, en la decisión de confirmación de cargos en el caso de *Thomas Lubanga Dyilo*¹¹⁷⁸, afirmando que « *ainsi, il n'y a pas violation du principe de la légalité lorsque la Chambre exerce son pouvoir de décider s'il convient de renvoyer Thomas Lubanga Dyilo en jugement au vu de normes criminelles antérieures approuvées par les États parties au Statut de Rome (lex praevia), définissant les comportements prohibés et la peine qui s'y est attachée (lex certa), qui ne peuvent être interprétées par analogie in malam partem (lex stricta), et qui sont écrites (lex scripta)* ». Quedó así reconocido por esta Sala que el principio de legalidad consagrado en el artículo 22 del Estatuto incluye, como sucede en los ordenamientos nacionales, los principios de ley cierta, escrita y estricta, al menos en lo que se refiere a la aplicación que hace de este principio la Corte Penal Internacional¹¹⁷⁹.

A su turno, el artículo 23 establece un límite a los poderes discrecionales de la Corte en materia de penas. De acuerdo con los artículos 77 y siguientes del Estatuto de Roma, la Corte puede imponer penas de reclusión que no superen los 30 años o la reclusión a perpetuidad, además de multas o decomisos. Sin embargo, las penas no están determinadas para cada delito, como sucede en los códigos penales de los Estados con tradición continental, sino que solamente se impone un límite máximo de pena, siguiendo la tradición anglosajona en este punto. Así mismo, algunos autores como LAMB, han entendido que el hecho de que el artículo 23 utilice la expresión “(...) únicamente”, implica que tampoco los Estados podrán imponer penas adicionales a quienes hayan sido juzgados y sancionados por la Corte Penal Internacional¹¹⁸⁰, lo que constituiría, en todo caso, una clara violación al principio de *non bis in ídem*.

¹¹⁷⁸ Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. par. 303. [por lo tanto, no hay violación del principio de legalidad cuando la Sala ejerce su poder para decidir si debe remitir a Thomas Lubanga Dyilo para su juicio sobre la base de normas penales anteriores aprobadas por los Estados Partes en el Estatuto de Roma (lex praevia), definiendo los comportamientos prohibidos y la pena que se les atribuye (lex certa), que no puede interpretarse por analogía in malam partem (lex stricta), y que están escritas (lex scripta)] (traducción libre).

¹¹⁷⁹ Sin embargo, aclara VERVAELE que “¿Obliga el deber puniendo a convertir el adagiu.: *nullum crimen, nulla poena sine lege en nullum crimen, nulla poena sine iure* (derecho internacional consuetudinario-ius cogens)? Desde el punto de vista del DH no hay duda sobre la respuesta afirmativa. Sin embargo, como esto se articula en el derecho penal interior, depende en gran medida del cumplimiento por cada parte del trias política. VERVAELE, John A.E. “Delitos Internacionales...”, op. cit. p. 127.

¹¹⁸⁰ LAMB. “Nullum...”, op.cit. p. 764.

A pesar de que la incorporación de estos artículos en el Estatuto de Roma significa un gran avance en términos de protección de las garantías de un debido proceso penal, dentro del Estatuto no todas las normas respetan este principio. Si se hace una lectura integral del instrumento internacional se verá que hay disposiciones que violan el principio de legalidad, al menos si este se comprende de una forma estricta, como se hace en los ordenamientos jurídico penales internos. En ese sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ afirma que “(...) *el Principio de Legalidad que recoge el Estatuto es un espejismo, una declaración de cara a la galería y no una realidad en sí misma*”¹¹⁸¹. Por ejemplo, el artículo 7, 1, k) establece que son crímenes de lesa humanidad «*Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*». Esta disposición no se corresponde con el principio de legalidad, porque deja a la discrecionalidad de los jueces los que “*otros actos (...)*” significa.

En el mismo sentido, el artículo 21 del Estatuto, al establecer las fuentes de derecho aplicables por la Corte Penal Internacional, incorpora reglas y principios que no forman parte del Estatuto, sino que se desprenden de los Convenios internacionales que sean aplicables al caso concreto y de los sistemas jurídicos de los Estados del mundo. Aunque esta disposición será analizada con mayor profundidad en otro apartado, es evidente que esta ampliación de las fuentes puede generar vulneraciones al principio de legalidad. Finalmente, cabe resaltar que el Estatuto de Roma también incorpora otros principios trascendentales para la aplicación del derecho penal internacional, como los derechos del acusado a un juicio basado en la presunción de inocencia, el derecho a un juicio justo, imparcial y público. Estas garantías se encuentran incorporadas en los artículos 66 y 67 del Estatuto de Roma¹¹⁸².

¹¹⁸¹ ANDRÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho...*, op.cit. p. 77. En un sentido similar, AMBOS. *Principios...*, op.cit. p. 29.

¹¹⁸² FEDOROVA, Masha. VERHOEVEN, Sten. WOUTERS, Jan. “Safeguarding the Rights of suspects and accused persons in International Criminal Proceedings” En RYNGAERT, Cedric. *The Effectiveness of International Criminal Justice*. Cost, Oxford, 2009. p. 59.

ii. Las fuentes del derecho en el Estatuto de Roma.

El artículo 21¹¹⁸³ del Estatuto de Roma establece las fuentes jurídicas que deberán utilizar los jueces de la Corte Penal Internacional para promulgar sus fallos, bajo la rúbrica de derecho aplicable. Este sistema de fuentes le da prevalencia al Estatuto de Roma, a los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y prueba, que son los encargados de complementarlo. No obstante, en la medida en la que es imposible que con estos tres instrumentos se solucionen todos los casos, el Estatuto contiene otras normas que suplen estas lagunas, las cuales deben ser aplicadas de acuerdo con la jerarquía allí establecida¹¹⁸⁴. Se crea así un sistema “abierto y complejo” que contiene normas extraídas de diferentes sistemas legales y diversas áreas del derecho¹¹⁸⁵.

De acuerdo con ella, además de las normas propias de la Corte Penal Internacional, deberán ser tenidos en cuenta los Tratados Internacionales, y las normas de derecho internacional que sean aplicables al caso. En tercer lugar y, solo en los casos en los que con estas fuentes no se pueda resolver el asunto, serán aplicables los principios generales del derecho, que puedan identificarse a partir de los sistemas jurídicos de los distintos Estados¹¹⁸⁶. Finalmente, el artículo se refiere a la jurisprudencia de la Corte y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

¹¹⁸³ Estatuto de Roma, «Artículo 21 Derecho aplicable. 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».

¹¹⁸⁴ ESER. *Hacia...*, op.cit. p. 62.

¹¹⁸⁵ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 98.

¹¹⁸⁶ Afirma WERLE que “[l]as fuentes normativas del art. 21 del Estatuto de la CPI no se diferencian de las ya descritas fuentes normativas del derecho internacional general por los tipos de fuentes del derecho, sino por su jerarquización y precisión” WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 122. En el mismo sentido DE FROUVILLE. *Droit ...*, op.cit. p. 11.

Ahora bien, la estricta jerarquía en la que deben ser utilizadas estas fuentes, fue reconocida por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la decisión sobre la expedición de una orden de captura en contra de Omar Hassan Ahmad Al Bashir¹¹⁸⁷. En ese pronunciamiento, la Sala afirmó que las otras fuentes de derecho, que van más allá del Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba, solamente pueden utilizarse si se cumplen dos condiciones. En primer lugar, debe existir una laguna en estos documentos y, en segundo lugar, esa laguna no puede ser llenada de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹⁸⁸ y el numeral 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma.

Mediante este pronunciamiento, la Sala decidió incorporar como criterio de interpretación del Estatuto de Roma, las disposiciones de la Convención de Viena, seguramente teniendo en cuenta que el Estatuto es, en realidad, un Tratado Internacional y en concordancia con el literal b) del artículo 21 del Estatuto que hace referencia a los tratados internacionales aplicables. No obstante, el Estatuto de Roma en ningún caso hace referencia a esta Convención como criterio de interpretación de las normas del Estatuto, por lo que dicha incorporación como fuente de interpretación puede ser cuestionada. Lo que sí queda claro mediante el primer requisito establecido por la Sala, es la estricta jerarquía que existe entre las diversas fuentes jurídicas que reconoce el artículo 21 del Estatuto.

¹¹⁸⁷ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. para 126.

¹¹⁸⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 mayo de 1969. «(...) 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable».

El primer instrumento al que deben recurrir los organismos de la Corte Penal Internacional a la hora de dar solución a los casos es, desde luego, el Estatuto de Roma. En él se encuentran las definiciones de los crímenes, las reglas de imputación y las penas que determinan las decisiones de esta corporación. Ahora bien, como se dijo, el Estatuto cuenta con dos fuentes auxiliares, una de carácter sustantivo y otra de carácter procesal que son los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Estos documentos tienen como función facilitar la interpretación y la aplicación del Estatuto, así como llenar algunas lagunas que hayan podido quedar¹¹⁸⁹.

La intención al redactar y aprobar los Elementos de los Crímenes era ser lo más precisos posible en la definición de los elementos materiales y psicológicos de cada uno de los crímenes¹¹⁹⁰ que han sido definidos en el Estatuto de Roma, es decir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión¹¹⁹¹. El propósito de este documento es darle mayor aplicación al principio *nullum crimen sine lege*, consagrado en el artículo 22, aportando certeza sobre el contenido de cada uno de los crímenes de la competencia de la Corte. En ese orden de ideas se debe tener en cuenta que, luego de que en la Conferencia de Kampala del 2010 se aprobara la definición del crimen de agresión, el documento fue modificado incluyendo los elementos de ese crimen, mediante la Resolución 6 de la Conferencia de Revisión del Estatuto. Así pues, de acuerdo con el artículo 9.1 del Estatuto, los Elementos de los crímenes «ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis del presente Estatuto», lo que indica claramente su carácter supletorio¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ DE FROUVILLE. *Droit...*, *op.cit.* p. 62.

¹¹⁹⁰ *Ibidem.* p. 63.

¹¹⁹¹ “Thus, the elements are meant to be used by the judges as simple guidelines in reaching determinations as to individual criminal responsibility, and in the event of a conflict between the Statute and the elements, the Statute should always prevail” POLITI. “Elements...”, *op.cit.* p. 447. [En consecuencia, los Elementos deben ser usados por los jueces como simples guías para llegar a conclusiones sobre la responsabilidad penal individual y, en el caso en el que exista un conflicto entre el Estatuto y los Elementos, el Estatuto debe prevalecer] (traducción libre).

¹¹⁹² Con respecto a este documento explica AMBOS que “[e]n la Conferencia de Roma, muchas delegaciones expresaron dudas acerca de si una disposición en el Estatuto que enunciara los elementos específicos del crimen era en realidad necesaria. Sintieron en general que las definiciones de crímenes eran bastante claras tal como estaban proyectadas y que el llegar a semejante disposición podía dilatar la entrada en vigencia del Estatuto”. AMBOS. *El Estatuto...*, *op.cit.* p. 268.

No obstante, una lectura detallada de ese documento permite evidenciar que en muchos casos, se limita a repetir los elementos que están explícita o implícitamente contenidos en cada una de las definiciones de los crímenes del Estatuto¹¹⁹³. Sin embargo, también se encuentran disposiciones que amplían las normas del Estatuto, principalmente con respecto al elemento mental de ciertos crímenes, en los que se incorporan figuras como la imprudencia por ejemplo. De acuerdo con ciertas posturas, esto sería contrario a las disposiciones del Estatuto de Roma y al primer literal de los Elementos de los Crímenes, que establecen que «(...) *los siguientes elementos de los crímenes ayudarán a la Corte a interpretar y a aplicar los artículos 6, 7 y 8 en forma compatible con el Estatuto*»¹¹⁹⁴.

La Sala de Cuestiones Preliminares I se pronunció con respecto a la ampliación de ciertas normas del Estatuto, a través de los Elementos de los Crímenes. Este documento contiene una definición más elaborada del crimen de genocidio, porque da una versión más específica del elemento contextual de este delito. Para solucionar la aparente controversia que existe entre los Elementos de los Crímenes y el artículo 6 del Estatuto de Roma, la Sala afirmó que tanto los Elementos de los Crímenes como las Reglas de Procedimiento y Prueba, deben ser aplicados “*unless the competent Chamber finds an irreconcilable contradiction between these documents on the one hand, and the Statute on the other hand*”¹¹⁹⁵, caso en el cual siempre prevalecerá el Estatuto. Además, dado que en el caso concreto la Sala no encuentra que exista una contradicción irreconciliable entre los dos documentos, por lo cual deben tenerse en cuenta las disposiciones de los Elementos de los Crímenes a la hora de aplicar el delito de genocidio, de lo que se hablará más adelante.

¹¹⁹³ De la misma opinión es DAVID que afirma que «*Quant au résultat, il n'est pas moins déconcertant: outre le fait que les éléments des crimes se contentent à paraphraser les infractions du Statut en répétant les éléments matériels et psychologiques qui figurent dans le Statut*» DAVID. *Éléments...*, *op.cit.* p. 935. [En cuanto al resultado, no es menos desconcertante: además del hecho de que los elementos de los delitos están destinados a parafrasear los delitos del Estatuto al repetir los elementos materiales y psicológicos que aparecen en el Estatuto] (traducción libre).

¹¹⁹⁴ POLITI afirma que “*(...) the whole sentence has more a 'political' than a legal connotation, insofar as it is mainly aimed at dissolving the concern that surreptitious changes of the Statute could be introduced and legitimized through the elements*”. POLITI. “*Elements...*, *op.cit.* p. 452. [toda la sentencia tiene una connotación más política que jurídica, dado que tiene el propósito de disolver los cambios subrepticios del Estatuto que pudieran introducirse y legitimarse a través de los elementos] (traducción libre).

¹¹⁹⁵ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. para 128. [Salvo que la Sala competente encuentre una contradicción irreconciliable entre estos documentos y el Estatuto] (traducción libre).

En sentido similar, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la sentencia de confirmación de cargos del caso *Lubanga* discutió la posibilidad de que los Elementos de los Crímenes modificaran una disposición del Estatuto de Roma. De acuerdo con los Elementos de los Crímenes, para el delito de alistamiento de menores de 15 años (art. 8.2.b) xxvi), no se requiere que el sujeto actúe con dolo directo de primer grado o intención, sino que basta con que en las circunstancias del caso “*debiera haber sabido*” (“*should have known*” “*aurait dû savoir*”) que las personas que estaba involucrando en el conflicto eran menores de 15 años. Aunque pareciera inadmisibles que los Elementos de los Crímenes reduzcan los requisitos establecidos por el Estatuto de Roma para la responsabilidad penal, lo cierto es que la Sala no encontró ninguna contradicción y afirmó que “[p]artant, cette condition, telle qu’elle figure dans les *Éléments des crimes au regard des articles 8-2-b-xxvi et 8-2-e-vii, constitue une exception à la condition d’«intention et connaissance» énoncée à l’article 30 du Statut*”¹¹⁹⁶. No obstante, la Sala finalmente afirmó que en el caso concreto la discusión carecía de relevancia, debido a que había quedado probado que el procesado conocía la edad de los menores reclutados, por lo cual había actuado con intención, de conformidad con el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Sin embargo, es lamentable que no se hayan abordado otros temas importantes para la aplicación del Estatuto de Roma en los Elementos de los Crímenes, especialmente en lo referente a la parte general del derecho penal. Dentro de ellos, hubiese sido deseable que se hiciera referencia a las formas de autoría y participación establecidas en el artículo 25 del Estatuto de Roma o a la responsabilidad del superior regulada por el artículo 28 del mismo instrumento. Tampoco se abordó el tema de las excusas y defensas, aunque su definición en el Estatuto de Roma no es exhaustiva. No obstante, “*the more sophisticated cases involving justification and excuse, inchoate offences, and primary and secondary actors are left for another day*”¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁶ Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. par. 359. [En consecuencia, esta condición, tal como aparece en los Elementos de los Crímenes en las secciones 8-2-b-xxvi y 8-2-e-vii, constituye una excepción a la condición de “intención y conocimiento” establecida en Artículo 30 del Estatuto](traducción libre).

¹¹⁹⁷ CLARK. “The Mental ...”, *op.cit.* p. 320. [Los casos más sofisticados que incluyen justificación o excusa, ofensas incompletas y actores primarios y secundarios se han dejado para otro momento] (traducción libre).

Por el contrario, el Estatuto no hace referencia al carácter auxiliar de las Reglas de Procedimiento y Prueba, sino que, solamente, se refiere a su creación y enmienda en el artículo 51¹¹⁹⁸. Lo que sí deja claro este artículo, mediante la disposición del numeral 3, es que en caso de que exista alguna discordancia entre el Estatuto y las Reglas, prevalecerá el Estatuto. No obstante, antes de descartar alguna norma de cualquiera de los dos instrumentos, los jueces deberán buscar aquella interpretación que haga que la aplicación de la norma sea coherente con las disposiciones del Estatuto¹¹⁹⁹, si eso es posible.

El literal b) del artículo 21 del Estatuto de Roma establece que en caso de que sea necesario, luego de aplicar los instrumentos propios de la Corte Penal Internacional, los jueces deberán tener en cuenta «*los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados*». Mediante esta norma quedan incluidos, por ejemplo, las Convenciones de Viena de 1949 que regulan aspectos de Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, una de las cuestiones que más debate ha generado es si dentro de las ‘normas del derecho internacional’ puede incluirse la costumbre internacional, como fuente de derecho aplicable por la Corte Penal Internacional.

La relación entre el Estatuto de Roma y la costumbre internacional es problemática desde dos puntos de vista. Por una parte, se ha discutido ampliamente si el Estatuto tenía la intención de consagrar en un tratado internacional la costumbre internacional existente al momento de su redacción. Esto es trascendental porque, de ser así, estas normas serían

¹¹⁹⁸ Estatuto de Roma «Artículo 51. Reglas de Procedimiento y Prueba. 1. Las Reglas de Procedimiento y Prueba entrarán en vigor tras su aprobación por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea de los Estados Partes. 2. Podrán proponer enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba: a) Cualquier Estado Parte; b) Los magistrados, por mayoría absoluta; o c) El Fiscal. Las enmiendas entrarán en vigor tras su aprobación en la Asamblea de los Estados Partes por mayoría de dos tercios. 2. Una vez aprobadas las Reglas de Procedimiento y Prueba, en casos urgentes y cuando éstas no resuelvan una situación concreta suscitada en la Corte, los magistrados podrán, por una mayoría de dos tercios, establecer reglas provisionales que se aplicarán hasta que la Asamblea de los Estados Partes las apruebe, enmiende o rechace en su siguiente período ordinario o extraordinario de sesiones. 3. Las Reglas de Procedimiento y Prueba, las enmiendas a ellas y las reglas provisionales deberán estar en consonancia con el presente Estatuto. Las enmiendas a las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como las reglas provisionales, no se aplicarán retroactivamente en detrimento de la persona que sea objeto de la investigación o el enjuiciamiento o que haya sido condenada. 4. En caso de conflicto entre las disposiciones del Estatuto y las de las Reglas de Procedimiento y Prueba, prevalecerá el Estatuto».

¹¹⁹⁹ SCHABAS. *The International...*, op.cit. p. 386.

aplicables a toda la comunidad internacional, independientemente de que los Estados hubieran o no ratificado el Estatuto. Aunque la discusión sigue abierta, es claro que dentro del Estatuto hay normas que no admiten discusión como normas internacionales de *ius cogens*¹²⁰⁰, lo que hace que le sean aplicables a todos los Estados, aunque la competencia de la Corte Penal Internacional está limitada a los tres mecanismos que se han establecido para activar su jurisdicción. Dentro de ellas se destacan principalmente los delitos de la competencia de la Corte¹²⁰¹. A este respecto, el Estatuto se convierte en una declaración de lo que los Estados consideran costumbre internacional vinculante.

Por otro lado, se ha discutido si la costumbre internacional puede ser fuente de derecho penal internacional, porque en estricto sentido esto iría en contra del principio de legalidad, cuando menos en su forma más estricta de *nullum crimen sin lege*. La cuestión se discutió muchísimo durante los juicios adelantados en los tribunales penales anteriores, principalmente porque ellos fueron creados para juzgar *ex post facto*. Esta discusión parecía haberse zanjado al incorporar el principio de legalidad en el artículo 22 del Estatuto, pues parecería que no había lugar a la aplicación de la costumbre, que en la mayoría de los ordenamientos penales de los

¹²⁰⁰ “The Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 introduced the concept of *ius cogens* into international law. According to art. 53, a peremptory norm of international law is defined as a norm accepted and recognized by the international community as a whole as a norm from which no derogations permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”. CZAPLIŃSKI, Wladyslaw. “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility” En DORIA, José. GASSER, Hans-Peter. BASSIOUNI, M. Cherif. The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko. Martinus Nijhoff Publisher, Boston, 2009. p. 404. [La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 introdujo el concepto de *ius cogens* al Derecho Internacional. De acuerdo con el artículo 53, una norma perentoria de Derecho Internacional es definida como una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional como un todo, como una norma que no puede derogarse y que solo puede ser modificada por una norma subsecuente de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter] (traducción libre). Igualmente, “*el ius cogens como locución Latina empleada en el ámbito del derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de derecho imperativo o perentorio que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido (...)*”. MOSQUERA MARÍN, Víctor. *Derecho Penal Internacional como sistema de protección de los derechos humanos*. Temis, Bogotá, 2014. p. 1. En el mismo sentido afirman OLÁSULO ALONSO, MATEUS RUGELES y CONTRERAS FONSECA que “*peremptory norms based on the following two characteristics: (i) they are non-derogable by means of treaties or international customs and (ii) they can be modified only by a subsequent norm having the same character*” OLÁSULO ALONSO, Héctor. MATEUS RUGELES, Andrea. CONTRERAS FONSECA, Andrés. “The peremptory nature of the principle “no peace without justice” with respect to those most responsible persons for crimes against humanity and its consequences for the notion of transitional justice” e-Revue Internationale de Droit Pénal. 2017. Disponible en <http://www.penal.org/sites/default/files/H.%20Olásulo%2C%20The%20Peremptory%20Nature%20of%20the%20Principle%20no%20Peace%20Without%20Justice%20formateado.pdf> Consultado el 15 de abril de 2019. p. 8.

¹²⁰¹ WERLE. Tratado..., *op.cit.* p. 113.

Estados no tiene cabida¹²⁰². No obstante, dado que los primeros encargados de juzgar y sancionar los delitos internacionales son los Estados, y esta jurisprudencia ayuda a consolidar la costumbre internacional, es muy probable que esta se siga desarrollando. Desde luego, a pesar de lo que establece el artículo 10 del Estatuto, la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional también será determinante en la consolidación de la costumbre internacional en materia penal.

No obstante, la disposición del artículo 21 parece reabrir el debate, principalmente porque dentro del derecho internacional la costumbre es una fuente jurídica de gran importancia, que se utiliza con una bastante frecuencia. En ese orden de ideas DELMA-MARTY afirman que “*as for customary law, while the ICC Statute does not refer to it as such, the reference to the ‘principles and rules of international law’ clearly seems to encompass it*”¹²⁰³. No obstante, en la medida en la que el Estatuto solamente la reconoce como una fuente subsidiaria, está claro que no podrán derivarse de la costumbre nuevos delitos o penas, que no estén expresamente incorporados en el Estatuto de Roma. Adicionalmente, el Estatuto, aunado a los Elementos de los Crímenes, contiene una definición muy detallada de cada uno de los delitos, lo que reduce las posibilidades de recurrir a la costumbre durante los juicios de la Corte¹²⁰⁴.

Otro aspecto que se ha discutido con respecto a las normas que incorpora este numeral al Estatuto, se refiere a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* y a si lo allí establecido es, o no, vinculante para la Corte Penal Internacional. Un primer aspecto relevante a este respecto es que aún no se ha definido claramente cuál es el estatus de esta jurisprudencia dentro del ordenamiento penal internacional, aunque no sea posible afirmar que todo lo allí consagrado sea, automáticamente, una norma vinculante a nivel internacional.

¹²⁰² Con respecto a uso de la costumbre como fuente de Derecho jurídico penal en los sistemas nacionales consultar el capítulo II de este trabajo.

¹²⁰³ DELMAS-MARTY, Mireille. “The ICC and the Interaction of international and national legal systems” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. II. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 1918. [En cuanto al derecho consuetudinario, si bien el Estatuto de la CPI no se refiere a él, la referencia a los "principios y normas del derecho internacional" parece claramente abarcarlo] (traducción libre).

¹²⁰⁴ CASSESE, Antonio. ACQUAVIVA, Guido. FAN, Mary. WHITING, Alex. *International Criminal Law. Cases and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2011. p. 6.

En todo caso, aunque de ella puedan extraerse normas de *ius cogens*, lo cierto es que la Corte he realizado algunos pronunciamientos al respecto. En la sentencia sobre la práctica de testimonios del caso *Lubanga*, la Sala de Juicio I afirmó que no es necesario adoptar normas procesales derivadas de fuentes jurídicas subsidiarias, cuando estas no estén previstas en las normas propias de la Corte. En el mismo sentido, la Sala afirmó que “(...) *the Chamber does not consider the procedural rules and jurisprudence of the ad hoc Tribunals to be automatically applicable to the ICC without detailed analysis*”¹²⁰⁵.

En una interpretación similar, la Sala de Cuestiones Preliminares, descartó un argumento presentado por la defensa de *Germain Katanga*, que estaba basado en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, debido a que en el caso concreto la fuente secundaria contradecía al Estatuto de Roma. El Tribunal había establecido que la *autoria indirecta por conducto de otra persona*¹²⁰⁶ (*joint commission through another person*) no hacía parte de la costumbre internacional y, por lo tanto, no podía ser aplicada. No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares aceptó esta forma de autoría, afirmando que la primera fuente de derecho que debía tener en cuenta era el Estatuto de Roma y que esa figura se encuentra allí consagrada. En consecuencia la Sala concluyó que “*this is a good example of the need not to transfer the ad hoc tribunals' case law mechanically to the system of the Court*”¹²⁰⁷.

En ese orden de ideas, puede concluirse que la Corte Penal Internacional no ha considerado la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* como normas de derecho internacional que deban ser reconocidas y aplicadas por esta corporación. En todo caso, en la medida en la que también estos tribunales solían incorporar los principios de derecho internacional, habrá

¹²⁰⁵ International Criminal Court, Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo. Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarize Witnesses for Giving Testimony at Trial, 30 March 2007. para 44. [la Sala no considera que las reglas procesales y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sea automáticamente aplicable a la CPI sin un análisis detallado] (traducción libre).

¹²⁰⁶ AMBOS. “El Derecho...”, *op.cit.* p. 61.

¹²⁰⁷ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges, 30 Sept. 2008. para 509.

[Este es un buen ejemplo de la necesidad de no transferir mecánicamente la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* al sistema de la Corte] (traducción libre).

decisiones en las cuales coincidan y, no puede descartarse que en esos casos la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sirva para apoyar ciertos argumentos, como para probar la existencia de normas consuetudinarias, por ejemplo.

Por su parte, el literal c) del artículo 21 del Estatuto de Roma establece que quedarán incluidos también, pero solo en caso de que con las fuentes anteriores no pueda solucionarse un caso, «(...) *los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo (...)*» siempre que no contradigan las normas incorporadas en los literales anteriores¹²⁰⁸. Esto no significa que todas las normas jurídicas que se encuentren en la mayoría de los países del mundo pasen a ser parte de las fuentes de derecho utilizadas por la Corte, mucho menos de manera automática¹²⁰⁹. En todo caso, al ser utilizadas por esta jurisprudencia se deberá demostrar que tienen la cualidad de principios generales, por lo que no basta que puedan encontrarse en distintos ordenamientos para que su uso sea legítimo. En ese orden de ideas, se ha afirmado que “*Notwithstanding the subsidiary nature of ‘general principles of law’ as provided for in Article 21(1)(c) of the ICC Statute they still possess a particular importance given the rudimentary status of written and unwritten ICL and are of considerable significance to the development of international criminal law*”¹²¹⁰.

Así mismo, por esta vía también puede incorporarse a las normas de derecho penal internacional la costumbre, si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos, esta se deriva de los principios generales de derecho, que son reconocidos por varios países del mundo. En consecuencia, este puede ser un mecanismo utilizado por las Cortes, no solo para subsanar

¹²⁰⁸ BANTEKAS afirma que “[i]t is instructive to note that the 1998 International Criminal Court (ICC) Statute places general principles of law derived from legal systems of the world in a position of last resort and only then to be utilized if they are consistent with international law”. BANTEKAS. NASH. *International...*, *op.cit.* p. 4. [Es instructivo tener en cuenta que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) de 1998 coloca los principios generales del derecho derivados de los sistemas legales del mundo en una posición de último recurso y solo para ser utilizados si son compatibles con el derecho internacional] (traducción libre).

¹²⁰⁹ WERLE. *Tratado...*, *op.cit.* p. 110.

¹²¹⁰ BADAR, Mohamed Elewa. HIGGINS, Noelle. “General principles of law in the early jurisprudence of the ICC” En MARINIELLO, Triestino (Ed.). *The International Criminal Court in search of its purpose and identity*. Routledge, New York, 2015. p. 279. [A pesar de la naturaleza subsidiaria de los “principios generales del derecho” según lo dispuesto en el Artículo 21 (1) (c) del Estatuto de la CPI, aún tienen una importancia particular dado el estado rudimentario del derecho penal internacional escrito y no escrito y tienen una importancia considerable para el desarrollo del derecho penal internacional] (traducción libre).

lagunas que hayan quedado dentro del ordenamiento, sino también para modificar el contenido normativo del derecho de la Corte Penal Internacional¹²¹¹. En todo caso, esto no implica, como lo afirma ANDRÉS DOMÍNGUEZ que esto permita que “*la costumbre, los principios generales y la propia jurisprudencia sean fuentes creadoras de delitos*”¹²¹². Esta postura se fundamenta en entender que el Estatuto de Roma permite una interpretación extensiva y analógica en perjuicio del procesado, lo que dejaría sin contenido el artículo 22. Sin embargo, en virtud del principio de legalidad, consagrado en el mismo artículo 22 del Estatuto de Roma y, haciendo una interpretación del Estatuto de acuerdo con sus objetivos, solamente serán competencia de la Corte los cuatro delitos que han quedado establecidos en el artículo 5 del Estatuto y, ninguna de las otras fuentes puede ampliar la competencia de la Corte, incorporando nuevos delitos. Las demás fuentes incluidas en el artículo 21 están claramente diseñadas para subsanar las lagunas que puedan existir, pero no para ampliar de forma indiscriminada las normas allí consagradas, lo que ciertamente vulneraría las garantías del procesado¹²¹³.

Ahora bien, la identificación de esos principios deberá estar basada en un ejercicio de derecho comparado y no solamente en una generalización¹²¹⁴. Desde luego, es imposible que cada vez que la Corte requiera utilizar estos principios haga un análisis de todos los sistemas jurídicos del mundo. Lo que sí debería suceder es que, con el objetivo de que realmente pueda afirmarse que se trata de «*los principios generales del derecho (...) del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo*», como afirma el Estatuto, la Corte deberá realizar una selección de sistemas que resulte realmente representativa de los distintos sistemas jurídicos. Esta podría tener en cuenta, por ejemplo, que las semejanzas que existen entre los distintos ordenamientos y que permiten agruparlos en familias jurídicas.

¹²¹¹ MATUS. *La transformación...*, *op.cit.* p. 98.

¹²¹² ANDRÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho...*, *op.cit.* p. 78.

¹²¹³ Al respecto MONROY CABRA es de la opinión que “*es indudable que podría existir alguna duda de si la corte puede conocer o tener competencia para conocer los hechos tipificados como tales por el derecho internacional consuetudinario principios generales de derecho internacional, o por la jurisprudencia internacional. Sin embargo, consideramos que el principio de legalidad previsto en el artículo 22 del Estatuto de Roma es estricto y cierto, y que el artículo 21 en cuanto a derecho aplicable se aplica en todo incluida la interpretación del derecho aplicable, excepto en la definición de los delitos y las penas*”. MONROY CABRA, Maco Gerardo. *Introducción al derecho penal internacional*. Legis, Bogotá, 2011. p. 44.

¹²¹⁴ CASSESE. *International...*, *op.cit.* p. 32.

Este mismo artículo establece que, dentro de la selección de los sistemas que se tendrán en cuenta para derivar los principios generales del derecho, deberá ser tenido en cuenta «*el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen*», siempre que este no sea incompatible con el Estatuto de Roma. Al respecto los Trabajos Preparatorios de la Conferencia de Roma reflejan que esta fue la solución adoptada para lograr un consenso entre dos puntos de vista con respecto a la relevancia del sistema jurídico del Estado que, en principio, sería competente para conocer del asunto. A pesar de que no se le dio prevalencia, mediante esta disposición se ha reconocido que los principios del sistema que deberían aplicarse podrán ser tenidos en cuenta, siempre y cuando no sean incompatibles con el derecho penal internacional y las normas internacionalmente reconocidas¹²¹⁵.

En cualquier caso, esta disposición es de suma importancia porque refleja la intención de la Corte de no remplazar a las jurisdicciones nacionales, sino de ser simplemente un sistema complementario y subsidiario. El hecho de que se incluyan los principios generales de los ordenamientos del mundo muestra que el sistema de fuentes de la Corte Penal Internacional está diseñado para permitir una interacción permanente entre los dos niveles de jurisdicción (nacional e internacional). Además, el hecho de que aun cuando sea la Corte la encargada de llevar adelante un juicio, pueda incorporar los principios del sistema jurídico que tenía la competencia en primer lugar, reconoce que la Corte está ejerciendo una labor de forma subsidiaria¹²¹⁶.

El numeral dos del artículo 21 del Estatuto de Roma, al declarar que la «*[l]a Corte podrá aplicar principios y normas de derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores*» plantea la posibilidad de que comience a gestarse una especie de principio de *stare decisis*, en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional¹²¹⁷. La disposición utiliza la expresión ‘*podrá*’ (‘*may*’ ‘*peut*’) lo que indica

¹²¹⁵ SCHABAS. *The international...*, *op.cit.* p. 394.

¹²¹⁶ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, *op.cit.* p. 102.

¹²¹⁷ Así lo afirma CASSESE “(...) *although no rule of precedent is enshrined in the ICCSt. - nor have the first ICC decisions squarely address the issue – it is likely that a sort of stare decisis, modeled upon that of the ICTY and ICTR, will gradually develop in practice in order to ensure uniformity of legal interpretation*”. CASSESE. ACQUAVIVA. FAN. WHITING. *International...*, *op.cit.* p. 6.

claramente que la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional no es vinculante¹²¹⁸. En ese orden de ideas, las Salas podrán separarse de las decisiones de otras Salas o simplemente no tenerlas en cuenta en sus pronunciamientos, sin que esto implique la vulneración del numeral dos del artículo 21 del Estatuto de Roma. Se trata pues de una fuente auxiliar, cuyo uso es completamente potestativo por parte de la Corte¹²¹⁹. Tampoco es absolutamente claro que entre las distintas Salas de Cuestiones Preliminares y las Salas de Juicio exista una relación de jerarquía; ninguna disposición del Estatuto o de las Reglas de Procedimiento y Prueba hacen entender que así sea, por lo que podrían concebirse como salas independientes que intervienen en distintas etapas del proceso. De hecho, la Sala de cuestiones Preliminares I ha utilizado su propia jurisprudencia, así como la de la Sala de cuestiones Preliminares II y la de la Sala de Apelación, sin establecer entre ellas ninguna jerarquía¹²²⁰. Cosa distinta sucede con la Sala de Apelaciones que, por su misma función, si es jerárquicamente superior que las Salas de Juicio.

En ese orden de ideas la actitud de las Salas frente a la jurisprudencia de la Corte ha sido ambivalente. Por ejemplo, la Sala de Cuestiones Preliminares II, al posicionarse con respecto a la responsabilidad penal derivada del artículo 25 (3) del Estatuto afirmó que «*in the present case, the Chamber finds no reason to deviate from the approach and line of reasoning embraced by Pre-Trial Chamber I, as it is consistent with the letter and spirit of article 25(3) of the Statute*»¹²²¹. Al mismo tiempo, en la sentencia se consideró que la decisión anterior de la Sala de Cuestiones Preliminares I era una fuente relevante para interpretar el artículo.

¹²¹⁸ Al respecto aclaran GIL GIL y MACULAN que “[l]a expresa admisión de los precedentes judiciales entre las fuentes aplicables, sin embargo, no es comparable con su posición en la tradición de common law: mientras que allí los precedentes tienen valor vinculante (...) el Estatuto califica este recurso como una facultad de la Corte, pero no una obligación”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). Derecho..., *op.cit.* p. 102.

¹²¹⁹ Afirma MATUS que “(...) el camino para conseguir la transformación en el derecho penal internacional no sería otro que influir, directa o indirectamente, en la mayoría de los magistrados (y sus asesores) de la Corte Penal Internacional, que es «el lugar» donde ahora se desarrolla esta contienda”. MATUS. La transformación..., *op.cit.* p. 99.

¹²²⁰ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, Situation in Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Application for Leave to Appeal by the Defence of Mathieu Ngudjolo Chui against the Decision on Joinder, 9 April 2008.

¹²²¹ International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 348. [en este caso, la Sala no encuentra razones para apartarse de la aproximación y el razonamiento de la Sala de Cuestiones Preliminares I, dado que esta es consistente con la letra y el espíritu del artículo 25 (3) del Estatuto] (traducción libre).

Sin embargo, frente a otras cuestiones, las Salas han decidido tomar sus propias posturas y oponerse a las decisiones anteriores. Así, por ejemplo, en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*¹²²² la Sala de Cuestiones Preliminares I admitió el dolo eventual, utilizando la expresión latina *dolus eventualis*, como elemento subjetivo suficiente para imputar el resultado del crimen de guerra de reclutamiento de menores. No obstante, posteriormente, la Sala de Cuestiones Preliminares II, en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura y Kenyatta*¹²²³, equiparando erróneamente el dolo eventual a la imprudencia consciente (*recklessnes*), abandonó esta interpretación exigiendo, por lo menos, dolo de consecuencias necesarias y las sentencias posteriores han sostenido esta postura.

El numeral tres del artículo 21 ha sido entendido como la norma básica que debe seguirse en la interpretación de las demás fuentes de derecho por la Corte Penal Internacional y una cláusula de cierre que estaría diseñada para darle armonía a todo el ordenamiento. De acuerdo con este numeral, “*la aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (...)*” lo que les daría a estas normas una autoridad superior sobre las otras normas que se han incorporado al Estatuto¹²²⁴. En virtud de esta disposición, críticas como la que se analizó anteriormente sobre la posibilidad de incorporar por vía de analogía nuevos delitos resultan insostenibles. Una ampliación de la competencia de la Corte de ese tipo resultaría completamente violatoria de los derechos humanos del procesado, reconocidos internacionalmente, que se materializan en las garantías procesales y sustantivas del derecho penal¹²²⁵.

¹²²² Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I. Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. par. 352.

¹²²³ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II, Situation in the Republic of Kenya in The Case of The Prosecutor V. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta And Mohammed Hussein Ali. Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta, Decision on the confirmation of charges, 23 de January 2012. par. 411.

¹²²⁴ CASSESE, Antonio. SCALIA, Damien. THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Dalloz, Paris, 2010. p. 79. En el mismo sentido, SCHABAS. *The international...*, *op.cit.* p. 385.

¹²²⁵ Con respecto a la incorporación de los derechos humanos por parte de la Corte Penal Internacional, afirma BITTI que “(...) *it is certainly the jurisprudence of the European Court of Human Rights wich has been referred to most; and, to a lesser extent, also the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*”. BITTI, Gilbert. “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC” En STAHN, Carsten and Göran Sluiter *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009. p. 301. [Es ciertamente la jurisprudencia de la Corte

iii. La competencia de la Corte Penal Internacional.

El hecho de que la Corte Penal Internacional sea producto del consenso entre los Estados y su naturaleza de órgano judicial internacional se ven reflejados en la competencia de la Corte, que está limitada por una serie de normas del Estatuto, las cuales establecen una jurisdicción complementaria. Ya que el derecho penal internacional solamente puede proteger ciertos bienes jurídicos, la Corte solo puede ser competente para conocer de algunos crímenes y en determinados casos. El derecho penal internacional protege aquellos bienes jurídicos que pertenecen al ámbito internacional exclusivamente, como la paz entre los Estados o la existencia e independencia de estos. Además, se protegen bienes jurídicos que también protegen los Estados, pero solamente cuando su violación ha sido masiva o ha alcanzado las características de un crimen internacional¹²²⁶.

Igualmente, para comprender el sistema de competencias que se ha diseñado en el Estatuto de Roma debe recordarse que el derecho penal internacional se enfrenta, permanentemente, con el principio de soberanía, que durante mucho tiempo rigió en el derecho internacional¹²²⁷. Antes de que iniciara la conferencia diplomática en Roma, en la que se redactó el Estatuto de la Corte, el entonces Ministro de Exteriores italiano Lamberto Dini, afirmó que *“la justicia penal internacional representa una de las formas más penetrantes de injerencia en la potestad de los Estados, conlleva la redimensión del concepto de soberanía nacional, la superación del principio de no injerencia”*¹²²⁸. En consecuencia, la competencia de la Corte se ha diseñado para que se mantenga en equilibrio con los intereses legítimos de los Estados. Por esa razón, la Corte Penal Internacional solamente ejerce su jurisdicción de manera

Europea de Derechos Humanos la que ha hecho más referencia a este tema; en un grado menos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos] (traducción libre).

¹²²⁶ GIL GIL. MACULAN (Dir.) *Derecho...*, op.cit. p. 39.

¹²²⁷ En este sentido afirma FERNANDES que *“(...) el sistema de jurisdicción complementaria a los tribunales nacionales no permitirá a la CPI «garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera», como vaticina el Preámbulo del Estatuto de Roma. El proceso de la gestión de la idea de una jurisdicción internacional penal demuestra que los proyectos de establecimiento de órganos de esa naturaleza siempre han encontrado un poderoso obstáculo: la soberanía”* FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus Justicia Universal*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis, Bogotá, 2008. p. 181.

¹²²⁸ Citado por ZAPPALÀ, Salvatore. *Qué es...*, op.cit. p. 161.

subsidiaria, es decir que solo será competente en los casos en los que la justicia estatal sea incapaz de juzgar crímenes internacionales o no tenga la voluntad de hacerlo¹²²⁹.

La competencia de la Corte y el ejercicio de su jurisdicción está regulada, principalmente, en los artículos 11 a 17 del Estatuto de Roma. A estas normas debe sumarse el artículo 5, que establece la competencia *ratione materiae*, de acuerdo con la cual «[l]a competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión».

Frente a la competencia temporal de la Corte Penal Internacional, el artículo 11 del Estatuto¹²³⁰ establece que esta sólo será competente para juzgar los crímenes que se hayan cometido luego de que el Estatuto entró en vigor, es decir el 1 de julio de 2002, cumpliendo así con el principio de legalidad y generando un nuevo precedente en materia de jurisdicción penal internacional; los Tribunales Penales Internacionales anteriores fueron establecidos sólo con competencias retroactivas sobre crímenes cometidos en un determinado periodo. A su vez, el mismo artículo, en el inciso 2 establece que el Estatuto de Roma solo podrá aplicarse a un Estado Parte, luego de que este lo haya firmado y ratificado, por los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto para ese Estado. A diferencia de los Tribunales penales internacionales, la Corte no tiene un plazo para extinguirse, pues está diseñada para funcionar de manera permanente¹²³¹.

Ahora bien, existen tres mecanismos para activar la competencia de la Corte Penal Internacional, que se encuentran descritos en el artículo 13¹²³² del Estatuto de Roma. La

¹²²⁹ AMBOS. *Derecho...*, op.cit. p. 81.

¹²³⁰ Estatuto de Roma. «Artículo 11 Competencia temporal. 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace Parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado, a menos que éste haya hecho una declaración de conformidad con el párrafo 3 del artículo 12».

¹²³¹ FERNANDES. *La Corte...*, op.cit. p. 125.

¹²³² Estatuto de Roma. «Artículo 13. Ejercicio de la competencia. La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto si: a) Un Estado Parte remite al Fiscal, de conformidad con el artículo 14, una situación

primera posibilidad es que un Estado Parte remita al Fiscal una situación en la que considere que se han cometido crímenes de competencia de la Corte. En este caso, el Estado denunciante deberá anexar a la remisión todos los documentos con los que cuente para sustentar su denuncia, aunque esto no obliga a la Fiscalía a iniciar un proceso. La segunda posibilidad es que el Fiscal *motu proprio* tome la decisión de iniciar una investigación, de acuerdo con el artículo 15 del Estatuto¹²³³. En este caso, una vez que el Fiscal haya recabado la información suficiente, solicitará a la Sala de Cuestiones Preliminares autorización para dar inicio a la investigación¹²³⁴.

Simultáneamente, para que la competencia de la Corte Penal Internacional se active en los dos casos anteriores, debe cumplirse una de las dos condiciones establecidas en el artículo 12 del Estatuto de Roma. O bien los crímenes sucedieron en el territorio de uno de los Estados Partes del Estatuto; o bien la persona acusada de haber cometido esos crímenes es nacional de uno de esos Estados. En cualquiera de los dos casos, el Estado que tendría competencia para juzgar y sancionar la conducta, sin haber ratificado el Estatuto de Roma, puede

en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; b) El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes; o c) El Fiscal ha iniciado una investigación respecto de un crimen de ese tipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15».

¹²³³ Estatuto de Roma. «Artículo 15. El Fiscal. 1. El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. 2. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes dignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte. 3. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento suficiente para abrir una investigación, presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización para ello, junto con la documentación justificativa que haya reunido. Las víctimas podrán presentar observaciones a la Sala de Cuestiones Preliminares, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba. 4. Si, tras haber examinado la petición y la documentación que la justifique, la Sala de Cuestiones Preliminares considerare que hay fundamento suficiente para abrir una investigación y que el asunto parece corresponder a la competencia de la Corte, autorizará el inicio de la investigación, sin perjuicio de las resoluciones que pueda adoptar posteriormente la Corte con respecto a su competencia y la admisibilidad de la causa. 5. La negativa de la Sala de Cuestiones Preliminares a autorizar la investigación no impedirá que el Fiscal presente ulteriormente otra petición basada en nuevos hechos o pruebas relacionados con la misma situación. 6. Si, después del examen preliminar a que se refieren los párrafos 1 y 2, el Fiscal llega a la conclusión de que la información presentada no constituye fundamento suficiente para una investigación, informará de ello a quienes la hubieren presentado. Ello no impedirá que el Fiscal examine a la luz de hechos o pruebas nuevos, otra información que reciba en relación con la misma situación».

¹²³⁴ Así sucedió, por ejemplo, el 20 de noviembre de 2017, cuando la Fiscalía de la Corte Penal Internacional Fatou Bensouda solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares III autorización para investigar los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, presuntamente cometidos durante el conflicto armado en Afganistán desde el 1 de mayo de 2003, así como otros crímenes similares cometidos en territorios de Estados Partes pero que están vinculados con este conflicto.

reconocer la competencia de la Corte para esa situación en concreto, lo que permitiría que la Corte Penal Internacional adelantara el proceso. El hecho de incorporar estas dos condiciones como limitantes de la competencia de la Corte Penal Internacional fue arduamente discutido durante la Conferencia de Roma. Mientras que algunos Estados afirmaban que no debían incluirse, ya que sobre estos crímenes existía jurisdicción universal¹²³⁵, por lo cual la Corte también debía tener este tipo de jurisdicción, otros eran partidarios de limitar la competencia de la Corte, subordinándola a la aceptación de su jurisdicción por parte de los Estados; esta fue la posición finalmente vencedora¹²³⁶.

La tercera forma de activación de la competencia de la Corte Penal Internacional es que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando de conformidad con lo establecido en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remita al Fiscal una situación para que este la investigue. Durante la Conferencia de Roma se discutió mucho el vínculo que debía existir entre la Corte Penal Internacional y las Naciones Unidas, especialmente con el Consejo de Seguridad, optando finalmente por la creación de una corte independiente. No obstante, el Estatuto le concede al Consejo de Seguridad algunas prerrogativas frente a las investigaciones que adelanta el Fiscal. Así, las situaciones que remite el Consejo de Seguridad pueden haber sucedido en cualquier parte del mundo, sin que sea necesario que el Estado en el que han sucedido acepte la competencia de la Corte¹²³⁷. Esto le da a la Corte su

¹²³⁵ De acuerdo con el Instituto de Derecho Internacional, “*Universal jurisdiction in criminal matters, as an additional ground of jurisdiction, means the competence of a State to prosecute alleged offenders and to punish them if convicted, irrespective of the place of commission of the crime and regardless of any link of active or passive nationality or other grounds of jurisdiction recognized by international law*”. Resolution, of the Seventeenth Commission on Universal Criminal Jurisdiction with regard to the Crime of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes. Agosto 26 de 2005. [La jurisdicción universal en asuntos penales, como una forma adicional de jurisdicción, significa que el Estado tiene competencia para perseguir un presunto delincuente y sancionarlo si lo encuentra responsable, sin considerar el lugar en el que se cometió el crimen, algún vínculo de nacionalidad pasiva o activa, u otros fundamentos de jurisdicción reconocidos por el derecho internacional] (traducción libre).

¹²³⁶ AMBOS. *El Estatuto...*, op.cit. p. 185. Sin embargo, con respecto a la aplicación de la jurisdicción universal por parte de la Corte Penal Internacional, SÁNCHEZ LEGIDO afirma que “*quizá lo más adecuado sea entender que, no siendo una cuestión directamente abordada ni durante los trabajos de la Comisión preparatoria, ni tampoco durante la Conferencia de Roma, el Estatuto de la CPI en sí mismo no modifica, en principio, el status del Derecho internacional vigente relativo a los títulos admisibles de jurisdicción penal*” SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. p. 314.

¹²³⁷ Explica NYAMUYA MAOGOTO que “[t]hus, even though Article 10 of the Rome Statute attempts to separate the Statute’s application, and each definition of crimes purports to define the law only “for purposes of this Statute”, the Statute as all have admitted, (...) applies to non-State Party nationals in certain circumstances, and can be applied by the Security Council to all the human beings of the world. It should be noted though that this power of the Council already inheres to the Council independent of the ICC and any

vocación de verdadera universalidad, pues, aunque sea de manera limitada, existe la posibilidad de que cualquier crimen internacional sea juzgado y sancionado por esta institución, sin importar el lugar en el que suceda o la nacionalidad de quien lo cometa.

Así mismo, el Consejo de Seguridad tiene la potestad de solicitar a la Fiscalía que no inicie una investigación o que suspenda el proceso de investigación o juzgamiento, por el periodo de un año, con base en los poderes que le otorga el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el artículo 16 del Estatuto de Roma¹²³⁸. Cuando el Consejo de Seguridad realice esta solicitud, la Corte estará en la obligación de suspender sus actuaciones y, además esta suspensión podrá ser renovada, sin que exista un límite para esa renovación. Estas dos potestades concedidas al Consejo de Seguridad, así como los poderes que se le han concedido frente a la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional, con respecto al crimen de agresión, de alguna forma se compensan entre sí, procurando conservar la independencia de la Corte en la medida de lo posible.

En relación con el crimen de agresión la competencia de la Corte se activa de forma parcialmente diferente¹²³⁹, por la naturaleza del crimen y porque su definición solo fue

attempt to limit its power would have been inconsistent with the UN Charter". NYAMUYA MAOGOTO. *State...*, op.cit. p. 241. [Por lo tanto, aunque el Artículo 10 del Estatuto de Roma intenta separar la aplicación del Estatuto, y cada definición de los delitos pretende definir la ley solo "para los fines de este Estatuto", el Estatuto tal como todos han admitido, (...) se aplica a los Estados no miembros en ciertas circunstancias, y pueden ser aplicados por el Consejo de Seguridad a todos los seres humanos del mundo. Sin embargo, se debe tener en cuenta que este poder del Consejo ya es inherente al Consejo independientemente de la existencia de la CPI y cualquier intento de limitar su poder hubiera sido inconsistente con la Carta de la ONU] (traducción libre).

¹²³⁸ Estatuto de Roma. «Artículo 16. *Suspensión de la investigación o el enjuiciamiento. En caso de que el Consejo de Seguridad, de conformidad con una resolución aprobada con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, pida a la Corte que no inicie o que suspenda por un plazo de doce meses la investigación o el enjuiciamiento que haya iniciado, la Corte procederá a esa suspensión; la petición podrá ser renovada por el Consejo de Seguridad en las mismas condiciones*».

¹²³⁹ Estatuto de Roma. «Artículo 15bis: *Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por un Estado, proprio motu) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con los apartados a) y c) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1o de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La Corte podrá, de conformidad con el artículo 12, ejercer su competencia sobre un crimen de agresión, resultante de un acto de agresión cometido por un Estado Parte, salvo que ese Estado Parte haya declarado previamente que no acepta esa competencia mediante el depósito de una declaración en poder del Secretario. La retirada de esa declaración podrá efectuarse en cualquier*

incorporada al Estatuto de Roma en la Conferencia de Kampala en 2010. Las enmiendas aprobadas en esa Conferencia, entre otras, incorporaron al Estatuto los artículos 8bis que definen el crimen de agresión y 15bis y 15ter¹²⁴⁰ que se refieren al ejercicio de la competencia de la Corte sobre ese crimen. De acuerdo con estos artículos, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional frente al crimen de agresión se basa en la ‘propuesta de luz roja’¹²⁴¹ (*‘red light proposal’*), que divide las condiciones para activar la jurisdicción en dos grupos.

El primer grupo de condiciones se refiere a los casos en los que el Consejo de Seguridad refiera la situación a la Corte, que será competente para conocer de este delito a partir de que se cumpla un año de la ratificación número 30 de las enmiendas. En este caso, es irrelevante si el Estado en el que se cometió el crimen de agresión es o no Estado Parte del Estatuto de Roma o la nacionalidad de la persona acusada. El segundo grupo se refiere a los casos en los que un Estado parte refiera una situación de este tipo al Fiscal, o este decida iniciar la

momento y será considerada por el Estado Parte en un plazo de tres años. 5. Respecto de un Estado no Parte en el presente Estatuto, la Corte no ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión cuando éste sea cometido por los nacionales de ese Estado o en el territorio del mismo. 6. El Fiscal, si llegare a la conclusión de que existe fundamento razonable para iniciar una investigación sobre un crimen de agresión, verá en primer lugar si el Consejo de Seguridad ha determinado la existencia de un acto de agresión cometido por el Estado de que se trate. El Fiscal notificará al Secretario General de las Naciones Unidas la situación ante la Corte, adjuntando la documentación y otros antecedentes que sean pertinentes. 7. Cuando el Consejo de Seguridad haya realizado dicha determinación, el Fiscal podrá iniciar la investigación acerca de un crimen de agresión. 8. Cuando no se realice dicha determinación en el plazo de seis meses desde la fecha de notificación, el Fiscal podrá iniciar los procedimientos de investigación respecto de un crimen de agresión, siempre y cuando la Sección de Cuestiones Preliminares, de conformidad con el procedimiento contenido en el artículo 15, haya autorizado el inicio de la investigación sobre un crimen de agresión, y el Consejo de Seguridad no haya decidido lo contrario de conformidad con el artículo 16. 9. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 10. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo».

¹²⁴⁰ Estatuto de Roma. «Artículo 15 ter. Ejercicio de la competencia respecto del crimen de agresión (remisión por el Consejo de Seguridad) 1. La Corte podrá ejercer su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el apartado b) del artículo 13, con sujeción a las disposiciones de este artículo. 2. La Corte únicamente podrá ejercer su competencia respecto de crímenes de agresión cometidos un año después de la ratificación o aceptación de las enmiendas por treinta Estados Partes. 3. La Corte ejercerá su competencia respecto del crimen de agresión de conformidad con el presente artículo, a condición de que se adopte una decisión después del 1o de enero de 2017 por la misma mayoría de Estados Partes que se requiere para la aprobación de una enmienda al Estatuto. 4. La determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto. 5. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones correspondientes al ejercicio de la competencia respecto de otros crímenes a los que se hace referencia en el artículo 5».

¹²⁴¹ ZHOU, Lulu “Brief Analysis of a Few Controversial Issues in Contemporary International Criminal Law” En BERGSMO, Morten and LING, Yan (ed.) *State Sovereignty and International Criminal Law*. Torkel Opsahl Academic Publisher, Beijing, 2012. p. 49.

investigación *motu proprio*. En esta segunda hipótesis, deberán cumplirse los requisitos establecidos para los otros crímenes, es decir, que el delito se cometa en el territorio de un Estado Parte o que el acusado sea nacional de un Estado Parte.

Adicionalmente, el Fiscal deberá verificar si el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas se ha pronunciado sobre la existencia de un acto de agresión en el caso concreto. Si lo ha hecho, el Fiscal podrá continuar con la investigación, de lo contrario, deberá notificar al Secretario General de las Naciones Unidas sobre la existencia de la investigación y esperar seis meses por una respuesta. Si no la obtiene, el Fiscal deberá solicitar autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para llevar a cabo la investigación y podrá continuar con ella. No obstante, de conformidad con el artículo 16, el Consejo de Seguridad puede solicitar que se suspenda la investigación en cualquier momento¹²⁴².

Las dificultades que se presentan para el ejercicio de la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión se deben en parte a que este siempre se había considerado un crimen de Estado, por el cual no respondían penalmente los individuos que lo llevaran a cabo, por tratarse de una expresión de la soberanía. Además, a partir de las enmiendas aprobadas en Kampala, el Estatuto también exigía que luego del 1 de enero de 2017¹²⁴³, la Asamblea de Estados Partes determinara la entrada en vigor de la jurisdicción sobre el crimen de agresión, con la mayoría que se exige para aprobar las enmiendas. Esto sucedió en la sesión número 16 de la Asamblea de Estados Partes que se llevó a cabo entre el 4 y el 14 de diciembre de 2017, en Nueva York, por lo cual la Corte podrá comenzar a ejercer su jurisdicción sobre este crimen a partir del 17 de julio de 2018.

¹²⁴² Explica QUESADA ALCALÁ que “[d]esde el principio, resultó obvio que la adopción de una definición conforme a la resolución 3314 no iba a suponer mayores problemas, mientras que la cuestión más delicada iba a ser la relativa al posible ejercicio de la competencia por la propia CPI, con o sin previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares, en defecto de una decisión previa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”. QUESADA ALCALÁ, Carmen. *El crimen de agresión como amenaza a la seguridad global. Cuadernos de estrategia*, 160, 2013. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/324237>. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 85.

¹²⁴³ BOSLY, Henri D. VANDERMEERSCH, Damien. *Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice*. Bruylant, Belgique, 2012. p. 79.

Más allá de todo lo anterior, el corazón de la competencia de la Corte Penal Internacional lo constituye el principio de complementariedad, regulado por el artículo 17 del Estatuto de Roma¹²⁴⁴. Los Tribunales Penales *ad hoc* tenían una jurisdicción concurrente¹²⁴⁵ con los Tribunales estatales que deberían juzgar los crímenes de su competencia ordinariamente, pero, además podían solicitar que esos tribunales se inhibieran de juzgar los procesos sobre los cuales los Tribunales Internacionales iban a ejercer su jurisdicción¹²⁴⁶. Por el contrario, la Corte Penal Internacional ha sido concebida como una institución que interviene solo en los casos en los cuales los Estados responsables de perseguir y sancionar estos crímenes no tienen la capacidad o la voluntad de desarrollar ese juicio, por lo que “(...) *se puede considerar que la Corte acaba por actuar como un instrumento de reacción ante la inactividad de los Estados en materia de represión de los crímenes internacionales*”¹²⁴⁷.

La razón por la cual se ha establecido el principio de complementariedad para regir el funcionamiento de la Corte es la búsqueda de una mayor aceptación del Estatuto por parte de los Estados participantes en la Conferencia de Roma, lo que desde el punto de vista de FERNÁNDEZ fue un éxito¹²⁴⁸. Aunque dentro del Estatuto de Roma no existe una definición del principio de complementariedad, este se reconoce en el preámbulo del instrumento, en el que se afirma que la Corte Penal Internacional «*será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales*», y en el artículo primero, en el cual se dice que «*[l]a Corte será una institución permanente (...) y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales*

¹²⁴⁴ Al respecto, explica STAHN que “*The core element of this system of justice is the idea of ‘shared responsibility’. This concept is not spelled out expressly by the drafters, but reflected in various different parts of the Rome Statute. (...) This language suggests that domestic jurisdictions and the ICC bear a shared burden in combating crimes within the jurisdiction of the Court*”. STAHN, Carsten. “Taking complementarity seriously” En STAHN, Carsten. EL ZEIDY, Mohamed M. (Ed.) *The international Criminal Court and Complementarity*. Cambridge University Press, New York, 2011. p. 237.

¹²⁴⁵ Esto de acuerdo con el artículo 9 del Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 8 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

¹²⁴⁶ Aclaran VAN DEN WYNGAERT *et al.* que “*This explains why article 20 of the Rome Statute is fundamentally different from the corresponding rules in the Nuremberg and Tokyo Charters and in the Statutes of the ad hoc international criminal courts*”. VAN DEN WYNGAERT, Christine. ORGENA, Tom. “Ne bis in idem Principle, including the Issue of Amnesty” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 709. [Esto explica por qué el artículo 20 del Estatuto de Roma es fundamentalmente diferente de las normas correspondientes de las Cartas de Núremberg y Tokio y en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*] (traducción libre).

¹²⁴⁷ ZAPPALÀ. *Qué es...*, *op.cit.* p. 151.

¹²⁴⁸ FERNANDES. *La Corte...*, *op.cit.* p. 112.

nacionales (...)»; a partir de estos artículos, un análisis de las condiciones de admisibilidad de los casos permiten definir este principio¹²⁴⁹.

Como se mencionó, dentro del Estatuto no existe en realidad una definición del principio de complementariedad, aunque se hace referencia a él en diversos apartados. No obstante, este puede definirse a partir de la lectura de las cuestiones de admisibilidad del artículo 17¹²⁵⁰ del Estatuto, que en el primer inciso establece una relación con el décimo párrafo del preámbulo y con el artículo 1, que son las normas del instrumento internacional que hacen referencia al principio de complementariedad. Luego, el artículo hace referencia a dos hipótesis en las

¹²⁴⁹ NYAMUYA MAOGOTO. *State ...*, *op.cit.* p. 247. En este sentido se ha afirmado que “*Pursuant to this doctrine, the ICC itself could devise strategies to impel initially reluctant States to genuinely investigate and prosecute situations of mass crimes. (...) While the Rome Statute itself does not explicitly set forth a positive complementarity role for the ICC, it has been convincingly argued that positive complementarity flows almost naturally from a number of provisions of the Rome Statute providing for interaction and cooperation between the Court and States*”. RYNGAERT, Cedric. “The principle of complementarity: A means of ensuring effective international criminal justice” En RYNGAERT, Cedric. *The Effectiveness of International Criminal Justice*. Cost, Oxford, 2009. p. 150. [De conformidad con esta doctrina, la propia CPI podría idear estrategias para impulsar a los Estados inicialmente reacios a investigar y enjuiciar genuinamente las situaciones de delitos masivos. (...) Si bien el propio Estatuto de Roma no establece explícitamente una función de complementariedad positiva para la CPI, se ha argumentado de manera convincente que la complementariedad positiva se deriva casi naturalmente de varias disposiciones del Estatuto de Roma que prevén la interacción y cooperación entre la Corte y Estados] (traducción libre).

¹²⁵⁰ Estatuto de Roma. «*Artículo 17. Cuestiones de admisibilidad 1. La Corte teniendo en cuenta el decimo párrafo del preámbulo y el artículo 1, resolverá la inadmisibilidad de un asunto cuando: a) El asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él salvo que éste no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; b) El asunto haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; c) La persona de que se trate haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia, y la Corte no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 20; d) El asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. 2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5; b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia; c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. 3. A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».*

cuales el caso será admisible ante la Corte. La primera se basa en la voluntad del Estado de juzgar¹²⁵¹ y la segunda en su capacidad para hacerlo.

En el primer caso, una situación podrá ser investigada por la Corte Penal Internacional cuando el Estado competente «*no esté dispuesto*» a llevar a cabo una investigación o un juicio. El numeral dos del artículo 17 establece en qué condiciones puede afirmarse que un Estado no está dispuesto a llevar a cabo una investigación o un juicio, tomando en cuenta tres hipótesis: (i) que se esté adelantando un juicio o se haya adoptado una decisión con el propósito de sustraer a una persona de la competencia de la Corte; (ii) que exista una demora injustificada en el proceso que, dadas las circunstancias, no sea compatible con la intención de que esa persona comparezca ante la justicia; o (iii) que el proceso no se esté adelantando de forma imparcial, de tal suerte que esté encaminado a que una persona no sea juzgada¹²⁵².

Esta falta de voluntad de los Estados para juzgar y sancionar como argumento para activar la competencia de la Corte Penal Internacional, también se ve reflejada en la excepción al principio de cosa juzgada que consagra el numeral 3 del artículo 20¹²⁵³ del Estatuto de Roma.

¹²⁵¹ Con respecto a la falta de voluntad de un Estado a la hora de adelantar un juicio por los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, se debe tener en cuenta que el Estatuto “(...) *only deals with unacceptable ways of conducting criminal proceedings, but is silent on the question of what to do with unacceptable measures taken after the procedures have come to an end. Unfortunately, this question has been omitted, despite the proposal by Amnesty International to formulate it clearly in the text. This is a serious lacuna*”. VAN DEN WYNGAERT. ORGENA. “Ne bis..., *op.cit.* p. 727. [(...) solo se ocupa de formas inaceptables de llevar a cabo un proceso penal, pero no dice nada sobre qué hacer con las medidas inaceptables tomadas después de que los procedimientos hayan llegado a su fin. Lamentablemente, esta pregunta se ha omitido, a pesar de la propuesta de Amnistía Internacional de formularla claramente en el texto. Esta es una grave laguna] (traducción libre).

¹²⁵² BANTEKAS explica que “[*i*n determining unwillingness in a particular case, the court shall consider whether national proceedings would generally be incompatible with a party’s obligation to diligently prosecute under the ICC Statute”. BANTEKAS, Ilias. NASH, Susan. *International Criminal Law*. 2nd. Ed. Cavandish publishing, London 2003. p. 379. [En la determinación de la falta de voluntad en un caso particular, el tribunal considerará si los procedimientos nacionales serían generalmente incompatibles con la obligación de una parte de enjuiciar diligentemente según el Estatuto de la CPI] (traducción libre).

¹²⁵³ Con respecto a las disposiciones del artículo 20 sobre el principio de cosa juzgada, se debe tener en cuenta que “[*t*]he reference in article 20(2) and (3) is to ‘other courts’. In the negotiations leading to the Roman Statue, the focus was exclusively on national courts. This suggests ‘another court’ can only mean courts of Member States, because only State Parties can address the Court. However, there is also the possibility of a conflict of jurisdiction with the ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda and with - if ever establish - international truth commissions, as they are at present advocated in certain circles”. VAN DEN WYNGAERT. ORGENA. “Ne bis..., *op.cit.* p. 721. [La referencia en el artículo 20 (2) y (3) es a “otros tribunales”. En las negociaciones del Estatuto de Roma, la atención se centró exclusivamente en los tribunales nacionales. Esto sugiere que “otro tribunal” solo puede significar tribunales de los Estados miembros, porque solo los Estados Parte pueden dirigirse a la Corte. Sin embargo, también existe la posibilidad de un conflicto de

De acuerdo con esta norma, la Corte podrá juzgar por los mismos hechos, a una persona que haya sido condenada por los crímenes de competencia de la Corte, cuando el proceso «*no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia*».

La segunda hipótesis que contempla el artículo 17 del Estatuto es la admisibilidad de un caso en la Corte Penal Internacional, con base en la incapacidad del Estado para llevar a cabo la investigación o el juicio. De acuerdo con el numeral 3 del mismo artículo, se considera que un Estado no está en capacidad real de llevar adelante el juicio, cuando exista un «*colapso total o sustancial*» del aparato nacional de administración de justicia; cuando el Estado carezca de sistema judicial; no pueda hacer comparecer al acusado o no disponga de las pruebas para fundamentar el proceso. Adicionalmente, el mismo numeral contiene una cláusula abierta, que permite considerar que un Estado no está en capacidad de juzgar «*por otras razones*».

De esa complementariedad entre la Corte y los Estados Parte, también se desprende la obligación de cooperación que existe entre ellos y que se materializa de varias formas¹²⁵⁴. Por una parte, la Fiscalía depende casi íntegramente de la actividad de los Estados Partes en la obtención de material probatorio y evidencia que le permitan llevar a cabo los juicios, así como para la captura de los procesados¹²⁵⁵ y la ejecución de las penas. Por otra parte, los Estados Partes están obligados a modificar su legislación, para garantizar que la cooperación

jurisdicción con los Tribunales especiales para la ex Yugoslavia y Ruanda y, si es que se establece alguna vez, con comisiones internacionales de la verdad, como lo hacen actualmente en ciertos sectores] (traducción libre).

¹²⁵⁴ Afirman GIL GIL y MACULAN que “(...), la Fiscalía ha ido elaborando el concepto de complementariedad positiva que fomenta la apertura de procedimientos a nivel nacional y valoriza a la vez la cooperación entre el nivel interno y el internacional. En lugar de decidirse radicalmente por un sí o un no en relación con la admisibilidad de un caso, la Corte se compromete a impulsar las investigaciones y los juicios a nivel nacional, ofreciendo a la vez asesoramiento o apoyo para llevarlos a cabo, en una especie de cooperación al revés” GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, *op.cit.* p. 93. También se refieren a la importancia de la cooperación entre los Estados y la Corte Penal Internacional RYNGAERT. “The principle..., *op.cit.* p. 150.

¹²⁵⁵ Se debe tener en cuenta que de acuerdo con base en el artículo 63 del Estatuto de Roma, el acusado siempre deberá estar presente durante el juicio. La única excepción que contempla el Estatuto es que el acusado perturbe continuamente el juicio, pero en todo caso deberá estar en la Corte y dar instrucciones a su defensor.

con la Corte Penal Internacional sea posible. En ese sentido, por ejemplo, la Constitución francesa de 1958 fue complementada para aplicar el Estatuto de Roma, para que fuera posible extraditar a los nacionales de ese país a la Corte Penal Internacional, en contra de la que había sido su costumbre¹²⁵⁶.

Así pues, ya que la Corte parece considerar que la persecución de los crímenes internacionales es más efectiva si se realiza por los sistemas judiciales de los Estados, “*it is wise to strengthen States’ capacity to effectively prosecute international crimes (...)*”¹²⁵⁷. No obstante, esto no significa que no sea necesario fortalecer la Corte Penal Internacional, sobre todo si se tiene en cuenta que muchos de los crímenes internacionales son cometidos por agentes del Estado o con la aquiescencia de este, por lo que difícilmente el Estado tendrá la intención de juzgar a los responsables¹²⁵⁸. En el mismo sentido, es fundamental fortalecer los sistemas de cooperación entre la Corte y los Estados Partes, pues la eficacia de la actividad judicial diseñada por el Estatuto de Roma depende, en gran medida, del éxito de esta cooperación¹²⁵⁹. Todo esto debe ir acompañado, por supuesto, de la búsqueda de nuevas ratificaciones del Estatuto, promoviendo que la Corte sea cada vez más universal.

A la luz del principio de complementariedad y la primacía de las jurisdicciones nacionales, se produce una paradoja con respecto a los poderes que el Estatuto de Roma otorga al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. A pesar de que la Corte Penal Internacional es, en términos generales, un órgano independiente, el hecho de que aún el Consejo de Seguridad conserve ciertas potestades, en especial el poder de suspender una investigación o un juicio ha sido

¹²⁵⁶ MEJÍA AZUERO. SANDOVAL MESA. *Derecho...*, *op.cit.* p. 76. En el mismo sentido se realizó la modificación para que fuera posible aplicar la Orden Europea de Detención y entrega. En cumplimiento de la misma obligación, el Estado colombiano incorporó el Estatuto de Roma a la legislación nacional mediante la ley 742 de 2002.

¹²⁵⁷ RYNGAERT. “The principle...”, *op.cit.* p. 147. [Es sabio fortalecer la capacidad de los Estados de perseguir los crímenes internacionales] (traducción libre).

¹²⁵⁸ En este sentido explica RYNGAERT, que “*Nevertheless, the Rome Statute has seen to it that sovereignty can no longer be used, as it unfortunately has been in the past, to shield States from interference by the international community*”. RYNGAERT. “The principle...”, *op.cit.* p. 149. [Sin embargo, el Estatuto de Roma ha establecido que que la soberanía nacional no puede usarse ahora, como infortunadamente ha sucedido en el pasado, para proteger a los Estados de la interferencia de la Comunidad internacional](traducción libre).

¹²⁵⁹ BLAKESLEY, Christopher L. “Jurisdiction Ratione Personae or the Personal Reach of the Court’s Jurisdiction” En DORIA, José. GASSER, Hans-Peter. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Legal Regime of the International Criminal Court. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko*. Martinus Nijhoff Publisher, Boston, 2009. p. 436.

fuertemente criticado. La crítica está basada en el carácter político del órgano de Naciones Unidas, donde además no se encuentran representados todos los Estados. Lo peor del asunto es que, dentro del Consejo de Seguridad, los cinco Estados con asiento permanente (China, Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Rusia) tienen poder de veto. Si se tiene en cuenta que tres de esos Estados no son parte del Estatuto de Roma, lo más probable es que no se remitan a la Corte Penal Internacional las situaciones en las que estos estén involucrados, lo que hace que finalmente la Corte tenga un carácter selectivo.

En este marco, la primacía de las jurisdicciones nacionales como elemento central de los criterios de admisibilidad de casos ante la Corte Penal Internacional, choca con las competencias del Consejo de Seguridad como órgano político. Por una parte, la idea central de la competencia de la Corte como subsidiaria a las jurisdicciones nacionales, es que estas son más idóneas para juzgar los crímenes internacionales¹²⁶⁰, por lo cual la Corte será competente para juzgar estos casos cuando el aparato de justicia nacional no quiera o no pueda hacerlo. Por otra parte, el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas permite que el Consejo de Seguridad cree instituciones para juzgar estos mismos crímenes (como lo hizo al crear los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda), y el Estatuto le permite remitir estas situaciones a la Corte Penal Internacional o suspender sus actuaciones, incluso sin la aceptación del Estado que sería competente para juzgarlos.

La paradoja consiste en que, en todo caso, en virtud del principio de complementariedad, debería primar, sobre la decisión del Consejo de Seguridad, la soberanía de los Estados que se expresa en el ejercicio de su jurisdicción y que son consideradas como más idóneas para llevar a cabo estos juicios¹²⁶¹. En parte, esto es lo que reconoce el Estatuto de la Corte Penal Internacional cuando establece que solamente será competente la Corte para juzgar los crímenes cometidos en territorio de los Estados Partes o por sus nacionales, luego de que el Estado haya reconocido la competencia de la Corte. Esto se debe a que, en todo caso, debería

¹²⁶⁰ Explica SÁNCHEZ LEGIDO que “[l]a subsidiariedad por la que opta el Estatuto (en especial los arts. 17 a 20), se singulariza sin embargo por su carácter condicionado y sometido a control, lo que ha llevado a su calificación – con terminología sin duda más adecuada que la empleada por el propio Estatuto – como un sistema de «subsidiariedad crítica», o de «preferencia tutelada» a favor de las jurisdicciones nacionales”. SÁNCHEZ LEGIDO. *Jurisdicción...*, *op.cit.* p. 308.

¹²⁶¹ FERNANDES. *La Corte...*, *op.cit.* p. 135.

primar la competencia de las jurisdicciones nacionales, precisamente por considerarse más idóneas.

Esta crítica es aún más relevante si el asunto se analiza con respecto del crimen de agresión. A diferencia de lo que sucede en los otros tres casos, el Consejo de Seguridad no solo tiene competencia para remitir una situación a la Corte cuando considere que se ha cometido un crimen de agresión, o de suspender una investigación sobre este asunto, sino que, como se vio antes, en todos los casos la decisión de que un Estado ha llevado a cabo un acto de agresión es determinante para que el fiscal pueda adelantar una investigación al respecto. Las potestades otorgadas al Consejo de Seguridad en este ámbito son reflejo de las dificultades que tuvo la incorporación del crimen de agresión al Estatuto de Roma. Sin embargo, la paradoja es aún más profunda con respecto a este delito, por lo que las críticas con respecto a la intervención del Consejo de Seguridad dentro de los procesos que se sigan por el crimen de agresión han sido más fuertes.

Esto se debe a que el carácter político del Consejo de Seguridad se ha hecho evidente en las pocas ocasiones en las que ha catalogado una acción estatal como una agresión. «*The Security Council has not found the existence of aggression where aggression was most obvious, and it has found aggression in borderline cases*»¹²⁶², como sucedió con Rodesia. Sin embargo, el Consejo de Seguridad se negó a calificar los actos de Israel como actos de agresión, aunque lo ha llamado agresor dos veces. Además, a la luz de la Carta de las Naciones Unidas y del vínculo que existe entre la condena de la acción del Estado y la determinación de la responsabilidad penal individual, el poder otorgado al Consejo de Seguridad resulta aún más cuestionable, pues no puede ignorarse el derecho de veto de los cinco miembros permanentes

¹²⁶² Continúa el autor “(...) *The only consistent theme running through the Security Council’s determinations of aggression is that the Security Council has used these determinations to send the message that it is angry at politically disfavored state or groups*”. STEIN, Mark S. *The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How exclusive is the Security Council’s power to determine aggression?*. Indiana International & Comparative Law Review. Vol. 16. 2005. Disponible en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/iicl16&div=5&id=&page=>. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 8. [El Consejo de Seguridad no ha encontrado la existencia de agresión donde la agresión fue más obvia, y ha encontrado agresión en casos límite. (...) el único tema consistente que se encuentra en las determinaciones del Consejo de Seguridad con respecto a la agresión es que el Consejo de Seguridad ha utilizado estas determinaciones para enviar un mensaje de que está molesto y políticamente en contra de Estados o grupos] (traducción libre).

del Consejo de Seguridad, aunque de acuerdo con el artículo 2, numeral 1 de la Carta de Naciones Unidas, «*la Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros*». A pesar de que el Estatuto de Roma claramente establece en el artículo 15bis, numeral 9 que «*la determinación de que hubo acto de agresión realizada por un órgano ajeno a la Corte no irá en perjuicio de las propias conclusiones de la Corte en virtud del presente Estatuto*», lo cierto es que la calificación de un acto como “acto de agresión” tienen implicaciones políticas a las que probablemente se les dará prioridad.

Adicionalmente, la decisión de que existió un acto de agresión por parte del Consejo de Seguridad constituye una decisión con implicaciones judiciales, por lo cual este poder de veto y la ausencia de igualdad entre los Estados dentro de este órgano hace que sea probable que se proteja a los Estados con veto y a sus aliados de la declaración de agresión, mientras que sea utilizada para condenar los actos de otros de manera desigual. En ese orden de ideas, “[b]y inappropriately allowing for the use of the veto to bar a judicial proceeding, exclusive determination schemes would cause one of the most serious possible violations of sovereign equality”¹²⁶³. Incluso la Corte Internacional de Justicia ha sido reacia a calificar de acto de agresión las conductas de los Estados, aunque se han presentado varias demandas alegando que se ha cometido este crimen. En casos que se referían al uso ilegítimo de la fuerza, la Corte Internacional de Justicia se limitó a analizar si se había violado el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas¹²⁶⁴.

Aunque es innegable que la independencia de la Corte Penal Internacional resulta viciada en algunos casos por las decisiones del Consejo de Seguridad, en especial cuando este decide suspender las investigaciones, la paradoja es comprensible con base en tres argumentos. En primer lugar, el principio de complementariedad reconoce que existen situaciones específicas en las que el Estado competente para conocer de los procesos en contra de quienes han cometido los crímenes internacionales, dejan de ser idóneos para hacerlo, bien por falta de

¹²⁶³ *Ibidem*. p. 12. [Al permitir de manera inapropiada el uso del veto para prohibir un procedimiento judicial, los esquemas de determinación exclusivos causarían una de las más graves violaciones posibles de la igualdad soberana](traducción libre).

¹²⁶⁴ Al respecto los dos casos relevantes de la Corte Internacional de Justicia son Nicaragua vs Estados Unidos e Irán vs Estados Unidos (caso *oil platforms*) .

capacidad o bien por falta de voluntad. Es decir, aunque en términos generales son los Estados los primeros obligados a juzgar y sancionar los delitos de competencia de la Corte, no siempre pueden o están dispuestos a hacerlo y, es allí, donde se requiere la intervención de la comunidad internacional, pues la gravedad de estas conductas demanda que no queden en la impunidad.

En segundo lugar, aunque el carácter político del Consejo de Seguridad no admite ninguna duda, así como el excesivo poder con el que cuentan los cinco Estados que son miembros permanentes, también es cierto que la intervención de este órgano, en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, artículos 39¹²⁶⁵ y 41¹²⁶⁶, solo puede producirse para salvaguardar la paz. Aunque esto es un término muy amplio y le otorga gran discrecionalidad al Consejo de Seguridad, lo cierto es que tampoco puede intervenir en cualquier caso. Finalmente, no puede olvidarse que el Estatuto de Roma es un acuerdo político entre los Estados, que necesariamente debe basarse en concesiones para alcanzar el acuerdo común. Cuando se redactó el Estatuto, aunque se creó la Corte como un órgano independiente, este vínculo con el Consejo de Seguridad implicaba que más Estados estuvieran de acuerdo con su promulgación, lo que aumentaba las posibilidades de ratificación por parte de estos. Además, solo a través de las remisiones del Consejo de Seguridad, que no depende de la aceptación de competencia por parte de ningún Estado es que la Corte adquiere una verdadera vocación de universalidad¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ Carta de Naciones Unidas. «Artículo 39. El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales».

¹²⁶⁶ Carta de Naciones Unidas. «Artículo 41. El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada han de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas, y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas».

¹²⁶⁷ Al respecto se debe tener en cuenta que “[m]oreover, through the jurisdictional mechanisms of the Statute that permit not only the territorial state to refer cases to the ICC regarding the commission of a crime by non-state party nationals, but also the Security Council to refer cases to the Court regarding the commission of crimes falling within the ICC’s jurisdiction, has juridically acquired a universal reach not consistent with modest notions of multi-lateral treaty law otherwise extent”. SADAT. “The International...”, *op.cit.* p. 316. [Además, a través de los mecanismos jurisdiccionales del Estatuto que permiten que no solo el Estado territorial remita los casos a la CPI en relación con la comisión de un delito por parte de nacionales de terceros países, sino también el Consejo de Seguridad puede remitir los casos a la Corte con respecto a la comisión de los delitos

A pesar de la posibilidad de que en ciertos casos el Consejo de Seguridad pueda ampliar la competencia de la Corte, un análisis integral del Estatuto, en especial de los artículos 17 a 20, muestra que al principio de complementariedad se le ha dado una gran relevancia, limitando de manera muy importante la competencia de la Corte Penal Internacional. Si a este principio se le suma el hecho de que, en términos generales, la Corte solo es competente con base en una cesión de jurisdicción que realizan los Estados, ya sea de manera general o para una situación en concreto, “[e]s difícil entender cómo los Estados pueden temer, *bona fide*, al alcance de la competencia de la Corte, que puede ser tan extenso como la medida en que ella les prescriba que tienen disposición y que tienen capacidad de investigar y juzgar”¹²⁶⁸.

Lo cierto es que, en algunos casos, se ha planteado la posibilidad de que la Corte Penal Internacional pueda llegar a constituirse como un órgano de apelación en contra de las jurisdicciones nacionales. Otras cortes, principalmente de carácter regional, son utilizadas con frecuencia para impugnar las decisiones de los órganos judiciales nacionales, principalmente en virtud del principio de subsidiariedad, que obliga a que se acuda a estas jurisdicciones solo una vez que se hayan agotado todos los mecanismos internos de protección de derechos humanos. La posibilidad existe en la medida en la que se pueda alegar que el juicio que se llevó a cabo de forma parcializada y sin las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, lo que sería un argumento válido para activar la competencia de la Corte Penal Internacional, desconociendo la cosa juzgada, en los términos del artículo 20 del Estatuto de Roma. Aunque la posibilidad es remota, NYAMUYA MAOGOTO alega que esto convertiría a la Corte Penal Internacional en una tercera instancia dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales¹²⁶⁹.

Además de lo anterior, el Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional tiene una competencia limitada en razón de la persona. De acuerdo con el artículo 25 del

que caen dentro de la jurisdicción de la CPI, ha adquirido jurídicamente un alcance universal que no es compatible con las nociones modestas de la ley de tratados multilaterales] (traducción libre).

¹²⁶⁸ AMBOS. *El Estatuto...*, *op.cit.* p. 208.

¹²⁶⁹ NYAMUYA MAOGOTO. *State...*, *op.cit.* p. 249.

Estatuto¹²⁷⁰, la Corte tiene competencia únicamente respecto de las personas naturales, a pesar de que durante la Conferencia de Roma se discutió la posibilidad de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como sucedió en los juicios de Núremberg. No obstante, la mayoría de las delegaciones no apoyaron esta opción, porque consideraron que causaría problemas ya que *“no hay uniformidad entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales sobre la responsabilidad criminal de personas jurídicas y esa falta de enfoque común podría afectar el pleno funcionamiento del principio de la complementariedad, una de las piedras angulares de la CPI”*¹²⁷¹, lo que además se vería agravado por las desventajas en materia probatoria que ya tiene el organismo¹²⁷². Con respecto a la edad de los procesados, el artículo 26 del Estatuto¹²⁷³ excluye a los menores de 18 años de la competencia de la Corte. De esta manera, se hace un reconocimiento, aunque sea restringido, de la persona natural como sujeto de derecho internacional¹²⁷⁴, lo que también se reconoce en el primer principio de Núremberg¹²⁷⁵. Finalmente, como ya se dijo, la Corte solo será competente cuando los procesados sean nacionales de Estados Partes.

¹²⁷⁰ Estatuto de Roma, *«Artículo 25. Responsabilidad penal individual 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. (...)»*

¹²⁷¹ FERNANDES. *La Corte...*, *op.cit.* p. 115.

¹²⁷² Al respecto AMBOS afirma que *“[l]a responsabilidad penal de personas jurídicas fue finalmente rechazada – a pesar de la limitación a los órganos de dirección de empresas privadas – por las razones siguientes: su reconocimiento se hubiera apartado de la responsabilidad individual del autor, así como hubiera puesto, y en consecuencia exigido demasiado, a la Corte frente a problemas de prueba insalvables; por lo demás, la responsabilidad de las personas jurídicas ni se reconoce universalmente existen reglas de imputación consensuadas”*. AMBOS. *El Estatuto...*, *op.cit.* p. 116.

¹²⁷³ Estatuto de Roma, *«Artículo 26. Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte. La Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen»*.

¹²⁷⁴ MEJÍA AZUERO. SANDOVAL MESA. *Derecho...*, *op.cit.* p. 53.

¹²⁷⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, para. 97. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. *«Principle I. Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment»*.

2. El elemento subjetivo en el Estatuto de Roma.

a. Comprensión transversal del elemento subjetivo en el Estatuto de Roma.

El artículo 30 del Estatuto de Roma se refiere al elemento de intencionalidad («*mental element*» «*élément psychologique*»)¹²⁷⁶. Sus disposiciones constituyen el estándar general de vínculo subjetivo con el que deberá actuar quien cometa un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional¹²⁷⁷. La redacción de este artículo supuso un enorme reto para los redactores del Estatuto de Roma y ha sido una de las disposiciones más discutidas del instrumento internacional¹²⁷⁸; por ello, para que su incorporación al Estatuto de Roma fuera posible, fue necesario realizar una serie de concesiones entre los diferentes ordenamientos jurídicos que se encontraban representados en la Conferencia de Roma¹²⁷⁹. A pesar de la

¹²⁷⁶ Con respecto al artículo 30 del Estatuto de Roma afirma BADAR que “*These culpable mental states have to be assessed subjectively and not objectively, meaning that the prosecution must demonstrate that the perpetrator himself – and not a reasonable person in the same situation – was aware of the occurrence of the consequence in question*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 391. [Estos estados mentales culpables tienen que evaluarse de manera subjetiva y no objetiva, lo que significa que la fiscalía debe demostrar que el autor mismo, y no una persona razonable en la misma situación, era consciente de la ocurrencia de la consecuencia en la indiferencia] (traducción libre).

¹²⁷⁷ En todo caso, debe tenerse en cuenta que “*instead of ‘mental element’, Article 30 should bear the heading, or at least be understood, in terms of ‘intention’, the reason being that the present title gives the impression of compromising all mental requirements while, in fact, Article 30 only deals with intention (in the aforementioned broader sense), whereas other equally mental phenomena, such as mistake of fact or law as well as the commander’s responsibility for negligent failure to prevent his forces from committing a crime, are dealt with elsewhere*”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 907. [En lugar de “elemento mental”, el artículo 30 debería encabezarce, o al menos debe entenderse, en términos de “intención”, la razón es que el título actual da la impresión de comprender todos los requisitos mentales, mientras que, de hecho, el artículo 30 solamente trata con la intención (en el sentido más amplio antes mencionado), mientras que otros fenómenos igualmente mentales, como el error de hecho o de ley, así como la responsabilidad del comandante por el fracaso negligente para evitar que sus fuerzas cometan un delito, se tratan en otra parte] (traducción libre).

¹²⁷⁸ Aún en la actualidad el artículo 30 del Estatuto de Roma genera amplias discusiones. Por ejemplo, al referirse a la sentencia de primera instancia en el caso contra *Lubanga*, GIL GIL afirma que “*La definición amplia del acuerdo o plan común como elemento central para la imputación a título de autor ha llevado también a una traición del elemento subjetivo de la coautoría, que infringe incluso la dicción del artículo 30 ER*” GIL GIL, Alicia. “Responsabilidad penal individual en la sentencia *Lubanga*. Coautoría” En AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. STEINER, Christian. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal. Fundación Konrad Adenauer, CEDPAL, Bogotá, 2014. p. 287.

¹²⁷⁹ Afirma FINNIN que “*Article 30 ‘necessarily consisted of compromises between different concepts or norms from various legal systems’*”. FINNIN. “Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a comparative analysis” En *International and Comparative Law Quarterly*, British Institute of International and Comparative Law, 2012. Disponible en <https://www.cambridge.org/core>. Consultado el 30 de octubre de 2017. p. 327. [El artículo 30 consistía necesariamente en compromisos entre diferentes conceptos o normas de diversos sistemas legales] (traducción libre).

importancia que tienen los elementos subjetivos para determinar la responsabilidad penal, esta sigue siendo una de las áreas más complejas del Derecho penal internacional, por la cantidad de términos vagos e imprecisos de los que se compone¹²⁸⁰. En consecuencia, para interpretar este artículo debe tenerse en cuenta que “(...) *a more consistent use of mens rea terms would bring more predictability to the jurisprudence and contribute to standardizing practices of the Court*”¹²⁸¹.

Esta norma del Estatuto de Roma no tiene ningún precedente en los diversos instrumentos internacionales¹²⁸². Ni el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg, ni los de los Tribunales *ad hoc* contenían una norma que se refiriera al elemento subjetivo o a la tipicidad subjetiva con la que se debía actuar el autor de los distintos crímenes, sino que los jueces lo fueron estableciendo caso a caso¹²⁸³. Aun así, para los delegados de la Conferencia de Roma era claro que no podía responsabilizarse penalmente a los individuos por los crímenes más graves para toda la comunidad internacional, sin que existiera culpabilidad¹²⁸⁴. Es decir, era

¹²⁸⁰ BADAR, Mohamed Elewa. “The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective” *Criminal Law Forum*, Springer, 2008. Disponible en <https://www.deepdyve.com/lp/springer-journals/the-mental-element-in-the-rome-statute-of-the-international-criminal-gorCCWtJoz>. Consultado el 30 de octubre de 2017. p. 518. En el mismo sentido, asegura SATZGER que “*All in all, it is submitted that the mental element of international crimes definitely needs further analysis and jurisprudence in order to satisfy the needs for a coherent legal system at the international level*”. SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. 2 ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2018. p. 274. [En general, se afirma que el elemento mental de los crímenes internacionales definitivamente necesita más análisis y jurisprudencia para satisfacer las necesidades de un sistema legal coherente a nivel internacional] (traducción libre).

¹²⁸¹ MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 135. [Una forma más consistente del uso de la *mens rea* generaría una jurisprudencia más predecible y contribuiría a estandarizar las practices de la Corte] (traducción libre).

¹²⁸² SADAT. *The International...*, op.cit. p. 208.

¹²⁸³ “*La primera definición que encontramos en un texto penal internacional del dolo, o elemento subjetivo general con el que debe actuar un sujeto en la comisión de un crimen internacional, aparece en el art. 30 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Ello no significa, por supuesto, que la jurisprudencia anterior no hubiera exigido la concurrencia de la llamada mens rea o tipo subjetivo del crimen*”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 190.

¹²⁸⁴ En ese contexto afirma WENIN que “*Trattasi di conquista che, forse si potrà obbiettare, soddisfa più le esigenze e i timori dei guiristi continentali, ma che quantomeno presenta l’aspirazione di fornire un parámetro normativo di riferimento e di rinnovare una riflessione sulle regole che presiedono l’individuazione e l’applicazione dei criteri soggettivi di imputazione nel contesto internazionale*” WENIN, Roberto. *La Mens Rea Nello Statuto di Roma: Un’Analisi Esetetica-Sistemática Dell’Art. 30 in Chiave Comparata*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012. p. 11 [Se trata de una conquista cuya mayor satisfacción de las exigencias y los miedos de los juristas continentales podría ser objetada, pero que, por lo menos, tiene la aspiración de proveer un parámetro normativo de referencia y de actualizar una reflexión sobre las reglas que rigen la individualización y la aplicación de los criterios subjetivos de imputación en el contexto internacional] (traducción libre).

indiscutible que no podía existir responsabilidad objetiva por los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, principalmente teniendo en cuenta que ningún ordenamiento jurídico acepta la responsabilidad penal objetiva por crímenes graves o la responsabilidad penal por este tipo de resultados¹²⁸⁵.

Como consecuencia, hasta la incorporación del artículo 30 en el Estatuto de Roma, la *mens rea* o la tipicidad subjetiva se había ido moldeando caso a caso, lo que era aún más difícil porque además de no existir una norma general al respecto, las definiciones de los crímenes tampoco hacían referencia expresa al elemento subjetivo necesario para que existiera responsabilidad penal. Adicionalmente, las decisiones de los tribunales internacionales con respecto al elemento subjetivo requerido en los distintos crímenes no necesariamente coinciden entre ellas. Por ello, “(...) *there is no customary law providing for the general definition of various mens rea standards in international criminal law*”¹²⁸⁶, el artículo 30 solo establece la norma aplicable en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional¹²⁸⁷. A esto debe sumarse que, el espectro de los requisitos de carácter subjetivo en el derecho penal internacional es muy amplio, pues de algún modo se han admitido todas las formas de dolo e imprudencia que se conocen en los distintos ordenamientos¹²⁸⁸, teniendo en cuenta que no en todos los casos son equivalentes entre ellas¹²⁸⁹.

¹²⁸⁵ Afirma SADAT que “(...) *very few issues were involved in its negotiations, delegates being in general agreement that criminal liability should not be imposed under the Statute without a showing of moral culpability on the part of the accused*”. SADAT. *The International...*, op.cit. p. 208. [muy pocas cuestiones estuvieron involucradas en sus negociaciones, los delegados estuvieron en general de acuerdo en que la responsabilidad penal no debería ser impuesta en virtud del Estatuto sin demostrar la culpabilidad moral de los acusados] (traducción libre). En el mismo sentido, afirma OLÁSULO ALÓNSO que “[e]l ER rechaza la llamada responsabilidad penal objetiva, así como la responsabilidad penal por el resultado, de manera que sólo puede incurrirse en responsabilidad penal si existe una vertiente subjetiva que cubre los distintos elementos objetivos del tipo que según la clasificación anglosajona tradicional adoptada por el art. 30 ER incluirían: (i) la acción u omisión típica; (ii) las consecuencias o resultado típico; y (iii) las restantes circunstancias contextuales o específicas exigidas por el mismo” OLÁSULO ALÓNSO. *Ataques...*, op.cit. p. 253.

¹²⁸⁶ MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 113.

¹²⁸⁷ CASSESE. *International...*, op.cit. p. 158.

¹²⁸⁸ “Mientras en algunos crímenes se exige la voluntad dirigida a un fin y el conocimiento seguro de los elementos objetivos, para otros resulta suficiente con la figura de la imprudencia temeraria, corriente en el common law como una forma especial de imprudencia, la llamada *recklessness*”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 190.

¹²⁸⁹ Afirma MARCHUK que “Although the general part of the Rome Statute sheds light on the interpretation of *mens rea*, the jurisprudence has yet to provide more guidance on the understanding of “knowledge and intent” requirement with respect to specific crimes as well as pleading of defenses in situations when the offender’s *mens rea* was negated”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 134. [Although the general part of the Rome Statute sheds light on the interpretation of *mens rea*, the jurisprudence has yet to provide more

El artículo 30 del Estatuto de Roma afirma que:

«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».

Sin embargo, este artículo del Estatuto de Roma debe interpretarse teniendo en cuenta otras disposiciones del mismo instrumento, de los Elementos de los Crímenes y de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que revelan el concepto de culpabilidad en el que se inscribe el elemento de intención. A través de la lectura del artículo 30 se hace evidente que para que una persona sea penalmente responsable frente a la Corte Penal Internacional se exige, en principio, que la conducta se lleve a cabo con intención y conocimiento¹²⁹⁰. No obstante, la distinción que existe en los ordenamientos jurídicos continentales, entre el conocimiento del hecho como un elemento del dolo que hace parte de la tipicidad, por un lado, y el conocimiento de la antijuridicidad o de la ilegalidad de la conducta, que se analiza en la culpabilidad, por otro, no existe en el derecho penal internacional¹²⁹¹. Siguiendo la tradición anglosajona y francesa, en el aspecto interno del hecho se incluyen tanto los elementos del

guidance on the understanding of “knowledge and intent” requirement with respect to specific crimes as well as pleading of defenses in situations when the offender’s mens rea was negated] (traducción libre). Por el contrario afirma WERLE con respecto al artículo 30 “Sin embargo, esta definición no contribuye a clarificar. Al contrario, sobre todo a través de la mezcla entre los elementos de la voluntad y del conocimiento, estas definiciones legales inducen más bien a error”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 192.

¹²⁹⁰ Adicionalmente cabe recordar que “[e]n muchas disposiciones del Estatuto de Roma se encuentran requisitos subjetivos adicionales en el sentido de una tendencia interna reforzada que – al contrario de lo que ocurre con los elementos subjetivos en el art. 30 – no se corresponden necesariamente con el aspecto externo del hecho. El ejemplo más significativo lo encontramos en la intención de destruir en el crimen de genocidio. También produce un efecto limitador de la punibilidad la exigencia de determinados motivos discriminatorios en la persecución de grupos como crimen de lesa humanidad (...)”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 201.

¹²⁹¹ *Ibidem*. p. 181.

dolo, como el conocimiento de la antijuridicidad, abarcando la mayoría de los elementos subjetivos del delito en una misma categoría.

Así, para comprender el concepto de *mens rea*, en el sentido de “mente culpable”, en el que están basadas las disposiciones del Estatuto de Roma, debe tenerse en cuenta el artículo 30, que se refiere al “elemento de intencionalidad” y el artículo 32, que describe el tratamiento del “error de hecho o error de derecho”¹²⁹². El análisis que sigue parte de la idea de que el error y el dolo son dos elementos inseparables y que solo un estudio de ambos permite identificar la verdadera naturaleza de la *mens rea* o de la culpabilidad, entendida en la forma en la que lo hace el Estatuto de Roma¹²⁹³. Para que este instrumento sea aplicable a todos los ciudadanos del mundo, como es su intención, con garantías mínimas que protejan la dignidad humana y los derechos que de ella se derivan, debe tenerse presente que es necesario armonizar las distintas estructuras de los elementos subjetivos con base en las cuales se determina la responsabilidad penal de los sujetos¹²⁹⁴. Esto implica que, para que le sea exigible al sujeto actuar de una manera determinada, la responsabilidad subjetiva no puede estar basada en figuras que le sean por completo extrañas¹²⁹⁵.

¹²⁹² Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tal como lo afirma ESER “*The Rome Statute’s Article 30 on ‘Mental element’ and article 32 on ‘Mistake of fact or mistake of law’, if read together as their substantive interrelations necessitate, create ambivalent impression*”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 890.

¹²⁹³ Con respecto a la culpabilidad afirma RICCARDI que “(...) *the Statute sets two basic and firm principles for sentencing determination, in line with IHRL: namely, culpability and proportionality*” aún cuando el texto del Estatuto no define expresamente la culpabilidad. RICCARDI, Alice. *Sentencing at the International Criminal Court. From Nuremberg to the Hague*. Eleven, The Hague, 2016. p. 167.

¹²⁹⁴ Al respecto cabe recordar que, tal como se explicó en el capítulo anterior, en el derecho penal anglosajón “(...) *se contempla un tratamiento diferente respecto del “mistake of fact” y el “mistake of law” o del sistema francés, en el que se distingue entre “erreur de fait”, excluyente del dolo, y “erreur de droit”, que es irrelevante para el dolo. En todas estas regulaciones se contemplan, no obstante, mecanismos para excluir el dolo cuando el sujeto hubiese errado de manera inevitable acerca del carácter prohibido de la conducta, incluso aunque fuera consciente del carácter lesivo de la misma*”. FAKHOURI GÓMEZ. *El objeto...*, op.cit. p. 29.

¹²⁹⁵ Al respecto explica BASSIOUNI que “[*t*]he inarticulate premises of this legal presumption in the national legal systems is that the criminal law is known to everyone because crimes are an emanation of social values that national communities deem so significant that they seek to protect them through penal sanctions; thus, their prohibition is a matter of public and general awareness. Therefore, the absence of these inarticulate premises would deny the legal support for the validity of the irrefutable presumption of knowledge of the criminal law”. BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 413. [Las premisas inarticuladas de esta presunción legal en los sistemas legales nacionales es que la ley penal es conocida por todos porque los delitos son una emanación de valores sociales que las comunidades nacionales consideran tan importantes que buscan protegerlos a través de sanciones penales; por lo tanto, su prohibición es una cuestión de conciencia pública y general y la ausencia de estas premisas inarticuladas negaría el apoyo legal a la validez de la presunción irrefutable de conocimiento del derecho penal] (traducción libre).

Independientemente de si se denomina *mens rea*, tipo subjetivo o *élément mental*, dentro de estas estructuras existe un *núcleo duro* o formas de vínculo subjetivo que le son comunes a todos los ordenamientos¹²⁹⁶. En todos los casos es claro que el dolo directo de primer grado o intención, que para el derecho penal francés resulta de la unión entre el *dol général* y el *dol spécial*, constituyen la forma de *mens rea* más grave y que debe ser sancionada. Por ello, estas figuras son perfectamente armonizables, en términos de intención (voluntad) y conocimiento, tal como lo ha hecho el instrumento internacional, aunque deba tenerse en cuenta que se sigue la teoría del derecho anglosajón según la cual sobre cada uno de los elementos materiales de un delito puede recaer un elemento subjetivo distinto. En ese orden de ideas, no cabe duda de que este ha quedado incluido en el artículo 30 del Estatuto de Roma.

En igual sentido, la imprudencia, *recklessness* o *imprudence*, como formas graves de infracciones de deberes de cuidado o control de riesgos que producen resultados delictivos constituyen formas de comisión de los delitos que son sancionadas, con más o menos requisitos, en todos los ordenamientos jurídicos estudiados. Como consecuencia, también las formas más graves de imprudencia hacen parte de ese *núcleo duro* de la tipicidad subjetiva que es susceptible de ser armonizada. Esta forma de comisión de delitos no es ajena a ninguno de los ciudadanos de las tradiciones jurídicas estudiadas y esto implica que es perfectamente posible exigirles que actúen dentro de este marco normativo. Por ello, como se mostrará, también la imprudencia ha sido incluida dentro del Estatuto de Roma, cuando se ha previsto que el sujeto tenía el deber de conocer un determinado elemento del delito, pero ha vulnerado ese deber, lo ha incumplido y, en consecuencia, se ha producido el resultado prohibido por la norma internacional¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶Al respecto afirma BADAR que “(...) despite the fact that the mental element of a crime in common law and continental law jurisdictions as well as Islamic legal tradition is describes in different conceptual terms, it is posible to deduce certain similarities. There are certain commonalities towards the concept of a crime and great unanimity that a person shall be guilty in order to attract criminal responsibility”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 418. [A pesar de que el elemento mental de un crimen en el derecho consuetudinario y en las jurisdicciones del derecho continental, así como la tradición legal islámica, se describe en términos conceptuales diferentes, es posible deducir ciertas similitudes. Existen ciertos puntos en común con el concepto de crimen y gran unanimidad de que una persona debe ser culpable para atraer responsabilidad penal] (traducción libre)

¹²⁹⁷ Sin embargo, con respecto a la relación entre los errores regulados por el artículo 32 del Estatuto de Roma y la imprudencia como una forma de elemento subjetivo dentro del mismo Estatuto, debe tenerse en cuenta que “(...) in situations where the factual or circumstantial elements of a particular crime are satisfied by a lower

El verdadero problema se presenta con respecto de aquellas formas de vínculo subjetivo o de *mens rea* que son menos intensas y que, en la mayoría de los casos, ni siquiera la doctrina de una misma tradición jurídica puede definir de manera unánime. Estos elementos que se encuentran en la periferia de la tipicidad subjetiva, ubicados por lo general entre la imprudencia más grave y el dolo, como sucede con el dolo eventual, la ignorancia deliberada (*willful blindness*) o el *dol dépasse* o *dol éventuel*, por ejemplo, hacen que el proceso de creación de normas internacionales sea sumamente complejo, en la medida en la que no son elementos comunes a todos los ordenamientos. Esto no significa, sin embargo, que algunos de estos elementos no hayan sido incorporados al Estatuto de Roma y que algunas de las Salas no hayan reconocido esta incorporación, aunque su postura sea ampliamente discutida. Los casos más evidentes a este respecto son el dolo eventual y la ignorancia deliberada.

Ahora bien, el concepto de culpabilidad que está contenido en el Estatuto de Roma y en el que esta basado todo su sistema de responsabilidad penal, exige entender que estos conceptos, aunque armonizados a la luz de los distintos sistemas que se han estudiado, no pueden exigirse en un sentido absoluto. Es indiscutible, tal como se ha venido sosteniendo a lo largo del texto que, aunque todas las tradiciones jurídicas influyeron en la redacción del instrumento internacional, dado que este es el producto de una negociación política, la influencia de algunas es mayor que la de otras. Más aun, una Corte con vocación de universalidad juzgará, o al menos eso se espera, a personas pertenecientes a todas las naciones y no solamente a aquellas que han tenido más peso dentro de la creación del sistema. La Corte no puede olvidar que existen otras, muchas, tradiciones jurídicas, no solamente las tres que se han estudiado, que, aunque no sean preponderantes en el mundo, tienen también sus propias estructuras y han condicionado el comportamiento de sus ciudadanos. En este sentido es muy dicente el hecho de que, a día de hoy, la mayoría de los juicios que lleva a

threshold that that of intent and knowledge a defence of mistake of fact will not play. That is to say that all crimes within that subject matter jurisdiction of the International Criminal Court which in their elements contain the phrase 'should have known' (...) will stand against the defence of mistake of fact". BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 415. [en situaciones en las que los elementos fácticos o circunstanciales de un delito en particular se satisfacen con un umbral más bajo que el de la intención y el conocimiento, una defensa de un error de hecho no funcionará. Es decir, todos los delitos dentro de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que en sus elementos contienen la frase "deberían haber sabido" (...) se opondrán a la defensa del error de hecho] (traducción libre).

cabo la Corte se refieran a personas africanas que no pertenecen a ninguno de los sistemas jurídicos más estudiados por la doctrina y más citados por la jurisprudencia, aunque en algunos casos se encuentren vinculados con la tradición francesa.

El propio Estatuto de Roma ha reconocido esta realidad, admitiendo que estos conceptos no son absolutos, en la medida en la que se ha incorporado al artículo 32 el error de derecho o de prohibición, como una causal de ausencia de responsabilidad penal, aplicable en los casos en los que ese error anule la *mens rea* del autor o el tipo subjetivo. En consecuencia, cuando el sujeto desconoce la prohibición, y eso se traduce en que no ha actuado con el elemento subjetivo requerido para que se configure el crimen, su conducta deberá ser impune, aún cuando se haya producido el resultado grave que caracteriza a la mayoría de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

En ese orden de ideas, el concepto de culpabilidad del Estatuto de Roma debe construirse a partir de la unión entre el artículo 30 del Estatuto de Roma con las disposiciones relativas al error de hecho y de derecho que están contenidas en el artículo 32 del mismo instrumento¹²⁹⁸. De acuerdo con él, tanto el error de hecho como el error de derecho solamente eximen de responsabilidad penal cuando hacen desaparecer el elemento de intencionalidad requerido para que se consume el crimen¹²⁹⁹. Todos los ordenamientos estudiados coinciden en que para que el sujeto pueda responder penalmente se requiere que conozca los hechos y las circunstancias en las que comete el crimen, por lo cual la ignorancia de los elementos objetivos del delito, que es la ignorancia que está presente cuando hay un error de hecho,

¹²⁹⁸ “Returning, then, to the ICC Statute: it upholds the principle of no liability without fault consistently by proclaiming that ignorance of the law or of the facts excludes liability for the crimes within the jurisdiction of the ICC”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 137. [Regresando, entonces, al Estatuto de la CPI: defiende el principio de no responsabilidad sin culpa de manera consistente al proclamar que el desconocimiento de la ley o de los hechos excluye la responsabilidad por los delitos que se encuentran dentro de la jurisdicción de la CPI] (traducción libre)

¹²⁹⁹ Estatuto de Roma. «Artículo 32. Error de hecho o error de derecho 1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen. 2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto».

claramente excluye el elemento de intencionalidad o el dolo, sin el cual no puede configurarse la responsabilidad penal¹³⁰⁰.

La cuestión es un poco menos simple con respecto al error de derecho¹³⁰¹. Mientras en los ordenamientos jurídicos de tradición anglosajona y en Francia se analiza el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta dentro de la *mens rea* o en *l'élément moral*, por lo cual hace parte del elemento de intención, desde la aparición del finalismo, en los países de tradición jurídica continental se sostiene, aunque no de manera unánime, que el conocimiento de la antijuridicidad no hace parte del dolo, sino que pertenece a la culpabilidad, que es una categoría distinta. En ese orden de ideas, un error sobre la antijuridicidad de la conducta no elimina el dolo, que en este caso equivale a la intención del autor, sino que disminuye la culpabilidad del mismo¹³⁰².

Como puede deducirse a partir de la lectura de los artículos 30 y 32 del Estatuto de Roma, en el derecho penal internacional, se ha seguido la postura francesa y anglosajona y, en consecuencia, se entiende que un error que recaiga sobre el conocimiento de la antijuridicidad, es decir un error de derecho, también tiene la capacidad de anular el elemento de intencionalidad del crimen¹³⁰³. No obstante, en concordancia con esta tradición, la regla general, como lo reconoce el mismo artículo 32 en el primer inciso del numeral 2, es que el error de derecho no exime de responsabilidad penal¹³⁰⁴.

Tal como sucede del artículo 30, el artículo 32 es la primera norma positiva en el derecho penal internacional que regula error y distingue entre el error de hecho y el error de derecho estableciendo el tratamiento que debe dárseles¹³⁰⁵. En esos términos, la relevancia de este

¹³⁰⁰ POLITI. "Elements of Crimes"..., op.cit. p. 454.

¹³⁰¹ "Mistake as to law, pursuant to paragraph 2, is more contentious". CLARK. "The Mental...", op.cit. p. 309. [El error en cuanto a la ley, de conformidad con el párrafo 2, es más contencioso] (traducción libre).

¹³⁰² Al respecto Capítulo II de este trabajo.

¹³⁰³ En el mismo sentido afirma AMBOS que "Esto corresponde al principio del common law de que un error de hecho es relevante y un error de Derecho es irrelevante, pues con aquél normalmente desaparecerá el dolo, pero con éste no". AMBOS. *El Estatuto...*, op.cit. p. 121.

¹³⁰⁴ Estatuto de Roma «Artículo 32. Error de hecho o error de derecho (...) 2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente (...)».

¹³⁰⁵ Se debe tener en cuenta que "[p]aragraph 2 of Art. 32, moreover, makes the necessary connection between mistake of law and superior orders. Where a subordinate receives an unlawful order which is not manifestly

artículo es evidente, pues se había cuestionado ampliamente que tratamiento debía dársele al error, especialmente al error de derecho, teniendo en cuenta la especial gravedad de los crímenes internacionales. No obstante, la exención de responsabilidad penal también puede derivarse de la lectura del artículo 30, pues no queda duda de que, si no existe intención o dolo, sea cual sea la razón, no puede existir responsabilidad penal¹³⁰⁶, salvo en los casos en los que se ha previsto que el crimen pueda cometerse con una forma distinta de *mens rea*¹³⁰⁷.

De este modo, de la lectura conjunta de estos dos artículos se deduce que el Estatuto de Roma exige, aunque sea de manera tácita, un grado de culpabilidad, que incluye algún nivel de conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta. La pregunta siguiente es que tan profundo debe ser ese conocimiento para afirmar que el autor de un crimen internacional ha actuado con culpabilidad. El derecho penal internacional no exige que el autor conozca la norma legal específica que prohíbe su actuación, ni tampoco se requiere que la interprete correctamente, en la forma en la que lo haría un profesional del derecho; basta con que el autor sepa que existen normas, en términos generales, que prohíben su actuación¹³⁰⁸.

En ese sentido, cabe recordar que el artículo 33 del Estatuto de Roma, al establecer las condiciones para que la orden de un superior pueda ser alegada como eximente de responsabilidad penal, afirma que *«a los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas»*. Aunque esta disposición solo es aplicable a la eximente de responsabilidad del artículo 33, resulta útil para mostrar que, dada la gravedad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, difícilmente podrá alegarse que una persona no conocía la ilicitud de su

unlawful and which he or she is under an obligation to obey, the subordinate will be exculpated where he or she believed the order to lie within the confines of legitimacy”. BANTEKAS. NASH. *International...*, op.cit. p. 141. [El párrafo 2 del art. 32, además, establece la conexión necesaria entre error de ley y órdenes superiores. Cuando un subordinado recibe una orden ilegal que no es manifiestamente ilegal y que tiene la obligación de obedecer, se exculpará al subordinado cuando crea que la orden está dentro de los límites de la legitimidad] (traducción libre).

¹³⁰⁶ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 255.

¹³⁰⁷ Con respecto a la calificación del error afirma WERLE que “[s]in embargo, existen razones de mayor peso para clasificar el error del autor dentro de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, tal y como se interpreta desde la perspectiva hasta ahora dominante del derecho penal internacional, así como en consonancia con la tradición penal common law. En el art. 32 del Estatuto de la CPI se califica al error claramente como circunstancia eximente de responsabilidad penal” *Ibidem*. p. 255.

¹³⁰⁸ ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 924.

actuar, especialmente en lo que respecta al genocidio y a los crímenes de lesa humanidad¹³⁰⁹. Sin embargo, cabe destacar que cuando el artículo 33 hace esta afirmación, está exceptuando la forma general de *mens rea* del artículo 30 pues, “*the underlying rationale in these cases clearly rests on the assumption that consciousness of the act being 'unlawful' is taken for granted. For war crimes, on the other hand, the general norm applies: the multitude of possible scenarios which might fall within Article 8 would seem to leave ample room for mistakes, particularly in cases of offences committed during armed combat. Thus, inferiors should be protected from unjust criminalization*”¹³¹⁰.

Así pues, al admitir el error de derecho como una causa para excluir la responsabilidad penal y, con base en lo que se ha afirmado en los párrafos precedentes, puede afirmarse que el Estatuto de Roma adopta un estándar de culpabilidad, que incorpora tanto los elementos puramente subjetivos, como otros normativos. En consecuencia, “*(...) the combine message of articles 30 and 32 may be understood as lying the foundations for culpability as an independent subjective requirement of criminal responsibility in addition to this objective wrongdoing by the willful act*”¹³¹¹. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el error de derecho solo tendrá algún efecto en los casos en los que el delito deba cometerse con dolo, de acuerdo

¹³⁰⁹ En este sentido, el Tribunal Supremo Español en varias sentencias ha afirmado que la ilicitud de ciertas conductas es “*notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada*”, que se deriva de la existencia de ciertas normas universales que están presentes en todos los sistemas jurídicos. Sentencia del Tribunal Supremo Español, 21 de octubre de 1981, N° 3863. Sentencia del Tribunal Supremo Español, 12 de noviembre de 1986, N° 6941. Sentencia del Tribunal Supremo Español, 18 de abril de 2006, N° 3312. Sentencia del Tribunal Supremo Español, 13 de septiembre de 2007, N° 6492.

¹³¹⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice* 2, Oxford University Press, 2004. Disponible

en <http://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fjicj%26collection%3Djournals%26id%3D52%26startid%3D52%26endid%3D69>

Consultado el 15 de enero de 2018. p. 46. [la justificación subyacente en estos casos se basa claramente en el supuesto de que la conciencia de que el acto es “ilegal” se da por sentado. Por otro lado, para los crímenes de guerra, se aplica la norma general: la multitud de posibles escenarios que podrían caer dentro del Artículo 8 parecería dejar un amplio margen para errores, particularmente en casos de delitos cometidos durante un combate armado. Por lo tanto, los inferiores deben ser protegidos de la criminalización injusta] (traducción libre). En el mismo sentido SCHABAS afirma que “*Furthermore, exclusion of the defense of superior orders in cases of genocide and crimes against humanity constitutes a derogation from article 30*”. SCHABAS, William A. *The international Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, Oxford, 2013. p. 474. [Además, la exclusión de la defensa de órdenes superiores en casos de genocidio y crímenes de lesa humanidad constituye una excepción al artículo 30] (traducción libre)

¹³¹¹ ESER. “Mental Elements...”, *op.cit.* p. 891. [Del mensaje combinado de los artículos 30 y 32 puede entenderse la base de la culpabilidad como un requisito subjetivo independiente de responsabilidad penal, además de este error objetivo por el acto voluntario] (traducción libre).

con la norma del artículo 30, pues si el delito está previsto como un crimen que pueda cometerse con una forma menos grave de tipo subjetivo o de *mens rea*, el error de derecho será irrelevante, pues el sujeto habrá incumplido el deber de conocer¹³¹².

Así lo afirmó la Sala de Cuestiones Preliminares I, al negar la aplicación del error del derecho que solicitaba la defensa de *Lubanga*, debido a que el crimen puede cometerse con imprudencia, como se analizará más adelante. Adicionalmente, la Sala explicó el error de derecho afirmando que «*the defense of mistake of law can succeed under article 32 of the Statute only if Thomas Lubanga Dyilo was unaware of a normative objective element of the crime as a result of not realizing its social significance (its everyday meaning)*»¹³¹³.

Aunque esta postura se ha criticado afirmando que el concepto de *mens rea* en el derecho penal anglosajón no puede entenderse como equivalente al concepto de culpabilidad del derecho continental, ya que en ese sistema no se reconoce el conocimiento de la antijuridicidad como un requisito necesario para la imputación del crimen¹³¹⁴, lo cierto es que, si bien no se estudia como una categoría adicional, si hace parte de la estructura del

¹³¹² BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 515.

¹³¹³ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges. 29 January 2007. para 316. [La defensa del error de la ley solo puede tener éxito en virtud del artículo 32 del Estatuto si Thomas Lubanga Dyilo desconocía un elemento normativo objetivo del delito como resultado de no darse cuenta de su significado social (su significado cotidiano)] (traducción libre). En ese mismo sentido se han pronunciado algunos autores, por ejemplo KNOOPS sostiene esta postura cuando afirma que “*Defenses that are meant to challenge the issue of mens rea are confined to the sub category of “excuses” as opposed to justifications; such defenses denounce the mental element required for a crime; yet, they do not dismantle the crime itself of its illegality*”, teniendo en cuenta que las *excuses* se refieren a los elementos de la culpabilidad en el derecho penal anglosajón. KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *Mens rea at the International Criminal Court*. Brill Nijhoff, Leiden, 2017. p. 234. [Las defensas que están destinadas a desafiar el tema de *mens rea* se limitan a la subcategoría de “excusas” en lugar de justificaciones. Tales defensas denuncian el elemento mental requerido para un crimen; sin embargo, no desmantelan el delito mismo de su ilegalidad] (traducción libre)

¹³¹⁴ AMBOS que “*La opinión sostenida en repetidas ocasiones y también absolutamente obvia por la frecuente referencia a la “guilty mind” de que la mens rea conllevaría a la vez el reproche de culpabilidad, no está libre de objeciones, ya que en el derecho angloamericano no se diferencia en principio entre dolo (genérico) y elementos subjetivos especiales del tipo, no se reconoce a la conciencia de la antijuridicidad como elemento independiente del delito o explícitamente – en el sentido de la teoría del dolo del derecho alemán – como elemento integrante de la mens rea. (...) También el contenido y la estructura del art. 30 dejan en claro que allí el concepto de “mental element” ha de entenderse en el sentido de dolo (genérico). Se trata solo de la realización a sabiendas e intencional de los elementos del tipo y no de la antijuridicidad de la acción*”. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 386.

delito¹³¹⁵. Así lo reconoce, por ejemplo, el Código Penal Modelo de los Estados Unidos que en la Sección 2.04. reconoce el error de derecho como excluyente de la responsabilidad penal en ciertas condiciones. Por eso, el Estatuto de Roma, al adoptar esta posición, coincide con todos los ordenamientos jurídicos estudiados pues como bien afirma BASSIOUNI la responsabilidad penal “(...) *in all systems is predicated on a number of legal assumptions or presumptions, most notably freedom of will, mental capacity and knowledge of the law*”¹³¹⁶.

Así entendida la culpabilidad, debe tenerse en cuenta que existen varias razones por las cuales un sujeto puede incurrir en un error. más allá de las razones más comunes que reconocen todos los sistemas jurídicos, los intérpretes del Estatuto de Roma y los operadores jurídicos que lo aplican, deben ser conscientes del marco en el que este se encuadra. El Estatuto es uno de los instrumentos internacionales más invasivos de la soberanía de los Estados, no solo porque regula disposiciones de carácter penal que pueden llegar a aplicarse por encima de las disposiciones del derecho interno, por encima de las Cortes nacionales, sino que incluso, puede juzgar a los líderes de un Estado. Pero, además, dada su vocación de universalidad trata de armonizar los conceptos generales y los principios que permiten y generan la responsabilidad penal. Por ello, no puede ignorar que esos principios y las estructuras de la teoría del delito, están creadas como límites al poder punitivo, primero del Estado y, en la actualidad de la comunidad internacional que se ha apropiado del *ius puniendi*, aunque no lo haya hecho sin justa causa.

Si el Estatuto de Roma otorga a la comunidad internacional la capacidad de juzgar a los individuos a partir de la aquiescencia de los Estados a los que estos pertenecen, al menos en principio, lo correcto en términos de dignidad humana es que reciba de ellos también, las garantías y los principios que le ponen límites al ejercicio del poder en contra del ciudadano que ha delinquido, sin importar que tan grave sea el delito que ha cometido. Debe recordarse que tal como lo afirma FERRAJOLI, “[h]istóricamente, en efecto, el derecho penal nace, no

¹³¹⁵ En ese mismo orden de ideas, se afirma que “*Furthermore, when holding an accused criminally responsible for war crimes, his mens rea with respect to the illegality of the attack must be established*”. KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *Mens rea at the International Criminal Court*. Brill Nijhoff, Leiden, 2017.

¹³¹⁶ BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 411. [(la responsabilidad penal) en todos los sistemas se basa en una serie de supuestos o presunciones legales, especialmente la libertad de voluntad, la capacidad mental y el conocimiento de la ley] (traducción libre).

como desarrollo, sino como negación de la venganza; no en continuidad, si no en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es de por sí una culpable y feroz pasión, si no, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza”¹³¹⁷.

El derecho penal es la monopolización de la fuerza por parte del Estado, o en este caso de los Estados, para otorgar a los ciudadanos que han delinuido un juicio y una pena justos. Si el Estatuto de Roma y todo el derecho penal internacional están destinados a proteger los bienes jurídicos más importantes para la humanidad y a sancionar los crímenes más graves, que atentan contra su conciencia y sus valores más profundos, no puede ignorar este mismo sistema los de algunos ciudadanos. Parte de esas garantías consisten en reconocer que las personas pertenecen a culturas diferentes, con tradiciones jurídicas y políticas distintas, con costumbres diversas, que derivan en normas jurídico-penales de diferente índole. En ese orden de ideas, frente a las razones para fundamentar un error de derecho, que pueda anular el tipo subjetivo o la *mens rea*, deberá tenerse en cuenta que hay estructuras que no se reconocen dentro de algunos ordenamientos y de los cuales no puede derivarse en ciertos Estados responsabilidad penal¹³¹⁸. No puede exigírsele a un sujeto que actúe conforme a un derecho que le exige un vínculo subjetivo que le es completamente ajeno y responsabilizarlo penalmente por haber ignorado una norma que no conocía y no estaba en posibilidad de conocer porque para su cultura jurídica carece por completo de validez¹³¹⁹.

¹³¹⁷ FERRAJOLI. *Derecho...*, op.cit. p. 333.

¹³¹⁸ Una importante discusión con respecto al error de derecho en el Estatuto de Roma se está llevando a cabo en el proceso en contra de Dominic Ongwen, en la Situación en Uganda. El acusado fue reclutado como niño soldado por el Lord's Resistance Army a los nueve años y su defensa alega que como consecuencia de los malos tratos a los que fue sometido y el contexto en el que se crió debe reconocerse que actuó bajo coacción y que estaba incurrido en un error de derecho. International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Uganda. Case of the Prosecutor v Dominic Ongwen. Decision on the confirmation of charges 23 March 2016.

¹³¹⁹ El derecho penal anglosajón reconoce las 'cultural defences'. Explica HIGGINS que "*the term 'cultural defence' has been defined to include all possible settings in which cultural factors affect the penal liability of individuals in cases brought before the court. However, the term is also sometimes extended to include cultural features that are presented throughout the course of a case, including plea bargaining or mitigating factors with respect to a defendant's sentence, thus encompassing both liability and mitigation issues*". HIGGINS,

Reconocer esta diversidad cultural es perfectamente posible a partir de las mismas estructuras que contiene el Estatuto de Roma, en la medida en la que el artículo 21 establece dentro de las fuentes aplicables por la Corte Penal Internacional «*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*», como fuente capaz de llenar de contenido las lagunas que se generen en la interpretación y aplicación de los conceptos contenidos en el Estatuto de Roma. La única fuente jurídica capaz de llenar de contenido el error de prohibición, es decir, el único mecanismo con el que cuenta el juez para poder determinar si, en un caso concreto, era posible que un sujeto conociera una norma de derecho penal internacional, incluyendo las formas de *mens rea* o el tipo subjetivo con el que le estaba prohibido actuar, es el ordenamiento al cual pertenece el sujeto activo de la conducta, que indicará la norma que conocía y que estaba en capacidad de conocer¹³²⁰.

En ese mismo sentido, debe considerarse que el artículo 21 del Estatuto de Roma, en el numeral (1) b) afirma que “(...) *cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados*”. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconocen la cultura como un derecho humano que debe ser reconocido y respetado por los Estados, hacen parte de los tratados de derecho internacional que podrían ser utilizados por la Corte, por lo cual se ha propuesto que “*therefore, cultural issues could be considered by*

Noelle. *Cultural Defences at the International Criminal Court*. Routledge, New York, 2018. p. 9. [El término “defensa cultural” se ha definido para incluir todos los entornos posibles en los que los factores culturales afectan la responsabilidad penal de los individuos en los casos que se presentan ante el tribunal. Sin embargo, el término a veces también se extiende para incluir características culturales que se presentan a lo largo del curso de un caso, incluyendo la negociación de culpabilidad o factores atenuantes con respecto a la sentencia de un acusado, que engloba cuestiones de responsabilidad y mitigación] (traducción libre).

¹³²⁰ En ese contexto debe tenerse en cuenta que “[e]xpert witnesses can help to mitigate against the abuse of the cultural defence by testifying to the cultural traditions in differ cultures and communities. Claims by defendants as to their actions being based on, or emanating from, a particular culture can be analysed better once evidence as to the defendants culture is provided”. HIGGINS, Noelle. *Cultural Defences at the International Criminal Court*. Routledge, New York, 2018. p. 35 [Los testigos expertos pueden ayudar a mitigar el abuso de la defensa cultural al dar testimonio de las tradiciones culturales en diferentes culturas y comunidades. Los reclamos de los acusados en cuanto a que sus acciones se basan o emanan de una cultura particular se pueden analizar mejor una vez que se proporcionen pruebas sobre la cultura de los acusados] (traducción libre).

*the Court, if they rely on Article 21(1)b). This could, in theory, support the claim to raise cultural defenses before the Court*¹³²¹.

Además, otros elementos que en el derecho penal continental hacen parte de la culpabilidad han sido tenidos en cuenta por los redactores del Estatuto de Roma, aunque hacen referencia a ellos como requisitos a ser considerados para determinar la duración de la pena. Así, la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba¹³²² exige que «1. *In its determination of the sentence pursuant to article 78, paragraph 1, the Court shall: (a) Bear in mind that the totality of any sentence of imprisonment and fine, as the case may be, imposed under article 77 must reflect the culpability of the convicted person*», haciendo clara referencia a la culpabilidad del procesado como límite de la punibilidad, garantizando la proporcionalidad de la pena. En exacto sentido la versión de la regla en francés afirma que «*Lorsqu'elle fixe la peine conformément au paragraphe 1 de l'article 78, la Cour: a) Garde à l'esprit que la peine prononcée en vertu de l'article 77, emprisonnement ou amende selon le cas, doit être au total proportionnée à la culpabilité*».

¹³²¹ HIGGINS, Noelle. *Cultural Defences at the Internacional Criminal Court*. Routledge, New York, 2018. p. 43. [por lo tanto, las cuestiones culturales podrían ser consideradas por la Corte, si se basan en el Artículo 21 (1) b). Esto podría, en teoría, apoyar el reclamo de elevar las defensas culturales ante la Corte] (traducción libre)

¹³²² Reglas de Procedimiento y Prueba. «Regla 145. *Imposición de la pena 1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal; b) Ponderará todos los factores pertinentes, entre ellos los atenuantes y los agravantes, y tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y las del crimen; c) Además de los factores mencionados en el párrafo 1 del artículo 78, tendrá en cuenta, entre otras cosas, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado. 2. Además de los factores mencionados en la regla precedente, la Corte tendrá en cuenta, según proceda: a) Circunstancias atenuantes como las siguientes: i) Las circunstancias que no lleguen a constituir causales de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; ii) La conducta del condenado después del acto, con inclusión de lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte; b) Como circunstancias agravantes: i) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar; ii) El abuso de poder o del cargo oficial; iii) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa; iv) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas; v) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21; vi) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas. 3. Podrá imponerse la pena de reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado puestas de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes*».

No obstante, llama la atención la versión en español de esta regla pues, aunque el término “culpabilidad” es comúnmente utilizado en este sentido en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y en el español, la regla se abstiene de utilizarlo. Dice la norma: «1. La Corte, al imponer una pena de conformidad con el párrafo 1 del artículo 78: a) Tendrá presente que la totalidad de la pena de reclusión o multa, según proceda, que se imponga con arreglo al artículo 77 debe reflejar las circunstancias que eximen de responsabilidad penal». En ese orden de ideas, la versión en español del Estatuto excluye otros elementos que también hacen parte de la culpabilidad, entendida como la categoría que abarca todos los elementos subjetivos del delito, ignorando la intensidad del dolo, el conocimiento de la antijuridicidad, la capacidad del sujeto de determinarse por la norma, entre otros¹³²³.

Aun así, una interpretación literal de la norma en español no es admisible. Primero, porque no se compadece con las versiones en los otros idiomas, que como ya se explicó, son también textos oficiales, haciendo necesario que para aplicar el Estatuto de Roma y los dos documentos que lo complementan sea necesario realizar una interpretación coherente de las tres versiones. En segundo lugar, porque el espíritu de la regla no es coherente con limitar las penas a partir de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal. Estas circunstancias se encuentran descritas en el artículo 31 del Estatuto Roma, por lo cual la regla así entendida solamente sería una redundancia. Al respecto hay que recordar que, de acuerdo con la nota explicativa de las Reglas de Procedimiento y Prueba, «(...) [a]l elaborar las Reglas de Procedimiento y Prueba se ha procurado evitar la reformulación y, en la medida de lo posible, la repetición de las disposiciones del Estatuto».

Pero, lo más importante, es que los literales siguientes de la misma regla, destinada a limitar las penas que puede imponer la Corte Penal Internacional, se refieren a elementos propios de la culpabilidad, como por ejemplo «la edad, instrucción y condición social y económica del

¹³²³ STAHN hace una crítica a esta regla, afirmando que: “The main question is thus whether the offender loses the ability to distinguish between right and wrong. This framing is problematic, since atrocity crimes are often conformist rather than deviant. It implies that a person must be ‘one hundred per cent insane when he committed the acts, otherwise he will be regarded as mentally sane’”. STAHN. *A Critical ...*, op cit. p. 149. [El asunto es si el acusado pierde la habilidad de distinguir entre el bien y el mal. Esta redacción es problemática, dado que los crímenes atroces a menudo son conformistas en lugar de desviaciones. Implica que una persona debe estar 100% loco cuando comete estos actos o será visto como mentalmente capaz] (traducción libre).

condenado», «las circunstancias del condenado y las del crimen» y «la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción». En consecuencia, debe entenderse que el límite a la duración de la pena debe provenir de la culpabilidad, entendido en el sentido de abarcar las circunstancias personales del autor, incluyendo el conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y su capacidad de entender y motivarse por la norma¹³²⁴. Esto, porque, además, el propio Estatuto de Roma, en el artículo 78 adhiere esta interpretación, afirmando que *«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».*

Un caso emblemático en ese sentido se produjo en la sentencia en contra de Ahmad Al Faqi Al Mahdi, quien aceptó cargos y fue condenado a nueve años de prisión por la Corte Penal Internacional por la destrucción de varios mausoleos y una mesquita en Timbuktu, Mali, de acuerdo con el artículo 8(2)(e)(iv) *“Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos (...)”*, lo que constituye un crimen de guerra. No obstante, la sentencia ha sido criticada porque dentro de la imposición de la pena no se tuvo en cuenta que la culpabilidad del acusado podía disminuirse en virtud de sus creencias religiosas y de su cultura. Si bien en el caso presente no parece plausible afirmar que la Sala ha debido absolver al acusado, más cuando él mismo se declaró culpable, es cierto que un análisis con respeto a los motivos culturales y religiosos que lo llevaron a cometer los hechos pudo constituir un argumento interesante a la hora de determinar la culpabilidad del acusado¹³²⁵.

De acuerdo con HIGGINS, *“While it is not suggested that these defenses could have or should have, succeeded, it is proposed that the religious motivations and cultural context of the crimes committed deserved additional attention from the Chamber. (...) While the Chamber’s lack of engagement with the impact of religious/cultural factors on Mr. Al Mahdi’s actions may be justified as he had already entered a guilty plea, an indeed, issued an apology for his actions, it is submitted that a discussion of relevant Islamic Law (...) could have placated a*

¹³²⁴ JESCHECK. “The General...”, op.cit. p. 46.

¹³²⁵ International Criminal Court. Trial Chamber VIII. Situation in the Republic of Mali. Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi. Judgment and Sentence. 27 september 2016.

*number of States who view the Court as a Eastern imperialist institution. By ignoring this religious/cultural component of the destruction of cultural property, the Court missed an opportunity to illustrate its respect for all legal traditions*¹³²⁶.

En ese orden de ideas, el concepto de culpabilidad incorporado al Estatuto de Roma reconoce, por un lado, que además del conocimiento y la intención sobre los elementos materiales del crimen, como lo establece el artículo 30, el autor debe actuar con otros elementos subjetivos, como son el conocimiento de la antijuridicidad y las finalidades o motivos específicos que se han incorporado en algunas de las definiciones de los delitos. Por otro lado, reconoce que el error constituye la definición negativa del dolo¹³²⁷, en la medida en la que el desconocimiento de los elementos materiales y de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta son suficientes para negar la *mens rea* y, con ella, la responsabilidad penal. Así pues, no será penalmente responsable quien no conocía uno o más de los elementos del crimen.

Por ello, ya que el Estatuto de Roma tiene el propósito de proteger a toda la humanidad, juzgando a ciudadanos de todas partes del mundo, no puede olvidarse que cada cultura es distinta. Un verdadero ejercicio de derecho comparado no pretende imponer los conceptos de una tradición jurídica sobre otra, sino que permite encontrar los puntos comunes entre ellas y respeta los aspectos en los que son distintas. Un ordenamiento internacional verdaderamente basado en la dignidad humana respeta que son muy pocos los conceptos realmente universales y que las personas tienen culturas y tradiciones jurídicas distintas, por lo que no puede imponérseles un orden jurídico penal que vaya más allá de sus mínimos comunes y el Estatuto de Roma cuenta con los instrumentos para que su aplicación respete

¹³²⁶ HIGGINS, Noelle. *Cultural Defences at the Internacional Criminal Court*. Routledge, New York, 2018. p. 91. [Si bien no se sugiere que estas defensas hayan tenido o debieran tener éxito, se propone que las motivaciones religiosas y el contexto cultural de los crímenes cometidos merecieran atención adicional de la Cámara. (...) Si bien la falta de compromiso de la Cámara con el impacto de los factores religiosos y culturales de las acciones del Sr. Al Mahdi se puede justificar, ya que ya se había declarado culpable, en verdad, se emitió una disculpa por sus acciones, se afirma que una discusión de la Ley Islámica pertinente (...) podría haber aplacado a varios Estados que consideran a la Corte como una institución imperialista de Occidente. Al ignorar este componente religioso y cultural de la destrucción de los bienes culturales, el Tribunal perdió una oportunidad para ilustrar su respeto por todas las tradiciones legales] (traducción libre).

¹³²⁷ Al respecto afirma FAKHOURI GÓMEZ que “[p]or regla general se parte de la base que el error constituye la cara opuesta del dolo”. FAKHOURI GÓMEZ. *El objeto...*, op.cit. p. 23.

estas premisas. Dentro de este marco deben entenderse cada una de las formas de *mens rea* que incorpora el Estatuto de Roma.

b. El elemento subjetivo. Elemento de intencionalidad.

i. Presupuesto de análisis.

Aun cuando el artículo 30 del Estatuto de Roma, en la versión en español, se titula “elemento de intencionalidad”, de su redacción claramente se deduce que se requiere más que la sola intención para que se configure lo que en la doctrina continental equivaldría al tipo subjetivo del crimen; en ese sentido, resulta más adecuada la norma en inglés o en francés: «*mental element; élément psychologique*». Antes de entrar a dilucidar que significa intención y conocimiento a la luz del artículo 30 del Estatuto de Roma, es importante detenerse en el hecho de que, al menos el artículo, parece exigir la concurrencia de ambos elementos¹³²⁸. De acuerdo con la norma, una persona será penalmente responsable «*únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen*».

La “y” que separa los términos intención y conocimiento es, claramente, una “y” conjuntiva que obliga a que ambos elementos estén presentes en la mente del sujeto al momento en el cual se lleva a cabo el crimen¹³²⁹. Como se dijo en el capítulo anterior, en el sistema de

¹³²⁸ Adicionalmente, no debe olvidarse que la conducta del sujeto deberá ser siempre voluntaria, aunque el Estatuto de Roma no lo exija expresamente. En este sentido afirma AMBOS que “*In any case, intentional conduct is predicated on voluntary human action, that is, this is a necessary prerequisite for the existence of intent*”. AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part*. Oxford, U.K., 2013. p. 273. [En cualquier caso, la conducta internacional se basa en la acción humana voluntaria, esto es, la existencia de la intención es un prerequisite necesario] (traducción libre).

¹³²⁹ Al respecto relata SADAT que “*Thus, although there was some debate in the Preparatory Committee as to whether the requirements of intent and knowledge should be disjunctive, rather than conjunctive, it would seem that the choice of the conjunctive formulation suggests that, in general, the Framers preferred to impose liability for the crimes within the jurisdiction of the ICC Statute only in cases of serious moral culpability*”. SADAT. *The International...*, op.cit. p. 210. [Por lo tanto, aunque hubo un debate en el Comité Preparatorio sobre si los requisitos de intención y conocimiento deberían ser disyuntivos, en lugar de conjuntivos, parecería que la elección de la formulación conjuntiva sugiere que, en general, los redactores prefirieron imponer responsabilidades por los crímenes dentro de la jurisdicción del Estatuto de la CPI solo en casos de grave culpabilidad moral] (traducción libre).

derecho penal anglosajón no siempre se requiere que los delitos se lleven a cabo con intención. Dentro de este sistema, en algunas circunstancias, basta con que el autor de un delito tenga conocimiento de los hechos y los resultados que se producirán, para que sea penalmente responsable. Por el contrario, en Francia se exige que concurren ambos elementos, sin que se haya planteado la posibilidad de que el elemento psicológico pueda ser puramente cognitivo. Por su parte, aunque la postura mayoritaria en el derecho penal continental exige conocimiento y voluntad como elementos del dolo, algunas posturas han abogado por una concepción puramente cognitiva, al menos para el dolo eventual¹³³⁰.

Por esa razón, exigir la concurrencia de ambos elementos generó enormes discusiones en la Conferencia de Roma¹³³¹, pues la delegación francesa, apoyada por las delegaciones de los países de tradición continental proponían que se exigieran los dos requisitos, mientras que otras, especialmente las anglosajonas, preferían que se permitiera la responsabilidad penal con cada uno de ellos, por separado¹³³². La decisión fue, finalmente, establecer la exigencia de los dos requisitos en el artículo 30. No obstante, esto no significa que el Estatuto de Roma sea del todo coherente con esta postura, pues con base en la cláusula inicial de esta norma, algunas de las definiciones de los crímenes admiten que el autor actúe con conocimiento y sin intención, con respecto de ciertos elementos¹³³³. Esto sucede, por ejemplo, con respecto al carácter sistemático o generalizado del ataque en los crímenes de lesa humanidad, sobre el cual basta que el sujeto sea consciente, sin que se exija siquiera que conozca todos los detalles

¹³³⁰ Al respecto consultar el capítulo II de este trabajo.

¹³³¹ *“There was considerable debate throughout the process about the conjunctive “and” between intent and knowledge. Some delegations, the French in particular, insisted that both were necessary. Others of us, especially from common law jurisdictions, believed that the appropriate mental element for each separate material element had to be considered on its own merits”*. CLARK. “The Mental...”, op.cit. p. 302. [Hubo un considerable debate a lo largo del proceso sobre la conjuntiva “y” entre la intención y el conocimiento. Algunas delegaciones, en particular la francesa, insistieron en que ambas eran necesarias. Otros de nosotros, especialmente de las jurisdicciones de derecho común, creyeron que el elemento mental apropiado para cada elemento material separado debía considerarse por sus propios méritos] (traducción libre)

¹³³² Explica VAN DER VYVER que *“Drafters of the ICC Statute has also set a high threshold for convictions in the ICC by upholding the salient principle of no liability without fault and by confining the mens rea element of the crimes within the subject-matter jurisdiction of the ICC, as a general rule, to the most stringent standards of intent, including the principle that guilty knowledge is an essential ingredient of willful criminal conduct”*. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 149. [Los redactores del Estatuto de la CPI también han establecido un umbral alto para las condenas en la CPI al defender el principio sobresaliente de no responsabilidad sin falta y al confinar el elemento *mens rea* de los delitos dentro de la jurisdicción de la materia de la CPI, como regla general, a los estándares de intención más estrictos, incluido el principio de que el conocimiento culpable es un ingrediente esencial de la conducta criminal intencional]

¹³³³ CASSESE. *International...*, op.cit. p. 167,

de la política o del ataque mismo, de acuerdo con el artículo 7 del Estatuto de Roma y los Elementos de los Crímenes. Así mismo, la definición que trae el artículo 30 de intención y conocimiento permite entender que, aunque se exija que concurren ambos elementos, existe dentro del Estatuto la posibilidad de que el sujeto actúe solamente con conocimiento¹³³⁴.

A pesar de que la incorporación de los dos requisitos haya sido muy discutida, la exigencia de que concurren los dos en el delito, al menos como norma general resulta adecuada¹³³⁵. Esto, debido a que sí, como se ha asumido por algún sector¹³³⁶, el conocimiento se incluyó debido a que es imposible tener intención de cometer un delito sin conocer los elementos fácticos, su exigencia no constituye más que la aclaración de un hecho; pero al exigir la concurrencia de los dos elementos, se ha garantizado, en principio, que no se responsabilice penalmente a una persona por el mero deseo de llevar a cabo una conducta, sin que necesariamente conozca todos los factores relevantes, o por tener un conocimiento, que lo hiciera responsable, sin que en él existiera voluntad de llevar a cabo el delito¹³³⁷.

¹³³⁴ En todo caso, es preciso recordar que “(...) *el dolus antecedens y el dolus subsequens no resultan suficientes para satisfacer este requisito*” CARO CORIA, “El elemento...”, op. cit. p. 181.

¹³³⁵ De la misma opinión es WERLE quien afirma “(...) *this wording can only be understood to mean that Article 30 ICCSt. demands either intent or knowledge or both, depending on the material element. In addition, our interpretation does not conflict with the fact that the wording of Article 30(1) was changed at the last moment from ‘intent or knowledge’ to ‘intent and knowledge’. While the ‘or’ would have suggested two alternative standards of mens rea, the ‘and’ appears to refer to a meaning of intent and knowledge as recognized under civil-law systems; this is the distinction between a voluntative and a cognitive element. It fully corresponds to our understanding that the perpetrator in fact needs both intent and knowledge*”. WERLE. JESSBERGER. “Unless Otherwise... op.cit. p. 39. [(...) esta redacción solo puede entenderse como que el artículo 30 del Estatuto de Roma exige o intención, o conocimiento o ambos, según el elemento material del que se trate. Además, nuestra interpretación no entra en conflicto con el hecho de que la redacción del artículo 30 (1) haya cambiado en el último momento de “intención o conocimiento” a “intención y conocimiento”. Mientras que la “o” habría sugerido dos estándares alternativos de *mens rea*, y la “y” parece referirse a un significado de intención y conocimiento como se reconoce en los sistema de derecho civil esta distinción entre un elemento volitivo y un elemento cognitivo. Se corresponde completamente con nuestra comprensión de que, de hecho, el perpetrador necesita tanto intención como conocimiento] (traducción libre).

¹³³⁶ “*However, if the conjunctive version was chosen on the theory that one cannot act ‘intentionally’ without having the ‘knowledge of the relevant surrounding circumstances’, it would not have been necessary to mention knowledge as an element of its own at all as an inherent precondition of intent. At any rate, the conjunctive version is at least better than a disjunctive one would have been as the latter might promote the misinterpretation*”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 905. [Sin embargo, si la versión conjuntiva se eligió con base en la teoría de que uno no puede actuar “intencionalmente” sin tener el “conocimiento de las circunstancias relevantes”, no habría sido necesario mencionar el conocimiento como un elemento propio en absoluto ya que era un elemento inherente y condición previa de la intención. En cualquier caso, la versión conjuntiva es al menos mejor que una disyuntiva, ya que esta última podría promover la mala interpretación] (traducción libre)

¹³³⁷ Afirma MARCHUK que “[a]ll material elements of a crime stipulated in the Rome Statute and the ICC Elements of Crimes must be covered by the requisite mens rea standard. The default requirement in Article 30 of the Rome Statute encompasses two separate entities, intent and knowledge. However, the early jurisprudence

No obstante, la introducción de los Elementos de los Crímenes parece autorizar que cada uno de los dos términos del artículo 30 se aplique por separado. De acuerdo con el segundo párrafo de la introducción de ese instrumento, “(...) 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**. (...)” (énfasis propio). En ese orden de ideas, aparentemente contraviniendo la literalidad del artículo 30 del Estatuto de Roma, da a entender que un crimen de la Corte puede cometerse con uno solo de los elementos, intención o conocimiento, y no se requiere que concurren ambos en todos los casos.

Así pues, se ha sugerido que el artículo 30 debe interpretarse de una forma particular. En ese sentido CASSESE afirma que, en el derecho internacional, las normas de interpretación establecen que la interpretación puramente gramatical debe ceder frente a una interpretación lógica que sea más eficaz y sea más coherente con el propósito y de la norma. Por esto, entiende que «[i]t is therefore admissible to construe the word ‘and’ as also including the word ‘or’ when this logically required»¹³³⁸. En contra de esta propuesta, la Sala de Cuestiones Preliminares I afirmó que los conceptos intención y conocimiento del artículo 30 del Estatuto de Roma constituían una «cumulative reference»; es decir que deben acumularse ambos elementos¹³³⁹.

Sin embargo, una lectura integral del artículo 30 del Estatuto de Roma hace que tal interpretación resulte innecesaria, además de que es algo extraño cambiar una palabra por otra que no ha sido incorporada en la redacción del artículo. Los numerales 2 y 3 del artículo

ignores a semantic difference between intent and knowledge by merging those two independent entities into the fully-fledged definition of intent”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 127. [Todos los elementos materiales de un crimen estipulado en el Estatuto de Roma y en los Elementos de los Crímenes de la CPI deben estar cubiertos por la norma de mens rea requerida. El requisito predeterminado en el Artículo 30 del Estatuto de Roma abarca dos entidades separadas, intención y conocimiento. Sin embargo, la jurisprudencia ignora una diferencia semántica entre la intención y el conocimiento al fusionar esas dos entidades independientes en la definición completa de la intención] (traducción libre)

¹³³⁸ CASSESE. *International...*, op.cit. p. 177. [Por lo tanto, es admisible interpretar la palabra “y” como que también incluye la palabra “o” cuando esto lógicamente se requiere] (traducción libre)

¹³³⁹ International Criminal Court, Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges. 29 January 2007. para 351.

30 definen “intención” y “conocimiento”, basando las definiciones en el objeto sobre el cual recae el elemento mental¹³⁴⁰. Así pues, la intención recae sobre las conductas y las consecuencias, mientras que el conocimiento recae sobre las circunstancias y las consecuencias. Esto implica que el Estatuto ha adoptado la postura del derecho anglosajón, en el que se entiende que para cada uno de los elementos de un delito se exige un elemento de intencionalidad distinto, como se explicó en el capítulo anterior. Por ello, es absolutamente comprensible que los elementos de los crímenes admitan que con solo uno de los elementos subjetivos o elementos del dolo sea suficiente para consumar un delito.

ii. El artículo 30 del Estatuto de Roma.

El Artículo 30 del Estatuto de Roma afirma que los elementos que componen la *mens rea*, es decir intención y conocimiento, deben recaer sobre «*los elementos materiales del crimen*», que a renglón seguido se definen con la conducta, las consecuencias y las circunstancias que componen las definiciones de los crímenes. En ese orden de ideas, quedan excluidos los aspectos procesales como la competencia de la Corte, por ejemplo¹³⁴¹. Así pues, actúa intencionalmente quien se propone incurrir en una conducta o se propone causar una consecuencia. También actúa intencionalmente quien es consciente de que una consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos. A su vez, actúa con conocimiento quien es consciente de que existe una circunstancia¹³⁴² o, con respecto a una consecuencia, quien sabe que esta se producirá en el curso normal de los acontecimientos. En el mismo

¹³⁴⁰ Al respecto explica BADAR que “*This is a remarkable shift from an ‘offence analysis’ approach to an ‘element analysis’ approach. Under ‘offence analysis’, crimes are defined in general terms; intentional crimes, reckless crimes and negligent crimes, whereas ‘element analysis’ in contrast, recognises that a single crime definition may require a different culpable state of mind for each objective element of the offence*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 385. [Este es un cambio notable de enfoque de “análisis de ofensas” a un enfoque de “análisis de elementos”. En el “análisis de delitos”, los delitos se definen en términos generales como Crímenes intencionales, crímenes imprudentes y crímenes negligentes, mientras que el “análisis de elementos” en contraste, reconoce que una sola definición de delito puede requerir un estado de ánimo culpable diferente para cada elemento objetivo del delito] (traducción libre)

¹³⁴¹ ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 909.

¹³⁴² Un ejemplo de circunstancias es el siguiente: “*En favor de exigencia de dolo habla también una consideración paralela referida al elemento típico de las personas y objetos protegidos. Se trata aquí de los objetos del hecho a los cuales indiscutiblemente se debe referir el dolo. En el lenguaje del artículo 30 se trata de una circunstancia que debe ser conocida por el autor*”. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 411.

sentido deben entenderse los términos “a sabiendas” y “con conocimiento” cuando aparezcan en el texto del Estatuto de Roma, de acuerdo con el último inciso del numeral 3 de ese artículo.

En igual sentido, con respecto a la conducta solamente se exige que el autor de un delito actúe con intención, dado que el conocimiento no está definido para este elemento de los crímenes. Del mismo modo, las circunstancias solamente exigen que el sujeto activo tenga conocimiento, pero no que tenga voluntad con respecto de ellas. Por el contrario, las consecuencias o los resultados deberán cometerse con intención y conocimiento, pues así lo establece el artículo 30 con respecto de ellos¹³⁴³. En ese orden de ideas, la disposición de los elementos de los crímenes, que permite que se aplique “*el conocimiento, la intención o ambos*” se entiende perfectamente si se parte de la base que frente a cada elemento del crimen se requieren elementos de intención o elementos mentales específicos. Ahora bien, dado que cada crimen incluye, además de la conducta, al menos una circunstancia o un resultado, el crimen siempre se cometerá con intención y conocimiento, de conformidad con el numeral primero del artículo 30¹³⁴⁴.

Aún con la intención de ser exhaustiva, las definiciones del artículo 30 del Estatuto de Roma permiten un gran número de interpretaciones y se han prestado para que a su alrededor surjan discusiones muy profundas. La multiplicidad de términos utilizados a lo largo del Estatuto y el hecho de que en muchas ocasiones no concuerden con las disposiciones del artículo 30 del Estatuto de Roma genera la necesidad de dar claridad a los términos. El propósito es evitar el fenómeno que se presentó en la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* que llevó a afirmar que “[t]he developed case law on mens rea in the ad hoc tribunals is nothing less than an

¹³⁴³ FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p. 340.

¹³⁴⁴ Adicionalmente, “[a]lthough not explicitly mentioned in Article 30 of the ICC Statute, there can be no doubt that consequences or circumstances which merely aggravate (or reversed, mitigate) the gravity of the crime or the blameworthiness of the perpetrator must be comprised by his intent and knowledge in the same way as the elements constitute the crime”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 920. [Aunque no se menciona explícitamente en el artículo 30 del Estatuto de la CPI, no cabe duda de que las consecuencias o circunstancias que simplemente agravan (o revierten, mitigan) la gravedad del delito o la culpabilidad del autor deben estar comprendidas por su intención y conocimiento de la misma manera que los elementos constituyen el delito] (traducción libre).

*ill-defined construction of overlapping terms that significantly undermines the principle of culpability in international criminal law*¹³⁴⁵.

iii. Las distintas formas de elemento de intencionalidad.

Dentro de ese contexto, el análisis debe partir de las definiciones de “intención” y “conocimiento” que están contenidas en el artículo 30 del Estatuto de Roma. Estas definiciones no son del todo claras, porque los términos allí utilizados se prestan para diversas interpretaciones, por lo cual se admitirían distintas formas de elemento intencional. Esto es aún más importante si se tiene en cuenta que los intérpretes, provenientes de distintas tradiciones jurídicas, entenderán el elemento de intencionalidad de acuerdo con su formación.

1. El dolo directo de primer grado.

El primer elemento que está definido en el artículo 30 del Estatuto de Roma es la intención, a la que se dedica el numeral 2 de ese artículo. De acuerdo con él, para identificar el elemento intencional del sujeto debe, en primer lugar, determinarse el elemento sobre el cual recaerá la intención o el conocimiento¹³⁴⁶. Así pues, la intención se define de manera distinta, según si se refiere a una conducta o a una consecuencia¹³⁴⁷. En relación con la conducta, actúa

¹³⁴⁵ MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 125. [La jurisprudencia desarrollada sobre mens rea en los tribunales ad hoc no es más que una construcción mal definida de términos superpuestos que socava significativamente el principio de culpabilidad en el derecho penal internacional] (traducción libre)

¹³⁴⁶ Explica FINNIN que “[b]ecause the mental element is defined differently for different kinds of material elements, the classification of a material element as a conduct, consequence or circumstance element is critical: the relevant mental element cannot be determined until each material element of a crime is properly characterized”. FINNIN. “Mental elements ...”, op.cit. p. 338. [Debido a que el elemento mental se define de manera diferente para diferentes tipos de elementos materiales, la clasificación de un elemento material como un elemento de conducta, consecuencia o circunstancia es crítica: el elemento mental relevante no se puede determinar hasta que cada elemento material de un crimen se caracterice adecuadamente].

¹³⁴⁷ Estatuto de Roma. «Artículo 30. Elemento de intencionalidad. (...) 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.» Rome Statute. «Article 30. Mental element. (...) 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events». Statut de Rome. « Article 30 Élément psychologique. (...) 2. Il y a intention au sens du présent article lorsque : a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement ;

intencionalmente, quien se propone incurrir en ella. Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares I en la decisión de confirmación de cargos de *Lubanga* afirmó que la intención con respecto de la conducta incluida en la disposición del artículo 30 incluye tanto acciones como omisiones¹³⁴⁸. Con respecto a una consecuencia o resultado, el Estatuto incorpora dos definiciones de intención, que amplían el concepto, más allá de la mera definición ordinaria. De acuerdo con esto, actúa intencionalmente quien se propone causar el resultado, pero también quien es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos¹³⁴⁹.

La primera definición es la más tradicional del término intención, que en principio no genera mayores problemas¹³⁵⁰, describe la voluntad propia del dolo directo de primer grado, donde

b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ».

¹³⁴⁸ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges. 29 January 2007. para 351-352. También, International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges, 30 Sept. 2008. para 529. Al respecto recuerda MARCHUK que “(...) which runs against the argument laid down in the Commentary to the Rome Statute that the omissions are not covered by the default rule in Article 30 but may fit the framework of criminal responsibility according to the opening words “unless otherwise provided”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 128. [...] que va en contra del argumento expuesto en el Comentario al Estatuto de Roma de que las omisiones no están cubiertas por la regla predeterminada en el Artículo 30, pero pueden encajar en el marco de responsabilidad penal de acuerdo con las palabras iniciales “a menos que se indique lo contrario”] (traducción libre)

¹³⁴⁹ Cabe resaltar la explicación que dan GIL GIL y MACULAN sobre la intención, afirmando que “*El art. 30.2.a) exige para integrar el dolo (mens rea o elemento subjetivo general), en primer lugar, la voluntad o propósito de realizar la conducta delictiva. Algunos autores, han entendido que este precepto se refiere exclusivamente a la exigencia de un movimiento voluntario, y por tanto sirve únicamente para excluir los supuestos de movimientos involuntarios, que la dogmática penal califica de falta de acción. Entendemos, con otra parte de la doctrina, que esta interpretación es incorrecta. El art. 30.2 a) no se limita a exigir la voluntariedad del movimiento corporal, elemento esencial del concepto de acción*”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 194. Dentro de estos autores que entienden voluntad en este sentido está ESER que afirma “*Therefore, though it may appear as a matter of course, ‘meaning to engage in the conduct’ does not mean more than the perpetrators will to act at all in voluntarily doing or omitting the physical movement (as distinct from involuntary moving or staying unmoved) and to behave in this and not in another way. In this respect, article 30(2)(a) is indeed no more than the requirement of voluntary conduct without regard to its purpose or result*”, postura que no se comparte. ESER. “*Mental Elements...*, op.cit. p. 913. [Por lo tanto, aunque puede parecer una cuestión de curso, “teniendo la intención de participar en la conducta” no significa más que la voluntad de los perpetradores de actuar para hacer u omitir voluntariamente el movimiento físico (a diferencia del movimiento involuntario o de permanecer impasible) y comportarse así y no de otra manera. A este respecto, el artículo 30 (2) (a) no es más que el requisito de conducta voluntaria sin tener en cuenta su propósito o resultado] (traducción libre).

¹³⁵⁰ Así lo define FINNIN “*(...) it should therefore be interpreted as covering cases characterized by the accused’s purposeful will to engage in the conduct or bring about the prohibited consequence (ie where the volitional component is very high) (...) This interpretation of the language ‘means to’ (...) requires that the accused act with the ‘concrete intent’, ‘purposeful will’ or ‘express intent’ to bring about the material elements*

esta es absolutamente preponderante, pues la finalidad del sujeto coincide con el resultado producido. La segunda, por el contrario, resulta en una ampliación, en la medida en la que no exige que el autor de delito tenga el propósito o la finalidad de producir el resultado, sino que basta con que haya previsto el resultado y sepa que se producirá, salvo que se presenten una circunstancia que desvíe el curso causal que él ha iniciado. Así pues, de esta primera lectura quedan excluidos los casos en los que él autor toma medidas para evitar ese resultado o confía fundadamente en que no se producirá, lo que dentro del sistema continental de derecho penal equivaldría a una imprudencia consciente.

En igual sentido, en el artículo 30, la definición del conocimiento depende del objeto sobre el cual recae el mismo¹³⁵¹. El Estatuto prevé que el conocimiento puede referirse a una circunstancia o a una consecuencia. En el primer caso, el conocimiento debe entenderse como la conciencia de que existe una circunstancia¹³⁵². En el segundo caso, el conocimiento sobre el resultado es la conciencia de que este se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Debe notarse que, con respecto a la consecuencia del delito, la segunda definición de “intención” y la definición de “conocimiento” son exactamente iguales, por lo

of the crime”. FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p. 341. [por lo tanto, debe interpretarse como que cubre los casos caracterizados por la voluntad intencional del acusado de participar en la conducta o provocar la consecuencia prohibida (es decir, cuando el componente volitivo es muy alto) (...) Esta interpretación del lenguaje “pretende” (...) requiere que el acusado actúe con la “intención concreta”, la “voluntad intencional” o la “intención expresa” de producir los elementos materiales del crimen] (traducción libre)

¹³⁵¹ Estatuto de Roma. «Artículo 30. Elemento de intencionalidad. (...) 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 » Rome Statute. «Article 30. Mental element. (...) 3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists, or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly». Statut de Rome. « Article 30 Élément psychologique. (...) 3. Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu’une personne est consciente qu’une circonstance existe ou qu’une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. « Connaître » et « en connaissance de cause » s’interprètent en conséquence ».

¹³⁵² En ese sentido, ESER afirma que “Insofar as the material element is based on a certain fact, the perpetrator must be aware of it by means of his senses; (...). The Preparatory Commission’s Elements are correct to this extent in requiring that the perpetrator was aware of the factual circumstances that established the protected status of the person or property”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 923. Con respecto a las circunstancias también debe tenerse en cuenta que “(...) the perpetrator can himself be characterized by special circumstances in terms of possessing a definitional required qualification, such as his being a military commander or superior”. *Ibidem*. p. 919. [En la medida en que el elemento material se basa en cierto hecho, el perpetrador debe ser consciente de ello por medio de sus sentidos; (...). Los Elementos de la Comisión Preparatoria son correctos en este sentido al exigir que el autor fuera consciente de las circunstancias fácticas que establecieron el estado de protección de la persona o propiedad (...) el autor puede caracterizarse por circunstancias especiales en términos de poseer una definición o cualificación requerida, como ser un comandante militar o superior] (traducción libre)

que, aunque se exija que él sujeto actúe en todos los casos con conocimiento e intención, con respecto a la consecuencia basta con que sepa que esta se producirá si se mantiene el curso causal que ha iniciado, sin intervenciones que provengan de fuentes extrañas¹³⁵³. En consecuencia, queda consagrado el dolo directo como el elemento subjetivo general con el que deberán cometerse los crímenes internacionales¹³⁵⁴, salvo que la definición concreta de un crimen prevea otra cosa, a través de sus dos elementos principales: la intención y el conocimiento¹³⁵⁵.

Al combinar los conceptos definidos en el artículo 30 del Estatuto de Roma, la conclusión más evidente es que ha quedado incorporada la forma más grave de *mens rea* o tipo subjetivo reconocido por todos los sistemas y cuyo contenido es casi idéntico. Recapitulando lo que se explicó en el capítulo II de este texto, de acuerdo con los sistemas de Estados Unidos e Inglaterra, actúa con intención o propósito quien sabe que existe una circunstancia y, en el marco de ese conocimiento, se propone llevar a cabo una conducta y producir un resultado delictivo. En consecuencia, la *intention* del derecho anglosajón está plenamente comprendida dentro del artículo 30 del Estatuto de Roma¹³⁵⁶. En ese mismo sentido, debe tenerse en cuenta

¹³⁵³ “Surprisingly, Article 30 assigns two different culpable states of mind for the consequence element, namely *intent and knowledge*”. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 477.

¹³⁵⁴ CHIAVARIO. *La justice...*, op.cit. p. 271.

¹³⁵⁵ En ese sentido la Sala de Cuestiones Preliminares I afirmó que «*The cumulative reference to “intent” and “knowledge” requires the existence of a volitional element on the part of the suspect. This volitional element encompasses, first and foremost, those situations in which the suspect (i) knows that his or her actions or omissions will bring about the objective elements of the crime, and (ii) undertakes such actions or omissions with the concrete intent to bring about the objective elements of the crime (also known as dolus directus of the first degree)*». Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. para. 351. [La referencia acumulativa a “intención” y “conocimiento” requiere la existencia de un elemento volitivo por parte del sospechoso. Este elemento volitivo abarca, ante todo, aquellas situaciones en las que el sospechoso (i) sabe que sus acciones u omisiones provocarán los elementos objetivos del delito, y (ii) emprende tales acciones u omisiones con la intención concreta de llevar a cabo los elementos objetivos del crimen (también conocido como dolus directus de primer grado)]

¹³⁵⁶ Sin embargo debe tenerse en cuenta que “*First and foremost, it must be made clear what is meant by the ‘consequences the perpetrator must mean to cause or at least to be aware of’. Although this provision is primarily designed for ‘results crimes’ in the aforementioned sense, and thus, can be treated as referring to the prohibited result (...) this provision can also concern ‘conduct crimes’ at least insofar as the perpetrator must intend to procure the prohibited affect (...)*”. ESER. “Mental Elements ...”, op.cit. p. 914. [En primer lugar, debe quedar claro qué se entiende por las “consecuencias que el perpetrador debe pretender causar o, al menos, conocer”. Aunque esta disposición está diseñada principalmente para “crímenes de resultados” en el sentido mencionado anteriormente, y por lo tanto, se puede considerar que se refiere al resultado prohibido (...) esta disposición también puede referirse a “crímenes de conducta” al menos en la medida en que el autor debe intentar obtener el efecto prohibido] (traducción libre) En el mismo sentido afirma BADAR que “*It is also equivalent to the Model Penal Code culpability term purposely*”. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 482.

que cuando dentro de ese sistema se exige que el sujeto conozca la conducta en la que incurre, se presupone que dicho conocimiento incluye la conciencia del carácter ilícito de la misma, bastando con que sepa que se trata de una conducta prohibida. No se requiere, desde luego, que realice una profunda evaluación legal al respecto¹³⁵⁷.

Con respecto a la concepción francesa, debe tenerse en cuenta que el dolo (*dol*) es distinto según si el delito en cuestión exige o no que se produzca un resultado determinado. Cuando el delito no exige la producción del resultado, el autor del delito debe actuar con *dol général*, que incluye el propósito de incurrir en la conducta y el conocimiento de lo que se hace y las circunstancias que lo rodean¹³⁵⁸. Además, el *dol général* incluye el conocimiento de la ilicitud de la conducta. Este elemento no representa ningún inconveniente, en la medida en la que, como se explicó, el concepto de culpabilidad del Estatuto de Roma exige que el sujeto conozca la ilicitud de su actuar. Ahora bien, dado que el Estatuto de Roma se refiere en el mismo artículo al conocimiento y la intención que debe existir con respecto al resultado, queda allí incorporado también el concepto de *dol spécial* que implica que el sujeto conoce que el resultado que exige la descripción del delito se producirá. Así pues, el artículo 30 del Estatuto de Roma incorpora el *dol général* y el *dol spécial* de la tradición jurídico penal francesa.

Del mismo modo, el dolo directo de primer grado del derecho continental se adecúa perfectamente a la descripción del artículo 30, tal como lo reconoció la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión de confirmación de cargos de *Katanga*. Afirmó la Sala que “[t]he cumulative reference to “intent” and “knowledge” requires the existence of a volitional

¹³⁵⁷ ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 924. [También es equivalente al término *purposely* del Código Penal Modelo] (traducción libre).

¹³⁵⁸ Así lo reconoce DE FROUVILLE al afirmar que «*Cette disposition d’esprit coupable ou mens rea peut revêtir plusieurs formes. La plus classique est celle que l’on appelle le dol général. Un acte est dolosif lorsqu’en commettant son acte, la personne avait l’intention de le commettre et l’a commis « en connaissance de cause », c’est à dire en ayant connaissance de la ou des circonstances qui font de cet acte un crime ou en sachant que la conséquence certaine ou naturelle de cet acte serait un crime. L’intention et la connaissance forment donc le dol général*». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 75. [Esta disposición de culpabilidad o de mente culpable puede tomar muchas formas. El más clásico es el llamado dolo general. Un acto es doloso cuando al cometerlo, la persona que lo intentó, lo hizo “a sabiendas” es decir, con conocimiento de las circunstancias que hacen que este acto sea un crimen o sabiendo que la consecuencia cierta o natural de ese acto sería un crimen. La intención y el conocimiento constituyen así el dolo general] (traducción libre) En el mismo sentido ELLIOT. “The French...”, op.cit. p. 45.

element on the part of the suspect. This volitional element encompasses, first and foremost, those situations in which the suspect: (i) knows that his or her actions or omissions will bring about the objective elements of the crime; and (ii) undertakes such actions or omissions with the express intent to bring about the objective elements of the crime (also known as dolus directus of the first degree)”¹³⁵⁹.

El derecho penal continental no distingue entre los distintos objetos sobre los cuales recae el dolo, sino que este se refiere, en general, a todo el tipo penal; de hecho, es por esto que se considera que siempre existe un *dolo típico*. Aun así, se entiende que actúa con dolo directo de primer grado quien tiene voluntad de incurrir en la conducta y conoce que esta producirá el resultado; el sujeto quiere y conoce el delito. La cuestión más compleja se presenta con respecto al conocimiento de la ilicitud. Tal como se explicó anteriormente, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta no hace parte del dolo, sino que se encuentra en la culpabilidad, aunque algunas teorías hayan planteado lo contrario. Como consecuencia, para que el concepto de dolo así entendido pueda aplicarse a la luz del Estatuto de Roma, el intérprete deberá tener en cuenta que el sujeto debe conocer la antijuridicidad de su conducta, independientemente de que entienda que este conocimiento hace parte del dolo, o que se trata de un conocimiento adicional que acompaña al dolo del sujeto y que se ubica en la culpabilidad¹³⁶⁰.

¹³⁵⁹ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Confirmation of Charges. 30 Septm. 2008. par. 529. [La referencia acumulativa a “intención y conocimiento” requiere la existencia de un elemento volitivo por parte del sospechoso. Este elemento volitivo abarca, ante todo, aquellas situaciones en las que el sospechoso: (i) sabe que sus acciones u omisiones traerán consigo los elementos objetivos del delito; y (ii) emprende tales acciones u omisiones con la intención expresa de lograr los elementos objetivos del delito (también conocido como dolus directus de primer grado)] (traducción libre).

¹³⁶⁰ Al respecto explica BASSIOUNI que “*There are two doctrinal approaches as to the presumption of knowledge and ignorance of international criminal law. One approach is to treat the question as part of the mental element of criminal responsibility; the other is to treat it as an evidentiary question needed to prove the mental element. The consequence of the first hypothesis is that absence of knowledge or culpability negates responsibility altogether, and with respect to the second, it becomes an exonerating factor in the nature of a legal excuse or non-punishability*”. BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 414. [Hay dos enfoques doctrinales en cuanto a la presunción de conocimiento e ignorancia del derecho penal internacional. Un enfoque es tratar la cuestión como parte del elemento mental de la responsabilidad penal; la otra es tratarla como una cuestión probatoria necesaria para probar el elemento mental. La consecuencia de la primera hipótesis es que la ausencia de conocimiento o culpabilidad niega la responsabilidad por completo, y con respecto a la segunda, se convierte en un factor exonerante en la naturaleza de una excusa legal o de no punibilidad] (traducción libre). En consecuencia GÓMEZ LÓPEZ propone que “*(...) el elemento cognoscitivo no abarca la conciencia de la ilicitud de la conducta, elemento subjetivo este que sí es necesario para el juicio de culpabilidad; no obstante si se parte de una comprensión del tipo penal internacional como una conducta injusta, resultaría ajustado a*

Como se explicó anteriormente, el derecho penal en España y Colombia sí tiene en cuenta el conocimiento de la antijuridicidad como un elemento esencial del delito, como uno de los requisitos necesarios para que se configure la culpabilidad del sujeto. Por lo mismo, dentro de estos sistemas el desconocimiento de la prohibición penal puede atenuar la pena e incluso excluir la responsabilidad penal en ciertos casos. Así pues, el efecto práctico del error de derecho o de prohibición es el mismo que el que se contempla en el Estatuto de Roma, la diferencia radica en el elemento que queda excluido y, que en estos sistemas nacionales se admite, como atenuante, el error del que el autor tenía la posibilidad de salir, es decir que era vencible.

En consecuencia, en la mayoría de los casos se deberá probar el dolo directo de primer grado o intención, además del conocimiento de la antijuridicidad, si se entiende que no se encuentra ya incorporada y, en los casos en los que la definición del delito así lo exija, los elementos subjetivos especiales, como motivos o finalidades¹³⁶¹; por ejemplo, la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo en el genocidio¹³⁶². Con respecto a estos otros elementos mentales se ha afirmado que “[a]n additional mental element is, by definition, a mental element that has no corresponding material element, it would appear that Article 30 does not apply, as Article 30’s definitions of ‘intent’ and ‘knowledge’ are required only with respect to the material elements of a crime”¹³⁶³. Esto no presenta mayores problemas, pues dentro

la teoría bipartita propia de la estructura neoclásica entender que el dolo abarca la conciencia de la ilicitud de la conducta, o sea la conciencia de la falta de causas de justificación”. GÓMEZ LÓPEZ. *Crímenes...*, op.cit. p. 466.

¹³⁶¹ DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 77.

¹³⁶² Al intentar incorporar estos elementos subjetivos adicionales al concepto de dolo, BADAR afirma que “The special intent or *dolus specialis* required for these categories of crimes has no material element (consequence or result element) to cover, since the accomplishment of this consequence is not an ingredient element of the crime at issue”, aunque esta construcción no resulta afortunada pues no se compadece con ninguno de los sistemas nacionales, ni parece haber sido contemplada por el Estatuto de Roma. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 484. [La intención especial o *dolus specialis* requerida para estas categorías de delitos no tienen un elemento material (consecuencia o elemento de resultado) que cubrir, ya que el cumplimiento de esta consecuencia no es un elemento integrante del delito en cuestión] (traducción libre)

¹³⁶³ Haciendo una lectura muy particular de estos elementos adicionales FINNIN continúa afirmando que “If it is accepted that Article 30 does not regulate the mental element with respect to additional mental elements (that is, that there is a gap in the Statute), then the Court would be permitted to turn to other sources of law to provide the necessary contents of those mental elements. For example, the Court would be permitted to turn to customary international law (and the rich jurisprudence of the ICTY and ICTR before which that law has developed) in order to determine the meaning of the ‘intent to destroy’ requirement for genocide. Thus, it would be possible for the Court to adopt a different gradation of intent (ie one that includes the concept of *dolus eventualis*) or a different definition of knowledge (ie one that includes a more expansive concept of willful blindness) for the purposes of such additional mental elements, if there is a basis to do so in another source of

del derecho penal continental se entiende que los elementos subjetivos de este tipo son adicionales al dolo, lo refuerzan o lo atenúan, pero no hacen parte de él. En ese orden de ideas, no hay lugar a que el artículo 30 se pronuncie sobre estos elementos. Por su parte, el derecho penal anglosajón también los considera como elementos adicionales, mientras que en el derecho penal francés se entienden como dolos agravados o atenuado (*dol aggravé; dol atténue*) reconociendo el efecto que tienen sobre el dolo.

Además, algunos crímenes, especialmente dentro de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, exigen que la conducta se cometa con un elemento subjetivo específico, al establecer que esta debe realizarse «*intencionadamente*» o «*deliberadamente*». En estos casos, puede interpretarse que se trata de una reiteración de los requisitos establecidos por el artículo 30; debe recordarse que la incorporación de estos elementos se debe más a la necesidad de mantener los términos con los que se habían definido estos delitos en instrumentos internacionales anteriores. En todo caso, estos delitos deberán interpretarse en el sentido de exigir dolo directo de primer grado, aunque “*conviene advertir que el uso de tales expresiones en el ER no es unívoco, y que, por lo tanto, habrá que analizarlas cuidadosamente a la luz de los otros elementos del tipo de que se trate*”¹³⁶⁴.

law to which the Court can have reference under Article 21”. FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p. 357. [Si se acepta que el Artículo 30 no regula el elemento mental con respecto a elementos mentales adicionales (es decir, que existe una brecha en el Estatuto), entonces se le permitiría a la Corte recurrir a otras fuentes de la ley para proporcionar la información necesaria sobre el contenido de esos elementos mentales. Por ejemplo, se le permitiría a la Corte recurrir al derecho internacional consuetudinario (y a la rica jurisprudencia del TPIY y el TPIR antes de que esa ley se haya desarrollado) para determinar el significado del requisito de “intención de destruir” para el genocidio. Por lo tanto, sería posible que el Tribunal adoptara una gradación de intención diferente (es decir, una que incluya el concepto de *dolus eventualis*) o una definición diferente de conocimiento (es decir, una que incluya un concepto más amplio de ceguera voluntaria) para los fines de tales elementos mentales adicionales, si existe una base para hacerlo en otra fuente de derecho a la que la Corte pueda tener referencia en virtud del Artículo 21] (traducción libre).

¹³⁶⁴ OLÁSULO ALONSO. *Ataques...*, op.cit. p. 256. En el mismo sentido afirma AMBOS que “*Así, en un conflicto armado internacional un soldado solo puede emplear veneno o armas envenenadas (art. 8 (2)(b)(xvii)) también de modo intencional, si él quiere justamente este empleo; y esto significa también: proponerse incurrir en la conducta (“means to engage in the conduct”)*”. AMBOS. *La Parte ...*, op.cit. p. 395. Por su parte, GÓMEZ LÓPEZ, admitiendo que algunos crímenes internacionales puedan cometerse con dolo eventual, afirma que “*Cuando la ley internacional expresamente exige intencionalidad en el resultado, o que se dirija intencionalmente un ataque contra edificios civiles o contra la población civil (en el caso de crímenes de guerra), es claro que no procede el dolo eventual y menos la culpa con representación; lo anterior indica que el dolo eventual no es siempre posible en todos los crímenes internacionales*”. GÓMEZ LÓPEZ. *Crímenes...*, op.cit. p. 479.

2. El dolo directo de segundo grado.

Establecido lo anterior, es necesario determinar si el artículo 30 admite, también, otras formas de dolo, además del dolo directo de primer grado. En ese orden de ideas, es necesario establecer si el artículo 30 admite que los crímenes internacionales sean cometidos con dolo directo de segundo grado, que en los sistemas penales de Colombia y España también se conoce como dolo de consecuencias necesarias. Dentro de estos sistemas, el autor de un delito actúa con dolo de consecuencias necesarias cuando prevé la producción del resultado delictivo y acepta que este se produzca, como una consecuencia necesaria para alcanzar su finalidad, de acuerdo con el plan criminal que ha ideado. Por el contrario, el derecho penal anglosajón no contempla esta posibilidad como una forma distinta de intención; la intención o propósito es solo uno.

No obstante, como se explicó en el capítulo anterior, dentro de ese sistema existe una segunda forma de *mens rea*, que abarca estas situaciones. Se trata del conocimiento (*knowledge*), que está presente cuando el autor de un delito tiene conciencia de la naturaleza de su conducta y, en los casos en los cuales la definición del delito exija un resultado, de que es prácticamente cierto que este se producirá como consecuencia de su conducta¹³⁶⁵. Como se ve, el contenido de ambos conceptos es idéntico, a pesar de que reciban nombres completamente diferentes¹³⁶⁶. En el caso francés, para imputar un delito en estas mismas circunstancias, se afirma que el sujeto ha actuado con dolo general, porque conoce su conducta y desea llevarla a cabo.

Siguiendo la estructura del derecho penal anglosajón, el Estatuto de Roma contempla la posibilidad de que un delito sea cometido con conocimiento, sin exigir que exista intención

¹³⁶⁵ Así lo define el Model Penal Code de los Estados Unidos «Section 2.02. (...) (b) *Knowingly. A person acts knowingly with respect to a material element of an offense when: (i) if the element involves the nature of his conduct or the attendant circumstances, he is aware that his conduct is of that nature or that such circumstances exist; and (ii) if the element involves a result of his conduct, he is aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result*».

¹³⁶⁶ Al respecto afirma BADAR que “*First, this degree of mens rea is akin to knowledge or awareness rather than intent stricto sensu. This position is supported by the definition given to knowledge in paragraph 3 of Article 30*”. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 484. [Primero, este grado de mens rea es similar al conocimiento o la conciencia más que a la intención stricto sensu. Esta posición está respaldada por la definición dada al conocimiento en el párrafo 3 del Artículo 30] (traducción libre)

de parte del autor frente al resultado; es decir no en todos los casos se requiere que el autor de un delito se proponga producir una consecuencia. Aunque en numeral 1 del artículo 30 afirma que los crímenes de la competencia de la Corte siempre deben llevarse a cabo con intención y conocimiento sobre los elementos materiales del crimen, la definición de intención y conocimiento que se han redactado en el numeral 2 de este mismo artículo, permiten afirmar que el conocimiento (*knowledge*) o dolo de consecuencias necesarias se encuentra contemplado en este artículo¹³⁶⁷. Esto se debe a que el literal b) del numeral 2 del artículo 30 define intención, con respecto de una consecuencia, exactamente igual que como define el conocimiento el numeral 3 del mismo artículo. En ambos casos se afirma que el sujeto «*es consciente de que [la consecuencia] se producirá en el curso normal de los acontecimientos*».

En consecuencia, actúa dentro del marco del artículo 30 quien actúa con dolo de consecuencias necesarias, porque sabe que la consecuencia prohibida se va a producir como resultado de su actuación, aunque producirla no sea su finalidad. En ese sentido, el dolo de consecuencias necesarias será admisible, siempre que la definición del crimen no exija que este se cometa con dolo directo de primer grado o intención¹³⁶⁸. Sin embargo, debe advertirse que, a diferencia del Código Penal Modelo, el artículo 30 no exige que el autor tenga “certeza” de que el resultado va a producirse, sino que basta con que sepa que es la consecuencia ordinaria del curso causal que ha iniciado; se producirá en el curso normal de los acontecimientos¹³⁶⁹. Aun así, la Sala de Cuestiones Preliminares II ha dado una

¹³⁶⁷ BADAR. “The Mental ...”, op.cit. p. 474. En igual sentido AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 396.

¹³⁶⁸ “For example, whereas liability under the ICC Statute can in general be based on *dolus directus* as well as *dolus indirectus*, the war crime constituted by extensive destruction and appropriation of property not justified by military necessity, having to be carried out “wantonly”, will require *dolus directus*”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 67. [Por ejemplo, mientras que la responsabilidad en virtud del Estatuto de la CPI puede basarse en general tanto en *dolus directus* como en *dolus indirectus*, el crimen de guerra constituido por una extensa destrucción y apropiación de bienes no justificados por la necesidad militar, debiendo llevarse a cabo de manera “injustificada”, requiere *dolus directus*] En el mismo sentido BOTHE. “War Crimes” ..., op.cit. p. 389.

¹³⁶⁹ Así lo explica ESER “*The first concerns the expected occurrence of the definitional consequence as such. In this respect, the perpetrator must anticipate that his conduct will bring about the prohibited result or any other effects defined by the crime. (...) Secondly, the special reference to the ‘ordinary course of events’ concerns the situation where the perpetrator does not foresee with certainty that the consequence will occur in any event (...). Third, although it seems to come very close to the last configuration, as it also has to do with the course of events, another question concerns the awareness of causation as the link between the conduct and its consequence*”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 917. [La primera se refiere a la ocurrencia esperada de la consecuencia definitoria como tal. A este respecto, el autor debe anticipar que su conducta provocará el

interpretación más restrictiva a este elemento, acercándose más a la postura anglosajona al respecto¹³⁷⁰.

De acuerdo con la Sala “[d]olus directus in the second degree does not require that the suspect has the actual intent or will to bring about the material elements of the crime, but that he or she is aware that those elements **will be the almost inevitable outcome of his acts or omissions**”¹³⁷¹ (énfasis propio). Aunque a la luz de la imputación a título de dolo de consecuencias necesarias este matiz no modifica el concepto de manera relevante, la ausencia del requisito de certeza disminuye el estándar que incorpora el artículo 30 del Estatuto de Roma con respecto del derecho penal anglosajón y, esto tiene importantes implicaciones con respecto a la incorporación del dolo eventual en el instrumento internacional, como se verá más adelante.

Con respecto a la incorporación de esta forma de dolo en el Estatuto de Roma se pronunció la Sala de Cuestiones Preliminares I en la confirmación de cargos del caso *Lubanga*, admitiendo que el artículo 30 del Estatuto de Roma admite el *dolus directus* de segundo grado. En el mismo sentido, la sentencia de confirmación de cargos del caso *Katanga* definió el dolo de consecuencias necesarias afirmando que el artículo 30 “(...) also encompasses another form of the concept of dolus (...). This form of dolus concerns those situations in which although the suspect does not have the intent to bring about the objective elements of the crime, he is nonetheless "aware that it (the consequence) will occur in the ordinary course of events" (also known as *dolus directus* of the second degree), as expressed in article 30(2)(b), second part, of the Statute”¹³⁷². En consecuencia, la Sala sostuvo que los crímenes

resultado prohibido o cualquier otro efecto definido por el delito. (...) En segundo lugar, la referencia especial al “curso natural de los acontecimientos” se refiere a la situación en la que el autor no prevé con certeza que la consecuencia se producirá en cualquier caso (...). En tercer lugar, aunque parece estar muy cerca de la última configuración, ya que también tiene que ver con el curso de los acontecimientos, otra pregunta se refiere a la conciencia de causalidad como el vínculo entre la conducta y su consecuencia] (traducción libre).

¹³⁷⁰ FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p. 344.

¹³⁷¹ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in the Central African Republic. Case of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo Decision on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 15 June 2009. par. 359. [El dolus directus en segundo grado no requiere que el sospechoso tenga la intención real o la voluntad de lograr los elementos materiales del crimen, sino que sea consciente de que esos elementos serán el resultado casi inevitable de sus actos u omisiones] (traducción libre).

¹³⁷² International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Confirmation of

de guerra de violación y esclavitud sexual (artículo 8 2 b) (xxii)) pueden ser cometidos con dolo directo de segundo grado, aunque por lo general se cometa con intención¹³⁷³.

3. El dolo eventual.

La forma de dolo que más problemas ha ocasionado a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional¹³⁷⁴ y a toda la doctrina en el ámbito del derecho penal internacional es el dolo eventual o *dolus eventualis*, a tal punto, que aún hoy no existe una postura unánime al respecto¹³⁷⁵. La gran cuestión es si los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma admiten

Charges. 30 Septm. 2008. par. 530. [También abarca otra forma del concepto de dolus (...). Esta forma de dolus se refiere a aquellas situaciones en las que, aunque el sospechoso no tiene la intención de producir los elementos objetivos del crimen, sin embargo, está “consciente de que (la consecuencia) ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos” (también conocido como dolus directus de segundo grado), como se expresa en el artículo 30 (2) (b), segunda parte, del Estatuto] (traducción libre)

¹³⁷³ Afirma la Sala que “*Article 30 of the Statute requires intent and knowledge for the subjective element of the war crimes of rape and sexual slavery under article 8(2)(b)(xxii). This subjective element applies to: (i) the act of invasion of the body of a person resulting in penetration, by force, or by threat of force or coercion; and (ii) the exercise of any or all the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, imposing on such person(s) her/his deprivation of liberty, and causing such person(s) to engage in one or more acts of sexual nature. The subjective elements of both crimes include, first and foremost, dolus directus of the first degree. They also may include dolus directus of the second degree*”. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Confirmation of Charges. 30 Septm. 2008. par. 346. [El artículo 30 del Estatuto requiere intención y conocimiento del elemento subjetivo de los crímenes de guerra de violación y esclavitud sexual en virtud del artículo 8 (2) (b) (xxii). Este elemento subjetivo se aplica a: (i) el acto de invasión del cuerpo de una persona que resulta en penetración, fuerza o amenaza de fuerza o coerción; y (ii) el ejercicio de cualquiera o todas las facultades que confieren al derecho de propiedad sobre una o más personas, imponer a dicha persona su privación de libertad y hacer que dicha persona se involucre en uno o más actos de naturaleza sexual. Los elementos subjetivos de ambos crímenes incluyen, principalmente, dolus directus de primer grado. También pueden incluir dolus directus de segundo grado] (traducción libre).

¹³⁷⁴ Explica DE FROUVILLE que « *Conformément aux différentes traditions du droit pénal, le dol général peut revêtir trois formes. (...) En revanche, on a pu se demander si elle figurait parmi les formes de dol admises dans le cadre du Statut de la Cour pénale internationale. Le libellé de l'article 30 est loin d'être clair sur ce point. Deux des chambres préliminaires (I et III) qui se sont prononcées jusque-là ont considéré que cette disposition englobait effectivement le dolus eventualis. La Chambre préliminaire II a pris une position exactement contraire après une analyse détaillée portant à la fois sur le sens littéral à donner aux termes de l'article 30 et sur les travaux préparatoires du Statut* ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 76. [De acuerdo con las diferentes tradiciones del derecho penal, el dolo general puede adoptar tres formas. (...) Por otra parte, se ha cuestionado si se trataba de una de las formas de fraude permitidas en virtud del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La redacción del artículo 30 está lejos de ser clara en este punto. Dos de las cámaras preliminares (I y III) que han dictaminado hasta ahora han considerado que esta disposición sí incluye el dolus eventualis. La Sala de Cuestiones Preliminares II adoptó una posición exactamente opuesta luego de un análisis detallado del significado literal del Artículo 30 y de los preparativos previos del Estatuto] (traducción libre).

¹³⁷⁵ BADAR, explica que “[a]s far as the drafting history is concerned (...) *dolus eventualis* fell out of the written discourse before Rome. Recklessness, in the sense of subjectively taking a risk to which the actors mind has been directed, was ultimately to vanish also from the Statute at Rome, with again only an implicit decision as to whether it was appropriate for assessing responsibility”. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 485. [en lo

que los delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional sean cometidos con dolo eventual¹³⁷⁶. Este análisis debe partir de la premisa que solo el derecho penal continental reconoce el dolo eventual como una forma de tipo subjetivo. Un concepto similar no existe en el derecho penal anglosajón, como se explicó en el capítulo anterior¹³⁷⁷. Un punto intermedio es contemplado por el derecho penal francés que, aunque no reconoce el dolo eventual en estricto sentido, responsabiliza penalmente a autores que actúan con esta forma de elemento mental, a través de figuras como el dolo indeterminado (*dol indéterminé*). Debe tenerse en cuenta que, a pesar de que el derecho penal francés utiliza el término dolo eventual

que se refiere a la historia de la redacción (...) el *dolus eventualis* salió del escrito antes de la Conferencia de Roma. La imprudencia, en el sentido de asumir subjetivamente un riesgo al que se ha dirigido la mente de los actores, finalmente desapareció del Estatuto de Roma, y nuevamente solo fue una decisión implícita sobre si era apropiado para evaluar la responsabilidad](traducción libre). En el mismo sentido, se ha afirmado que “*As demonstrated by the split in positions taken by Pre-Trial Chamber I in the Lubanga confirmation decision and Pre-Trial Chamber II in the Bemba confirmation decision, one of the biggest questions to arise from the early jurisprudence of the Court on general issues of criminal law is whether the Lubanga Pre-Trial Chamber was correct in holding that dolus eventualis is encompassed by article 30 of the Rome Statute*”. War Crimes Research Office, International Criminal Court. *Modes of Liability and the Mental Element: Analyzing the Early Jurisprudence of the International Criminal Court*. American University Washington College of Law, USA, 2010. [Como lo demuestra la división en las posiciones tomadas por la Sala de Primera Instancia I en la decisión de confirmación de Lubanga y la Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de confirmación de Bemba, una de las preguntas más importantes que surgen de la jurisprudencia temprana de la Corte sobre cuestiones generales de la ley penal es si la Sala de Cuestiones Preliminares de Lubanga tuvo razón al sostener que el artículo 30 del Estatuto de Roma abarca el *dolus eventualis*] (traducción libre).

¹³⁷⁶ Con respecto al dolo eventual cabe resaltar la aclaración que hace CLARK y que refleja una importante confusión. Afirma el autor que “*On other occasions, I thought some of the civilians regarded dolus eventualis as closer to knowledge. Perhaps there is a distinction along these lines: for some, dolus eventualis involves an acceptance of something that is almost certain to happen; this is close to common law knowledge. For others, it is more a question of taking a (substantial? serious?) risk that something will happen and not caring if it does. The latter is closer to common law recklessness. I say this with all the usual caveats since I doubt that either “system” is monolithic or always precise*”. CLARK. “The Mental...”, op.cit. p. 301. [En otras ocasiones, pensé que algunos de los civilistas consideraban que el dolo eventual estaba más cerca del conocimiento. Quizás haya una distinción en este sentido: para algunos, el dolo eventual implica la aceptación de algo que es casi seguro que suceda, esto está cerca del conocimiento en el *common law*. Para otros, es más una cuestión de tomar un riesgo (¿sustancial? ¿grave?) de que algo suceda y no importarle si sucede. Este último está más cerca de la imprudencia del *common law*. Esto con todas las advertencias habituales ya que dudo que cualquiera de los “sistemas” sea monolítico o siempre preciso] (traducción libre)

¹³⁷⁷ A pesar de la confusión existente, BADAR recuerda que “*Dolus eventualis must be distinguished from the common law notion of recklessness. The former requires not only that the perpetrator is aware of a risk, but that he accepts the possibility of its occurrence (volitive element). Unlike dolus eventualis, recklessness requires an affirmative aversion to the harmful side affect*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 425. En el mismo sentido se pronunció la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la Sentencia de Juicio del caso Orić. para 1020. [El dolo eventual debe distinguirse de la noción de imprudencia en el *common law*. Lo primero requiere no solo que el perpetrador sea consciente de un riesgo, sino que acepte la posibilidad de que ocurra (elemento volitivo). A diferencia del dolo eventual, la imprudencia requiere una aversión afirmativa a los efectos secundarios perjudiciales] (traducción libre)

(*dol éventuel*), el contenido del término no es el mismo, pues se asemeja más a la culpa con representación del sistema continental, que al dolo eventual.

La incorporación del dolo eventual en el Estatuto de Roma parte de la unión entre el literal b) del numeral dos del artículo 30 que establece que actúa intencionalmente quien es consciente de que una consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos¹³⁷⁸; con la segunda hipótesis del numeral 3 del mismo artículo, que utiliza la misma expresión para definir el conocimiento¹³⁷⁹. En ese orden de ideas, el primer elemento del dolo eventual es que actúa con esta forma de tipo subjetivo o *mens rea* quien prevé que un resultado se producirá como consecuencia de su comportamiento¹³⁸⁰. El conflicto surge con respecto a un segundo momento, en el que aún no se ha podido determinar qué le exige el Estatuto de Roma al sujeto con respecto a esa previsión. Como se dijo con respecto al dolo directo de segundo grado, de la redacción de la norma pueden derivarse dos interpretaciones distintas que determinan si se admite o no el dolo eventual, que parten del término “conciencia” y debaten si esta debe entenderse como “certeza” o “probabilidad” y en ese segundo caso, qué grado de probabilidad, se requiere para que se considere que se cumple con los requisitos del artículo 30 del Estatuto de Roma.

Para comenzar la discusión, debe tenerse en cuenta que el dolo eventual, según como se explicó en el capítulo anterior, no exige que el autor del delito tenga certeza de que el resultado va a producirse, sino que basta con que sepa que puede llegar a producirse y deje la producción de ese resultado librado al azar¹³⁸¹. Como se ha explicado en repetidas

¹³⁷⁸ Estatuto de Roma, “artículo 30. Elemento de intencionalidad. (...) 2. Se entiende que actúa intencionalmente quien (...) b) En relación con una consecuencia (...) es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Rome Statute “article 30. Mental element (...) 2. A person has intent where (...) b) In relation to a consequence (...) is aware that it will occur in the ordinary course of events”. Statut de Rome “Article 30. Élément psychologique. (...) 2. Il y a intention au sens du présent article lorsque (...) b) relativement à une conséquence (...) est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements”.

¹³⁷⁹ Estatuto de Roma, “artículo 30. Elemento de intencionalidad. (...) 3. por “conocimiento” se entiende (...) se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Rome Statute “article 30. Mental element (...) “knowledge” means (...) a consequence will occur in the ordinary course of events”. Statut de Rome “Article 30. Élément psychologique. (...) 3. Il y a connaissance, (...) lorsqu'une personne est consciente (...) qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements”.

¹³⁸⁰ FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p. 351.

¹³⁸¹ Así lo reconoce CARO CORIA, aunque esto lo lleva a afirmar que dentro del artículo 30 del Estatuto de Roma no ha quedado incluido el dolo eventual. Afirma este autor que “El propio artículo 30.2.b exige que el

ocasiones, a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos penales de tradición continental, el Estatuto de Roma siguiendo la tradición anglosajona diferencia entre los elementos materiales del delito sobre los que recae el conocimiento y aquellos sobre los que recae la intención. En ese orden de ideas, debe quedar claro que, de acuerdo con el artículo 30, el dolo eventual recaería sobre el resultado del delito. Simultáneamente, el autor debe tener conocimiento y voluntad sobre la realización de la conducta y debe conocer las circunstancias que rodean su delito.

Esta postura es perfectamente compatible con la definición de dolo eventual del derecho continental, pues también allí se exige que el autor se proponga incurrir en la conducta, la conozca y conozca todos los elementos del tipo¹³⁸². En ese orden de ideas, solo una interpretación del Estatuto de Roma que equipare el conocimiento a la certeza impediría las imputaciones a título de dolo eventual, pero no existe otra forma de que ambas figuras sean incompatibles. En principio, podría descartarse el dolo eventual del artículo 30 *“pues su redacción exige que el autor sea consciente de “que se producirá” la consecuencia en el curso normal de los acontecimientos, lo cual deja ver la idea de la representación de un resultado como seguro y no como meramente probable”*¹³⁸³.

La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha sostenido ambas posturas; las Salas de Cuestiones Preliminares han afirmado tanto la admisibilidad del dolo eventual, a partir de una interpretación menos estricta del artículo 30, como su inadmisibilidad afirmando que la redacción de este artículo exige que el sujeto actúe con certeza o con un grado de conocimiento cercano a la certeza, sobre la producción del resultado. Así, por ejemplo, en la sentencia de confirmación de cargos de *Katanga y Ngudjolo Chui*, la Sala de Cuestiones

autor sea consciente de la producción de un resultado, lo que implica una seguridad rayana con la certeza, y es precisamente de esta cualidad que carece el dolo eventual. Consecuentemente, tampoco será suficiente el conocimiento altamente probable del resultado”. CARO CORIA. “El elemento ...”, op. cit. p. 183.

¹³⁸² Así explica GÓMEZ LÓPEZ *“En el dolo eventual, como en toda forma de dolo, deben concurrir los dos extremos subjetivos, o sea, representación del resultado como probable consecuencia de su acto (momento cognoscitivo), y el sujeto debe actuar queriendo la acción y contando con el alto riesgo (momento conativo) de que se produzca el resultado típico y sin que haga nada para impedir su producción. Lo anterior significa que el dolo eventual, no es un puro elemento representativo de los elementos del tipo, sino que además precisa de un elemento volitivo, si bien el autor no se ha propuesto producir el resultado, quiere la acción que sabe puede originar el probable resultado y deja librado a las circunstancias si se produce o no”*. GÓMEZ LÓPEZ. *Crimenes...*, op.cit. p. 478.

¹³⁸³ *Ibidem*. p. 476

Preliminares I pareció admitir que los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional pueden cometerse con dolo eventual, con base en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia¹³⁸⁴. No obstante, luego afirmó que no había lugar a discutir si el artículo 30 admite o no el dolo eventual, porque no era necesario para el pronunciamiento que se estaba redactando, además de que se trata de un hecho discutible (*rendered moot*)¹³⁸⁵.

En un sentido similar, la misma Sala, en la sentencia de confirmación de cargos de *Lubanga* afirmó que deben distinguirse dos grados de probabilidad de que ocurra el resultado, a partir de los cuales se puede inferir la voluntad del sujeto. El primero de ellos se presenta cuando el riesgo es sustancial, por lo que el sujeto acepta la idea de que va a producir el resultado. El segundo de ellos se presenta cuando el riesgo es bajo, caso en el cual el autor del delito debe clara o expresamente aceptar la idea de que el resultado puede producirse como consecuencia de su actuación¹³⁸⁶. A partir de esta segunda hipótesis, la Sala acepta que el

¹³⁸⁴ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Democratic Republic of the Congo, in he Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Confirmation of Charges. 30 Septm. 2008. par. 478.

¹³⁸⁵ Afirmó la Sala que “*As previously mentioned, there is no need for the present Decision to discuss whether the concept of dolus eventualis has a place within the framework of article 30 of the Statute because the Chamber will not rely on this concept for the mental element in relation to the crimes charged. Therefore, the Defence for Germain Katanga's contention that the Statute does not include the notion of dolus eventualis is rendered moot*”. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Democratic Republic of the Congo, in he Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Confirmation of Charges. 30 Septm. 2008. par. 531. [Como se mencionó anteriormente, no es necesario que la presente decisión discuta si el concepto de dolo eventual tiene un lugar en el marco del artículo 30 del Estatuto porque la Sala no se basará en este concepto para el elemento mental en relación con los delitos. Por lo tanto, la defensa de Germain Katanga de que el Estatuto no incluye la noción de dolo eventual se vuelve innecesaria] (traducción libre).

¹³⁸⁶ “*L'élément intentionnel susmentionné couvre également d'autres manifestations de la notion de dol auxquels la jurisprudence des tribunaux ad hoc a déjà eu recours. Il s'agit: i. des situations dans lesquelles le suspect, sans avoir l'intention concrète de provoquer les éléments objectifs du crime, a conscience que de tels éléments résulteront nécessairement de ses actions ou omissions (on parle également de « dol direct de deuxième degré ») ; et ii. des situations dans lesquelles le suspect a) est conscient du risque que les éléments objectifs du crime résultent de ses actions ou omissions et b) accepte ce résultat en s'y résignant ou en l'admettant (on parle également de « dol éventuel »)*”. Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. par. 352. [El elemento intencional mencionado anteriormente también abarca otras manifestaciones del concepto de fraude a las que ya ha recurrido la jurisprudencia de los tribunales especiales. Estos son: i. situaciones en las que el sospechoso, sin tener la intención concreta de provocar los elementos objetivos del delito, es consciente de que tales elementos resultarán necesariamente de sus acciones u omisiones (también denominadas “dolo directo de segundo grado”); y ii. situaciones en las que el sospechoso a) es consciente del riesgo de que los elementos objetivos del delito resulten de sus acciones u omisiones y b) acepte este resultado (también hablamos de “dolo eventual”)]

dolo eventual ha quedado incorporado dentro del artículo 30 del Estatuto de Roma, pues solo exige que el sujeto acepte la posibilidad de que el resultado se produzca, incluso cuando esta sea baja¹³⁸⁷.

Por el contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares II, en la decisión de confirmación de cargos del caso en contra de *Jean-Pierre Bemba* afirmó que la redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma no admite ningún estándar de elemento subjetivo del delito que sea menor que el dolo directo de segundo grado. Para llegar a esta conclusión, la Sala sostuvo que el Estatuto de Roma es un tratado internacional, debe regirse por las normas de interpretación establecidas por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, por lo cual se basó en una interpretación exegética del artículo 30 del Estatuto y luego, apoyó sus conclusiones con los trabajos preparatorios de la Conferencia de Roma. Sin embargo, a este respecto ha afirmado AMBOS que “[t]he literal interpretation, in turn, is predicated on the conceptual understanding of *dolus eventualis*. In this regard one must not overlook the fact that the ‘commonly agreed’ standard invoked by the Chamber is by no means the only one. In fact, there are other, more cognitive concepts of *dolus eventualis* (requiring awareness or certainty as to a consequence) and these may indeed be included in Article 30”¹³⁸⁸.

Esta decisión resulta muy confusa, en la medida en la que los magistrados confunden las distintas formas de *mens rea* con las formas de tipo subjetivo del derecho penal continental. En primer lugar, la Sala afirma que el dolo directo de segundo grado es equivalente a la

¹³⁸⁷ Con respecto de esta sentencia afirma BADAR que “the ICC Pre-Trial Chamber accepted the civil law concept of *dolus eventualis* and ruled out the common law recklessness, as the latter falls short of meeting the *mens rea* threshold as set out in Article 30”. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 492. [La Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI aceptó el concepto de dolo eventual del derecho civil y descartó la imprudencia del *common law*, dado que la última no alcanza el umbral de *mens rea* establecido en el artículo 30] (traducción libre).

¹³⁸⁸ AMBOS, Kai. “Critical Issues in the *Bemba* Confirmation Decision”, *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009. Disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/critical-issues-in-the-bemba-confirmation-decision/A0B6CAD4B2B74AA18B22E688216A4BFA>. Consultado el 12 de septiembre de 2018. p. 718. [La interpretación literal, a su vez, se basa en la comprensión conceptual de dolo eventual. En este sentido, no se debe pasar por alto el hecho de que la norma “comúnmente acordada” invocada por la Sala no es de ninguna manera la única. De hecho, existen otros conceptos, más cognitivos, de dolo eventual (que requieren conocimiento o certeza en cuanto a una consecuencia) y estos pueden, de hecho, estar incluidos en el Artículo 30].

intención oblicua. Sostiene la Sala que “[w]ith respect to *dolus eventualis* as the third form of *dolus*, *recklessness* or any lower form of culpability, the Chamber is of the view that such concepts are not captured by article 30 of the Statute. This conclusion is supported by the express language of the phrase “will occur in the ordinary course of events”, which does not accommodate a lower standard than the one required by *dolus directus* in the second degree (*oblique intention*)”¹³⁸⁹. Si bien es cierto que la intención oblicua en el derecho penal anglosajón es una forma de intención que está más cercana a la intención que al conocimiento, es esta segunda forma de *mens rea* la que puede equipararse al dolo directo de segundo grado. Esto, porque como se explicó en el segundo capítulo de este trabajo, en la intención oblicua basta con que el sujeto considere que es probable la producción de un resultado delictivo y que su producción le sea completamente indiferente para que se predique la existencia de esta forma de intención¹³⁹⁰, lo que la diferencia del dolo directo de segundo grado.

Posteriormente, al momento de analizar los trabajos preparatorios, la Sala confunde el dolo eventual con la *recklessness*, que como se explicó antes, es equivalente a la imprudencia con representación y no al dolo eventual¹³⁹¹. Se afirma en la sentencia que “(...) *although the drafters explicitly stated that the concepts of “recklessness and dolus eventualis should be further considered”, the reference to dolus eventualis disappeared altogether from subsequent draft proposals and there is no record that such concept was meant to be included in article 30 of the Statute. This observation suggests that the idea of including dolus eventualis was abandoned at an early stage of the negotiations. As to advertent recklessness, which is viewed as the common law counterpart of dolus eventualis, there was a paragraph*

¹³⁸⁹ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in the Central African Republic. Case of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo Decision on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 15 June 2009. par. 360. [Con respecto al dolo eventual como la tercera forma de dolo, así como la imprudencia o cualquier otra forma de culpabilidad inferior, la Sala considera que tales conceptos no están recogidos en el artículo 30 del Estatuto. Esta conclusión está respaldada por el lenguaje expreso de la frase “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”, que no se ajusta a un estándar más bajo que el requerido por el dolo directo en segundo grado (intención oblicua)]

¹³⁹⁰ WELLS. QUICK. *Reconstructing...*, op. cit. p. 109. En el mismo sentido, OXMAN. *Sistema...*, op. cit. p. 102. Igual, JONES. CARD..., op. cit. p. 32.

¹³⁹¹ Con respecto a esta sentencia afirman GIL GIL y MACULAN que se descarta el dolo eventual “*partiendo de una errónea equiparación entre dolo eventual y advertent recklessness que tanto la doctrina continental como la anglosajona han rechazado*”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho ...*, op.cit. p. 194.

*on this concept that remained throughout the negotiations, until it was finally deleted by the Working Group on General Principles of Criminal Law in Rome” (énfasis propio)*¹³⁹².

En ese contexto, la Sala afirma que las palabras “*se producirá en el curso normal de los acontecimientos*” implican que la consecuencia es un evento inevitable, del cual el autor tiene casi certeza absoluta. Con base en esto, la Sala estableció el umbral de “*virtual certainty*” o “*practical certainty*”, que implica que la consecuencia se producirá, a menos de que suceda un evento inesperado o caso fortuito que modifique el curso causal. Dado que este estándar es mayor que aquel que se exige para el dolo eventual, pues entiende que este solo exige la probabilidad de que el resultado ocurra, la Sala descarta que esta forma de tipo subjetivo sea admisible a la luz del artículo 30 del Estatuto de Roma. En ese sentido, afirma que si los redactores hubiesen querido admitir el dolo eventual, habrían utilizado expresiones distintas, como “*may occur*” o “*might occur in the ordinary course of events*”.

¹³⁹² Continúa la Sala afirmando que “*Thus, even assuming that the drafters made no further reference to dolus eventualis as it had been part of the discussion on recklessness, the fact that the draft provision was deleted in Rome makes it even more obvious that both concepts were not meant to be captured by article 30 of the Statute*”. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in the Central African Republic. Case of The Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo Decision on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo. 15 June 2009. par. 366 - 367. [aunque los redactores declararon explícitamente que los conceptos de “imprudencia y dolo eventual deben considerarse más a fondo”, la referencia al dolo eventual desaparece por completo de los proyectos de propuestas subsiguientes y no hay constancia de que dicho concepto debía incluirse en el artículo 30 del Estatuto. Esta observación sugiere que la idea de incluir el dolo eventual fue abandonada en una etapa temprana de las negociaciones. En cuanto a la imprudencia, que se considera una contraparte en el *common law* del dolo eventual, hubo un párrafo sobre este concepto que se mantuvo durante las negociaciones, hasta que finalmente fue eliminado por el Grupo de Trabajo sobre Principios Generales de Derecho Penal en Roma (...) Por lo tanto, aun suponiendo que los redactores no hicieran otra referencia al dolo eventual, ya que había sido parte de la discusión sobre la imprudencia, el hecho de que el proyecto de disposición se eliminara en Roma hace que sea aún más obvio que ambos conceptos no deberían entenderse incluidos por el artículo 30 del Estatuto](traducción libre). Por el contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la sentencia de confirmación de cargos de Lubanga distingue entre ambos conceptos adecuadamente afirmando que “*La notion de recklessness exige uniquement que l’auteur soit conscient de l’existence du risque que les éléments objectifs du crime puisse se produire consécutivement à ses actions ou ses omissions mais n’exige pas l’acceptation de ce résultat. Dans la mesure où recklessness n’exige pas que le suspect admette le résultat que ses actes ou omissions provoquent les éléments objectifs du crime, elle n’est pas couverte par la notion d’intention*”. Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. nota 438. [El concepto de imprudencia solo requiere que el autor esté al tanto del riesgo de que los elementos objetivos del delito puedan ocurrir como resultado de sus acciones u omisiones, pero no requiere la aceptación de este resultado. En la medida en que la imprudencia no requiere que el sospechoso admita el resultado de que sus actos u omisiones provocan los elementos objetivos del delito, no está cubierto por la noción de intención] (traducción libre).

En la sentencia de Juicio de *Lubanga*, la Sala de Juicio I afirmó que la postura de la Sala de Cuestiones Preliminares II era la correcta y que de haber querido incluir el dolo eventual en el artículo 30, los redactores del Estatuto habrían utilizado otras expresiones como “puede ocurrir”, en lugar de “ocurrirá”. Sin embargo, a renglón seguido la Sala afirma que “*the awareness that a consequence will occur in the ordinary course of events*” means that the participants anticipate, based on their knowledge of how events ordinarily develop, that the consequence will occur in the future. This prognosis involves consideration of the concepts of “possibility” and “probability”, which are inherent to the notions of “risk” and “danger”. Risk is defined as “danger, (exposure to) the possibility of loss, injury or other adverse circumstance (...)”¹³⁹³. Así pues, la Sala incorpora los conceptos de probabilidad y posibilidad, característicos del dolo eventual¹³⁹⁴, a la definición del literal b) del numeral 2 del artículo 30 del Estatuto de Roma, pero aún así, sostiene que el autor de un delito internacional debe saber que el grado de riesgo de que la conducta produzca un determinado resultado es equivalente a la conciencia de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos¹³⁹⁵.

¹³⁹³ Continúa la Sala: “*The co-perpetrators only “know” the consequences of their conduct once they have occurred. At the time the co-perpetrators agree on a common plan and throughout its implementation, they must know the existence of a risk that the consequence will occur. As to the degree of risk, and pursuant to the wording of Article 30, it must be no less than awareness on the part of the co-perpetrator that the consequence “will occur in the ordinary course of events”. A low risk will not be sufficient*”. International Criminal Court, Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of The Congo, Case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012. par. 1012. [la “conciencia de que se producirá una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos” significa que los participantes anticipan, basándose en su conocimiento de cómo se desarrollan los eventos en general, que la consecuencia se producirá en el futuro. Este pronóstico implica la consideración de los conceptos de “posibilidad” y “probabilidad”, que son inherentes a las nociones de “riesgo” y “peligro”. El riesgo se define como “peligro”, (exposición a) la posibilidad de pérdida, lesión u otra circunstancia adversa (...) Los co-perpetradores solo “saben” las consecuencias de su conducta una vez que han ocurrido. En el momento en que los co-perpetradores acuerdan un plan común y durante su implementación, deben saber la existencia de un riesgo de que ocurra la consecuencia. En cuanto al grado de riesgo, y de acuerdo con la redacción del artículo 30, no debe ser menos que la conciencia del co-perpetrador de que la consecuencia “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”. Un riesgo bajo no será suficiente] (traducción libre)

¹³⁹⁴ MARCHUK. *The fundamental ...*, op.cit. p. 132. Al respecto explica GIL GIL que “*En contra de lo que había afirmado la Sala de Cuestiones Preliminares I, y en línea de lo que ha sido la posición del resto de salas a partir del caso Bemba, la Sala de Primera Instancia rechaza que el artículo 30 comprenda en su definición al dolo eventual. Pero tras su rechazo formal al dolo eventual afirma que “la conciencia de que una consecuencia sucederá en el curso normal de los acontecimientos” implica un pronóstico que encierra cierto grado de probabilidad que no puede ser mínimo. Con ello no cabe duda de que, pese a lo que afirme, la Sala está admitiendo el dolo eventual*” GIL GIL, Alicia. “Responsabilidad penal...”, op. cit. p. 277.

¹³⁹⁵ Con respecto a este pronunciamiento de la Sala, OHLIN afirma que “*However, the Trial Chamber then smuggled dolus eventualis through the back door, by strangely concluding that elements of risk, danger, probability, and possibility were all inherent in the phrase ‘in the ordinary course of events’ from Article 30. (...) To suggest that liability for risk-taking behaviour is consistent with ‘in the ordinary course of events’ is to*

Siguiendo la postura ambivalente de la Corte Penal Internacional, la doctrina tampoco ha definido si el dolo eventual se encuentra o no incluido dentro de la redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma. La posición prevalente afirma que los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional no pueden realizarse con dolo eventual¹³⁹⁶. Esta postura se basa principalmente en la misma interpretación exegética que se realizó en la sentencia del caso *Bemba* que se reseñó antes, así como en una definición de dolo eventual que afirma que se trata solamente de la previsión de un posible resultado¹³⁹⁷. En este sentido se afirma que *“having to be aware that the consequences will occur in the ordinary course of events (dolus directus or dolus indirectus) sets a higher standard of cognizance than merely an awareness of the risk that certain consequences might ensue from the criminal act (dolus eventualis). (...) The phrase designating the mental element that must exist in relation to the consequences of the act (the accused “means to cause the consequences or is aware that it will occur in the ordinary course of events) covers dolus directus and dolus indirectus only”¹³⁹⁸”*.

Esta postura ha llevado a sostener que el dolo eventual solo podría incorporarse con base en la cláusula inicial del artículo 30, es decir, cuando esté previsto en otras disposiciones del Estatuto de Roma o de los Elementos de los crímenes, con respecto a crímenes específicos o

read dolus eventualis into Article 30 in every way except changing the label”. OHLIN, Jens David. “Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation” *Journal of International Criminal Justice* Vol 12, 2014, Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2401264. Consultado el 4 de diciembre de 2018. p. 332. [Sin embargo, la Sala de Primera Instancia luego introdujo el dolo eventual, a través de la puerta de atrás, al concluir extrañamente que los elementos de riesgo, peligro, probabilidad y posibilidad eran todos inherentes a la frase “en el curso normal de los acontecimientos” del artículo 30. (...) Sugerir que la responsabilidad por el comportamiento de toma de riesgos es consistente con “en el curso normal de los acontecimientos” es leer el dolo eventual en el Artículo 30 en todos los aspectos, salvo que cambia la etiqueta] (traducción libre).

¹³⁹⁶ ESER. “Mental Elements ...”, op.cit. p. 932. En el mismo sentido AMBOS. *El Estatuto...*, op.cit. p. 119.

¹³⁹⁷ Afirma MARCHUK que *“Therefore, the mere anticipation of a possibility that illegal conduct may cause prohibited consequences does not fall within the mens rea threshold set forth in Article 30 (2)(b) of the Rome Statute covered dolus eventualis, recklessness or any other lower forms of culpability”* MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 128.

¹³⁹⁸ VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 102. [tener que ser conscientes de que las consecuencias se producirán en el curso normal de los acontecimientos (dolus directus o dolus indirectus) establece un nivel de conocimiento más alto que la mera conciencia del riesgo de que ciertas consecuencias puedan derivarse del acto criminal (dolus eventualis). (...) La frase que designa el elemento mental que debe existir en relación con las consecuencias del acto (el "golpe" significa causar las consecuencias o es consciente de que ocurrirá en el curso normal de los eventos) cubre solo dolus directus y dolus indirectus] (traducción libre).

a ciertas formas de ejecución de los delitos¹³⁹⁹. Así mismo, se le ha dado gran peso al hecho de que la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso *Bemba* haya basado sus conclusiones en los *travaux préparatoires* del Estatuto de Roma. Finalmente, FINNIN afirma que “*furthermore, as a matter of policy, given the ICC’s nature as a court of last resort and the principle of strict construction, an interpretation of Article 30 that does not include dolus eventualis is appropriate*”¹⁴⁰⁰.

El argumento central de esta idea es la exigencia de certeza frente a la producción del resultado¹⁴⁰¹. De acuerdo con ella y, tal como lo ha interpretado la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en las sentencias que se reseñaron, se ha excluido el dolo eventual porque se entiende que la redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma exige que el autor del delito tenga casi certeza de que el resultado delictivo se producirá. Sin embargo, esto casi nunca sucede, salvo en los casos en los cuales el resultado se produce de manera instantánea. Incluso el autor de un homicidio puede verse defraudado en su propósito cuando lleva a cabo la conducta. Del mismo modo, el derecho penal anglosajón reconoce que solamente puede tenerse conocimiento cierto sobre los hechos pasados o presentes, pero nunca sobre los hechos futuros, que solamente pueden preverse¹⁴⁰². En ese orden de ideas, el artículo debe

¹³⁹⁹ Al respecto afirma WERLE que “*Esta en general desafortunada regulación exige, sin embargo, una interpretación escalonada que permita justificar la punibilidad en supuestos que se encuentran por debajo de la línea del dolo directo*”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 207.

¹⁴⁰⁰ FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p. 349. [Además, como cuestión de política, dada la naturaleza de la CPI como último recurso y el principio de construcción estricta, es apropiada una interpretación del artículo 30 que no incluya el *dolus eventualis*] (traducción libre).

¹⁴⁰¹ En línea con esta postura CARO CORIA al criticar la sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la sentencia de Confirmación de Cargos del caso Lubanga, en donde admitió la imputación a título de dolo eventual, afirma que, además, “*pareciera que la Sala de Cuestiones Preliminares I del Caso Lubanga ha reorientado su interpretación del dolo a los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales de una u otra manera asumen esta posición a raíz de la permisón interpretativa que origina la formulación de sus normas, lo que no sucede en cambio con el Estatuto de Roma, donde los presupuestos del elemento subjetivo están claramente delimitados sin consignar, por su formulación literal, la concurrencia de un dolus eventualis*”. CARO CORIO. “El elemento...”, op. cit. p. 184.

¹⁴⁰² Por eso, BADAR escribe “*It is submitted that the ICC should adopt the concept of dolus eventualis as the basis of intentional crimes under its Statute particularly in cases where there is clear evidence from which the Court can infer the perpetrator’s acceptance of the illegitimate consequences of his act or his underestimation of the gravity of such consequences*”. BADAR, Mohamed Elewa. “The *Mens Rea* enigma in the jurisprudence of the International Criminal Court” En VAN DEN HERIK, Larissa. STAHN, Carsten. *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012. [Se afirma que la CPI debe adoptar el concepto de *dolus eventualis* como la base de los crímenes intencionales de conformidad con su Estatuto, particularmente en los casos en que existen pruebas claras de las cuales el Tribunal puede inferir la aceptación por el perpetrador de las consecuencias ilegítimas de su acto o su subestimación de la gravedad de tales consecuencias] (traducción libre).

interpretarse en el sentido de que el sujeto sepa y acepte que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, el curso causal al que ha dado inicio puede tener como consecuencia el resultado delictivo¹⁴⁰³.

En ese ámbito, los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional pueden cometerse con dolo directo de segundo grado o conocimiento, es decir con la certeza de que el resultado delictivo se producirá, salvo que ocurra algo que modifique el curso causal; o pueden cometerse con el conocimiento de la alta probabilidad de que se produzca ese resultado, dejando la consecuencia librada al azar¹⁴⁰⁴. La exigencia de que el sujeto actúe con práctica certeza (*virtual certainty*) de la producción del resultado no se desprende del tenor literal de la norma, no obstante, la exclusión del dolo eventual genera lagunas de punibilidad¹⁴⁰⁵. Adicionalmente, tal como explica BADAR, esta posición genera “(...) a dual system of criminality under international criminal law. The perpetrators who commit their crimes while possessing the mental state of *dolus eventualis* will be acquitted by the

¹⁴⁰³ Al respecto afirma BADAR que “*However, the present author is of the opinion that in the sphere of international criminal law dolus eventualis must be interpreted as a foresight of the likelihood of the occurrence of the consequences and not mere indifference towards its occurrence. This element of acceptance brings dolus eventualis within the contour of intention in its broader sense and ruled out the common law recklessness as a culpable mental state under Article 30 of the ICC Statute*”. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013. p. 425. [Sin embargo, el autor actual opina que, en el ámbito del derecho penal internacional, el *dolus eventualis* debe interpretarse como una previsión de la probabilidad de que se produzcan las consecuencias y no de la mera indiferencia hacia su aparición. Este elemento de aceptación trae al *dolus eventualis* dentro del contorno de la intención en su sentido más amplio y descarta la imprudencia del *common law* como un estado mental culpable según el artículo 30 del Estatuto de la CPI] (traducción libre).

¹⁴⁰⁴ Así lo considera también OLÁSULO ALONSO al afirmar que “*En nuestra opinión, también el dolo eventual – entendido como aquellos supuestos en los que el autor se representa el resultado prohibido como de probable producción y, aunque su propósito no es que acaezca, acepta el hecho de que pueda producirse y sigue adelante con su actuación – se encuentra incluido en el elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ER*”. OLÁSULO ALONSO. *Ataques ...*, op.cit. p. 254. En el mismo sentido afirman GIL GIL y MACULAN que “[e]n mi opinión el art. 30 vendría a excluir algunos supuestos de dolo eventual, que serán, precisamente, los mismos que quedarían excluidos si se hubiese introducido en el Estatuto de la CPI un criterio de imputación objetiva que exigiera determinada peligrosidad de la conducta (...) algunas modalidades de dolo eventual sí estarían comprendidas en el art. 30, es decir, aquellos casos de conciencia de una sustancial o alta probabilidad, sin llegar a exigir la certeza o práctica certeza”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 197. En el mismo sentido GÓMEZ LÓPEZ asegura que “(...) siendo posible el *mens rea* a título de dolo directo, dolo de consecuencias necesarias, y aún el dolo eventual, siempre y cuando se entienda que este supone la previsión de un resultado típico como probable consecuencia inmediata de la acción y no obstante se quiere la conducta dejando la no producción librada al azar”. GÓMEZ LÓPEZ. *Crímenes...*, op.cit. p. 471. La misma postura sostiene ANDRÉS DOMÍNGUEZ. *Derecho...*, op.cit. p. 95.

¹⁴⁰⁵ Explican GIL GIL y MACULAN que la exclusión del dolo eventual “generará importantes e incomprensibles lagunas de punibilidad, a no ser que los tribunales manejen después con escaso rigor el concepto de lo “prácticamente seguro”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 196.

*International Criminal Court; whereas if they commit the same crime having the same mental state, they will be convicted by the ICTY and ICTR and other hybrid tribunal or even national courts*¹⁴⁰⁶.

Así pues, cuando el Estatuto de Roma exige intención y conocimiento con respecto de los elementos materiales del crimen y, en el numeral segundo del artículo 30 limita la intención respecto de la consecuencia, definiéndola exactamente igual que como define el conocimiento, permite afirmar que en la norma general sobre la tipicidad subjetiva han quedado incorporados el dolo directo de primer grado, el dolo de consecuencias necesarias y el dolo eventual¹⁴⁰⁷. Sin embargo, esta forma de elemento subjetivo no es compatible con los casos en los cuales se exija que el autor tenga una finalidad específica, como sucede en el crimen del genocidio, por ejemplo; es incompatible la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo y, simultáneamente, dejar el resultado de la destrucción del grupo librado al azar¹⁴⁰⁸.

4. Ignorancia deliberada o *willful blindness*.

¹⁴⁰⁶ BADAR, Mohamed Elewa. “The *Mens Rea* enigma in the jurisprudence of the International Criminal Court” En VAN DEN HERIK, Larissa. STAHN, Carsten. *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012. p. 534. [Un sistema dual de criminalidad en virtud del derecho penal internacional. Los perpetradores que cometen sus delitos mientras poseen el estado mental de *dolus eventualis* serán absueltos por la Corte Penal Internacional; mientras que si cometen el mismo delito con el mismo estado mental, serán condenados por el TPIY, el TPIR y otros tribunales híbridos, incluso los tribunales nacionales] (traducción libre).

¹⁴⁰⁷ Así mismo, esta postura no es ajena al Derecho penal internacional. Por ejemplo, en *Stakić*, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia admitió que el crimen de homicidio se puede cometer con dolo eventual, sosteniendo que “*both a dolus directus and a dolus eventualis are sufficient to establish the crime of murder (...). The technical definition of dolus eventualis is the following: if the actor engages in life-endangering behavior, his killing becomes intentional if he ‘reconciles himself’ or ‘makes peace’ with the likelihood of death (...)*”. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Sala de Juicio II, Fiscal vs. Milomir Stakić, Sentencia de Juicio, 31 de julio de 2003. par. 587. [Ambos, tanto el dolo directo como el dolo eventual son suficientes para establecer el crimen de homicidio (...). La definición técnica del dolo eventual es la siguiente: si el actor ejecuta un comportamiento que pone en riesgo la vida, su homicidio se convierte en intencional si el “se reconcilia” o “hace las paces” con la posibilidad de la muerte] (traducción libre).

¹⁴⁰⁸ Al respecto afirma ESER que “[a]t any rate, one remarkable difference seems to be the following: whereas with special intent particular emphasis is put on the volitional element, thus excluding mere *dolus eventualis* (...)”. ESER. “Mental Elements ...”, op.cit. p. 901.

La ignorancia deliberada o *willful blindness*, que como se explicó en el capítulo anterior, es una forma de *mens rea* que se utiliza en el derecho penal anglosajón para sancionar con base en la premisa de que “*deliberate ignorance and positive knowledge are equally culpable*”¹⁴⁰⁹. Aunque esta forma de vínculo subjetivo no quedó expresamente consagrada dentro del artículo 30 del Estatuto de Roma, ni existe una norma específica al respecto, su incorporación se ha discutido principalmente con base en las normas del artículo 28, literal b) (i), de acuerdo con las cuales el superior no militar será penalmente responsable cuando “*deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*”. Esta norma establece un estándar de vínculo subjetivo más alto para los superiores civiles que para los jefes militares, estableciendo la ignorancia deliberada como forma *mens rea*, que se ubica entre la imprudencia y el conocimiento¹⁴¹⁰.

Dado que ni el derecho penal continental ni el derecho penal francés reconocen esta forma de tipo subjetivo, tal como sucede en el derecho penal anglosajón con el dolo eventual, se hace necesario identificar si estas dos figuras son coincidentes y, por tanto, la ignorancia deliberada quedaría incluida dentro de la regla general establecida en el artículo 30 del Estatuto de Roma. Cuando el autor de un delito actúa con ignorancia deliberada, omite considerar información que claramente indica que el resultado delictivo va a producirse, porque prefiere no tener conocimiento de ese curso causal. Así entendido, quien actúa con esta forma de *mens rea* deja la producción del resultado librado al azar, pues sabe que existe probabilidad de que ese resultado se produzca, pero no interviene en el curso causal, ni para tener algún grado de certeza sobre su producción, pues no se propone que esa consecuencia se produzca, ni para disminuir el riesgo¹⁴¹¹.

Esto quiere decir que la ignorancia deliberada puede entenderse como una forma especial de dolo eventual, sus elementos pueden reconducirse a esta forma de tipicidad subjetiva, pero

¹⁴⁰⁹ LAFAVE. SCOTT. *Criminal Law...*, op. cit. p. 219. [la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo son igualmente culpables] (traducción libre).

¹⁴¹⁰ AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 331.

¹⁴¹¹ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 250.

no que el dolo eventual sea equivalente, en todos los casos a la ignorancia deliberada¹⁴¹². Para establecer la responsabilidad del superior civil será necesario demostrar que, objetivamente, el superior tenía a su alcance información que le permitía conocer que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer delitos y ha decidido no considerarla. Habrá, otros casos en los que el superior no tenga acceso a esa información y aún así actúe con dolo eventual, caso en cual su responsabilidad deberá derivarse de la primera hipótesis que plantea al artículo 28, b) (i) del Estatuto de Roma, es decir, que el superior tuviera conocimiento de la comisión de esos delitos¹⁴¹³.

En ese mismo orden de ideas, se ha propuesto que se interprete el artículo 30 de tal forma que se permita la responsabilidad penal por los crímenes internacionales a título de ignorancia deliberada, en la medida en la que *“in the context of international crimes, where criminal conduct is widespread and ongoing, actual knowledge will be extremely difficult to prove if some concept of willful blindness is not permitted as a method of proof. For this reason, Article 30(3) should be interpreted as allowing proof by at least a limited form of willful blindness, (...). As such, proof that an accused was virtually certain that a circumstance*

¹⁴¹² Explica ESER que *“[s]ince these recommendations were dropped in the end, with the result that the ICC Statute does not contain a special provision for ‘wilful blindness’, this waiver could certainly be interpreted as a decision against covering this case, as indeed opined by some authors. This conclusion is not cogent though, as an offender shutting his eyes to the truth is at least aware of possible, or even obvious, fact he merely does not want to see”*. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 931. [Al final, estas recomendaciones se dejaron de lado, con el resultado de que el Estatuto de la CPI no contiene una disposición especial para la “ceguera voluntaria”, esta renuncia podría ciertamente interpretarse como una decisión en contra de cubrir este caso, como en verdad opinaron algunos autores. Sin embargo, esta conclusión no es convincente, ya que un delincuente que cierra los ojos ante la verdad es, al menos, consciente de un hecho posible, o incluso obvio, que simplemente no quiere ver] (traducción libre).

¹⁴¹³ Explica AMBOS que *“[t]he ‘willful blindness’ standard presents an exception to the positive knowledge requirement in that it is considered satisfied - regarding the existence of a particular fact - if a person is aware of a high probability of its existence unless he actually believes that it does not exist. Knowledge is not presumed, however, when what is involved is the result of the defendant’s conduct. Willful blindness, and thereby the new standard of article 20 8(a)(i), stands between knowledge and recklessness (...) As a result, it will be more difficult to prosecute non-military superiors than military superiors for a failure of supervision”* (énfasis propio). AMBOS. “Superior Responsibility”..., op.cit. p. 870. [El estándar de “ceguera voluntaria” presenta una excepción al requisito de conocimiento positivo en el sentido de que se considera satisfecho, con respecto a la existencia de un hecho en particular, si una persona es consciente de una alta probabilidad de su existencia a menos que realmente crea que no existe. Sin embargo, el conocimiento no se presume cuando lo que está involucrado es el resultado de la conducta del acusado. La ceguera voluntaria, y por lo tanto el nuevo estándar del artículo 20 8 (a) (i), se encuentra entre el conocimiento y la imprudencia (...) Como resultado, será más difícil procesar a los superiores no militares que a los superiores militares por una falta de supervisión].

existed should be taken to satisfy the definition of knowledge in that provision”¹⁴¹⁴. Esta postura concuerda con lo que se ha explicado anteriormente con respecto a la incorporación del dolo eventual al artículo 30, en la medida en la que exigir que todos los crímenes se cometan con dolo directo de primer grado o dolo de consecuencias necesarias no solo resulta insostenible en términos de política criminal, sino que no se compadece con la redacción del Estatuto de Roma¹⁴¹⁵.

5. Imprudencia o *negligence*.

Dado que los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional tienen como característica principal su extrema gravedad, a primera vista parecería inadecuado sancionarlos a título de imprudencia. Esto es aun más cierto en los casos en los que tienen finalidades específicas, como el genocidio o la agresión, pues dicha finalidad no parece compatible con una actuación imprudente¹⁴¹⁶. Adicionalmente, siguiendo la estructura del

¹⁴¹⁴ FINNIN. “Mental elements...”, op.cit. p 351. [En el contexto de los crímenes internacionales, donde la conducta criminal es generalizada y sistemática, el conocimiento real será extremadamente difícil de probar si no se permite algún concepto de ceguera voluntaria como método de prueba. Por este motivo, el artículo 30 (3) debe interpretarse como una prueba que permite, al menos, una forma limitada de ceguera voluntaria, (...). Como tal, la prueba de que un acusado estaba virtualmente seguro de que existía una circunstancia debería tomarse para satisfacer la definición de conocimiento en esa disposición] (traducción libre). De igual opinión es DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 79.

¹⁴¹⁵ En ese sentido afirma VAN DER VYVER que “*Willful blindness is tantamount to knowledge. The very concept indicates that the perpetrator knows-if not as a certainty in the sense of dolus directus or dolus indirectus, then at least of the possibility or likelihood-that a certain act has or may occur or that consequences for which he or she must take responsibility has or may transpire (dolus eventualis). Willful blindness denotes the mental disposition of someone who does not want to know that which he already knows or foresees and fakes ignorance in order to escape liability (...)*”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p 76. [La ceguera voluntaria es equivalente al conocimiento. El mismo concepto indica que el perpetrador sabe, si no como una certeza en el sentido de dolus directus o dolus indirectus, al menos de la posibilidad o probabilidad, de que un determinado acto haya ocurrido o pueda ocurrir o de las consecuencias por las que debe hacerlo. La ceguera voluntaria denota la disposición mental de alguien que no quiere saber lo que ya sabe o prevé y falsifica la ignorancia para escapar de la responsabilidad] (traducción libre).

¹⁴¹⁶ Explica MARCHUK al respecto que “*Whether a commander can be charged with negligent genocide is a “blind” spot in the jurisprudence of international criminal courts and tribunals. Schabas observes that it remains somewhat of a paradox “how a specific intent offence can be committed by negligence. The mens rea requirement with respect to the crime of genocide involves two major problems of interpretation. Firstly, if the existence of a genocidal plan or policy is required as a constitutive element, then to what extent a plan shall be covered by knowledge of a perpetrator. Secondly, it is unclear how the crime of genocide may be reconciled with modes of liability, which may be satisfied by a lower mens rea threshold than intention*”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p 111. [Si un comandante puede ser acusado de genocidio negligente está aún por definirse en la jurisprudencia de los tribunales y cortes penales internacionales. Schabas observa que sigue siendo algo así como una paradoja “cómo una ofensa de intención específica puede ser cometida por negligencia. El requisito de *mens rea* con respecto al crimen de genocidio involucra dos problemas principales

derecho penal continental y francés, se ha entendido que la imprudencia solamente puede sancionarse cuando ha sido específicamente prevista por una norma, a diferencia del dolo, que se entiende incorporado a todos los tipos penales, salvo que exista disposición en contrario. En estos ordenamientos la imprudencia siempre es *numerus clausus*.

Así pues, el Estatuto de Roma ha previsto en varios de sus artículos, especialmente en algunos de los crímenes de guerra, formas imprudentes de comisión, a través de la cláusula de “*hubiere debido saber*”, “*should have know*” o “*aurait dû savoir*”, mediante la cual se le exige al autor de un delito que cumpla con un deber específico de conocimiento¹⁴¹⁷. Para comprender este elemento es necesario tener en cuenta que todos los sistemas jurídico-penales que se han estudiado reconocen la imprudencia como una forma de elemento subjetivo que da lugar a la responsabilidad penal por algunos delitos. En todos los casos, se exige que el autor del delito tuviera un deber de comportamiento que, al ser incumplido, produce el resultado prohibido. Desde luego, en el momento en el que la Corte Penal Internacional imponga una pena por la comisión de un tipo imprudente, deberá tener en cuenta el estándar subjetivo menos lesivo para imponer una pena menor, dentro del ámbito general que establece el Estatuto de Roma¹⁴¹⁸.

En ese orden de ideas, estos casos no se enmarcan en las disposiciones del artículo 30, sino que la imputación a título de imprudencia debe basarse en la cláusula “*salvo disposición en contrario*” que lo encabeza y, tal como quedó explicado con anterioridad, esa disposición contraria puede encontrarse en el propio Estatuto o en los Elementos de los Crímenes¹⁴¹⁹.

de interpretación. En primer lugar, si la existencia de un plan o política genocida se requiere como un elemento constitutivo, entonces hasta qué punto el plan debe estar cubierto por el conocimiento de un perpetrador. En segundo lugar, no está claro cómo el crimen de genocidio puede ser reconciliado con los modos de responsabilidad, que pueden ser satisfechos por un umbral de *mens rea* por debajo de la intención] (traducción libre).

¹⁴¹⁷ Tal como explica AMBOS “(...) resulta confuso equiparar el estándar de “*hubiera debido saber*” (*had reason to know*) con el dolo eventual, ya que esto solo sería correcto si se reduce esta forma de intención a un estándar puramente cognitivo, sin ningún elemento volitivo subyacente”. AMBOS. “¿Qué significa..., op.cit. p 204.

¹⁴¹⁸ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho ...*, op.cit. p. 250.

¹⁴¹⁹ A este respecto afirma AMBOS que “(...) it is not problematic that recklessness, that is, a form of conscious risk-taking, is not encompassed by article 30 since otherwise mere risk awareness without a volitional component and, with regard to a consequence, less than the require awareness would suffice”. AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part*. Oxford, U.K., 2013. p. 276. [no es problemático que la imprudencia, es decir, una forma de toma consciente de riesgos, no esté abarcada

Esto sucede, por ejemplo, con el uso indebido de banderas (artículo 8, 2, b) (vii)), pues se sanciona si el sujeto *hubiere debido saber* que el uso que estaba dándole a la bandera blanca o a la bandera nacional, por ejemplo, era un uso indebido¹⁴²⁰; también el crimen de genocidio que se lleve a cabo mediante el traslado de menores por la fuerza, pues se admite que el autor no tuviere conocimiento de la edad de las personas que trasladaba, pero *hubiere debido saberla*, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes.

Un caso importante a este respecto es el crimen de guerra de reclutamiento de menores (artículo 8, 2, b) (xxvi)), que según los Elementos de los Crímenes genera responsabilidad penal cuando el autor de delito *hubiere debido saber* que las personas que estaba incorporando a sus filas eran menores de 15 años. En ese orden de ideas, este es uno de los delitos que puede cometerse imprudentemente, al menos con respecto de la circunstancia de la edad de los menores¹⁴²¹. La Sala de Cuestiones Preliminares I, en la sentencia de confirmación de cargos en contra de *Lubanga* afirmó que “*La condition inscrite dans les Éléments des crimes au moyen de la formule «aurait dû savoir» (...) relève de la notion de négligence parce qu’elle est remplie lorsque le suspect: (i). Ne savait pas que les victimes avaient moins de 15 ans à l’époque de leur enrôlement, conscription ou utilisation dans le cadre d’une participation active à des hostilités ; et (ii). N’était pas au courant parce qu’il n’a pas agi avec la diligence voulue dans les circonstances en question (on ne peut dire que le suspect « aurait dû savoir » que si son ignorance résulte de son manquement à son obligation d’agir avec la diligence voulue)*”¹⁴²². Aunque este fue el delito por el que la Corte

por el artículo 30, ya que de otro modo la mera conciencia del riesgo sin un componente volitivo y, en relación con una consecuencia, bastaría aunque fuera una conciencia inferior a la requerida] (traducción libre).

¹⁴²⁰ BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 498.

¹⁴²¹ Así lo reconoce BADAR al afirmar que “[a]s a consequence, this crime falls into the realm of negligence crimes where conviction depends upon proof that the perpetrator had reasonable cause to believe or suspect some relevant fact, in the present case, that the child concerned was under the age of 15”. BADAR. “The Mental...”, op.cit. p. 497. [Como consecuencia, este crimen cae en el ámbito de los delitos de negligencia, donde la condena depende de la prueba de que el perpetrador tuvo una causa razonable para creer o sospechar algún hecho relevante, en el presente caso, que el menor en cuestión tenía menos de 15 años] (traducción libre).

¹⁴²² Cour Pénale Internationale. Chambre Préliminaire I Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur C. Thomas Lubanga Dyilo Décision sur la Confirmation Des Charges. 29 janvier 2007. par. 358. [La condición contenida en los Elementos de los Crímenes que utilizan la fórmula “debería haber sabido” (...) cae dentro del concepto de negligencia porque se satisface cuando el sospechoso: (i) no sabía que las víctimas tenían menos de 15 años en el momento de su alistamiento, reclutamiento o uso como parte de la participación activa en las hostilidades; y (ii) no era consciente del hecho de que no actuó con la debida diligencia en las circunstancias en cuestión (no se puede decir que el sospechoso “debiera haber sabido”) que

Penal Internacional condenó a *Lubanga*, la sentencia no está basada en el delito imprudente¹⁴²³, dado que la Sala consideró que el acusado, al haber actuado en coautoría, tenía el conocimiento y la intención, en los términos del artículo 30 del Estatuto¹⁴²⁴.

Otro ámbito en el cual se ha discutido la inclusión de la imprudencia son los crímenes de guerra en los cuales se exige que el sujeto actúe “*arbitrariamente*” “*wantonly*” o “*de façon arbitraire*”, como sucede en el crimen de destrucción y apropiación de bienes¹⁴²⁵. Al respecto afirma WERLE que “*la exigencia adicional «arbitrariamente» provoca una disminución de los requisitos subjetivos, por ejemplo, en los crímenes de guerra consistente en la destrucción de bienes (...) según esta norma, basta con una forma agravada de imprudencia (recklessness)*”¹⁴²⁶. Sin embargo, habría que analizar si el requisito de que el acto sea arbitrario realmente hace referencia a la imprudencia, debido a que la definición del delito también exige que la apropiación se lleve a cabo de manera ilícita, a gran escala y sin estar

su ignorancia se debió a su incumplimiento de su obligación de actuar con la debida diligencia)] (traducción libre)

¹⁴²³ Afirma MARCHUK que “[t]he mens rea standard of “should have known” reduced to negligence is even a lower threshold than that of constructive knowledge laid down in the jurisprudence of the ad hoc tribunals. Likewise, a number of war crimes penalized in the Rome Statute require the mens rea threshold to be less strong than intent”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 134. [El estándar de “debería haber sabido” reducido a la negligencia es incluso un umbral más bajo que el del conocimiento constructivo establecido en la jurisprudencia de los tribunales especiales. Del mismo modo, una serie de crímenes de guerra penalizados en el Estatuto de Roma requieren que el umbral de *mens rea* sea menos fuerte que la intención] (traducción libre).

¹⁴²⁴ Con respecto a esta decisión afirma WEIGEND que “*The Chamber correctly states that each co-perpetrator must have an indispensable role in the common plan, and that they must all be mutually aware of their roles. But when the law requires only negligence with respect to an accompanying circumstance, e.g. the age of the victims, not more than negligence in that respect can be demanded of co-perpetrators. The common control of their actions remains unaffected by the fact that one or all of them were unaware of the age of the boys they conscripted or enlisted: they recruited, in intentional co-operation, the boys they had before them, and the law says that it is immaterial whether they knew their true age or not*”. Weigend, Thomas. *Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges. Journal of International Criminal Justice*, Volume 6, Issue 3, Julio de 2008. Disponible en <https://doi.org/10.1093/jicj/mqn034> Consultado el 26 de septiembre de 2018. p. 485. [La Cámara establece correctamente que cada co-perpetrador debe tener un papel indispensable en el plan común, y que todos deben ser mutuamente conscientes de sus roles. Pero cuando la ley solo exige negligencia con respecto a una circunstancia de acompañamiento, por ejemplo, la edad de las víctimas, no más que la negligencia a este respecto puede exigirse a los co-perpetradores. El control común de sus acciones no se ve afectado por el hecho de que uno o todos ellos desconocían la edad de los niños que reclutaron o alistaron: reclutaron, en cooperación intencional a los niños que tenían antes, y la ley dice que es irrelevante si conocían su verdadera edad o no] (traducción libre).

¹⁴²⁵ Estatuto de Roma. «Artículo 8. Crímenes de Guerra. (...) 2. (...) a (...) iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente».

¹⁴²⁶ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 200. En el mismo sentido afirma GÓMEZ LÓPEZ que “[s]e considera que en el caso de destrucción de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente, es suficiente la culpa grave”. GÓMEZ LÓPEZ. *Crímenes ...*, op.cit. p. 482.

justificada por objetivos militares. Aún así no parece del todo incorrecto pensar que los bienes protegidos puedan ser destruidos de forma imprudente en el marco de un conflicto armado¹⁴²⁷.

Sin embargo, el ámbito donde más se ha discutido la imprudencia es la responsabilidad del superior militar, pues el estándar del elemento subjetivo establecido por el artículo 28 para estos es menor que el que establece para los superiores no militares. De acuerdo con ese artículo, el superior militar será penalmente responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados cuando hubiere debido saber que estos se estaban llevando a cabo¹⁴²⁸. Así pues, los superiores civiles responderán con dolo eventual, en la forma de ignorancia deliberada, mientras que los superiores militares responderán a título de imprudencia¹⁴²⁹. Resulta adecuado afirmar que el artículo 28 consagra la responsabilidad por imprudencia inconsciente del superior, pues sanciona el hecho de que no perciba el riesgo al no saber que sus subordinados estaban cometiendo delitos, cuando tenía el deber específico de saberlo,

¹⁴²⁷ Así lo afirman WERLE y JESSBERGER: *“The frequently used term ‘wanton’ also reduces the level of the required mental state; for example, for the war crime of destruction of property under Article 8 (2)(a)(iv) ICCSt., recklessness is sufficient”*. WERLE. JESSBERGER. “Unless Otherwise... op.cit. p. 47. [El término de uso frecuente “deliberadamente” también reduce el nivel del estado mental requerido; por ejemplo, para el crimen de guerra de destrucción de propiedad según el Artículo 8 (2) (a) (iv) del Estatuto de Roma, la imprudencia es suficiente] (traducción libre).

¹⁴²⁸ Explica DE FROUVILLE que *«[a]insi, la faute donnât lieu à un délit se rencontrent notamment dans les définitions qui ont été donnés d’une forme de responsabilité particulière, la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ainsi, la seule connaissance par le supérieur (il savait) de la commission de crimes par ses subordonnés est susceptible d’entraîner sa responsabilité pénale : on peut y voir la réalisation d’une faute d’imprudence. De même, selon l’article 28 du Statut de Rome, un supérieur militaire qui « aurait dû savoir » que des crimes se commettaient peut également être reconnu responsable : ce « aurait dû » renvoie à une obligation légale et donc à une faute de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la « loi »*. DE FROUVILLE. *Droit ...*, op.cit. p. 79. [De hecho, la culpa que da lugar a un delito se encuentra en particular en las definiciones que se han dado de una forma particular de responsabilidad, la responsabilidad del superior. Por lo tanto, el único conocimiento por parte del superior (él sabía) de la comisión de delitos por parte de sus subordinados probablemente conlleve su responsabilidad penal: uno puede ver la realización de una falta de imprudencia. De manera similar, según el artículo 28 del Estatuto de Roma, un superior militar que debería “haber sabido” que los delitos se cometieron también puede ser considerado responsable: este “debería haber” referido a una obligación legal y, por lo tanto, a una violación de la ley a un deber de cuidado o seguridad provisto por la “ley”] (traducción libre). BADAR. “The Mental ...”, op.cit. p. 514. En el mismo sentido WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 200.

¹⁴²⁹ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 231. Al respecto afirma GÓMEZ LÓPEZ que *“(...) la cláusula general de vinculación subjetiva es la intencionalidad; un grado inferior a la intención sólo es aplicable cuando normativamente este previsto en el propio Estatuto de Roma, lo cual puede deducirse de la forma en que se describan los delitos en particular o la forma de intervención, como es el caso del artículo 28 del ECPI, que reglamenta la responsabilidad en verdad “culposa” de los jefes militares por actos criminales cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”*. GÓMEZ LÓPEZ. *Crímenes...*, op.cit. p. 189.

para así poder evitarlos o sancionarlos¹⁴³⁰. Con respecto a ese deber afirma AMBOS que “[t]he concept of so-called constructive knowledge must also be understood as requiring reliable and concrete information enabling the superior to know of the commission of crimes. (...) constructive knowledge consists of a duty to make inferences from actually known facts and to carry out reasonable investigation of actually known ‘suspicious’ facts”¹⁴³¹. Cuando el superior incumple ese deber y se produce el resultado prohibido, debe responder penalmente, de conformidad con el Estatuto de Roma.

iv. La cláusula «salvo disposición en contrario».

A su turno, los Elementos de los Crímenes prestan especial atención a la *mens rea* de los crímenes, pues incluso en la introducción general varias disposiciones se refieren a este asunto. El numeral dos de la introducción general reitera el párrafo 1 del artículo 30 del Estatuto de Roma. A renglón seguido afirma que «(...) [c]uando 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**. A continuación, se indican excepciones a la norma del artículo 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia» (énfasis propio).

El numeral tres afirma que tanto la intención como el conocimiento podrán inferirse de las circunstancias y los hechos del caso; mientras que el numeral cuatro afirma que, «con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios

¹⁴³⁰ AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 329. En el mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia afirmó que, si el superior ha puesto suficiente diligencia en el cumplimiento de sus deberes para prevenir y sancionar los crímenes de sus subordinados, no podrá responsabilizarse por ellos. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscalía vs Blaskic, Sala de Juicio, Sentencia de Juicio, 3 de marzo de 2000. par. 332.

¹⁴³¹ AMBOS. “Superior Responsibility”..., op.cit. p. 865. [El concepto de los llamados conocimientos constructivos también debe entenderse como que requiere información confiable y concreta que permita al superior saber sobre la comisión de delitos. (...) El conocimiento constructivo consiste en el deber de hacer inferencias a partir de hechos realmente conocidos y de llevar a cabo una investigación razonable de los hechos “sospechosos” realmente conocidos] (traducción libre).

de valor como los que emplean los términos “inhumanos o “graves” por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa». Las consideraciones con respecto al artículo 30 del Estatuto en la introducción general de los elementos de los crímenes, concluyen con el literal b) del artículo 7 que afirma que «cuando se requiera un elemento de intencionalidad específico, éste aparecerá después de la conducta, la consecuencia o la circunstancia correspondiente».

La primera discusión y probablemente una de las más relevantes para la aplicación del artículo 30 del Estatuto se ha dado alrededor de la primera cláusula de este artículo. Según esta disposición, el artículo 30 se aplicará, «salvo disposición en contrario» («unless otherwise provided», «sauf disposition contraire»)¹⁴³². Esto implica que el artículo 30 es la norma general¹⁴³³, que se aplicará únicamente en los casos en los cuales la norma que define los crímenes no prevea otra cosa. Lo primero que debe tenerse en consideración es que las distintas disposiciones podrán tener diversos efectos, confirmar los presupuestos objetivos del artículo 30, ampliarlos o reducirlos¹⁴³⁴. En la mayoría de las veces, en el primer caso las

¹⁴³² “The explanatory note resonates with the approach undertaken in the final version of the Rome Statute. Article 30 requires “intent and knowledge” as a general default rule, while other mental states only apply if they are covered by the exception rule of “unless otherwise provided”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 126. [La nota explicativa resuena con el enfoque adoptado en la versión final del Estatuto de Roma. El artículo 30 requiere “intención y conocimiento” como regla general por defecto, mientras que otros estados mentales solo se aplican si están cubiertos por la regla de excepción de “a menos que se indique lo contrario”] (traducción libre).

¹⁴³³ “In this respect, article 30 in requiring the commission of a crime ‘with intend and knowledge’ functions as a general and supplementary rule for criminal responsibility according to the Rome Statute. What is more, this is not only true for the perpetration of the crimes of articles 6 to 8 of the ICC Statute, but applies also to the various forms of perpetration of participation of article 25(3) of the ICC Statute. This is because article 25(3), when it doesn’t require a special (and then remarkably stronger) state of mind at all, does not distinguish between perpetration and participation and thus, presupposes intention and knowledge according to the general rule of article 30 of the ICC Statute”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 899. [A este respecto, el artículo 30 al exigir la comisión de un delito “con la intención y el conocimiento” funciona como una regla general y complementaria para la responsabilidad penal de acuerdo con el Estatuto de Roma. Más aún, esto no solo es cierto para la comisión de los delitos de los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI, sino que también se aplica a las diversas formas de participación del artículo 25 (3) del Estatuto de la CPI. Esto se debe a que el artículo 25 (3), cuando no requiere un estado mental especial (y luego notablemente más fuerte), no distingue entre perpetración y participación y, por lo tanto, presupone la intención y el conocimiento de acuerdo con la regla general del artículo 30 del Estatuto de la CPI] (traducción libre).

¹⁴³⁴ Así lo afirman GIL GIL y MACULAN “En principio las “disposiciones en contrario” podrían referirse tanto a definiciones de delitos que contienen una mens rea con elementos adicionales al descrito en el art. 30 como a definiciones que por el contrario relajan la exigencia contenida en dicho artículo”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 204.

normas adicionales resultarán innecesarias o redundantes. Sin embargo, las otras dos hipótesis deberán ser analizadas con mayor cuidado.

El Estatuto contiene un gran número de disposiciones que modifican el umbral subjetivo establecido por el artículo 30¹⁴³⁵. La razón de ser de estas valoraciones distintas, de acuerdo con WERLE es que los redactores se preocuparon más por trasladar las normas de distintas fuentes normativas al Estatuto que por hacerlas concordar entre ellas¹⁴³⁶. Así pues, el artículo 7 contiene siete veces los conceptos de “intentional(ly)” “intent” o “intention” y una vez el de “calculated”, en las definiciones del párrafo 2 que contiene los distintos crímenes de lesa humanidad. Por su parte, el artículo 8 del Estatuto habla once veces de “intentionally”, cuatro veces el de “wilful(ly)” y una de “wantonly”, aunque ninguno de estos términos está definido expresamente en el artículo 30 del Estatuto de Roma. El asunto es aún peor si se compara la versión con la versión en español, debido a que las traducciones no coinciden: en el artículo 7 aparece cuatro veces el concepto de “intencional(mente) (para “intentionally”) tres veces el de “intención” (para “intent” o “intention”) y una vez el de “encaminadas a” (para “calculated”)¹⁴³⁷; en el artículo 8 se afirma diez veces que la conducta debe ser cometida “intencionalmente” y una vez “arbitrariamente”. La incorporación de todas estas formas de *mens rea* ha generado varias confusiones¹⁴³⁸.

El principal problema surge alrededor de la determinación de las normas que pueden consagrar elementos subjetivos distintos para los crímenes de la competencia de la Corte

¹⁴³⁵ “Contrary to the aforementioned lowering of mental requirements, other provisions in the Rome Statute require stronger subjective graduations than provided for in Article 30 of the ICC Statute”. ESER. “Mental Elements...”, op.cit. p. 899. [Contrariamente a la reducción mencionada anteriormente de los requisitos mentales, otras disposiciones del Estatuto de Roma requieren graduaciones subjetivas más sólidas que las previstas en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI] (traducción libre).

¹⁴³⁶ Pone de ejemplo el autor que “(...) ello provoca también diferencias un tanto curiosas en el texto: por ejemplo, mientras que el infligir grandes sufrimientos como crimen de guerra debe producirse «deliberadamente», como crimen de lesa humanidad debe producirse intencionalmente”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 197.

¹⁴³⁷ AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 425.

¹⁴³⁸ Explica Ambos que “[c]ontradicciones similares se pueden constatar al examinar las versiones auténticas francesa y española. Este caos terminológico confirma sólo que los conceptos “intent”, “intention” o “intentional” no tienen un significado preciso y seguro, sino que ellos deben ser interpretados en su contexto sistemático, teniendo en cuenta consideraciones históricas y teleológicas”. *Ibidem*. p. 388.

Penal Internacional¹⁴³⁹. Esta determinación debe hacerse con base en las fuentes de derecho que establece el artículo 21 del Estatuto de Roma y la estricta jerarquía diseñada allí entre ellas. Al respecto se han planteado varias opciones. Por ejemplo, se ha sostenido que las normas que se apliquen, en lugar del artículo 30 pueden «*derivarse del propio Estatuto, de los Elementos de los Crímenes o de cualquiera otra fuente del derecho internacional, en el sentido del art. 21 del Estatuto de la CPI*»¹⁴⁴⁰. En ese orden de ideas, sería admisible que, incluso normas de carácter consuetudinario o principios de los ordenamientos internos de los Estados, incluidos los del Estado que tendría la competencia primaria sobre el crimen, modificaran la *mens rea* exigida para la comisión de los crímenes internacionales¹⁴⁴¹.

Esta postura se funda en dos pilares. Por una parte, está basada en el tenor literal del artículo 21.1 según el cual la Corte aplicará todas las fuentes de derecho descritas en el artículo, lo

¹⁴³⁹ “Existe gran controversia en la doctrina sobre la posibilidad de interpretar la definición de alguno de los delitos incluidos en el Estatuto de Roma en el sentido de relajar las exigencias subjetivas contenidas en el art. 30”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho ...*, op.cit. p. 205. En el mismo sentido afirma CHAVARIO que « (...) la situation se présente plus problématique quant à ces normes qui, par la référence à des formes particulières d’intention ou à des motivations spécifiques de l’acte, relèvent des figures de faute qui peuvent être difficilement ramenées à la prévision de l’art. 30 » CHIAVARIO, Mario. *La justice penal internationale entre passé et avenir*. Dalloz, Paris, 2004. p. 275. [la situación más problemática se presenta con respecto a estas normas que, por referencia a formas particulares de intención o motivaciones específicas del acto, caen bajo formas de faltas que difícilmente pueden reducirse a la predicción de el artículo 30] (traducción libre).

¹⁴⁴⁰ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 195. En el mismo sentido afirma POLITI que “(...) Therefore, when dealing with *mens rea*, the elements themselves refer in numerous cases only to the intent of the accused, or separate the intent related to the conduct concerned and its consequences from the knowledge of the circumstances of the offence. As to the expression ‘unless otherwise provided’, the compromise between extreme positions (namely, that the formula allowed departures from article 30’s standards to be directly set out in the Elements, and at the other extreme, that only the Statute could dictate such exceptions) consisted in recognizing that a *mens rea* different from general intent and knowledge could be drawn both from the Statute and from other rules of applicable law”. POLITI. “Elements of Crimes...”, op.cit. p. 460. [Por lo tanto, cuando se trata de *mens rea*, los elementos mismos se refieren en numerosos casos solo a la intención del acusado, o separan la intención relacionada con la conducta en cuestión y sus consecuencias del conocimiento de las circunstancias de la ofensa. En cuanto a la expresión “salvo disposición en contrario”, el compromiso entre posiciones extremas (a saber, que la fórmula permitía apartarse directamente de los estándares del artículo 30 en los Elementos, y en el otro extremo, que solo el Estatuto podría dictar tales excepciones) consistió en reconocer que una *mens rea* diferente de la intención general y el conocimiento podrían extraerse tanto del Estatuto como de otras reglas de la ley aplicable] (traducción libre)

¹⁴⁴¹ Esta posibilidad la acepta WERLE al afirmar que “[p]ero también hay que observar «otras disposiciones» dimanantes del derecho internacional consuetudinario, entre ellas, sobre todo, los presupuestos subjetivos de la punibilidad desarrollados por los Tribunales Penales Internacionales. Todos ellos son decisivos, en el sentido de «otras disposiciones» en el marco del Estatuto de Roma”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 206. En el mismo sentido afirma CARO CORIA que “Estas “otras disposiciones” pueden derivarse del propio Estatuto de Roma, de los Elementos de los Crímenes y de otras fuentes del derecho internacional en el sentido del artículo 21; también pueden servir para corroborar o precisar elementos subjetivos del propio Estatuto, así como para ampliar o reducir la intensidad de la exigencia del dolo para la punibilidad de un comportamiento”. CARO CORIO. “El elemento ...”, op. cit. p. 185.

que se ha entendido como una cláusula abierta, que permite la modificación del artículo 30 por todas estas fuentes¹⁴⁴². Por otra parte, se entiende que nada en el artículo 30 limita las «*disposiciones en contrario*» a aquellas que están contenidas en el propio Estatuto¹⁴⁴³. A esta conclusión se llega, principalmente, comparando el artículo 30 con el artículo 31 del mismo instrumento que afirma que serán aplicables «*las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto*», entendiendo que si el artículo 30 hubiese querido limitar las disposiciones en contrario a aquellas que se encuentra en el Estatuto de Roma, lo diría expresamente, tal como queda establecido en el artículo 31.

No obstante, esta teoría resulta insostenible a la luz del artículo 22 del Estatuto de Roma que consagra el principio *nullum crimen sine lege* y de la estricta jerarquía entre las fuentes que establece el artículo 21 al determinar el derecho aplicable. En el primer caso, de acuerdo con el principio de legalidad, nadie podrá ser penalmente responsable por un crimen que no esté expresamente definido en el Estatuto. Desde luego, esta definición debe incluir los elementos subjetivos del delito, en especial el dolo o la imprudencia, que se requiere para que la conducta sea punible. Además, el mismo artículo 22 establece que la definición del crimen deberá ser interpretada estrictamente y que la interpretación siempre se hará en favor del investigado. En ese orden de ideas, ampliar las formas de dolo exigidas para los crímenes, al punto de que se le exigiría al procesado conocer, al menos, los sistemas jurídicos que se siguen en los países más influyentes en el derecho penal internacional, porque incluso de

¹⁴⁴² *Ibidem*. p. 199.

¹⁴⁴³ En este context afirman WERLE y JESSBERGER que “[b]ut what might be a cherished and fundamental principle in a domestic context should not necessarily be literally transferred to international criminal law. There can be no doubt that customary international law is a source of international criminal law. And there is no reason why this should not hold true in principle in relation to the mental element of crimes under international law. In addition, there is a strong argument in favour of a uniform interpretation and application of the ICC Statute and customary international law”. WERLE, Gerhard. JESSBERGER, Florian. “Unless Otherwise Provided - Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law” *Journal of International Criminal Justice*, Volume 3, 2005. Disponible en <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/1/35/888717> Consultado el 5 de diciembre de 2018. p. 46. [Pero lo que podría ser un principio preciado y fundamental en un contexto doméstico no necesariamente debe ser literalmente transferido al derecho penal internacional. No cabe duda de que el derecho internacional consuetudinario es una fuente del derecho penal internacional. Y no hay ninguna razón por la que esto no sea cierto en principio en relación con el elemento mental de los crímenes según el derecho internacional. Además, existe un fuerte argumento a favor de una interpretación y aplicación uniformes del Estatuto de la CPI y del derecho internacional consuetudinario] (traducción libre).

ellos podría, en algún caso, provenir la norma sobre el dolo aplicable al caso concreto resulta en una exigencia imposible de cumplir y violatoria del principio de legalidad.

En el segundo caso, el artículo 21 del Estatuto de Roma es absolutamente claro en establecer que el derecho aplicable allí descrito, responde a una estricta jerarquía, en la que las normas que se describen en los últimos numerales solamente serán aplicables en los casos en los cuales las normas descritas en los primeros numerales tengan lagunas que requieran ser suplidas. En este caso, los propios redactores del Estatuto han consagrado la norma subsidiaria, es decir el artículo 30, que tiene el propósito de suplir las lagunas que puedan quedar de las definiciones de los crímenes contenidas en los artículos 6 a 8 *bis* del Estatuto. Por lo mismo, no es coherente con la estructura del instrumento internacional, ni existe razón alguna para acudir a otras normas supletorias, cuando el mismo Estatuto contiene la norma que funciona como cláusula de cierre.

Otra discusión es si el Estatuto de Roma puede, o no, ser modificado por los Elementos de los Crímenes, cuestión que solamente se planteará, desde luego, en los casos en los que las definiciones de los crímenes contenidas en los Elementos modifiquen o adhieran las definiciones del Estatuto, cosa que sucede en varias ocasiones. De conformidad con el artículo 9 del Estatuto de Roma, los Elementos de los Crímenes *«ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los artículos 6, 7, 8 y 8 bis»*, lo que implica que los Elementos de los Crímenes son un instrumento complementario del Estatuto de Roma, que pretender dar claridad a las normas allí consagradas. Por lo mismo, cuando en los Elementos de los Crímenes se incorporen elementos subjetivos distintos a los que se encuentran en las definiciones de los artículos 6 a 8 *bis* del Estatuto, deberá analizarse si las divergencias son compatibles con el Estatuto de Roma, tal como lo exige el numeral 3 del artículo 9 del Estatuto. Si es así, los elementos subjetivos que se hayan establecido en los Elementos de los Crímenes serán los que se requieran para aplicar el crimen, de lo contrario deberá dársele prevalencia al artículo 30 del Estatuto¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴⁴ AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 416.

Siguiendo el mismo argumento con el que se desvirtuó la posición anterior, la ubicación de los Elementos de los Crímenes en el artículo 21 del Estatuto de Roma, también soporta la idea de que estos tienen el propósito de complementar las disposiciones del Estatuto de Roma. El numeral 1 del artículo 21 del Estatuto afirma que «*la Corte aplicará: a) en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba*». Lo que indica que, aunque sí existe jerarquía entre ellos, pues el artículo 9 claramente establece que los Elementos de los Crímenes deben adaptarse al Estatuto de Roma y ser compatibles con él, no se aplican en defecto del Estatuto o para llenar una laguna que haya quedado en una norma del Estatuto de Roma.

Adicionalmente, no puede olvidarse, que los Elementos de los Crímenes, a diferencia de las otras fuentes jurídicas que contempla el artículo 21, fueron aprobados por una mayoría de dos tercios de la Asamblea de Estados Partes. Esto quiere decir que tienen un origen muy similar al del propio Estatuto y que fueron redactados por los Estados Partes con el claro propósito de complementar los acuerdos alcanzados en la Conferencia de Roma y procurando incorporar elementos que son comunes a todas las culturas jurídicas. Por eso, los Elementos de los Crímenes sí pueden añadir elementos subjetivos o definir el dolo o la imprudencia para un delito específico, siempre y cuando esto no contradiga las disposiciones del Estatuto de Roma.

No obstante, la jurisprudencia de las Salas de Juicio de la Corte Penal Internacional no ha dado respuesta a este interrogante, aunque las Salas de Cuestiones Preliminares sí han ido planteado soluciones en algunas de las sentencias. Los artículos 8.2.b xxvi y 8.2.e.vii relativos a la utilización, reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años afirman que la conducta será punible cuando el autor, no tuviera conocimiento de la edad de los menores que involucra en el conflicto, pero en razón de las circunstancias, debiera haber sabido que los menores tenían 15 años o menos. En la sentencia de Juicio de *Lubanga* la Sala de Juicio I planteó la posibilidad de que los Elementos de los Crímenes pudiera alterar alguno de los elementos de la definición del crimen establecidos en el Estatuto de Roma, debido a que el procesado estaba acusado por este crimen. Sin embargo, la Corte decidió no dar solución al asunto argumentando que la Fiscalía había acusado a *Lubanga* de haber actuado con dolo,

por lo cual “[t]he Majority of the Chamber considers it is unnecessary to approach the case on any other basis, and it would be inappropriate to rule on these substantive issues in the abstract”¹⁴⁴⁵.

Por el contrario, la Sala de Cuestiones Preliminares II sí afirmó que los Elementos de los Crímenes pueden modificar el elemento de intencionalidad al que se refiere el artículo 30 del Estatuto de Roma. En la sentencia de confirmación de cargos en contra de Bemba, la Sala afirmó que “*The Chamber recalls that article 30 of the Statute codifies the general mental (subjective) element required for the crimes that fall within the jurisdiction of the Court. It defines the requisite state of mind for establishing the suspect's criminal responsibility for any of the crimes set out in articles 6 to 8 of the Statute. The express language of its first paragraph denotes that the provision is meant to function as a default rule for all crimes within the jurisdiction of the Court, "unless otherwise provided". Consequently, it must be established that the material elements of the respective crime were committed with "intent and knowledge", unless the Statute or the Elements of Crimes require a different standard of fault*” (énfasis propio)¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁵ International Criminal Court, Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of The Congo, Case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo. Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012. par. 1015. [La mayoría de la Sala considera que es innecesario abordar el caso sobre cualquier otra base, y sería inapropiado pronunciarse sobre estas cuestiones de fondo en el resumen] (traducción libre).

¹⁴⁴⁶ Continúa la Sala afirmando que “*This conclusion finds support in paragraph 2 of the General Introduction to the Elements of Crimes which reads: "[w]here no reference is made in the Elements of Crimes to a mental element for any particular conduct, consequence or circumstance listed, it is understood that the relevant mental element (...) intent, knowledge or both, set out in article 30, applies*”. International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 353. La misma postura se reitera en el párrafo 136. [La Sala recuerda que el artículo 30 del Estatuto codifica el elemento mental general (subjeto) requerido para los delitos que están dentro de la jurisdicción de la Corte y define el estado mental requerido para establecer la responsabilidad penal del sospechoso por cualquiera de los delitos establecidos en los artículos 6 a 8 del Estatuto. El lenguaje expreso de su primer párrafo denota que la disposición debe funcionar como una regla por defecto para todos los delitos dentro de la jurisdicción de la Corte, “salvo disposición en contrario”. En consecuencia, debe establecerse que los elementos materiales del crimen respectivo se cometieron con “intención y conocimiento”, a menos que el Estatuto o los Elementos de los Crímenes requieran un estándar diferente de culpa (...) Esta conclusión encuentra apoyo en el párrafo 2 de la Introducción General a los Elementos de los Crímenes que dice: “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”] (traducción libre).

En el mismo sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la sentencia de confirmación de cargos del caso en contra *Lubanga Dyilo* afirmó que los Elementos de los Crímenes pueden modificar el estándar subjetivo del artículo 30. De acuerdo con la Sala, la incorporación de la frase “*hubiera debido saber*” en la definición del crimen de guerra de incorporación de menores en el conflicto armado constituye una variación admisible al artículo 30, que debe ser admitida dentro de las “disposiciones en contrario” que contempla el encabezado del artículo 30¹⁴⁴⁷. Siguiendo la postura de las Salas de Cuestiones Preliminares y, con base en los argumentos expuestos, esta parece ser la postura más adecuada.

Una tercera teoría mucho más restrictiva plantea que las únicas disposiciones que pueden modificar las formas de tipo subjetivo son las que se encuentran en el Estatuto de Roma, mientras que aplicar disposiciones que modifiquen el artículo 30, que provengan de cualquier otro instrumento internacional o fuente legal, incluyendo los Elementos de los Crímenes, resultaría en una violación del artículo 22 del propio Estatuto. Además, esta postura se basa en entender que la “ayuda” para la que están destinados los Elementos de los Crímenes se refiere a una aclaración de los artículos del Estatuto de Roma, pero no a complementarlos y mucho menos a modificar elementos trascendentales de las definiciones de los delitos¹⁴⁴⁸.

En ese orden de ideas, no habría problema con disposiciones como las del artículo 28, que como se dijo anteriormente, incorporan, además del conocimiento que se encuentra también en el artículo 30 del Estatuto, formas específicas de vínculo subjetivo que implican un estándar menor¹⁴⁴⁹. Por el contrario, las formas de imprudencia que se encuentran en los Elementos de los Crímenes, consagradas para delitos específicos no se admitirían, por no derivarse directamente de disposiciones del Estatuto. En ese sentido “[t]hey cannot therefore

¹⁴⁴⁷International Criminal Court, Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo. Decision on the Confirmation of Charges. 29 January 2007. para 358.

¹⁴⁴⁸ Afirma GÓMEZ LÓPEZ que “[l]a posibilidad de imputar el resultado a otra forma de relación psíquica distinta a la intencionalidad, debe ser interpretada de manera restrictiva, o sea limitándola sólo a los casos en que el propio ECPI así lo permita en forma expresa, lo anterior atendiendo al principio de primacía de las disposiciones del ECPI sobre las normas de los elementos de los crímenes, establecida en forma clara en el artículo 21 (...)”. GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Crímenes Internacionales. Aspectos generales del Derecho Penal Internacional y el crimen de genocidio*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2017. p. 483.

¹⁴⁴⁹ AMBOS. *El Estatuto...*, op.cit. p. 300.

be equated with binding rules, but rather have the value of auxiliary means of interpretation”¹⁴⁵⁰. No obstante, esta postura volvería los Elementos de los Crímenes un documento de mera aclaración, casi sin utilidad, que debería restringirse a repetir lo que ya se ha establecido en el Estatuto de Roma. Esto implicaría que no existe explicación, más allá de una mera reiteración, para que desde la Conferencia de Roma se haya planteado la necesidad de que la Asamblea de Estados Partes aprobara este instrumento.

v. El elemento subjetivo de la responsabilidad del superior.

El artículo 28 del Estatuto de Roma¹⁴⁵¹ tiene tantas aristas que sobre él se han escrito libros enteros¹⁴⁵². El propósito de este acápite no es abarcarlo en su totalidad, sino simplemente exponer algunos puntos que se relacionan directamente con el propósito general del documento, porque incorpora formas específicas de *mens rea* a la responsabilidad penal de

¹⁴⁵⁰ CASSESE. “Genocide”..., op.cit. p. 348

¹⁴⁵¹ Estatuto de Roma. «Artículo 28. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

¹⁴⁵² Con respecto a la importancia de la responsabilidad del superior recuerdan OLÁSOLO ALONSO, MATEUS RUGELES y CONTRERAS FONSECA, que “(...) *the new international criminal law was specifically directed at those individuals who have operated above national laws by virtue of the concept of “reason of state”. The international society considered these individuals to be “the most responsible” because they used their power to cause “normal citizens” to perpetrate the most heinous atrocities against their peers without reproach*”. OLÁSOLO ALONSO, MATEUS RUGELES, CONTRERAS FONSECA. “The preemptory... op. cit. p. 2. [El nuevo derecho penal internacional estaba dirigido específicamente a aquellas personas que han operado por encima de las leyes nacionales en virtud del concepto de “razón de estado”. La sociedad internacional consideró a estos individuos como “los máximos responsables” porque usaron su poder para hacer que los “ciudadanos normales” cometieran las atrocidades más graves contra sus compañeros sin reproche] (traducción libre).

ciertos sujetos. El artículo 28 del Estatuto se refiere a la «[r]esponsabilidad de los jefes y otros superiores» que en ciertas circunstancias deberán responder por los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional que sean cometidos por sus subordinados¹⁴⁵³. “Al respecto, el Estatuto de la Corte Penal Internacional ha avanzado en el desarrollo de las codificaciones existentes, responsabilizando también al jefe militar de hecho y a otros jefes (no militares)”¹⁴⁵⁴. No solamente el contenido, sino la naturaleza de este artículo se ha discutido ampliamente desde la redacción del Estatuto de Roma, porque amplía la competencia de la Corte, pues a través de las disposiciones de este artículo, responden penalmente sujetos que no participaron directamente en la comisión del crimen, incluso en casos en los cuales no tenían conocimiento de que este estaba teniendo lugar.

El artículo es claro en establecer que los superiores tienen el deber de prevenir, reprimir o sancionar los crímenes de sus subordinados, y por ellos serán responsables cuando exista una relación de causalidad entre la omisión de este deber y la comisión efectiva de delitos, pues si se hubiesen tomado las medidas pertinentes, el delito probablemente hubiese sido evitado. En ese sentido, la estructura del artículo 28 recuerda la responsabilidad penal en comisión por omisión u omisión impropia, que se sanciona en los ordenamientos jurídicos de tradición continental y anglosajona, aunque su estructura no es exactamente igual¹⁴⁵⁵. Cuando el superior no ha prevenido o reprimido la comisión de los delitos, no ha desplegado las acciones que hubiesen evitado el resultado lesivo y, en ese caso, el superior responderá por su omisión.

¹⁴⁵³ Relata AMBOS que “[l]a noción de que se puede extender a las órdenes de civiles había sido ya aceptada cuando, en los primeros días de la Conferencia Diplomática, Estados Unidos presentó una propuesta que dividió la disposición de dos partes, al distinguir entre un “comandante” que tiene “fuerzas bajo su mando y efectivo control” y un “superior civil” que tiene “subordinados bajo su autoridad”. AMBOS. *El Estatuto...*, op.cit. p. 297.

¹⁴⁵⁴ AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 137.

¹⁴⁵⁵ Esta postura la sostienen GIL GIL y MACULAN al afirmar que “Atendiendo al derecho internacional consuetudinario, y a la redacción del art. 28 ECPI, el superior responde “por los crímenes cometidos por los subordinados”, y no por la falta de realización de una conducta determinada indicada en dicha norma, a modo de una omisión pura o propia. Los dos encabezamientos del art. 28 especifican que lo que se imputa al superior son los crímenes de sus inferiores y no cualquier otro tipo de conducta de signo diverso y gravedad”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 240.

Simultáneamente, eso lo hace responsable de los delitos cometidos por sus subordinados tal como sucede en la comisión por omisión en esos ordenamientos jurídicos¹⁴⁵⁶. En ese sentido, el superior deberá conocer que existe una situación de riesgo para los bienes jurídicos, que se produce por la comisión de los crímenes de la competencia de la Corte por los subordinados del superior. Además, deberá conocer que el peligro proviene de las personas sobre las cuales él tiene autoridad y control efectivo, lo que lo hace consciente de que tiene posición de garante sobre los bienes jurídicos, que lo obliga a evitar o reprimir que se cometan los crímenes. Finalmente, deberá tener capacidad de actuar para evitar o detener la comisión de los actos criminales, logrando así que no se lesionen los bienes jurídicos¹⁴⁵⁷.

No obstante, en el caso en que se sanciona al superior por haber omitido llevar a cabo el procedimiento necesario para que los crímenes cometidos por sus subordinados fueran sancionados, aunque se ha afirmado que la sanción tiene un sentido de disuasión que disminuye el riesgo de que dentro de sus actos los subordinados cometan nuevos delitos, la descripción de la responsabilidad recuerda más a una omisión propia, pues lo que se sanciona es no haber castigado los delitos, no la producción del resultado como consecuencia de la omisión, que para este punto ya es inevitable. Además, debe tenerse en cuenta que “[t]he delegates followed the French approach, which rejects general liability for improper omission (commission by omission) because of a strict interpretation of the legality principle”¹⁴⁵⁸, por lo cual, el artículo 28 debería ser interpretado como un crimen autónomo de omisión, con base en el cual se hace responsable al superior por no haber cumplido con su deber de supervisión y control, pero no por los crímenes de sus subordinados directamente,

¹⁴⁵⁶ Así lo explica AMBOS “*The concept of command or better, superior responsibility makes the superior liable for a failure to act to prevent criminal misconduct of his or her subordinates. The superior is punished for a lack of control and supervision of his or her subordinates who commit crimes. Thus, the superior is punished both for his or her own failure to intervene and for the crimes of others*”. AMBOS, Kai. “Superior Responsibility” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 824. [El concepto de responsabilidad del comandante, o mejor del superior, hace que el superior sea responsable de no actuar para evitar una conducta delictiva de sus subordinados. El superior es castigado por la falta de control y supervisión de sus subordinados que cometen delitos. Así, el superior es castigado tanto por su propia ausencia de intervención como por los crímenes ajenos] (traducción libre).

¹⁴⁵⁷ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 248.

¹⁴⁵⁸ AMBOS. “Superior Responsibility”..., op.cit. p. 850.

por los cuales responderán ellos, en todo caso, de acuerdo con las formas de autoría y participación incorporadas al Estatuto de Roma en el artículo 25¹⁴⁵⁹.

Por lo mismo, en ocasiones parece que los artículos 25 y 28 del Estatuto de Roma se entrecruzan, planteándose la posibilidad de que se sancionara, cuando menos, por complicidad o incluso por autoría mediata, a los superiores de quienes cometen estos delitos. En el caso en el que el superior actúe con ignorancia imprudente, es decir que la persona no sabía que los crímenes se estaban cometiendo, aunque esa ignorancia sea la consecuencia del incumplimiento de un deber, no podrá acusarse al superior por ninguna de las formas de autoría o participación pues estas no pueden llevarse a cabo sin que exista elemento intencional, que exige en todos los casos conocimiento e intención. Por el contrario, cuando el superior actúe con conocimiento o ignorancia deliberada, la discusión puede plantearse, aunque en el caso concreto habrá que determinar si el superior ha actuado con el conocimiento y la intención que exige el artículo 30 para que las formas de responsabilidad penal del artículo 25 puedan aplicarse o, si por el contrario, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, deberá responder por el delito autónomo de omisión que consagra el artículo 28 del Estatuto de Roma¹⁴⁶⁰.

Detrás de la incorporación de este artículo al Estatuto de Roma está el hecho de que los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional no son cometidos, por regla general, por un sujeto que actúa de forma individual, sino por organizaciones, estatales o no, que se estructuran de manera jerárquica y en las cuales quienes diseñan el plan y establecen los objetivos no son generalmente quienes llevan a cabo las acciones criminales. En ese orden de ideas, la racionalidad detrás de la responsabilidad de mando de los comandantes militares

¹⁴⁵⁹ “Article 28 can be characterized as a genuine offence or separate crime of omission, since it makes the superior liable only for a failure of proper supervision and control of his or her subordinates but not, at least not directly, for crimes they commit. These crimes are ‘directly’ imputed to the subordinates, the superior is only responsible for the failure to prevent them from occurring”. *Ibidem*. p. 851. [El artículo 28 se puede caracterizar como un delito en sí mismo o un delito de omisión separado, ya que responsabiliza al superior solo por la falta de supervisión y control adecuados de sus subordinados, pero no, al menos no directamente, por los delitos que cometen. Estos crímenes son imputados “directamente” a los subordinados, el superior solo es responsable por el hecho de no evitar que ocurran] (traducción libre).

¹⁴⁶⁰ Afirma AMBOS que “(...) la punibilidad por omisión conforme al art. 28 puede operar, según sea el contenido de la *mens rea*, por un lado, junto con la punibilidad por participación – lo que plantea entonces el conocido problema del concurso –, pero, por el otro, también puede asumir un significado autónomo”. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 323.

y otros jefes civiles en derecho penal internacional se afina en la necesidad de garantizar el respeto del ordenamiento humanitario en las actividades armadas conducidas por unidades militares y otras organizaciones armadas¹⁴⁶¹. De este modo, a nivel internacional, el superior militar o civil, es sancionado por no controlar la conducta de los subordinados a través de las medidas de disuasión y castigo que tiene a su alcance, por la comisión de delitos constitutivos de crímenes internacionales.

En consecuencia, el artículo 28 del Estatuto de Roma no sanciona al superior que participa directamente en las hostilidades o en los ataques que constituyen los crímenes internacionales, sino que sanciona la omisión del superior que con conocimiento o debiendo haber sabido, permite que sus subordinados cometan delitos de la competencia de la Corte o, cuando tiene conocimiento de que estos han sucedido no los sanciona u omite remitir el caso a las autoridades competentes para que estos crímenes sean sancionados. Así pues, el artículo 28 plantea distintas hipótesis, con distintos umbrales de compromiso subjetivo, en las cuales tanto los superiores militares como los jefes civiles responden por una omisión y no, por haber cometido directamente uno de los crímenes de competencia de la Corte porque, en estos casos responderá de conformidad con las figuras de autoría y participación consagradas en el artículo 25 del Estatuto de Roma. De cualquier modo, los superiores jerárquicos de las organizaciones armadas tienen el más alto nivel de culpabilidad por los hechos criminales imputables al colectivo, puesto que su vinculación penal es doble en tanto se penalizan las posiciones activas o pasivas que asuman respecto de la comisión de delitos¹⁴⁶².

El artículo 28 del Estatuto de Roma dispone las responsabilidades de los mandos militares, sean éstos *de jure* o *de facto*, y de los superiores de carácter civil que ejercen autoridad sobre el grupo armado, en los sub-párrafos (a) y (b) respectivamente. La diferencia entre las responsabilidades aplicables a comandantes militares y a jefes civiles bajo el artículo 28 está

¹⁴⁶¹ Así lo establece el Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra, en los artículos 86 y 87. Tanto el principio de mando responsable sobre grupos armados, como las normas convencionales de derecho internacional humanitario que penalizan la falta de control del superior en la comisión de crímenes de la tropa, hacen parte del Derecho consuetudinario aplicable a conflictos armados no internacionales, de acuerdo con el TPIY, Sala de Apelaciones, *Fiscalía vs. Hadzihasanovic*, Decisión interlocutoria impugnatoria de jurisdicción en relación con la responsabilidad de mando, 16 de julio de 2003, párrs. 13-31.

¹⁴⁶² ESER, Albin. "Individual Criminal Responsibility". En CASSESE, Antonio (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002. p. 796.

fundamentalmente en la definición del elemento subjetivo requerido para cada uno de ellos¹⁴⁶³. Debido a las funciones que desempeñan, el estándar subjetivo que se exige para los superiores militares es menor que el que se les exige a los superiores civiles. En el primer caso, si el comandante militar no conocía de los crímenes que estaban cometiendo o habían cometido sus subordinados, basta con que «*hubiere debido saber*», de acuerdo con las circunstancias del momento.

Por el contrario, en el caso del superior civil, en caso de que no existiera conocimiento sobre la conducta de sus subordinados, se exige que este «*deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos*», lo que constituye un grado más alto de exigibilidad en las posibilidades de actualizar el conocimiento de la irregularidades desplegadas por sus fuerzas subordinadas, para los comandantes militares que para los jefes civiles, como lo ha reconocido la Corte Penal Internacional¹⁴⁶⁴. Además, en ambos casos el Estatuto de Roma establece que los elementos subjetivos deberán ser evaluados de acuerdo con las circunstancias propias del momento en el que sucedieron los hechos, tal como se exige en todos los ordemanamientos jurídicos, aunque en este caso está expresamente establecido.

Como puede verse, el artículo 28 incorpora varias formas de *mens rea* o de tipicidad subjetiva. Por una parte, el artículo contempla que el superior actúe con dolo directo, cuando establece que el superior sabía que los crímenes se iban a cometer o se estaban cometiendo. Por otra parte, es posible que el superior militar sea responsable por la omisión imprudente¹⁴⁶⁵, en la medida en la que tenía el deber de conocer lo que estaban haciendo sus

¹⁴⁶³ Explica AMBOS que “[t]hus, a new formula for the mens rea requirement of civilian superiors was invented which emphasizes the main difference between their responsibility and the responsibility of military superiors”. AMBOS. “Superior Responsibility”..., op.cit. p. 849. [Así, se inventó una nueva fórmula para el requisito de *mens rea* de los superiores civiles que enfatiza la diferencia principal entre su responsabilidad y la responsabilidad de los superiores militares] (traducción libre).

¹⁴⁶⁴ International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 433.

¹⁴⁶⁵ “As to the classification of the superior’s conduct in such a case, the superior cannot be considered a mere accomplice (aider and abettor) by omission to the crimes of the subordinates according to Article 25(3)(c), since complicity requires intent (article 30) and he or she only acts negligently. Thus, in fact the superior is liable because of a mere negligent failure of supervision. This is certainly a very broad liability” AMBOS.

subordinados y no lo hace. El estandar para los superiores civiles es distinto, pues se requiere que hayan hecho caso omiso de la información. Aunque estas formas de imprudencia no están incorporadas al artículo 30 del Estatuto que es la norma general sobre el elemento de intención en los crímenes de la competencia de la Corte, su aplicación está basada en la calusula de «*salvo disposición en contrario*» con la que inicia el artículo 30¹⁴⁶⁶. Cada una de estas formas de tipicidad subjetiva será analizada en el acápite que se refiere a la *mens rea* en el Estatuto de Roma. Por tanto, la aplicación del artículo 28 del Estatuto de Roma dependerá, en primer lugar de determinar si el sujeto actuaba como un jefe militar *de iure*, *de facto* o como un jefe civil, pues de ello dependerá la aplicación de uno u otro elemento subjetivo y los requisitos objetivos también variarán según la posición del sujeto activo¹⁴⁶⁷.

En lo que respecta a los elementos objetivos que se exigen para que pueda configurarse la responsabilidad de los superiores en estos casos, el Estatuto de Roma establece cinco elementos que deben estar presentes. El sujeto debe ser superior *de facto*, con fuerzas o subordinados bajo su mando; debe tener mando y control efectivo o autoridad y control efectivo; entre los crímenes y la omisión del superior debe existir un nexo de causalidad, pues los primeros deben ser el resultado de la omisión; el superior debió omitir las medidas razonables y necesarias para prevenir, reprimir o sancionar los crímenes; y, las medidas omitidas hubieran sido idóneas para reprimir, prevenir o sancionar esos crímenes¹⁴⁶⁸. En ese mismo sentido se pronunció la Sala de Cuestiones Preliminares II en la decisión de

“Superior Responsibility” ..., op.cit. p. 853. [En cuanto a la clasificación de la conducta del superior en tal caso, el superior no puede considerarse un mero cómplice (complice e instigador) por omisión de los delitos de los subordinados según el Artículo 25 (3) (c), ya que la complicidad requiere intención (artículo 30) y él o ella solo actúa negligentemente. Por lo tanto, de hecho, el superior es responsable debido a un simple fallo negligente de la supervisión. Esta es sin duda una responsabilidad muy amplia] (traducción libre).

¹⁴⁶⁶ Comenta AMBOS que “*haciendo uso de la autorización a una regulación especial (“salvo disposición en contrario”; “unless otherwise provided”) prevista en el art. 30 (“elemento de intencionalidad”; “mental element”), el art. 28 establece requisitos subjetivos especiales del tipo. (...) [R]esulta que el art. 28 contiene requisitos subjetivos diferentes para el superior militar y para el no militar. En cuanto al superior no militar se presenta un criterio completamente nuevo. Mientras que el saber o el conocimiento del superior – en cierto modo como la exigencia subjetiva más rigurosa – no era controvertido en Roma, los delegados no podían ponerse de acuerdo sobre un criterio subjetivo que se asentara por debajo de este umbral. (...) Por consiguiente, el punto de referencia del dolo está constituido, al menos según el tenor literal, junto con la violación del deber de control, también por los mismos crímenes base.” AMBOS. La Parte ..., op.cit. p. 322.*

¹⁴⁶⁷ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 236.

¹⁴⁶⁸ AMBOS. “Superior Responsibility” ..., op.cit. p. 850.

confirmación de cargos contra *Jean Pierre Bemba Gombo*, exigiendo estos requisitos para que *Bemba Gombo* pudiera responder como superior militar¹⁴⁶⁹.

Así pues, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no es relevante si el superior, militar o civil, tiene legalmente el cargo que le otorga el poder de mando, es decir si es un superior *de iure*, sino que debe ostentar esa superioridad de facto. Esto implica que la persona debe tener, además de la competencia legal en los casos en los cuales se requiera, como cuando actúa dentro de un aparato estatal, la capacidad real y material de emitir órdenes que sean cumplidas por las fuerzas bajo su mando o los subordinados de carácter civil¹⁴⁷⁰. Puede suceder que una persona tenga un cargo que aparentemente le otorgue mando y control pero que en la realidad no sea así, por lo cual no podrá ser penalmente responsable de los delitos de sus subordinados. El elemento central de la responsabilidad del superior radica en que esta persona tenga sobre sus subordinados mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo¹⁴⁷¹.

Se trata pues de un elemento objetivo, que deberá comprobarse en el caso concreto, porque de ese mando y control depende que, en términos fácticos, le fuera posible al superior prevenir o sancionar los crímenes cometidos por los grupos armados de los que es responsable. En otras palabras, no basta con que el superior tenga la capacidad de mando, sino que se requiere que entre ese control efectivo y la comisión de los crímenes exista un nexo, que implique que el superior hubiera podido evitar la comisión de los crímenes o hubiera podido remitir el caso a las autoridades competentes para que estos fueran sancionados. Si tal vínculo no existe, el superior militar o civil no será responsable de los crímenes cometidos por sus subordinados¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁹ International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 407.

¹⁴⁷⁰ “*Junto a los jefes militares de iure, el art. 28. a) ECPI hace alusión a las personas que “actúan efectivamente como jefes militares”. Es decir, a quienes, no siendo legal o formalmente designados como jefes militares, actúan como si así lo fuesen. Es decir, se trata de civiles que asumen, de hecho, un rol como jefe militar*”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 238.

¹⁴⁷¹ “*It is obvious that these two requirements enable the superior to raise an important defense*”. AMBOS. “*Superior Responsibility*” ..., op.cit. p. 861. [Es obvio que estos dos requisitos le permiten al superior alegar una defensa importante] (traducción libre).

¹⁴⁷² “*In concrete terms, the prosecution – in accord with the generally recognized condition formula or ‘but for’ test – must prove that the crimes would not have been committed if the superior had properly*

Los subparágrafos (a) y (b) establecen el vínculo de “mando y control efectivo” o de “autoridad y control efectivo” que caracterizan la relación de jerarquía entre superiores y subordinados. No hay grandes distinciones conceptuales entre los términos “mando” y “autoridad” que acompañan el componente de control efectivo, definitorio de la responsabilidad del superior en cualquiera de sus modalidades. Ahora bien, el grado de control efectivo no se acredita con la demostración de una simple influencia sustantiva ejercida por el dirigente. En este sentido, no hay que olvidar que puede existir control efectivo entre un superior de cualquier nivel o grado de la cadena de mando. Así, lo relevante no es determinar si se trata de un superior jerárquico inmediato o mediato, a pesar de que esto pueda ser útil en el análisis, no es el hecho central, sino si respecto de un cierto líder en la cadena de mando es factible predicar el ejercicio de control efectivo durante el marco temporal en que tuvieron lugar los crímenes de la competencia de la Corte.

En ese orden de ideas, la Sala de Cuestiones Preliminares II estableció que existen varios factores o indicios que permiten determinar la existencia de control efectivo, entre las cuales se encuentran i) la posición oficial del sospechoso, ii) su poder para emitir o dar órdenes, iii) la capacidad para asegurar que sus órdenes sean cumplidas y ejecutadas, iv) su posición dentro de la estructura militar y las tareas por él desplegadas, v) la capacidad de disponer la participación en las hostilidades de fuerzas o unidades militares puestas bajo su mando inmediato o en niveles más bajos de subordinación, vi) la capacidad para reubicar unidades o realizar cambios a la estructura de mando, vii) el poder de promover, reemplazar, remover o disciplinar cualquier miembro de las fuerzas, y viii) la autoridad para enviar y retirar fuerzas de combate en cualquier momento¹⁴⁷³.

De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares, la responsabilidad del superior en el Estatuto de Roma toma distancia de las disposiciones de esta figura en los tribunales *ad-hoc*,

supervised the subordinates”. AMBOS. “Superior Responsibility” ..., op.cit. p. 860. [En términos concretos, la fiscalía – de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida o el test de “la causa sin la cual” – se debe probar que los crímenes no se habrían cometido si el superior hubiese supervisado a sus subordinados de manera adecuada] (traducción libre).

¹⁴⁷³ International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 415.

en la formulación del nexo de causalidad que debe presentarse entre los delitos ejecutados por las fuerzas subordinadas y la ausencia de un debido “control apropiado” a cargo del dirigente, que se concreta en la adopción de medidas razonables y necesarias encaminadas a disuadir la comisión del crimen¹⁴⁷⁴. Esta posición se desprende de una lectura textual y estricta del artículo 28 que, en sus diversas modalidades, incluye este vínculo de causalidad en las expresiones “*en razón de*”, o en inglés “*as a result of*”, término intermedio que está dispuesto para ligar la comisión de crímenes con las faltas a los deberes de control del superior. En este sentido, a diferencia de anteriores consagraciones convencionales y a la formación internacional consuetudinaria previa a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, el superior incurre en responsabilidad por los crímenes efectivamente cometidos por los subordinados, y no meramente por la infracción al deber de control de la tropa¹⁴⁷⁵.

Así pues, el artículo 28 del Estatuto de Roma establece varias hipótesis que deben diferenciarse. En primer lugar, el Estatuto responsabiliza al jefe militar que con mando y control efectivo o, con autoridad y control efectivo, sabía o debía haber sabido que las fuerzas bajo su mando estaban cometiendo crímenes de la competencia de la Corte o iban a cometerlos y omite las medidas razonables a su alcance para prevenir la comisión de esos delitos, reprimirla o para poner en conocimiento de las autoridades competentes su comisión, con el propósito de que sean juzgadas y sancionadas. Aunque basara con una sola de estas omisiones para que el superior militar responda penalmente, lo cierto es que en muchos casos el superior omite prevenir que los hombres bajo su mando cometan delitos y, luego, no estarán interesados en que se conozca que ha omitido prevenir esos delitos, por lo cual omite los procedimientos dirigidos a que estos crímenes sean sancionados¹⁴⁷⁶. En todo caso, bastará

¹⁴⁷⁴ International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 423.

¹⁴⁷⁵ GARROCHO SALCEDO, Ana M. “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo”. En GIL GIL, Alicia (Dir.). *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*. Editorial Dykinson, Madrid, 2013. p. 152.

¹⁴⁷⁶ “*As a practical matter, cases often involve both kinds of omission because superiors have a self-interest in not drawing attention to the crimes of subordinates that they failed to prevent. Sometimes, however, superiors may not have had sufficient alarming information before the commission of crimes to trigger the duty to prevent but may fail in the aftermath, upon discovery, to punish the crimes or report the crimes to the relevant authorities for prosecution*”. CASSESE. ACQUAVIVA. FAN. WHITING, Alex..., op.cit. p. 450 [Como cuestión práctica, los casos a menudo involucran ambos tipos de omisión porque los superiores tienen un interés

con una sola omisión para que, de conformidad con el artículo 28 del Estatuto, el sujeto sea penalmente responsable.

En segundo lugar, se establece la responsabilidad del superior civil que con autoridad y control efectivo, omite ejercer un control apropiado sobre sus subordinados, en la medida en la que teniendo conocimiento o habiendo hecho caso omiso de la información que le indicaba que sus subordinados estaban cometiendo crímenes de la competencia de la Corte o iban a cometerlos, no previene o reprime esos delitos o no los pone en conocimiento de las autoridades competentes, para su investigación y sanción. Además, dado que el Estatuto de Roma establece un umbral más alto para que exista responsabilidad penal de los superiores civiles, se exige que los crímenes cometidos por los subordinados estén relacionados con las actividades de las que el superior civil es responsable y con su control efectivo. De lo contrario, el superior no será responsable de estos delitos.

Además, las distintas hipótesis que plantea el artículo 28 del Estatuto de Roma deben diferenciarse según el momento en el cual la persona con control efectivo se entera de los crímenes, pues el deber cambia de acuerdo con ese momento. Así pues, si el superior conoce de los crímenes que van a cometerse, su deber será prevenirlos; si sabe que se están cometiendo, deberá reprimirlos, lo que se deriva del contexto en el que se ha hecho uso del término, aunque no es del todo evidente que sea esto lo que trataron de afirmar los redactores del Estatuto. Finalmente, si el superior se entera que los crímenes se han cometido, deberá sancionar esa conducta o remitirla a la autoridad competente para que lo haga. Es claro que, en las distintas situaciones, estos deberes podrán solaparse unos con otros y, en ese orden de ideas deberá analizarse en el caso concreto cual ha sido la omisión del superior por la que deberá responder.

propio en no llamar la atención sobre los crímenes de los subordinados que no pudieron prevenir. A veces, sin embargo, los superiores pueden no haber tenido suficiente información alarmante antes de la comisión de delitos para que se generara el deber de prevenir, pero pueden fracasar después de su descubrimiento en castigar los delitos o informar los delitos a las autoridades pertinentes para su procesamiento] (traducción libre).

- c. Los elementos subjetivos en los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Los artículos 5 a 8 *bis* del Estatuto de la Corte Penal Internacional constituyen el pilar del sistema de la Corte, en la medida en la que son estos los que determinan los delitos sobre los que es competente la misma. Es decir, están allí descritos con gran detalle los cuatro crímenes sobre los que la Corte podrá ejercer su jurisdicción y, solo a partir de ellos se puede determinar la estructura general de los delitos dentro del derecho penal internacional¹⁴⁷⁷. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el Estatuto no tenía la intención de ser un código penal en el sentido de los códigos continentales, por lo que, en esencia, estos artículos estaban diseñados para determinar la competencia *ratione materiae* de la Corte y no para tipificar crímenes en estricto sentido¹⁴⁷⁸.

La primera consecuencia que tiene esa naturaleza de los artículos es que como lo expresa claramente el Estatuto, cada uno de los crímenes está solamente definido «a los efectos del presente Estatuto», lo que indica que el propósito no era modificar las normas internacionales, ni influir en la tipificación interna de los delitos, aunque los Estados Partes tienen la obligación de incorporarlos en sus legislaciones. Sin embargo, las definiciones incorporadas en el Estatuto sí reflejan la ley existente al momento de su redacción¹⁴⁷⁹, así como los principios más generales, que comparten las distintas legislaciones del mundo, los

¹⁴⁷⁷ Con respecto a estos crímenes afirma TRIFFTERER que “(...) *the core crimes listed in Article 5 (1) do not represent a closed shop, but do represent “the most serious crimes of concern to the International Community as a whole”. To include (merely) serious crimes of such concern may diminish the reputation and importance of the Court*”. TRIFFTERER, Otto. “Can the “Elements of Crimes” narrow or broaden responsibility for criminal behavior defined in the Rome Statute?” En STAHN, Carsten and Göran Sluiter *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009. p. 399. [(...) los delitos principales enumerados en el Artículo 5 (1) no representan una selección cerrada, pero sí representan “los delitos más graves que preocupan a la comunidad internacional en su conjunto”. Incluir (meramente) los delitos graves de tal preocupación puede disminuir la reputación y la importancia de la Corte] (traducción libre).

¹⁴⁷⁸ Al respecto afirma DE FROUVILLE, «[c]haque Statu constitue donc un effort de codification du droit international général en vigueur à l'époque des faits. Mais en même temps, chaque Statut procède à une codification contextualisée, adaptée aux circonstances et aux nécessités de l'institution envisagée ». DE FROUVILLE. *Droit ...*, *op.cit.* p. 59. En el mismo sentido, CARDONA LLORENS. “Los estatutos...”, *op.cit.* p. 202. [Cada Estatuto constituye un esfuerzo por codificar el derecho internacional general en vigor durante la época de los hechos. Pero, al mismo tiempo, cada estatuto procede de una codificación contextualizada, adaptada a las circunstancias y necesidades de la institución planteada] (traducción libre).

¹⁴⁷⁹ SADAT. *The International...*, *op.cit.* p. 138.

cuales son un insumo muy importante en la compleja estructuración de los crímenes internacionales¹⁴⁸⁰.

Los cuatro delitos internacionales comparten una estructura tripartita, que, sin embargo, es más similar a la estructura de los delitos en el derecho anglosajón o francés, que a la teoría del delito de tipo continental. Esto se debe a que se hace una clara distinción entre los elementos objetivos (*actus reus*) y los elementos subjetivos (*mens rea*), a lo cual se suma uno o varios elementos contextuales¹⁴⁸¹. Aunque la doctrina mayoritaria define el delito internacional a partir de esta estructura tripartita, algún sector también ha sugerido que se trata en realidad de dos elementos, los elementos contextuales y las conductas criminales propiamente dichas, que se vinculan a través de la *mens rea* o el elemento mental¹⁴⁸². No obstante, esta estructuración del delito internacional no parece adecuada, en la medida en la que el elemento subjetivo debe abarcar todos los demás elementos del delito y no constituye solamente el nexo entre unos y otros. En ese orden de ideas, tienen igual importancia los tres elementos, por lo que se prefiere una estructura tripartita de los crímenes descritos en el Estatuto de Roma.

Los elementos contextuales de los delitos internacionales se encuentran en los primeros incisos de cada artículo, que han recibido el nombre de «*chapeau*» o encabezado y se refiere a aquellos elementos que son comunes a todas las formas específicas de comisión de una especie de delito. Dentro del *chapeau* de cada delito quedan incluidos los elementos que lo caracterizan con un crimen de naturaleza internacional, haciéndolo especialmente grave y justificando que este sea de competencia de la Corte Penal Internacional¹⁴⁸³. Es pues este elemento contextual el que diferencia una muerte que se produce como un crimen de guerra,

¹⁴⁸⁰ MARCHUK, Iryna. *The fundamental concept of crime in International Criminal Law. A comparative Law Analysis*. Springer, New York, 2014. p. 70.

¹⁴⁸¹ Aclara MARCHUK que “*The contextual elements were added to the two-pronged doctrine of a crime borrowed from the common law theory (actus reus and mens rea)*”. *Ibidem*. p. 113. [Los elementos contextuales se adicionaron a la doctrina de los crímenes compuestos de dos elementos que se tomó del *Common law*] (traducción libre).

¹⁴⁸² *Ibidem*. p. 92.

¹⁴⁸³ Afirma WERLE que “[a]quí los llamados elementos contextuales se convierten en presupuestos objetivos que le confieren al hecho individual una dimensión internacional”. WERLE. *Tratado...*, *op.cit.* p. 186.

de una que es un crimen de lesa humanidad o de una muerte tipificada como homicidio simple en el derecho interno de un Estado.

El elemento material u objetivo de los delitos internacionales se refiere al comportamiento delictivo en sí mismo, que está descrito en los cuatro artículos, luego de que se ha establecido el elemento contextual. El elemento material es entonces la muerte, la privación de la libertad o la violación, por ejemplo. El Estatuto de Roma no contiene una definición de *actus reus* o elemento objetivo. El Comité Preparatorio del Estatuto redactó una disposición en ese sentido, pero esta fue omitida del texto final, debido a la falta de unanimidad sobre la posibilidad de cometer los crímenes internacionales a través de comportamientos omisivos¹⁴⁸⁴. No obstante, si se hace un análisis detallado del artículo 30 del Estatuto que define el «*elemento de intencionalidad*» («*mental element*» «*Élément psychologique*») pueden identificarse los componentes del elemento objetivo del crimen internacional: la conducta, las consecuencias y las circunstancias.

El elemento subjetivo de los crímenes internacionales se refiere al estado mental en el que debe encontrarse el sujeto en el momento en el que lleva a cabo el delito. Siguiendo la tradición anglosajona, dentro del Estatuto no se exige un solo elemento subjetivo que cubra todos los componentes del delito, sino que frente a cada elemento de la conducta criminal puede predicarse un elemento subjetivo distinto. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, aunque el artículo 30 del Estatuto se refiere específicamente a los elementos subjetivos con que deben cometerse los crímenes internacionales, estos han sido ampliamente definidos por los Elementos de los Crímenes, que en algunos casos incluso disminuyen el umbral establecido por el Estatuto¹⁴⁸⁵. Así, por ejemplo, mientras la conducta constitutiva de un crimen de lesa humanidad debe ser cometida con intención, sobre el ataque sistemático o

¹⁴⁸⁴ MARCHUK. *The fundamental...*, *op.cit.* p. 112.

¹⁴⁸⁵ Al respecto explica SADAT que “(...) *the Elements complement the Statute on certain points. In particular, the general introduction to the Elements provides that mental elements involving value judgments, such as “inhuman” or “severe”, do not require the perpetrator to have personally completed the particular value judgment unless otherwise indicated*”. SADAT. *The International...*, *op.cit.* p. 140. [Los Elementos complementan el Estatuto en ciertos puntos. En particular, la introducción general a los Elementos prevé que los elementos metales que incorporen juicios de valor, tales como “inhumanos” o “severos”, no requieren que el perpetrador haya llevado a cabo el respectivo juicio de valor personalmente, a menos que se indique lo contrario] (traducción libre).

generalizado, que es un elemento contextual, solamente se exige conocimiento¹⁴⁸⁶. En ese orden de ideas, para que pueda afirmarse que se ha cometido un crimen de competencia de la Corte deberán probarse el elemento contextual, los elementos objetivos y los elementos subjetivos del delito.

Ahora bien, para determinar la responsabilidad penal de un individuo, a lo anterior deberá sumarse la determinación del título de imputación. El Estatuto consagra en los artículos 25 y 28 las formas en las cuales un individuo puede participar en la comisión de un crimen de competencia de la Corte. El artículo 25 hace referencia a la «*responsabilidad penal individual*» y en él se establecen la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata, así como algunas formas específicas de participación que incluyen el ordenar, inducir o proponer y la complicidad¹⁴⁸⁷. Además, se hace referencia a la tentativa. Por su parte, el artículo 28 establece la «*responsabilidad de los jefes y otros superiores*», incorporando, entre otras, formas específicas de elemento subjetivo para los sujetos que ostenten estas calidades.

Todo lo anterior se complementa con las disposiciones de los artículos 31, 32 y 33, que hacen referencia a las «*Circunstancias eximentes de responsabilidad penal*» el «*Error de hecho o error de derecho*» y las «*Órdenes superiores y disposiciones legales*», todo ello enumerando de forma casuística las circunstancias que pueden dar lugar a eximir de responsabilidad penal a un individuo. Desde luego, estas también deberán ser tenidas en cuenta para determinar si

¹⁴⁸⁶ “*The overall approach towards the contextual elements in the jurisprudence of international criminal courts and tribunals is that they pertain to the material elements of crimes, but they do not call for the full mens rea coverage as required for the underlying offences of international crimes*” MARCHUK. *The fundamental...*, *op.cit.* p. 92. [La opinión general con respecto a los elementos contextuales en la jurisprudencia de los tribunales y las cortes penales internacionales es que pertenecen a los elementos materiales de los crímenes, pero no requieren que la *mens rea* los cubra completamente, a diferencia de lo que se requiere para las conductas subyacentes de los crímenes internacionales] (traducción libre).

¹⁴⁸⁷ BANTEKAS lo resume así: “*The Statute penalizes four forms of participation in criminal acts: principal participation, ordering, aiding or abetting and acting with a common purpose. Incitement to commit an offence within the jurisdiction of the court is limited only to crime of genocide, which under customary law does not require that genocide actually take place. (...) An additional form of responsibility confirmed in the Statute is that attaching to military or civilian persons in positions of authority, who fail to prevent or punish criminal acts committed by their subordinates*”. BANTEKAS. NASH. *International...*, *op.cit.* p. 390. [El Estatuto sanciona cuatro formas de participación criminal: la participación principal, ordenar, ayudar e instigar y actuar con un propósito común. la instigación a la comisión de un crimen dentro de la jurisdicción de la Corte está limitada al crimen de genocidio, que dentro del derecho consuetudinario no exige que el genocidio se lleve a cabo. (...) Una forma adicional de responsabilidad confirmada por el Estatuto es aquella establecida para los militares o los civiles con autoridad, que no prevengan o sancionen los actos criminales cometidos por sus subordinados] (traducción libre).

un sujeto es penalmente responsable por un crimen de competencia de la Corte, por lo cual se amplía el número de elementos que se deben analizar¹⁴⁸⁸.

En todo caso, es necesario mencionar que la Corte Penal Internacional también es competente para juzgar y sancionar determinados delitos contra la administración de justicia, como por ejemplo el falso testimonio, la proposición de pruebas falsas, la influencia ilegítima de un testigo o funcionario judicial o actos de corrupción, establecidos en los artículos 70 y 71 del Estatuto de Roma¹⁴⁸⁹.

Como se dijo, el Estatuto sanciona cuatro crímenes internacionales, que son considerados como los «*crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*», de acuerdo con el preámbulo y el artículo primero del Estatuto de Roma. Como se sabe, se trata del crimen de genocidio (artículo 6), los crímenes de lesa humanidad (artículo 7), los crímenes de guerra (artículo 8) y el crimen de agresión (artículo 8 *bis*). Para determinar la comisión de cada uno de estos crímenes se debe iniciar por establecer la ocurrencia de los elementos del delito subyacente, es decir del homicidio o la violación por ejemplo, en un contexto determinado¹⁴⁹⁰. Esto, a partir del establecimiento de la conducta, las consecuencias y las circunstancias concomitantes que se requieran en cada una de las descripciones del Estatuto de Roma¹⁴⁹¹.

Así pues, el Estatuto distingue entre tres elementos del aspecto interno del hecho. Parte de la base de que se ha realizado un comportamiento humano o conducta, que esta contenida en la definición del crimen. Bajo determinadas circunstancias, también la omisión puede constituir un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, allí donde el Estatuto

¹⁴⁸⁸ WERLE. *Tratado...*, *op.cit.* p. 179.

¹⁴⁸⁹ AMBOS. *El Estatuto...*, *op.cit.* p. 125.

¹⁴⁹⁰ WERLE. *Tratado...*, *op.cit.* p. 180.

¹⁴⁹¹ Debe tenerse en cuenta que “(...) *whereas most international crimes require a certain result to be caused by the forbidden conduct, such as the killing of members of the protected group in the case of genocide, quite a few crime definitions merely proscribe a certain activity, such as the declaration that no quarter will be given or the simple employment of poison without necessarily injuring a particular person*”. ESER. “Mental Elements...”, *op.cit.* p. 911. [(...) aunque la mayoría de los delitos internacionales requieren que la conducta prohibida cause un cierto resultado, tal como la muerte de los miembros del grupo protegido en el caso del genocidio, algunas definiciones de los crímenes solamente proscriben una actividad, tam como la declaración de que no habrá cuartel o el simple empleo de veneno sin que sea necesario lesionar a una persona particular] (traducción libre).

expresamente lo ha previsto. No obstante, la responsabilidad en comisión por omisión en los casos en los que podría realizarse una imputación de este tipo es muy discutida. Esto, debido a que no todos los Estados reconocen esta forma de responsabilidad penal, como por ejemplo Francia, que durante la Conferencia de Roma expresó sus reticencias en contra de esta figura¹⁴⁹². Dado que esta materia no puede considerarse como un principio general del derecho y, no existe un pronunciamiento claro al respecto, la discusión continúa abierta.

Luego, en la mayoría de los casos, aunque no en todos, se exige la producción de una consecuencia o resultado determinado. Estas pueden ser una lesión efectiva, como sucede cuando se exige que la víctima sufra graves padecimientos físicos, o la mera puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos. Dado que se exige ese resultado, sería de esperarse que se exigiera también que entre la conducta y el resultado exista un nexo de causalidad. No obstante, aunque algunos autores hacen referencia a él de manera tangencial, dentro del derecho penal internacional este elemento no tiene la importancia que se le ha dado en los ordenamientos jurídicos de tradición continental. En consecuencia, se mencionará el nexo de causalidad cuando en el delito se halla exigido concretamente.

Finalmente, se exige, en casi todos los delitos, la ocurrencia de ciertas circunstancias concomitantes, que son distintas de la conducta y las consecuencias y que se suman a los elementos contextuales contenidos en el encabezado¹⁴⁹³. Ejemplo de ellas pueden ser la edad de los menores reclutados, o el concepto de población civil, entre otras.

¹⁴⁹² Así lo ha expresado WERLE, aceptando la omisión solamente en tanto esté prevista en la definición del crimen internacional: “Desde el punto de vista objetivo, cada crimen de derecho internacional presupone una conducta humana que se detalla en la definición del crimen. Ésta puede consistir en una acción o – en tanto esté así previsto en la definición del crimen – en una omisión”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 184.

¹⁴⁹³ Explica POLITI que “[f]or their part, the introductions to crimes against humanity and to war crimes contain a few comments relating to matters distinct from the mental and contextual elements. Triggered by the request of some delegations, these comments were included in order to achieve consensus on the entire document, as a part of a ‘package’ in the most controversial questions”. POLITI. “Elements...”, op.cit. p. 457. [Por su parte, las introducciones a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra contienen unos pocos componentes relacionados con asuntos distintos a los elementos mental y contextual. Estos comentarios, que fueron impulsados por algunas delegaciones, se incluyeron para lograr consenso frente al documento total, como parte del ‘paquete’ de los asuntos más controversiales] (traducción libre).

i. Genocidio.

Sin lugar a duda, la Segunda Guerra Mundial constituyó una alerta sobre la necesidad de proteger los derechos humanos y por eso a partir de ella los Estados incrementaron los mecanismos para garantizarlos. El desarrollo posterior de estos derechos incluyó la prohibición del genocidio a través de la *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y que hoy ha sido firmada por la mayoría de los Estados. Esta Convención constituyó el insumo principal para la inclusión y definición del delito de genocidio dentro del Estatuto de Roma, por lo que dentro de la Conferencia este delito no suscitó ninguna controversia¹⁴⁹⁴. Existía consenso sobre la naturaleza del genocidio como crimen internacional por su extrema gravedad y sobre la necesidad de incluir este delito dentro de la competencia *ratione materiae* de la Corte Penal Internacional.

El artículo 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁴⁹⁵ reproduce palabra por palabra el artículo II de la Convención de las Naciones Unidas y, en consecuencia, las normas consuetudinarias, que se han venido consolidando desde 1948 al respecto, pues la prohibición de genocidio es una norma de *ius cogens*. Por esto, la definición del genocidio no fue ampliamente discutida dentro de la Conferencia de Roma. No obstante, aunque el artículo III de la Convención consagra la asociación para cometer genocidio, la tentativa, la complicidad y la instigación directa y pública a cometer genocidio, solamente esta última fue incluida expresamente dentro del Estatuto. El artículo 25 e) establece que existe responsabilidad penal individual por la instigación a cometer genocidio, expresamente; las otras formas de participación en el delito de genocidio se entienden incorporadas en las cláusulas generales que son aplicables a todos los delitos de competencia de la Corte¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹⁴ FERNANDES. *La Corte...*, *op.cit.* p. 117. En el mismo sentido, AMBOS. *El Estatuto...*, *op.cit.* p. 243.

¹⁴⁹⁵ Estatuto de Roma, «Artículo 6. Genocidio. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

¹⁴⁹⁶ « Cette incrimination des comportements préparatoires renvoie soit à l’infraction inachevée ou tentative de génocide et l’incitation directe et publique à l’infraction « formelle » ou inchoate. Trois infractions ont été

La esencia del genocidio está dada por el hecho de que el sujeto activo pretende negar el derecho de un determinado grupo de personas a existir como grupo, en razón de su identidad racial, étnica, religiosa o nacional, lo que hace que el delito de genocidio se considere como el crimen más grave dentro de los crímenes internacionales¹⁴⁹⁷. Además, por su misma estructura, su objeto de protección excede claramente los bienes jurídicos individuales. El genocidio solamente protege la vida, la integridad física y los demás bienes jurídicos de los individuos de manera indirecta, porque el objeto central de protección es la vida en sentido colectivo¹⁴⁹⁸, es decir la existencia del grupo como tal, en virtud de su derecho a preservar su identidad independientemente de su nacionalidad, sin la intervención abusiva o violenta de terceros que vulnere el desarrollo de una comunidad determinada. Se trata pues de un delito pluriofensivo.

1. Objeto del elemento subjetivo.

El genocidio tiene tres elementos. El primero de ellos, el elemento objetivo, está compuesto por una o varias de las conductas que describe el artículo 6 como idóneas para destruir total o parcialmente a un grupo determinado; luego debe acreditarse que el sujeto ha actuado con el elemento de intencionalidad exigido. En tercer lugar, deberá probarse que existe un

identifiées à ce titre, non seulement dans la Convention, mais également dans les Statut des Tribunaux ad hoc : l'entente en vue de commettre le génocide, la tentative de génocide et l'incitation directe et publique à commettre le génocide. Seul cette dernière infraction demeure, en tant que telle, dans le Statut de Rome créant la Cour pénale internationale ». DE FROUVILLE. *Droit...*, *op.cit.* p. 110. [Esta incriminación de la conducta preparatoria se refiere al crimen inacabado o a la tentativa de genocidio y la incitación directa y pública a la ofensa "formal" o incipiente. Se han identificado tres delitos a este respecto, no solo en la Convención, sino también en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc*: conspiración para cometer genocidio, intento de genocidio e incitación directa y pública para cometer genocidio. Solo este último delito permanece, como tal, en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional] (traducción libre). A este respecto CASSESE afirma que “[i]t follows that in at least one respect there is an inconsistency between customary international law and the Rome Statute. The former prohibits and makes punishable ‘conspiracy to commit genocide’; that is, an inchoate crime consisting of the planning and organizing of genocide not necessarily followed by the perpetration of the crime, whereas Article 6 does not contain a similar prohibition”. CASSESE, Antoni. “Genocide” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary.* Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 347. [De ello se deduce que, al menos en un aspecto, hay una inconsistencia entre el derecho internacional consuetudinario y el Estatuto de Roma. El primero prohíbe y hace punible la “conspiración para cometer genocidio”; es decir, un delito incompleto que consiste en la planificación y organización del genocidio no necesariamente seguido por la perpetración del delito, mientras que el artículo 6 no contiene una prohibición similar] (traducción libre).

¹⁴⁹⁷ ZAPPALÀ. *Qué es...*, *op.cit.* p. 66.

¹⁴⁹⁸ POSADA MAYA. *Delitos...*, *op.cit.* p. 292. En el mismo sentido, AMBOS. “Problemas...”, *op.cit.* p. 21.

elemento subjetivo adicional que es la finalidad de destruir total o parcialmente al grupo nacional, étnico, racial o religioso, que también ha recibido el nombre de *dolus specialis*¹⁴⁹⁹. Esta finalidad es la característica principal del delito de genocidio, pues es la que permite distinguir entre los delitos de lesa humanidad y el genocidio, en especial frente al crimen de persecución (artículo 7, num. 1 lit. h) cuya estructura objetiva es muy similar a la del crimen de genocidio¹⁵⁰⁰. Finalmente, debe acreditarse el elemento contextual que se ha incorporado a través de los Elementos de los Crímenes.

a. Elementos objetivos del delito (actus reus).

Dentro de los elementos objetivos del delito de genocidio, es fundamental la configuración del grupo que se protege mediante este delito. Tanto el Estatuto como la Convención son claros en requerir que ese grupo se constituya como tal en razón de su raza, etnia, nacionalidad o religión, lo que excluye inmediatamente otros grupos humanos que puedan identificarse alrededor de otras características como la ideología o la afinidad política. En ese orden de ideas, tampoco sería genocidio el hecho de cometer varios homicidios en contra de personas que no pertenecen a un determinado grupo, porque este no se identifica de manera negativa. Es decir, no es genocidio matar a todas las personas que no pertenecen a una determinada religión, porque dentro de ellas no existe un vínculo que permita establecer la existencia del bien jurídico protegido¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁹ MARCHUK. *The fundamental...*, *op.cit.* p. 91.

¹⁵⁰⁰ Al respecto explica CASSESE que “*By contrast, from the perspective of the mens rea of both offences, the two categories do not overlap at all. For, in the case of crimes against humanity, international law requires the intent to commit the underlying offence plus knowledge of the widespread or systematic practice constituting the general context of the offence. In the case of genocide, what is required is instead the intent to destroy, in whole or in part, a particular group, in addition to the intent to commit the underlying offence. From this viewpoint, the two categories are therefore mutually exclusive*”. CASSESE. “Genocide”..., *op.cit.* p. 339. [Por el contrario, desde la perspectiva de la *mens rea* de los dos delitos, las dos categorías no se solapan. Para los casos de los crímenes de lesa humanidad, el derecho internacional requiere la intención de cometer el delito subyacente, más el conocimiento del ataque generalizado o sistemático, que constituya el contexto general del crimen. En el caso del genocidio, lo que se requiere es, en cambio, la intención de destruir en todo o en parte, un grupo particular, a lo que se suma la intención de cometer la ofensa subyacente. Desde este punto de vista, las dos categorías son mutuamente excluyentes] (traducción libre). También la Sala de Cuestiones Preliminares I en la sentencia sobre la orden de captura de *Al Bashir* se refirió a estas diferencias. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. para 143.

¹⁵⁰¹ DAVID. *Éléments...*, *op.cit.* p. 1273.

Con base en lo anterior, es necesario determinar cómo debe hacerse la identificación de los miembros del grupo. Al respecto, se ha afirmado que debe utilizarse un criterio mixto, que incluya tanto componentes objetivos como subjetivos¹⁵⁰². Los primeros se refieren a la identificación que hacen terceras personas sobre la pertenencia de un determinado sujeto a un grupo racial, étnico, nacional o religioso. Los segundos, a que el mismo sujeto se identifique como miembro de ese grupo, en virtud de haber nacido en él. De acuerdo con la interpretación que hizo en repetidas ocasiones el Tribunal Penal Internacional para Ruanda del delito de genocidio y, con base en las discusiones que se dieron con respecto a la inclusión de otros grupos en la definición del crimen en el Estatuto de Roma, ha quedado establecido que otros grupos “*such as political and economic groups have been excluded from the protected groups, because they are considered to be “mobile groups” which one joins through individual, political commitment. That will suggest a contrario that the convention was presumably intended to cover relatively stable and permanent groups*”¹⁵⁰³.

Con base en la norma del artículo 6 del Estatuto también se ha discutido en que momento quedaría consumado el genocidio. De la redacción de la definición del crimen y por su objeto de protección, queda claro que para que el delito se entienda consumado la conducta debe recaer sobre más de una persona, siendo muy discutibles los casos en los que una sola muerte puede considerarse un genocidio. Esta postura parte de entender el delito de genocidio como un delito de peligro concreto, en el que más de una muerte se requiere para poner en peligro el bien jurídico de la vida colectiva del grupo¹⁵⁰⁴. Los Elementos de los Crímenes al describir

¹⁵⁰²Explica DE FROUVILLE que «*Dans l’Affaire de l’application de la Convention sur le génocide, les deux parties avaient – après des débats animés – finalement convenus devant la Cour internationale de Justice que la jurisprudence internationale consacrait une «approche mixte, à la fois subjective et objective*». DE FROUVILLE. *Droit ...*, op.cit. p. 90.

¹⁵⁰³ TPIR, Fiscalía vs. Musema. Sentencia de 27 de enero de 2000. para. 162. [grupos como los políticos o económicos han sido excluidos de los grupos protegidos dado que se consideran “grupos móviles” a los que una persona se vincula por compromiso político individual. Eso sugiere, por el contrario, que la Convención fue creada para cubrir grupos relativamente estables y permanentes] (traducción libre). En el mismo sentido, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda afirmó que el genocidio solo es posible en relación con “*stable groups, constituted in a permanent fashion and membership of which is determined by birth, with the exclusion of the more “mobile” groups which one joins through individual voluntary commitment, such as political and economic groups*” TPIR, Fiscalía vs Akayesu. Sentencia de 2 de septiembre de 1998. para. 511. [grupos estables, constituidos de manera permanente y cuya pertenencia se determina por el nacimiento, con la exclusión de grupos “móviles” a los que uno se vincula por compromiso voluntario individual, tal como los grupos políticos o económicos] (traducción libre).

¹⁵⁰⁴ Explicando el caso de Al Bashir ante la Corte Penal Internacional y la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de emitir una orden de arresto en su contra por el crimen de genocidio, STAHN afirma que “*The*

cada una de las formas en las cuales se puede cometer un genocidio establecen que se requiere “que el autor haya dado muerte a una o más personas” o haya «causado lesión grave a la integridad física o mental de una o más personas», lo que permitiría entender que basta con una sola muerte para consumar el delito¹⁵⁰⁵.

No obstante, una lectura literal de este elemento estaría en contra de la interpretación que ha hecho la Corte del delito, pues en la sentencia mediante la cual se expidió la primera orden de captura en contra de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, la Corte estableció que el delito de genocidio amerita un peligro concreto. Dijo la Sala de Cuestiones Preliminares I que «[i]n the view of the Majority, according to this contextual element, the crime of genocide is only completed when the relevant conduct presents a **concrete threat** to the existence of the targeted group, or a part thereof. In other words, the protection offered by the penal norm defining the crime of genocide - as an ultima ratio mechanism to preserve the highest values of the international community - is only triggered when the threat against the existence of the targeted group, or part thereof, becomes concrete and real, as opposed to just being latent or hypothetical»¹⁵⁰⁶ (énfasis propio).

Elements of Crimes contain an additional material element which requires that the ‘conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct directed against that group or was conduct that could itself effect such destruction’. This threshold is specific to the ICC. It was introduced to reflect the special gravity of genocide and to avoid isolated hate crimes falling within the ambit of ICC jurisdiction. This restriction was partly a reaction to Jelisić. It may be explained by the fact that the ICC has a much wider jurisdictional mandate in terms of situations than the ICTY”. STAHN, Carsten. *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge University Press, UK, 2019. p. 39. [Los elementos de los Crímenes contienen un elemento material adicional que requiere que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción”. Este umbral es específico de la CPI. Fue introducido para reflejar la gravedad especial del genocidio y para evitar que casos aislados de crímenes de odio entraran dentro del ámbito de la jurisdicción de la CPI. Esta restricción fue, en parte, una reacción al caso Jelisić. Se puede explicar por el hecho de que el mandato jurisdiccional de la CPI es más amplio que el del TPIY] (traducción libre).

¹⁵⁰⁵ Al respecto afirma AMBOS “[e]n términos de debilidad y ambigüedad, la definición del artículo 6º no esclarece la cuestión perenne de qué cantidad de personas tienen que ser asesinadas antes de que se califique el hecho como genocidio. Algunos verán esta omisión como un defecto mayor en términos del nivel de precisión requerido en derecho penal”. AMBOS. *El Estatuto...*, op.cit. p. 244.

¹⁵⁰⁶ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. para 124. [Según la opinión de la mayoría, de acuerdo con este elemento contextual, el crimen de genocidio solo se completa cuando la conducta relevante representa una amenaza concreta para la existencia del grupo objetivo, o una parte del mismo. En otras palabras, la protección ofrecida por la norma penal que define el crimen de genocidio, como un mecanismo de máxima relación para preservar los valores más altos de la comunidad internacional, solo se desencadena cuando la amenaza contra la existencia del grupo objetivo, o parte de ella, se vuelve concreta y real, en lugar de ser latente o hipotética] (traducción libre).

En ese orden de ideas, aunque los Elementos de los Crímenes se refieren a la muerte o la lesión de una sola persona, esta debe entenderse solo en los casos en los que la muerte de esa sola persona sea de la suficiente entidad para poner en peligro real y concreto la existencia del grupo. Con respecto a este punto debe aclararse que esto es posible únicamente cuando esa persona desempeña un papel fundamental dentro de la organización¹⁵⁰⁷, como ser el líder de la comunidad, por ejemplo. La conducta debe recaer sobre un número significativo de víctimas, aunque si el número de víctimas fatales es o no significativo debe analizarse en el caso concreto pues dependerá, en gran medida, del número de miembros que tenga el grupo y de las condiciones en las que se pretenda llevar a cabo el genocidio. No obstante, no es posible llegar al punto de objetivar el análisis del genocidio, porque se terminaría banalizando y reduciéndolo a un simple homicidio agravado por los fines¹⁵⁰⁸.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que además del homicidio, el Estatuto de Roma consagra cuatro formas distintas de cometer genocidio, que no implican la muerte de ninguno de los miembros del grupo, al menos de manera directa. En ese orden de ideas, no se requiere que se produzcan muertes para que se consume el delito de genocidio, pues las otras formas de comisión del delito permiten consumarlo sin que se produzca este resultado. Las distintas formas de ejecutar el delito consagradas en los literales a) a e) constituyen el *actus reus* o los elementos objetivos del delito de genocidio.

¹⁵⁰⁷ Al respecto, POSADA MAYA. *Delitos...*, *op.cit.* p. 315.

¹⁵⁰⁸ En este sentido, la juez USACKA en su disenso parcial afirmó que “*When evaluating whether an Accused formulated intent to destroy a protected group "in part", such part has been required to be "substantial". While it should be remembered that the ad hoc tribunals have held that there is no numeric threshold of victims necessary to establish genocide substantiality is indeed defined not only in terms of numerosity, but also in relation to other factors. For example, if only a part of the group is targeted, the proportion of the targeted group in relation to the protected group as a whole, as well as the prominence of the targeted group within the protected group may be relevant to a determination of substantiality. The perpetrator's zone of control may also be relevant (...)*”. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Separate and Partially Dissenting Opinion, of Judge Anita Usacka, 4 March 2009. para 67. [Al evaluar si un acusado intentó destruir un grupo protegido “en parte”, se requiere que dicha parte sea “sustancial”. Si bien debe recordarse que los tribunales *ad hoc* han sostenido que no existe un umbral numérico de víctimas necesario para establecer la sustancialidad del genocidio, que de hecho se define no solo en términos de numerosidad, sino también en relación con otros factores. Por ejemplo, si solo una parte del grupo es objetivo, la proporción del grupo objetivo en relación con el grupo protegido en su conjunto, así como la prominencia del grupo objetivo dentro del grupo protegido pueden ser relevantes para la determinación de la sustancialidad. La zona de control del perpetrador también puede ser relevante] (traducción libre).

El literal a) establece que se puede cometer genocidio mediante la «[m]atanza de miembros del grupo». Aunque pareciera que el término es claro pues se refiere, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes a «dar muerte» o «causar la muerte»¹⁵⁰⁹, la comparación entre las distintas versiones del Estatuto ha suscitado algunas dudas, en la medida en la que “matanza” en español y “meurtre” en francés se interpretan como elementos objetivos que exigen la premeditación del delito¹⁵¹⁰. No obstante, “killing” que es el término utilizado en inglés admite la producción del resultado muerte de cualquier manera, incluso la que dentro de la mayoría de los Estados pertenecientes a la tradición jurídica continental se tipifica como homicidio simple, lo que parecería insuficiente para configurar un genocidio¹⁵¹¹. Sin embargo, en la medida en la que el delito de genocidio es un delito de tendencia, pues incluye la finalidad de destruir total o parcialmente al grupo, es claro que además del dolo o la *mens rea* de matar, se requiere la finalidad propia del delito, la discusión no amerita ser ahondada. En todo caso, de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto de Roma, se requiere que la muerte de los miembros del grupo se produzca con intención y conocimiento, pero no con premeditación¹⁵¹².

El literal b) del artículo 6 del Estatuto de Roma afirma que puede cometerse genocidio mediante la «lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo». Los redactores del Estatuto han decidido que limitar la forma de comisión a las lesiones de cierta entidad, “graves”, lo cual ha sido reiterado por los Elementos de los Crímenes, dejando claro que no se trata de cualquier tipo de lesión. Ahora bien, esta norma debe ser interpretada de conformidad con la finalidad que caracteriza al genocidio y, desde un punto de vista restrictivo. No toda lesión, aun cuando se cometa en contra de un número significativo de miembros del grupo, implica que a partir de ellas pueda destruirse total o parcialmente al grupo. En ese orden de ideas, el análisis deberá tener en cuenta que, en el caso concreto,

¹⁵⁰⁹ Así lo expresa la nota al pie de página número dos de los Elementos de los Crímenes que afirma: «la expresión “dado muerte” es intercambiable por la expresión “causado la muerte”»

¹⁵¹⁰ AMBOS. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Temis, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2005. p. 424.

¹⁵¹¹ ICTR, *Prosecutor vs Clément Kayishema and Obed Ruzindana*. Judgement 21 May 1999.

¹⁵¹² AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 14.

además de que exista dolo de genocidio y la correspondiente finalidad, las lesiones sean idóneas para producir, cuando menos, un peligro concreto frente al bien jurídico¹⁵¹³.

Esta conclusión también se apoya en la tercera nota a pie de página de los Elementos de los Crímenes que incluyen, a manera de ejemplo, actos de tortura, violaciones, violencia sexual o tratos inhumanos o degradantes, aunque expresamente establece que no se limita a ellos. Como se ve, se trata de conductas que tienen una cierta entidad en términos de gravedad, lo que no permite que se entienda que cualquier lesión es idónea para llevar a cabo un genocidio. Así, las lesiones en el aparato reproductivo de las personas o las lesiones mentales que impidan el desarrollo futuro del grupo, tendrían la entidad suficiente para destruirlo total o parcialmente, por lo que quedarían incluidas dentro de la definición del delito de genocidio¹⁵¹⁴.

La tercera forma en la que se puede cometer genocidio es el «[s]ometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial». Esta forma de ejecución se refiere a la creación de un contexto idóneo para que, a mediano plazo, como consecuencia de la muerte de los miembros del grupo, este termine extinguiéndose. Pero el sujeto activo no causa una serie de homicidios directamente, sino que *somete* al grupo a condiciones extremas como trabajos forzados, falta de agua y alimentos, condiciones de vida insalubres y otras circunstancias que generan esas muertes como resultados intermedios. La nota a pie de página número 4 de los Elementos de los Crímenes pone como ejemplo de circunstancias de este tipo «*el hecho de privar a esas personas de los*

¹⁵¹³ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 360.

¹⁵¹⁴ La Sala de Cuestiones Preliminares I, en la segunda sentencia sobre la expedición de una orden de captura en contra de Al Bashir estableció que este tipo de lesiones podían ser constitutivas de genocidio. Dijo la Sala que “[t]housands of civilian women, belonging primarily to the Fur, Masalit and Zaghawa groups were subject, throughout the Darfur region, to acts of rape by GoS forces; (ii) [c]ivilians belonging primarily to the Fur, Masalit and Zaghawa groups were subject to acts of torture by GoS forces (...)”, a raíz de lo cual emitió la orden de captura en contra de Al Bashir por el delito de genocidio de acuerdo con el artículo 6 c) del Estatuto de Roma. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 10 July 2010. para 29. [miles de mujeres civiles, pertenecientes principalmente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa fueron sometidas a actos de violación a lo largo de la región de Darfur por las fuerzas GoS; (ii) civiles pertenecientes principalmente a los grupos Fur, Masalit y Zaghawa fueron sometidos a actos de tortura por las fuerzas GoS (...)] (traducción libre).

recursos indispensables para la supervivencia, como alimentos o servicios médicos, o de expulsarlos sistemáticamente de sus hogares».

Para que un genocidio pueda imputarse por esta vía, se requiere que las condiciones a las que se somete al grupo sean capaces de producir la destrucción total o parcial del grupo, lo que significa que debe existir un peligro concreto para su existencia, pero no se requiere que se produzca la muerte efectiva de los individuos o que se someta a todo el grupo a estas condiciones¹⁵¹⁵, bastando que las sufran solamente una parte significativa del grupo. Además, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes, tal como sucede en los demás casos, estas condiciones deberán imponerse en *«el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo»* o debe ser idónea para *«por sí misma causar esa destrucción»*.

Además, debe tenerse en cuenta que el literal c) del artículo 6 del Estatuto hace referencia a un elemento subjetivo, que deberá estar presente, sumándose al dolo y a la finalidad adicional con la que debe cometerse el genocidio en todos los casos. La norma hace referencia al *«sometimiento intencional» (deliberately, intentionnelle)* del grupo a ciertas condiciones. Aunque una primera lectura permitiría pensar que se trata de una inclusión redundante, dado que la intención hace parte de los elementos mentales que están descritos en el artículo 30 del Estatuto, lo cierto es que esta palabra debe entenderse con respecto a que la actuación esté encaminada (*“calculated to”*) a producir la destrucción del grupo. Esto ha llevado a afirmar que lo que se ha incorporado es el concepto de premeditación, pues *“resulta claro que el elemento de la reflexión previa no se encuentra en el concepto “intencional” (“deliberately”) – éste expresa solamente una destrucción dolosa, sino de una calculada y reflexionada”*¹⁵¹⁶.

¹⁵¹⁵ Al respecto afirman GIL GIL y MACULAN que *“[t]odo ello hace que este supuesto acabe transformándose en una estructura diferente a la de los párrafos precedentes. La acción aquí debe recaer no ya sobre un individuo sino sobre todo el objeto del bien jurídico y, aunque también se prescinde de la producción del resultado, no podemos hablar ya de un delito mutilado de varios actos, sino más bien de un delito de resultado cortado cuya estructura en el plano valorativo es paralela a la de una tentativa acabada, es decir, en el que simplemente se ha prescindido del acaecimiento del resultado”*. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 362.

¹⁵¹⁶ AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 425.

El literal d) del artículo 6 del Estatuto de Roma prohíbe que se tomen «[m]edidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo» destinadas, desde luego, a destruir total o parcialmente uno de los grupos protegidos por el delito de genocidio. Se busca evitar que el grupo se reproduzca, a través de cualquier comportamiento violento o arbitrario destinado a reducir o anular los procesos reproductivos de hombres y/o mujeres dentro de un grupo para que este no crezca, lo que a mediano o largo plazo termina con su destrucción. Esta forma de genocidio se conoce como *genocidio biológico* y se realiza mediante el uso forzado de métodos anticonceptivos, abortos forzados o la separación de hombres y mujeres para evitar la concepción, por ejemplo. Se trata de una serie de conductas de muy diversa índole que recaen sobre las personas en edad reproductiva dentro del grupo¹⁵¹⁷.

Finalmente, el Estatuto consagra el *genocidio cultural* como forma de genocidio, el cual consiste en el «[t]raslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo». Se trata de un genocidio porque separar a los menores de los adultos del grupo destruye las costumbres y la identidad tradicional del grupo, en razón de que no se perpetúan, rompiendo los vínculos entre las distintas generaciones de un grupo humano. Por eso es importante que exista una verdadera separación física entre unos y otros y, que se someta a los menores al contacto con otro grupo social, lo que los lleve a adoptar las tradiciones de ese segundo grupo humano¹⁵¹⁸, exigiéndose que la medida sea idónea para destruir la tradición cultural del grupo y no solamente un traslado temporal de los menores por razones de seguridad, por ejemplo.

¹⁵¹⁷ Adicionalmente explica AMBOS que “el art. 6 (d) comprende medidas “destinadas” (“intended, “visant”) a impedir nacimientos en el seno del grupo. También aquí existe un apartamiento de la exigencia general de dolo, pues la formulación implica – a semejanza del art. 25 (3) (c) – una conducta marcadamente intencional con el objetivo de impedir los nacimientos del grupo”, lo que será analizado en un apartado posterior. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 425.

¹⁵¹⁸ Se debe tener en cuenta que es posible que exista tentativa de genocidio, de acuerdo con el artículo 25 del Estatuto de Roma. Así lo explica VAN DER VYVER “[t]o be convicted of genocide, according to the Elements, at least one person must actually have fallen victim to the conduct embarked upon by the perpetrator to achieve that objective. Short of that, the act may amount to attempt to commit the crime, provided the rather stringent requirements for attempt laid down in the ICC Statute have been satisfied”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 90. [Para ser condenado por genocidio, de acuerdo con los Elementos, al menos una persona debe haber sido víctima de la conducta emprendida por el perpetrador para lograr ese objetivo. Salvo eso, el acto puede constituir un intento de cometer el delito, siempre que se hayan cumplido los requisitos bastante estrictos para la tentativa establecido en el Estatuto de la CPI] (traducción libre).

b. El elemento contextual.

Una ardua discusión frente al genocidio es si este exige o no un elemento contextual que se añadiría a los elementos descritos en los párrafos anteriores. Es evidente que el artículo 6 del Estatuto de Roma no exige ningún elemento contextual, lo que significaría que este es innecesario y basta con que se acrediten los elementos objetivos y subjetivos, con especial relevancia de la finalidad especial, para que se configure un genocidio. Sin embargo, “*the addition of genocide in the constitutive statute of this court [Corte Penal Internacional] represented a new phase for assessment of the contextual elements of the crime of genocide. Evaluation of the contextual elements in light of the new regime of the Rome Statute, is based on the consensual elaboration of its ‘Elements of Crimes’*”¹⁵¹⁹.

No obstante, los Elementos de los crímenes, al describir cada una de las formas específicas de actuación, concluyen el numeral exigiendo que «*la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción*». Esto se debe a que durante la Conferencia de Roma, la delegación de los Estados Unidos propuso que se incluyera dentro de los elementos del genocidio un *plan para destruir un grupo en todo o en part*, sobre lo cual se discutió ampliamente. Otras delegaciones como Israel, por ejemplo, aclararon con acierto que es difícil concebir un caso de genocidio en el que no exista una práctica sistemática. Sin embargo, con el desarrollo del debate se optó por incorporar la figura que se ha incorporado en los Elementos de los Crímenes¹⁵²⁰.

Adicionalmente, la introducción de los Elementos de los crímenes al artículo 6 realiza tres afirmaciones con respecto a este elemento contextual que parece incluirse: (i) «*la expresión “en el contexto de” incluiría los actos iniciales de un crimen que comienza a perfilarse*»; (ii) «*la expresión “manifiesta” es una calificación objetiva*» y (iii) «*pese a que el artículo 30 exige normalmente un elemento de intencionalidad, y reconociendo que el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer*

¹⁵¹⁹ KOURSAMI, Nasour. *The contextual elements of the crime of genocide*. Springer, La Haya, 2018. p. 193.

¹⁵²⁰ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016. p. 130.

genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular». Las dos primeras afirmaciones no parecen representar un problema, en caso de que se acepte que los Elementos de los Crímenes pueden incluir un requisito adicional para un delito que el Estatuto de Roma no exige, pero que no constituye una directa contradicción con la definición incorporada en este. Sin embargo, el instrumento deja claramente abierta la posibilidad de que se exija o no, que el sujeto activo del genocidio tenga la intención de cometer el delito en el contexto de una pauta de conducta dirigida contra el mismo grupo.

La doctrina mayoritaria firma que el delito de genocidio no requiere la existencia de un plan o una pauta de comportamiento dirigida hacia el grupo, en la cual deba enmarcarse la actuación del sujeto activo para que pueda establecerse que este es penalmente responsable del delito de genocidio, al menos si el delito se analiza desde la costumbre internacional y la Convención de las Naciones Unidas de 1948¹⁵²¹. No obstante, se reconoce que la existencia de ese plan puede ser una evidencia muy importante para probar la finalidad de exterminar total o parcialmente al grupo. También los Tribunales *ad hoc* afirmaron en repetidas ocasiones que la existencia de un plan o política no era un ingrediente del crimen de genocidio y solamente constituía un elemento probatorio¹⁵²². Esto ha llevado a autores como AMBOS a afirmar que “*en consecuencia, los Elementos violan el Artículo 9(3) del Estatuto y, por lo tanto, deben considerarse sin efecto*”¹⁵²³, pues incorporar un elemento de contexto al cual no hace la menor referencia el Estatuto de Roma no sería compatible con este.

No bastante, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la decisión sobre la orden de captura en contra de Omar Hassan Ahmad Al Bashir se pronunció sobre la incorporación de este

¹⁵²¹ Afirma MARCHUK que “[t]he preponderant opinion is that the existence of a genocidal plan or policy is not an integral legal ingredient of the crime, but it is an evidentiary issue from where the genocidal intent may be inferred. (...) It seems that the requirement of the existence of a State plan or policy to carry out genocide has not crystallized in customary international law yet”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 110. [La opinión preponderante es que la existencia de un plan o política genocida no es un elemento integral del crimen, pero es un elemento evidente del cual se puede inferir la intención genocida] (traducción libre).

¹⁵²² TPIY, Fiscalía vs. Jelusic, Sentencia del 5 de julio de 2001 para. 48. TPIY, Fiscalía Prosecutor vs. Jelusic, Sentencia de 14 de diciembre de 1999. para. 100 – 101. TPIR, Fiscalía vs. Kayishema y Ruzindana. Sentencia de 1 de junio de 2001. para. 138 TPIR, Fiscalía vs. Kayishema y Ruzindana. Sentencia del 21 de mayo de 1999. para. 276.

¹⁵²³ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 11.

elemento contextual por parte de los Elemento de los Crímenes, adoptando una posición completamente contraria. De acuerdo con la Sala, el elemento contextual significa que debe exigirse que el acto constituya una amenaza concreta para el grupo o una parte de él, pues de lo contrario no puede entenderse que se ha llevado a cabo un genocidio. Según esto, afirma la Sala que *“the Majority does not observe any irreconcilable contradiction between the definition of the crime of genocide provided for in article 6 of the Statute and the contextual element provided for in the Elements of Crimes with regard to the crime of genocide”*¹⁵²⁴.

Es claro que los Elementos de los Crímenes no constituyen el mecanismo idóneo para incorporar un elemento contextual a la definición de un delito, lo que claramente restringe el campo de aplicación del mismo. No obstante, parece que la decisión de la Sala de interpretar este elemento contextual como el requisito de que la conducta sea de una gravedad suficiente para poner en riesgo el bien jurídico tutelado resulta adecuada. Teniendo en cuenta los objetivos para los cuales fue creada la Corte Penal Internacional y, la razón de ser de los delitos internacionales carecería de toda lógica que se sancionara como genocidio una conducta que no esté en la capacidad *ex ante* de destruir total o parcialmente a un grupo. Así

¹⁵²⁴ Continúa la Sala *“quite the contrary, the Majority considers that the definition of the crime of genocide, so as to require for its completion an actual threat to the targeted group, or a part thereof, is (i) not per se contrary to article 6 of the Statute; (ii) fully respects the requirements of article 22(2) of the Statute that the definition of the crimes “shall be strictly construed and shall not be extended by analogy” and “[i]n case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted”; and (iii) is fully consistent with the traditional consideration of the crime of genocide as the “crime of the crimes”*. Además, esta postura fue reiterada por la Sala en la Segunda Decisión sobre la orden de captura de Al Bashir. Afirma allí la sala que *“The Chamber recalls the findings made by the Majority in the First Decision in relation to the lack of any irreconcilable contradiction between the definition of the crime of genocide of article 6 of the Statute and the contextual element provided for in the Elements of Crimes”*. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. para 132. [La mayoría no observa ninguna contradicción irreconcilable entre la definición del delito de genocidio prevista en el artículo 6 del Estatuto y el elemento contextual previsto en los Elementos de los Crímenes con respecto al delito de genocidio. Por el contrario, la mayoría considera que la definición del crimen de genocidio, que requiere, para su conclusión, una amenaza real para el grupo objetivo, o una parte del mismo, es (i) no *per se* contraria al artículo 6 del Estatuto ; (ii) respeta plenamente los requisitos del artículo 22 (2) del Estatuto de que la definición de los delitos “se interpretará estrictamente y no se ampliará por analogía” y “en caso de ambigüedad, la definición se interpretará a favor de la persona investigada, procesada o condenada”; y (iii) es totalmente consistente con la consideración tradicional del crimen de genocidio como el “crimen de los crímenes”. Además, esta postura fue reiterada por la Sala en la Segunda Decisión sobre la orden de captura de Al Bashir. Afirma allí la sala que “La Cámara recuerda los hallazgos hechos por la Mayoría en la Primera Decisión en relación con la falta de cualquier contradicción irreconcilable entre la definición del crimen de genocidio del artículo 6 del Estatuto y el elemento contextual previsto en el Elementos de los crímenes] (traducción libre).

pues, este elemento contextual termina siendo la prueba de la tendencia del delito de genocidio. Queda pues por concluir si la Corte exigirá que se pruebe el conocimiento de dicha pauta de conducta en todos los casos, con base en la posibilidad que han abierto los Elementos de los Crímenes.

2. El elemento de intencionalidad.

La Sala de Cuestiones Preliminares I ha establecido, en consonancia con toda la doctrina, que el elemento esencial del crimen de genocidio es la finalidad específica que lo caracteriza¹⁵²⁵ y que permite distinguir entre un delito de lesa humanidad o un crimen de guerra y un delito de genocidio¹⁵²⁶. Así, en la segunda sentencia sobre la solicitud de una orden de arresto en contra de Al Bashir la Sala afirmó que *«the underlying acts of genocide by inflicting bodily or mental harm, as it was the case of the previous count, are identical to the underlying acts of the crimes against humanity included in the Prosecution's Application as Counts 6, 7, and 8 (forcible transfer of population, torture civilians, and rape of civilians). The legal characterization of such acts as crimes against humanity or genocide depends on the following factors: (i) their specific contextual elements; (ii) the requirement that the*

¹⁵²⁵ De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares I, la *mens rea* requerida para el delito de genocidio se compone de (i) un elemento subjetivo general que debe cubrir todos los actos que se encuentran descritos en los literales a) a e) del artículo 6 del Estatuto y (ii) un elemento subjetivo adicional, que normalmente se denomina *dolus specialis* o intención específica (*specific intent*), que se refiere a la intención de destruir total o parcialmente al grupo. Afirma la Sala que “(...) *subjective element, normally referred to as “dolus specialis” or specific intent, according to which any genocidal acts must be carried out with the “intent to destroy in whole or in part” the targeted group*” International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. par. 139. [el elemento subjetivo, normalmente llamado *dolus eventualis* o *intención específica*, de acuerdo con el cual los actos genocidas deben llevarse a cabo con la “intención de destruir total o parcialmente al grupo] (traducción libre).

¹⁵²⁶ Al respecto recuerda MARCHUK que “[t]he Akayesu Trial Chamber construed *dolus specialis* with respect to genocide by seeking inspiration in French criminal law. (...) the Tribunal's finding falls short of a valid “comparative law argument” due its only reference to the French legal doctrine and failure to conduct more thorough analysis on the concept of specific intent in other legal jurisdictions”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 137. [la Sala de Juicio en *Akayesu* construyó el dolo especial con respecto al genocidio buscando inspiración en el derecho penal francés. (...) el Tribunal se quedó corto al crear un argumento de derecho comparado, dado su única referencia a la doctrina legal francesa y la ausencia de análisis con respecto a la intención específica en otras jurisdicciones] (traducción libre).

victims belonged to a targeted group (in the case of genocide); and (iii) the different mens rea that each of them require»¹⁵²⁷.

Teniendo en cuenta que la Corte, siguiendo la tradición anglosajona, agrupa con el término *mens rea* todos los elementos subjetivos de los crímenes, cabe entender que en esa afirmación se han incluido tanto el dolo de la conducta (intención y conocimiento de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto de Roma)¹⁵²⁸, como la finalidad específica de destruir total o parcialmente a un grupo¹⁵²⁹. Esta finalidad es el elemento esencial del delito de genocidio, que lo convierte en un crimen de intención¹⁵³⁰ o en un delito de tendencia¹⁵³¹, es decir un delito en el que el elemento predominante es la *mens rea* del autor. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y un sector de la doctrina denominan este elemento como *dolo especial*¹⁵³², pero en todo caso se refieren al elemento mental con base en el cual no basta que el sujeto

¹⁵²⁷ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Second Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 10 July 2010. para 27. En idéntico sentido se pronunció sobre los crímenes de guerra en el párrafo 20 de la misma decisión. [Los actos subyacentes de genocidio al infligir daños físicos o mentales, como fue el caso del recuento anterior, son idénticos a los actos subyacentes de los crímenes de lesa humanidad incluidos en la Solicitud de la Fiscalía en los numerales 6, 7 y 8 (transferencia forzosa de población civil, tortura de civiles y violación de civiles). La caracterización legal de tales actos como crímenes de lesa humanidad o genocidio depende de los siguientes factores: (i) sus elementos contextuales específicos; (ii) el requisito de que las víctimas pertenecían a un grupo objetivo (en el caso de genocidio); y (iii) la diferente *mens rea* que cada uno de ellos requiere] (traducción libre).

¹⁵²⁸ “(...) El “genocidio”, i.e., el encabezado y las diferentes formas de su comisión, debe perpetrarse con premeditación y conocimiento. En otros términos: en la intención y el conocimiento del autor de este crimen están comprendidos todos los elementos (materiales) del encabezado y el acto específico” AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 13. En el mismo sentido AMBOS, Kai. “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?” En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011. p. 174.

¹⁵²⁹ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que “[d]irect evidence of genocidal intent may not be available. In the absence of such, the Tribunals have been prepared to deduce intent from circumstantial evidence including the actions and words of the perpetrator” CRYER, Robert. FRIMAN, Håkan. ROBINSON, Darryl. WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ed. Cambridge University Press, U.K., 2014. p. 222. [la evidencia directa de la intención genocida puede no estar disponible. En ausencia de esa evidencia, los Tribunales se han preparado para deducir la intención de la evidencia circunstancial incluyendo las acciones y las palabras del perpetrador] (traducción libre).

¹⁵³⁰ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 25.

¹⁵³¹ Los delitos de intención o de tendencia “[s]on aquellos comportamientos delictivos que buscan obtener una finalidad particular (...). Este tipo de delitos refuerzan el dolo con la finalidad” POSADA MAYA. *Delitos...*, op.cit. p. 49. En el mismo sentido, REYES ECHANDÍA afirma que “Dolo específico: Consiste en aquella particular finalidad que el agente se propone obtener, pero cuya realización está por fuera de la estructura del delito. La doctrina suprime esta modalidad de dolo para sustituirla por el concepto de elemento subjetivo del tipo”. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Diccionario de Derecho Penal*. Sexta edición, Temis, Bogotá, 1999. p. 18.

¹⁵³² ZAPPALÀ. *Qué es...*, op.cit. p. 63. En el mismo sentido, CASSESE. *International ...*, op.cit. p. 102.

tuviera dolo de llevar a cabo la conducta subyacente, sino que se requiere esta finalidad adicional. En consecuencia, no se exige que el sujeto destruya total o parcialmente al grupo para que se consuma el delito, sino que basta con que el sujeto tenga la finalidad de hacerlo¹⁵³³.

Así mismo, se ha reconocido que el autor de un genocidio puede tener, aunque no se exige, motivos adicionales para cometer la conducta, los cuales también reforzarían el dolo, como podría ser la discriminación hacia un determinado grupo de personas, lo que lo llevaría a tener la intención de destruir ese grupo específico¹⁵³⁴. Aunque estos motivos no se exigen dentro de las disposiciones del Estatuto de Roma, es claro que están presentes en la mayoría de los casos en los cuales se lleva a cabo un genocidio y tienen la consecuencia de hacer más intenso el dolo del autor, aumentando la gravedad de la conducta¹⁵³⁵. Se debe tener en cuenta que estos motivos discriminatorios, así como los elementos objetivos del delito de genocidio, hacen que este sea materialmente un crimen contra la humanidad¹⁵³⁶, que es muy similar al crimen de persecución (artículo 7, 1 h) del Estatuto de Roma), por eso, la tendencia interna

¹⁵³³ Esta misma postura fue sostenida por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en la sentencia de Juicio en contra de Akayesu, en la que afirmó “*genocide is distinct from other crimes in as much as it embodies a special intent or dolus specialis. Special intent of a crime is the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged. Thus, the special intent in the crime of genocide lies in "the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such"*. TPIR, Fiscalía vs. Akayesu, Sentencia del 2 de septiembre de 1998. para 498. [el genocidio se diferencia de otros crímenes dado que incluye una intención especial o dolo especial. La intención especial de un crimen que exige dolo específico, requiere como un elemento constitutivo que el perpetrador claramente pretenda producir el acto imputado. Así, la intención especial de un crimen de genocidio se encuentra en “la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”] (traducción libre).

¹⁵³⁴ En ese sentido se expresa DE FROUVILLE al decir que «*Le dol spécial se divise en deux spūs-éléments : une intention discriminatoire articulée autour de la notion de « groupe en tout ou en partie, comme tel » ; et une intention de destruction*». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 87. [el dolo especial se divide en dos subelementos: una intención discriminatoria articulada alrededor de la noción de “grupo total o parcial, como tal”; y una intención de destrucción] (traducción libre).

¹⁵³⁵ Dentro de la doctrina continental de Derecho penal, estos motivos pueden significar un mayor desvalor de acción subjetivo, convirtiendo el genocidio en un tipo penal ultrafinal.

¹⁵³⁶ Esto puede verse, por ejemplo, en el hecho de que con base en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, los hechos cometidos por la organización Nazi en contra de la población judía fueron sancionados como crímenes contra la humanidad de acuerdo con el artículo 6, literal c) que establecía «*CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron*». Solo fue hasta 1948 cuando el jurista polaco Raphael Lemkin acuñó el término genocidio y este fue definido en la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

trascendente del tipo es la que da a este su especial gravedad y el único elemento distintivo de la conducta¹⁵³⁷.

Aunque comprender la finalidad propia del genocidio no resulta un asunto complejo, alrededor de este elemento se ha desarrollado una amplia discusión, con respecto a si es necesario o no, que todos los actores que participan en la comisión del delito tengan la finalidad de destruir al grupo¹⁵³⁸. Ni siquiera la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* tiene una posición decantada al respecto. En *Akayesu*¹⁵³⁹ el Tribunal Penal Internacional para Ruanda diferenció entre la intervención en el delito de genocidio, de acuerdo con el artículo 6 del Estatuto de este tribunal y la participación (*complicity*) consagrada en el artículo 2, 3 e), para la cual solamente exigió el conocimiento de la política dirigida a destruir total o parcialmente al grupo. Sin embargo, en *Musema*¹⁵⁴⁰, el mismo Tribunal estableció que solamente el autor individual requiere tener la finalidad de llevar a cabo el genocidio, mientras que en los demás casos basta el conocimiento o, incluso, la ignorancia deliberada (“*had reason to know*”) sobre la intención genocida de los autores principales.

No obstante, aunque el genocidio es un delito de intención y es imposible prescindir de la finalidad específica de destruir total o parcialmente al grupo para que pueda configurarse este crimen, ha propuesto AMBOS, entre otros que exigir que todos los autores y partícipes tengan esta finalidad no resulta adecuado. Por las características propias de este delito, en la mayoría

¹⁵³⁷ En ese sentido, “(...) *hay una diferencia estructural entre genocidio y crímenes de lesa humanidad en cuanto al ámbito de protección, el genocidio se ha desarrollado a partir de los crímenes de lesa humanidad y es, en esencia, una forma (especial) de crimen de lesa humanidad. Esta “congruencia estructural” justifica una construcción del genocidio desde el punto de vista de la estructura como un crimen de lesa humanidad con respecto al requisito del “conocimiento del ataque” (Estatuto de la CPI, art. 7)*”. AMBOS. ¿Qué significa..., op.cit. p. 190.

¹⁵³⁸ Adicionalmente, los autores deben actuar con dolo o intención. Al respecto explica VAN DER VYVER que “*Not every perpetrator of genocide, crimes against humanity or war crimes boast about their evil deeds, though many do. Courts are often obligated to construe a certain mental disposition based on secondary evidence. Provided the possession of guilty knowledge is a sine qua non (beyond reasonable doubt) of the surrounding facts and circumstances, a conviction for the crime based on intent and knowledge would be fully justified*”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 69. [No todos los perpetradores de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra se jactan de sus actos malvados, aunque muchos lo hacen. Los tribunales a menudo están obligados a interpretar una cierta disposición mental basada en evidencia secundaria. Siempre que la posesión de conocimiento culpable sea una condición *sine qua non* (más allá de toda duda razonable) de los hechos y circunstancias circundantes, una condena por el delito basada en la intención y el conocimiento se justificaría plenamente]

¹⁵³⁹ TPIR, Fiscalía vs. Akayesu. Sentencia del 2 de septiembre de 1998. para. 485, 538, 540, 545 y 547.

¹⁵⁴⁰ TPIR, Fiscalía vs. Musema. Sentencia de 27 de junio de 2000. para 181.

de los casos, se comete por un grupo de personas, que por regla general se estructura a partir de una jerarquía, mediante varias conductas y no por un autor individual en un solo acto¹⁵⁴¹. En ese orden de ideas, solamente los principales responsables, es decir, quienes se encuentran en los niveles superiores de dicha jerarquía, deberían, según esta postura tener la finalidad de destruir al grupo¹⁵⁴². Afirmar este autor que *“así las cosas, es posible establecer una solución dual distinguiendo entre autores de rango inferior y de rango intermedio y superior. En cuanto a los primeros, esto es, los fácilmente intercambiables “soldados de a pie” de una campaña genocida, que, por lo general, carecen de los medios para destruir al grupo solos, no es necesario ni realista esperar que actúen con el propósito y el deseo de destruir. (...) En otras palabras, un acusado de rango inferior debe saber, al menos, que los “cerebros” de la campaña genocida actúan con intención genocida entendida en sentido estricto”*¹⁵⁴³.

En ese mismo orden de ideas, de acuerdo con el Estatuto de Roma y, siguiendo lo que ha establecido la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional¹⁵⁴⁴, todos

¹⁵⁴¹ Con respecto a este tema puede consultarse CADAVID LONDOÑO, Paula. *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial*. Editorial Ibañez, Bogotá, 2013.

¹⁵⁴² Explican AMBOS y BÖHM utilizando el genocidio de los judíos en Alemania como ejemplo que *“[d]e todo esto se sigue claramente que el acuerdo ideológico para exterminar a los judíos, es decir, la intención basada en el propósito “de destruir”, se ubica en el nivel superior de la jerarquía. Los perpetradores de nivel medio y bajo, por el contrario, no necesariamente comparten este propósito. En el mejor de los casos podrían conocer de la existencia de este propósito a causa de sus funciones: reciben órdenes y están al tanto de instrucciones internas y reglamentaciones, hablan con sus colegas de otros niveles jerárquicos, reciben información acerca de las actividades y tareas de otros oficiales etc. En definitiva, estos perpetradores de rango medio y bajo no actúan en forma aislada sino mediante vínculos e interconexiones”* AMBOS, Kai. BÖHM, Laura. “Análisis criminológico del genocidio: La estructura típica del crimen y el requisito de la intención de destruir” En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibañez, Bogotá, 2011. p. 132.

¹⁵⁴³ Y continúa el autor afirmando que *“De ello se extrae que el enfoque basado en el propósito debe ser sostenido en el caso de los autores de rango superior, es decir, los líderes intelectuales y fácticos de la empresa genocida. (...) Estas personas deben actuar dolosamente, ya que no ejecutan actos subyacentes – como los autores de rango inferior – pero son más bien autores intelectuales y por tanto pueden ser comparados con los responsables de rango superior. Por tanto, sólo pueden ser considerados genocidas si comparten la intención basada en el propósito de los responsables de rango superior”* AMBOS. “¿Qué significa..., op.cit. p. 188 y 192.

¹⁵⁴⁴ De acuerdo con la Sala *“As a result, the “knowledge-based approach” would only differ from the traditional approach to the subjective elements of the crime of genocide in those cases in which mid- level superiors and low-level physical perpetrators are subject to prosecution before this Court. In this regard, the literal interpretation of the definition of the crime of genocide in article 6 of the Statute and in the Elements of Crimes makes clear that only those who act with the requisite genocidal intent can be principals to such a crime pursuant to article 25(3)(a) of the Statute. Those others, who are only aware of the genocidal nature of the campaign, but do not share the genocidal intent, can only be held liable as accessories pursuant to articles 25(3)(b) and (d) and 28 of the Statute”*. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Darfur, Sudan in the Case of the Prosecutor V. Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009. nota al pie 154.

aquellos que respondan a título de autores (directos, mediatos o coautores) y que actúan con alguna forma de dominio o control sobre el hecho material o psicológico a través de otro o de la organización, e inductores o instigadores, deberán tener la finalidad de destruir total o parcialmente al grupo. No obstante, en los casos de los cómplices de menor rango, bastaría con que tuvieran conocimiento de que su actuación está dirigida a destruir total o parcialmente al grupo, por ser la finalidad de quienes han ordenado o planeado la actuación¹⁵⁴⁵. Lo que sí no puede aceptarse es que el genocidio pueda cometerse con estándares de elementos subjetivos menos graves, como la negligencia, la ignorancia deliberada o el dolo eventual, pues estas son necesariamente incompatibles con la tendencia que se requiere para distinguir el genocidio de otros delitos¹⁵⁴⁶.

No obstante, en contra de esta postura también se ha argumentado, afirmando que todos los intervinientes en un delito de genocidio deben tener la finalidad de destruir total o parcialmente a un grupo étnico, racial, religioso o nacional. Así por ejemplo CASSESE afirma que “(...) *It may be objected that one should distinguish between the mens rea requirement*

[Como resultado, el “enfoque basado en el conocimiento” solo diferiría del enfoque tradicional de los elementos subjetivos del crimen de genocidio en aquellos casos en que los superiores de nivel medio y los perpetradores físicos de bajo nivel están sujetos a un proceso judicial ante esta Corte. En este sentido, la interpretación literal de la definición del crimen de genocidio en el artículo 6 del Estatuto y en los Elementos de los Crímenes deja en claro que solo aquellos que actúan con la intención genocida requerida pueden ser los principales de tal crimen de conformidad con el artículo 25 (3) (a) del Estatuto. Los demás, que solo son conscientes de la naturaleza genocida de la campaña, pero no comparten la intención genocida, solo pueden ser considerados como accesorios conforme a los artículos 25 (3) (b) y (d) y 28 del Estatuto] (traducción libre).

¹⁵⁴⁵ Explica AMBOS que “*Una propuesta durante las negociaciones de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que sólo planteaban como requisito que el autor “supiera, o hubiera debido saber” que su conducta destruiría un grupo. Si bien dicha propuesta se rechazó al final, la discusión no termina aún, en virtud de que los seguidores de la interpretación fundada en el conocimiento argumentarán que no se trata de reescribir el delito de genocidio, sino sólo de interpretar correctamente el requisito de la intención especial*”. AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 16.

¹⁵⁴⁶ Explica VAN DER VYVER que “*However, the very special nature of genocide, and in particular its component of “intent to destroy,” leaves no scope for liability for the principal act in cases of dolus indirectus*”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 84. [Sin embargo, la naturaleza especial del genocidio, y en particular su componente de la “intención de destruir”, no deja espacio para la responsabilidad del autor directo a título de dolo indirecto] (traducción libre). Al respecto AMBOS afirma que “*En este sentido, un estándar mental menos, por ejemplo, dolo eventual o incluso imprudencia, no puede ser admitido porque cambiaría radicalmente el carácter del delito de genocidio en términos de su antijuridicidad y de su especialidad respecto a los crímenes de lesa humanidad*”. AMBOS. “¿Qué significa ...”, op.cit. p. 193. Explica POSADA MAYA que “*se estima que la conducta genocida solo admite ser realizada con dolo directo, en el sentido de que el dolo debe coincidir con la finalidad especial o “propósito” que caracteriza este tipo penal de propósito: acabar en todo o en parte con el grupo protegido seleccionado (no parece aceptable el hecho de solo querer matar a sus miembros y simplemente aceptar eventualmente como probable la destrucción del grupo protegido). Sin embargo, el tipo penal no requiere que el delito de genocidio sea planificado*” POSADA MAYA. *Delitos...*, op.cit. p. 322. De la misma opinión es CASSESE. “Genocide”..., op.cit. p. 364.

for a commander and that necessary for a subordinate perpetrating the crime under discussion. (...) The higher mental element required for genocide must be established to prove that crime perpetrated by the commander's subordinates amounted to genocide, whereas a lower mental element is required to prove that a commander failed to prevent or punish genocide"¹⁵⁴⁷.

i. Los crímenes de lesa humanidad.

La segunda categoría de crímenes internacionales la componen los delitos de lesa humanidad, que están establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma. A diferencia del genocidio, estos delitos suscitaron dentro de la Conferencia de Roma todo tipo de discusiones, especialmente porque no se encontraban consagrados en otro instrumento internacional; al menos no con el grado de detalle con que se había consagrado el genocidio y los crímenes de guerra¹⁵⁴⁸. Aunque desde el Tribunal Militar de Núremberg se han juzgado los delitos contra la humanidad, esta categoría aún hoy tiene una serie de vacíos y ambigüedades que dificultan las condenas por ellos. No obstante, *"the category of crimes against humanity is sweeping but also sufficiently well-defined. It covers actions which, although they share a set of common features, may nevertheless differ in some of their objective elements"*¹⁵⁴⁹.

Uno de los más antiguos registros que existen sobre la denominación de ciertos actos como crímenes contra la humanidad se encuentra en la Declaración de San Petersburgo de 1868

¹⁵⁴⁷ *Ibidem*. p. 348. [Se puede objetar que se debe distinguir entre el requisito de *mens rea* para un comandante y el necesario para un subordinado que cometa el crimen en discusión. (...) El elemento mental superior requerido para el genocidio debe establecerse para probar que el crimen perpetrado por los subordinados del comandante fue equivalente a genocidio, mientras que un elemento mental inferior es necesario para demostrar que un comandante no pudo prevenir o castigar el genocidio] (traducción libre).

¹⁵⁴⁸ Explican TRIFFTERER y AMBOS que "Similar to the crime of genocide, it was uncontroversial that crimes against humanity, too, should be included in the Statute. Unlike the case of genocide, the exact extent of the list of such crimes and their definitions proved, however, to be rather difficult". TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. *Commentary on the Rome Statute of the international Criminal Court* Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016. p. 118.

¹⁵⁴⁹ CASSESE, Antonio. "Crimes Against Humanity" En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 360. [La categoría de crímenes contra la humanidad es general, pero también lo suficientemente bien definida. Cubre acciones que, aunque comparten un conjunto de características comunes, pueden, sin embargo, diferir en algunos de sus elementos objetivos] (traducción libre).

que buscaba limitar el uso de explosivos y proyectiles incendiarios, en la que se establece que el uso de estas armas en la guerra es “contrario a las leyes de la humanidad”¹⁵⁵⁰. Posteriormente, en la Primera Conferencia de Paz, celebrada en la Haya en 1899, se consagró por unanimidad la *Clausula Martens* en el preámbulo de la Convención sobre las leyes de la guerra en tierra¹⁵⁵¹. De acuerdo con esta clausula, a pesar de no estar consagrados en un tratado, las “*leyes de la humanidad y los requerimientos de la conciencia pública*” son vinculantes y protegen a la población.

Sin embargo, la primera descripción con respecto a los actos que constituyen crímenes en contra de la humanidad se produjo en 1915, cuando los delegados de Francia, Reino Unido y Rusia establecieron que los actos cometidos en contra de la población armenia en Turquía por parte del Imperio Otomano constituían crímenes en contra de la humanidad y la civilización. La propuesta original del primer ministro ruso era que se les denominara crímenes cometidos en contra de la “cristiandad y la civilización”¹⁵⁵². Sin embargo, en consideración a la población no cristiana y con base en que la intención era condenar estos hechos dada su gravedad, se prefirió hacer referencia a la humanidad como un todo. Con base en estas declaraciones se establecieron Cortes Marciales Extraordinarias que durante 1919 juzgaron a los responsables por estos hechos, aunque estos no fueron muy exitosos.

A pesar de no constituir un lenguaje nuevo, los delitos contra la humanidad incluidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, establecido en Núremberg el 6 de octubre de 1945, sí fueron una novedad; tanto, que en repetidas ocasiones se cuestionó la posible violación del principio de legalidad al condenar a los miembros del Tercer Reich por estos delitos¹⁵⁵³. El artículo 6 c) del Estatuto contenía una serie de conductas que cometidas en

¹⁵⁵⁰ TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the international Criminal Court*. C.H. – Hart – Nomos. Alemania, 2008. p. 166

¹⁵⁵¹ La clausula afirmaba «*Hasta que un Código más completo de las leyes de la guerra sea expedido, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en los Reglamentos adoptados por ellos, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*» (traducción propia).

¹⁵⁵² CASSESE. ACQUAVIVA. FAN. WHITING. *Internacional...*, op.cit. p. 102.

¹⁵⁵³ Aún así explica ZAPPALÀ que “[a]unque inicialmente fuese en contra del principio de legalidad, tras el Acuerdo de Londres, con la sentencia del Tribunal y con la posterior adopción de los principios de Núremberg por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se ha hecho indiscutible la existencia en el ordenamiento internacional de una norma que prohíbe los crímenes contra la humanidad. La función de esta

conexión con o durante la ejecución de cualquiera de los crímenes de la competencia del tribunal constituían crímenes contra la humanidad, estuvieran o no prohibidas por la legislación interna del país en la que fueron cometidas. Adicionalmente, también se incluyó por primera vez la criminalización de los actos cometidos en contra de los nacionales del Estado perpetrador, cuando fueran sistemáticos.

A su vez, los crímenes contra la humanidad fueron incluidos en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente en el artículo 5 c), aunque no fueron imputados a lo largo de los juicios. Finalmente, dentro de los instrumentos que se desarrollaron como respuesta a los hechos ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial, la Ley 10 del Consejo de Control Aliado acogió este tipo de delitos aunque los modificó, suprimiendo el vínculo entre los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra o el crimen de agresión.

A partir de ese momento todos los tratados internacionales relacionados con la persecución y sanción de los delitos internacionales han incluido los crímenes contra la humanidad. Así mismo, los tratados de paz con Italia, Rumania, Hungría, Bulgaria y Finlandia posteriores a la Segunda Guerra Mundial incluían provisiones para sancionar este tipo de delitos. Dada su importancia, en los proyectos de Códigos de Delitos contra la Paz y la Seguridad Humana de 1956 y 1996 también se incluyeron estos crímenes. Por su parte el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (25 de mayo de 1993) y el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (8 de noviembre de 1994) también incluyeron los crímenes contra la humanidad, aunque con importantes diferencias, que la mayoría de la doctrina atribuye a la relación que cada Estatuto sostuvo con el contexto en el cual fue expedido.

Como todos los delitos del Estatuto, los crímenes de lesa humanidad se componen de un *chapeau* o cláusula inicial y de un listado no taxativo de conductas que constituyen delitos de lesa humanidad, cuando sean cometidas de acuerdo con las exigencias del Estatuto¹⁵⁵⁴.

norma está vinculada a la progresiva toma de conciencia, en la comunidad internacional, de la necesidad de acabar con la idea de que un Estado puede hacer lo que le plazca con sus propios ciudadanos". ZAPPALÀ. Qué es..., op.cit. p. 50.

¹⁵⁵⁴ Esto refleja que *"the societal values protected by those norms that prohibit crimes against humanity have to dimensions: one belonging to the individual victims (...); another one belonging to the international society as a whole"*. OLÁSULO ALONSO. MATEUS RUGELES. CONTRERAS FONSECA. "The peremptory...,

Desde luego, el Estatuto de Roma no está exento de críticas, más aún porque en muchos aspectos refleja el proceso político que le dio origen. En algunos casos, las cláusulas del Estatuto refuerzan la costumbre internacional, consolidada hasta el momento de su redacción. En otros, el Estatuto reduce la costumbre y, finalmente en algunos aspectos la amplía¹⁵⁵⁵.

Los delitos contra la humanidad son delitos *mala in se*, por lo que son manifiestamente contrarios a las normas y principios del derecho penal internacional y a la mayoría de los sistemas jurídico-penales del mundo¹⁵⁵⁶. Así pues, tanto dentro del Estatuto de Roma, como de acuerdo con las normas consuetudinarias, los delitos de lesa humanidad tienen como elementos comunes, además de que son ofensas particularmente graves, que no se trata de eventos esporádicos o aislados, sino que se llevan a cabo en un contexto de masividad determinado; pueden ser sancionados en tiempos de paz o tiempos de guerra; las víctimas de estos delitos deben ser personas civiles¹⁵⁵⁷ y, en el caso en el que se cometan delitos de lesa humanidad en contextos de conflicto armado, se discute si estos pueden o no cometerse en contra de los combatientes.

Sin embargo, no puede olvidarse que el artículo 7 del Estatuto de Roma inicia con la frase “[a] los efectos del presente Estatuto”, por lo que las modificaciones que se han hecho a los delitos de lesa humanidad tienen la intención de ser solamente aplicados por la Corte Penal Internacional y cualquier adaptación o limitación que se presente con respecto a otras normas o a las definiciones consuetudinarias no pueden modificarse con base en las previsiones del Estatuto de Roma¹⁵⁵⁸. Aún así, el Estatuto de Roma amplía el concepto de delitos de lesa

op. cit. p. 11. [los valores sociales protegidos por esas normas que prohíben crímenes contra la humanidad tienen dos dimensiones: una que pertenece a las víctimas individuales (...) otra que pertenece a la comunidad internacional como un todo] (traducción libre).

¹⁵⁵⁵ DAVID explica que « [a]près les statuts des TMI de Nuremberg et de Tokyo, après ceux des TPI, après le projet de code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité enfin adopté par la CDI en 1996, le statut de la CPI apporte une nouvelle version du crime contre l'humanité. Proche des versions précédentes, elle précise toutefois le concept mieux qu'on ne l'avait jamais fait auparavant ». DAVID. *Éléments...*, op.cit. p. 1292. [Después de los estatutos de los TMI de Nuremberg y Tokio, después del Estatuto del TPIY, después del proyecto de código sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad finalmente aprobado por la Comisión en 1996, el Estatuto de la CPI presenta una nueva versión del crimen de lesa humanidad. Cerca de las versiones anteriores, especifica el concepto mejor que nunca antes] (traducción libre).

¹⁵⁵⁶ BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 416.

¹⁵⁵⁷ CASSESE. *International...*, op.cit. p. 64.

¹⁵⁵⁸ TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016. p. 159.

humanidad en al menos dos aspectos con respecto a la norma consuetudinaria vigente hasta el momento de su redacción. En primer lugar, se ha aumentado el número de conductas que son catalogadas como delitos de lesa humanidad. En segundo lugar, expande los motivos de discriminación que se requieren para el delito de persecución. Ahora bien, para calificar un acto de delito contra la humanidad, de acuerdo con el Estatuto de Roma, se debe demostrar que se ha cometido una de las conductas subyacentes descritas en el artículo 7, en el contexto de un ataque sistemático y/o generalizado, que están suficientemente vinculados entre sí y que se ha llevado a cabo con los elementos de intencionalidad exigidos.

Una primera cuestión que debe dilucidarse es el objeto de protección de los delitos de lesa humanidad, sobre lo cual existen diversas posturas. La base de este análisis es la identificación del elemento que distingue entre un crimen internacional y un crimen nacional. Al respecto, es evidente al analizar el desarrollo histórico de los delitos contra la humanidad la intención de prohibir los delitos que pusieron en peligro a la comunidad internacional o conmocionaron la conciencia de la humanidad, ya sea por su magnitud y salvajismo, por el elevado número de víctimas que produjeron o por el hecho de que se llevaron a cabo a través de un patrón¹⁵⁵⁹ es, sin disputa, una de las características más comúnmente citadas de los crímenes de lesa humanidad.

Lo cual, si bien aún no identifica el bien jurídico protegido, sí constituye un referente importante para identificar cuales conductas constituyen crímenes de lesa humanidad. A partir de allí se puede entender que los delitos de lesa humanidad afectan un interés internacional, en la medida en la que se trata de conductas especialmente atroces, por vulnerar los valores compartidos por toda la comunidad de naciones, que se reflejan en los derechos humanos¹⁵⁶⁰. Estas características muestran que los delitos de lesa humanidad protegen bienes jurídicos tan trascendentales que es impensable que puedan quedar en la impunidad, pero estos no pueden confundirse con los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales, aunque sin lugar a duda están relacionados¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁹ TRIFFTERER. *Commentary...*, op.cit. p. 169.

¹⁵⁶⁰ BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 48.

¹⁵⁶¹ Al respecto afirman TRIFFTERER y AMBOS que: *“they protect both, being international crimes, the collective legal interest of international peace and security, but also more concrete individual legal interests such as life, bodily integrity, liberty, and personal autonomy and thus ultimately human dignity”*.

Sin embargo, sostener esta postura implicaría que no existe ninguna diferencia entre los delitos nacionales y los internacionales, más allá de la magnitud de los crímenes en términos cuantitativos. Esto es falso porque los delitos de lesa humanidad son pluriofensivos. Por una parte, se busca proteger los bienes jurídicos individuales que se ven afectados por cada una de las conductas como la vida, la integridad y la libertad, por ejemplo. Pero, por otro lado, se busca proteger la dignidad humana o la esencia misma de la humanidad, como un bien jurídico supraindividual que se ve seriamente vulnerado por la comisión de estas conductas de manera masiva¹⁵⁶², lo que es aún más trascendente. Así pues, “[e]l hecho global cuestiona a la humanidad como tal, en el sentido de un “estándar mínimo de las reglas de la coexistencia humana”. El hecho no afecta, por tanto, exclusivamente a la víctima individual, sino a la comunidad internacional en su totalidad. Junto a estos intereses supraindividuales el tipo también protege intereses individuales a saber: la vida, la salud, la libertad y la dignidad de las víctimas concretas”¹⁵⁶³.

TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016. p. 156. [protegen, siendo crímenes internacionales, el interés colectivo de la paz y la seguridad, pero también el interés legal individual, más concreto, de la vida, la integridad personal, la libertad y la autonomía personal, en últimas, la dignidad humana] (traducción libre).

¹⁵⁶² No obstante, cabe señalar que la doctrina no tiene una postura unánime con respecto al bien jurídico tutelado por los delitos de lesa humanidad. En ese orden de ideas, explican GIL GIL y MACULAN que “La figura de los crímenes contra la humanidad nace, como hemos visto, como extensión de los crímenes de guerra, para proteger bienes jurídicos personalísimos fundamentales (la vida, la integridad física y la salud de las personas, su libertad deambulatoria, la libertad sexual ...) frente a los ataques masivos o sistemáticos realizados con la participación o tolerancia de quien ejerce el poder político. (...) La opinión mayoritaria afirma en la actualidad afirma, sin embargo, que se trata de delitos pluriofensivos. Los crímenes contra la humanidad atentarían así contra bienes jurídicos individuales, pero también contra un bien jurídico colectivo, cuyo portador es la comunidad internacional en su conjunto y ello precisamente sería lo que otorgaría a este crimen su carácter internacional”. GIL GIL. MACULAN (Dir.)..., op.cit. p. 371. A su turno, VERVAELE afirma que “Este nuevo deber positivo consiste en obligaciones para el estado de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones de derechos humanos haciendo, inter alia, uso obligatorio de su sistema penal. Se podría decir que el respeto de los derechos humanos se convierten en un nuevo bien jurídico, que no solo merece tutela penal, sino que obliga a la misma, tanto por criminalización primaria como secundaria”. VERVAELE, John A.E. “Delitos Internacionales...”, op cit. p. 109.

¹⁵⁶³ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 357. Así también lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que ha emitido varias sentencias por delitos de lesa humanidad. De acuerdo con la Corte, “Los delitos de Lesa Humanidad, con su ejecución no sólo vulneran a todo el género humano en su conjunto, por desconocer el respeto universal de los derechos humanos. Se les da tal nombre porque agravan, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres. Se caracterizan porque ofenden a la conciencia ética de la humanidad y niega la vigencia de las normas insispensables para la coexistencia humana. Los delitos de lesa humanidad no son tales por violar normas positivas de un Estado o derechos adquiridos de las personas grupos o instituciones, ni porque así lo califiquen determinado código penal, sino porque constituyen afrentas a la dignidad humana y en cuanto tales hieren y ofenden a la humanidad como humanidad”. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación, Rad. 45795, 15 de julio de 2015. p. 65.

Establecido lo anterior, es importante mencionar que a diferencia de las normas anteriores que consagraban los delitos de lesa humanidad, el Estatuto de Roma omite la exigencia de un motivo discriminatorio dentro de la estructura de los delitos de lesa humanidad, salvo para el crimen de persecución, que se caracteriza por unos elementos particulares¹⁵⁶⁴. No obstante, debido a que su consagración fue la respuesta de la comunidad internacional a actos realizados con base en fuertes discriminaciones, como sucedió en la Alemania Nazi y en Ruanda, por poner algún ejemplo, siempre se ha pensado que este elemento debe estar presente. Por tanto, el requisito de discriminación ha evolucionado y en la actualidad solamente se hace referencia a él como una explicación de la exigencia de que el ataque se dirija contra una población civil.

El avance del Estatuto de Roma está dado porque a partir de la definición que se encuentra en los elementos de los crímenes, la doctrina es casi unánime al afirmar que ese requisito no se puede entender como la discriminación de un grupo por motivos específicos como la raza o la religión, sino que “[d]iscrimination, as required in Crimes Against Humanity, is the exclusion, without valid legal justification of a group of persons from the protection afforded to others, by national laws, or the subjection of that identified group of persons to laws from which others are exempted, with the result that harm befalls the targeted group. If this definition is accepted, then it is inconceivable that any targeted group, no matter what its affinity may be, could be excluded”¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶⁴ Al respecto afirma AMBOS que “Además del elemento subjetivo general, como se define en el Artículo 30 del Estatuto de la CPI, no existe otro requisito mental en cuanto a los hechos delictivos individuales de los crímenes contra la humanidad. Desde la resolución de la Sala de Apelaciones en Tadic, es particularmente evidente que no es necesario que los crímenes contra la humanidad se cometan con una intención discriminatoria. Esto se aplica también al Artículo 3 del Estatuto del TPIR, puesto que la referencia a ciertos motivos discriminatorios puede interpretarse como una caracterización del ataque más bien que de la mens rea del autor. La única categoría en la que la discriminación constituye un elemento integral de la conducta prohibida es el crimen de “persecución”. AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 36.

¹⁵⁶⁵ BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 31. [La discriminación, según se exige en los crímenes contra la humanidad, es la exclusión, sin la justificación legal válida de un grupo de personas de la protección otorgada a otros, por las leyes nacionales, o la sujeción de ese grupo identificado de personas a leyes de las cuales otros están exentos, con el resultado de que el daño afecta al grupo objetivo. Si se acepta esta definición, es inconcebible que cualquier grupo objetivo, sin importar cuál sea su afinidad, pueda ser excluido] (traducción libre).

Otro elemento en el cual avanzó el Estatuto de Roma con respecto a la costumbre internacional, o más exactamente, clarificó su contenido, es la relación entre los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra. En el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg¹⁵⁶⁶, y de los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda, se exigía que los delitos contra la humanidad estuvieran directamente relacionados con los crímenes de guerra u otros crímenes de la competencia de los tribunales¹⁵⁶⁷. No obstante, al igual que lo hizo la Ley 10 del Consejo de Control Aliado y la jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia en el caso *Tadić*¹⁵⁶⁸, en el Estatuto de Roma los crímenes de lesa humanidad se consagraron como delitos independientes y autónomos.

Por esa razón, no existe ninguna necesidad de que los crímenes contra la humanidad se encuentren vinculados a los crímenes de guerra. Su gravedad es tal que en sí mismos ameritan ser sancionados por la comunidad internacional. Más aún, en la mayoría de los casos, aunque los delitos de lesa humanidad son más nuevos, también son materialmente más graves que

¹⁵⁶⁶ “*Precisely because they understood the necessary link between crimes against humanity and a state plan o policy, the four powers that drafted the Charter were actually concerned that the new category of offense might eventually apply to themselves, and to the policies of their own governments directed towards national minorities, and that is why they insisted in the nexus with the armed conflict*”. SCHABAS. “Crimes...”, op.cit. p. 349. [Precisamente porque han entendido en vínculo necesario entre los crímenes de lesa humanidad y el plan o política estatal, los cuatro poderes que diseñaron la Carta se preocuparon por que la nueva categoría de delitos se les pudiera aplicar eventualmente y a las políticas de sus propios gobiernos dirigidas hacia las minorías. Por eso insistieron en el nexo con el conflicto armado] (traducción libre).

¹⁵⁶⁷ “*Cuando el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su art. 5 exige la comisión del hecho ‘durante un conflicto armado, interno o internacional’ sólo busca destacar la conexión espaciotemporal con la guerra de Yugoslavia. No se trata de introducir aquí de nuevo la accesoriadad que se exigía por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (...) exige, no sólo respecto a la persecución, sino en relación con todas las acciones típicas, que se hayan realizado atendiendo a ‘razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas’.* Tampoco debe extraerse de aquí un elemento restrictivo del tipo, sino que nos encontramos ante una limitación de la competencia del Tribunal”. WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 354. En igual sentido se pronunciaron ambos Tribunales. TPIR, Fiscalía vs Akayesu, sentencia de juicio, junio 1 de 2001, párrafo 465. TPIY, Fiscalía vs Tadic, sentencia de apelación, Julio 15 de 1999, párrafos 249 a 251.

¹⁵⁶⁸ TPIY, Fiscalía vs. Tadić, Sentencia de Apelación del 15 de julio de 1999 para. 249, afirmó “*The Appeals Chamber would also agree with the Prosecution that the words “committed in armed conflict” in Article 5 of the Statute require nothing more than the existence of an armed conflict at the relevant time and place. The Prosecution is, moreover, is correct in asserting that the armed conflict requirement is a jurisdictional element, not “a substantive element of the mens rea of crimes against humanity” (i.e., not a legal ingredient of the subjective element of the crime)*”. [La Sala de Apelación también estará de acuerdo con la Fiscalía en que las palabras “cometidas en el conflicto armado” en el artículo 5 del Estatuto requiere solamente la existencia de un conflicto armado en el momento y lugar relevante. La fiscalía, además, acierta al afirmar que el requisito con respecto al conflicto armado es un elemento jurisdiccional y no un elemento sustantivo de la *mens rea* de los crímenes contra la humanidad (i.e., no un elemento legal del los elementos subjetivos del crimen)] (traducción libre).

los crímenes de guerra. Esto, a pesar de que, si bien existen diferencias entre los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad (ataque generalizado o sistemático contra la población civil) y el crimen de guerra (cometido con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado), no hay tasaciones punitivas más severas en los estatutos normativos para una u otra categoría de crímenes. De esta discusión se desprende que, mientras los crímenes de guerra solamente pueden cometerse en el contexto de un conflicto armado, los crímenes de lesa humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz o de guerra¹⁵⁶⁹.

1. Objeto del elemento subjetivo.

a. El elemento contextual.

El encabezado del artículo 7 del Estatuto de Roma¹⁵⁷⁰ establece el elemento contextual de los delitos de lesa humanidad, que consiste en que los delitos descritos en los literales del artículo se lleven a cabo en el marco de un ataque sistemático o generalizado dirigido en contra de la población civil¹⁵⁷¹. Como se ve, este elemento contextual tiene varios componentes, el primero de los cuales es el ataque. El literal a) del numeral 2 del artículo 7 define ataque afirmando que «[p]or “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política».

¹⁵⁶⁹Al respecto explica MARCHUK que “[t]he definition of crimes against humanity, which was incorporated into the Rome Statute, reflects the existing customary law by re-affirming the irrelevance of whether the crimes are committed in the context of an armed conflict or not. (...) The definition explicates customary international law when it specifies that the contextual elements must be accompanied by the requisite mens rea standard (“knowledge of the attack”) on the part of a perpetrator”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 86. [la definición de los crímenes de lesa humanidad que fue incorporada al Estatuto de Roma refleja la existencia de derecho consuetudinario al reafirmar la irrelevancia de si los crímenes se cometieron o no, en el contexto de un conflicto armado. (...) La definición explica el derecho internacional consuetudinario cuando especifica que los elementos contextuales deben estar acompañados por la mens rea estandar (conocimiento del ataque) por parte del perpetrador] (traducción libre).

¹⁵⁷⁰ Estatuto de Roma, «Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad. 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (...)»

¹⁵⁷¹ Los distintos elementos son (i) que haya un ataque, (ii) que el ataque sea sistemático o generalizado, (iii) que el ataque esté dirigido contra la población civil, (iv) que los actos del acusado sean parte de ese ataque, (v) que el acusado sepa que sus actos hacen parte del ataque sistemático o generalizado dirigido contra una población civil.

Esta definición del Estatuto fue complementada por los Elementos de los Crímenes, que en el numeral 3 de la introducción al artículo 7 afirma que «por “ataque contra una población civil” en el contexto de esos elementos se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos a que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto contra una población civil a fin de cumplir o promover la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque. No es necesario que los actos constituyan un ataque militar. Se entiende que la “política de cometer ese ataque” requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil».

Así concebidos, lo primero que se desprende de la lectura conjunta de estos artículos es que se debe diferenciar el ataque de los delitos subyacentes, la suma de los cuales constituye el primero¹⁵⁷². La norma no exige que se trate de varios actos delictivos distintos, de aquellos que se han descrito en el numeral 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma¹⁵⁷³. En consecuencia, el ataque puede consistir en varios homicidios, por ejemplo, o en varias conductas distintas, siempre y cuando estas estén relacionadas, por ser todas parte del mismo plan de ataque. Así entendido, solamente el ataque debe ser sistemático o generalizado, sin que se requiera que la conducta del acusado, individualmente considerada, lo sea. Basta pues con que esta haga

¹⁵⁷² Explica DE FROUVILLE que « (...) la définition du Statut de Rome comprendrait ainsi deux éléments constitutifs supplémentaires par rapport à la définition jusque-là admise (et qui continue de révéler, à notre sens, du droit international coutumier) : a) l'attaque est conduite en application ou dans la poursuite d'une « politique » ; b) cette politique est le fait d'un État ou d'une « organisation ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 137. [...] La definición del Estatuto de Roma incluiría así dos elementos constitutivos adicionales en relación con la definición previamente aceptada (y que continúa revelando, en nuestra opinión, el derecho internacional consuetudinario): (a) el ataque se realiza en la aplicación o en el búsqueda de una “política”; (b) esa política es el acto de un Estado o una “organización”] (traducción libre).

¹⁵⁷³ Al respecto debe tenerse en cuenta que “(...) the meaning of ‘attack’, as confirmed by the Elements of Crimes, does not necessarily equate with ‘military attack’ as defined by international humanitarian law. Rather, it refers more generally to a campaign or operation conducted against the civilian population – a ‘course of conduct’ in the words of paragraph 2 (a), which involves the (multiple) commission of the underlying acts of paragraph 1. Thus, the attack need not even involve military forces or armed hostilities, or any violent force at all, it can involve any mistreatment of the civilian population”. TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016. p. 166. [El significado del ataque, como lo confirman los Elementos de los Crímenes, no necesariamente equivale a un “ataque militar” como está definido en el derecho internacional Humanitario. Por el contrario, se refiere de manera más general a una campaña u operación conducida en contra de la población civil – una “línea de conducta” en las palabras del párrafo 2 (a), que incluye la comisión (múltiple) de los actos subyacentes descritos en el párrafo 1. Así pues, el ataque no necesita contar con fuerzas militares u hostilidades armadas, u otra forma de violencia, puede tratarse de cualquier maltrato hacia la población civil] (traducción libre).

parte del ataque y no se trate de un acto aislado, para que pueda sancionarse a una persona por un delito de lesa humanidad¹⁵⁷⁴.

Adicionalmente, la definición consagrada en los elementos de los crímenes agrega una finalidad especial, necesaria para entender la noción de ataque en contra de la población civil. De acuerdo con ella, se requiere que el ataque se lleve a cabo con el propósito de cumplir con el plan o la política de un Estado o una organización¹⁵⁷⁵. Esto implica el reconocimiento de la necesidad de un elemento político, que está directamente vinculado con el hecho de que se exija que el ataque sea sistemático o generalizado¹⁵⁷⁶. Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional estableció que el primer requisito que debe cumplir la política para que los delitos enmarcados en ella sean de lesa humanidad, es que esta se lleve a cabo por un grupo de personas que gobiernen en un territorio o que cuenten con la capacidad de llevar a cabo este tipo de ataques, aunque la política no esté formalizada¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷⁴ Explica DE FROUVILLE que «[s]eule l'attaque – et non les actes individuels de l'accusé – doit être généralisée et systématique. Il suffit que les actes de l'accusé s'inscrivent dans cette attaque pour que, toutes les autres conditions étant remplies, un seul acte ou un nombre relativement limité d'actes de sa part puissent recevoir la qualification de crime contre l'humanité. Autrement dit, un acte singulier peut très bien être qualifié de crime contre l'humanité ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 139. [Solo el ataque, y no los actos individuales del acusado, debe ser generalizado y sistemático. Es suficiente que los actos del acusado formen parte de ese ataque para que, cumpliendo todas las demás condiciones, un solo acto o un número relativamente limitado de actos de su parte puedan clasificarse como un crimen de lesa humanidad. En otras palabras, un acto singular puede muy bien ser descrito como un crimen de lesa humanidad] (traducción libre).

¹⁵⁷⁵ Afirma POLITI que “*In fact, it may be reasonable argued that the only requirements contained in the Statute relates to the existence (and knowledge, or awareness of the relevant circumstances, by the accused) of a State or organizational policy to commit an attack, without further coalification such as the 'active' character of this policy*” POLITI. “*Elements...*, op.cit. p. 465. [De hecho, puede ser razonable argumentar que los únicos requisitos contenidos en el Estatuto se relacionan con la existencia (y el conocimiento, o el conocimiento de las circunstancias relevantes, por parte del acusado) de una política estatal u organizativa para cometer un ataque, sin mayor coalificación, por ejemplo, como el carácter 'activo' de esta política] (traducción libre). También AMBOS. “*Problemas...*, op.cit. p. 29. En el mismo sentido, DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 126.

¹⁵⁷⁶ Explica MARCHUK que “[t]he existence of a policy or plan, or that the crimes were supported by the accompanying policy or plan, may be evidentially relevant to establish the “widespread” or “systematic” Nature if the attack, but it is not a distinct legal requirement of the contextual elements of crimes against humanity in the view of the ICTY Appeals Chamber”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 100. [La existencia de un plan o política o de que los crímenes fueran aportados por un plan o política acompañantes puede ser evidentemente relevante para establecer la naturaleza “generalizada” o “sistemática” del ataque, pero no es un requisito legal distinto de los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad según la Cámara de Apelaciones del TPIY] (traducción libre).

¹⁵⁷⁷ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in Central African Republic, in the Case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the Confirmation of Charges. 15 June 2009. par. 75.

Con respecto al requisito de que el ataque sea sistemático o generalizado, en el primero de los casos, el ataque es sistemático cuando, en virtud de la política, el ataque sigue un patrón regular, de acuerdo con el cual los delitos se cometen de una forma determinada. Al respecto, la Sala de Cuestiones Preliminares II, afirmó que “[t]he term “systematic” refers to the organized nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence. An attack’s systematic nature can often be expressed through patterns of crimes, in the sense of non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis”¹⁵⁷⁸. En ese orden de ideas, la forma de comisión sistemática implica que se deben identificar vínculos objetivos entre distintos actos que conforman una misma línea de conducta, bien porque están todos orientados a alcanzar los mismos objetivos, o porque comparten cierto orden o patrón¹⁵⁷⁹.

Por el contrario, en el caso de que el ataque sea generalizado, su característica es que se trate de una serie de conductas que produce una multiplicidad de víctimas, posiblemente porque se lleva a cabo en un área geográfica amplia o porque se dirige hacia un gran número de personas¹⁵⁸⁰. De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares II, “(...) por lo que concierne al elemento «generalizado», durante mucho tiempo se definió como «la naturaleza a gran escala del ataque, que debe ser masiva, frecuente, llevada a cabo colectivamente con gran seriedad y dirigido contra una multiplicidad de víctimas. Como tal, el elemento se refiere a la naturaleza a gran escala del ataque y al número de víctimas resultantes. La evaluación no es exclusivamente cuantitativa ni geográfica, pero debe llevarse a cabo sobre la base de los hechos individuales. En consecuencia, un ataque generalizado puede ser el

¹⁵⁷⁸ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber III, Situation in The Republic of Cote D'Ivoire. Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire. 15 November 2011. par. 53 y 54. [El término “sistemático” se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y la improbabilidad de que ocurran al azar. La naturaleza sistemática de un ataque a menudo se puede expresar a través del patrón de los delitos, en el sentido de la repetición no accidental de una conducta criminal similar sobre una base regular] (traducción libre).

¹⁵⁷⁹ POSADA MAYA, Ricardo. “Los delitos de Lesa Humanidad en el Ambito de la Justicia Penal Internacional” En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. VARGAS LOZANO, Renato. (Comp.) “*Presente y Futuro de la Justicia Penal Internacional*”. Universidad Sergio Arboleda, 2012. p 145.

¹⁵⁸⁰ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció en la sentencia de Kunarac un test para establecer si el ataque satisface los requisitos de sistematicidad o generalidad. TPIY, Fiscalía vs. Kunarac, Sentencia de 12 de junio de 2002 para. 95.

efecto acumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto de un acto inhumano de extraordinaria magnitud singular”¹⁵⁸¹.

Así pues, mientras que el requisito de que se trate de un ataque generalizado tiene una dimensión cuantitativa, porque se dirige contra una multitud, sin que importe si se trata de la misma conducta repetida varias veces o de varias distintas; el carácter sistemático del ataque es un requisito cualitativo porque lo que se analiza es el modo de comisión de las conductas¹⁵⁸². De todos modos, esto no implica que se requieran muchas víctimas en cada uno de los ataques para que estos puedan ser calificados como delitos de lesa humanidad, sino que basta con que se pueda demostrar que se inscriben dentro de una misma política y, que se produjeron dentro del contexto requerido por el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Es importante tener en cuenta que la ‘o’ que divide las palabras sistemático y generalizado en el artículo 7 del Estatuto de Roma es una ‘o’ disyuntiva¹⁵⁸³. En ese sentido, solo se exige que el ataque cumpla con una de las dos características. Si el ataque es sistemático, este se ajusta a un procedimiento encaminado a obtener un resultado. Por el contrario, si el ataque es generalizado, este es indiscriminado en contra de un amplio grupo de población. Aun así, mediante un procedimiento o de manera indiscriminada, debe haber un objetivo que es el elemento central de la existencia de la política¹⁵⁸⁴.

Solo si se cumplen estos elementos puede hablarse de la existencia de un delito de lesa

¹⁵⁸¹ Cour Pénale Internationale, Chambre Préliminaire II. Situation en République Du Kenya. Décision relative à la demande d’autorisation d’ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l’article 15 du Statut de Rome. 31 mars 2010. par. 95.

¹⁵⁸² GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p.372.

¹⁵⁸³ SADAT afirma que “(...) *the Statute requires commission of the crime as part of a “widespread or systematic attack”*. *This predicate, (...) was a compromise between the position of the ICTY Statute, which contains no threshold, and those who thought the requirements of “widespread” and “systematic” should be cumulative, rather than disjunctive. The Statute thus adopts the position taken by most recent authorities, including the ICTY in the Tadić case, that these requirements are alternatives*”. SADAT. *The International...*, op.cit. p.152. [(...) el Estatuto exige la comisión del delito como parte de un “ataque generalizado o sistemático”. Este predicado, (...) fue un compromiso entre la posición del Estatuto del TPIY, que no contiene un umbral, y aquellos que pensaron que los requisitos de “generalizado” y “sistemático” deberían ser acumulativos, en lugar de disyuntivos. El Estatuto adopta así la posición adoptada por las autoridades más recientes, incluido el TPIY en el caso *Tadić*, de que estos requisitos son alternativas] (traducción libre).

¹⁵⁸⁴ Con respecto a la política afirma AMBOS que “[*m*]ientras que el Artículo 7(2)(a) del Estatuto exige este elemento de modo manifiesto, la cuestión de si es necesario según el Derecho Consuetudinario Internacional sigue siendo objeto de debate en la actualidad” AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p.27.

humanidad. Este es el requisito más ampliamente aceptado a nivel internacional y el elemento que distingue los crímenes de lesa humanidad de los crímenes comunes, que no alcanzan el nivel de gravedad suficiente para ser crímenes internacionales. Cabe resaltar que esto no está relacionado con el número de víctimas de los crímenes, pues el delincuente puede ser detenido cuando comienza a ejecutar su política, aunque solamente haya causado pocas víctimas. En consecuencia, es importante tener en cuenta que la caracterización de las conductas como delitos de lesa humanidad no es cuestión de masividad de las víctimas o de los ataques, sino del cumplimiento de los requisitos establecidos¹⁵⁸⁵.

Ahora bien, con base en la política y en las demás características de los delitos de lesa humanidad, no es necesario que todos los actos delictivos se cometan en el mismo momento, o dentro del ataque principal. Para que un acto pueda ser calificado como un delito de lesa humanidad, bastará con que este esté suficientemente conectado con la política que ha generado los delitos, aunque suceda antes o después del ataque principal¹⁵⁸⁶. El elemento fundamental es que no se trate de un acto aislado, lo cual puede determinarse de acuerdo con las características, los propósitos, la naturaleza o las consecuencias del mismo¹⁵⁸⁷.

Las dos primeras Salas de Cuestiones Preliminares han establecido los requisitos que debe

¹⁵⁸⁵ Al respecto explica CASSESE que “[c]onsequently, when one or more individuals are not accused of planning or carrying out a policy of inhumanity, but simply of perpetrating specific atrocities or vicious acts, in order to determine whether the necessary threshold is met one should use the following test: one ought to look at these atrocities or acts in their context and verify whether they may be regarded as part of an overall policy or a consistent pattern of inhumanity, or whether they instead constitute isolated or sporadic acts of cruelty and wickedness”. CASSESE. “Crimes...”, op.cit. p. 361. [En consecuencia, cuando uno o más individuos no son acusados de planear o llevar a cabo una política de inhumanidad, sino simplemente de perpetrar atrocidades específicas o actos viciosos, para determinar si se cumple el umbral necesario, se debe utilizar la siguiente prueba: mirar estas atrocidades o actos en su contexto y verificar si pueden considerarse como parte de una política general o un patrón consistente de inhumanidad, o si, en cambio, constituyen actos aislados o esporádicos de crueldad y maldad] (traducción libre).

¹⁵⁸⁶ Al respecto se debe tener en cuenta que « *Il semble toutefois que les chambres préliminaires de la C.P.I. s’orientent progressivement vers une prise en compte autonome de cette nouvelle condition. Cependant, il n’est pas certain que les faits retenus pour établir l’existence d’une politique soient bien distincts de ceux qui sont visés pour établir le caractère « systématique » de l’attaque* ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 137. [Parece, sin embargo, que las cámaras preliminares de la CPI se están moviendo gradualmente hacia una consideración autónoma de esta nueva condición. Sin embargo, no es seguro que los hechos utilizados para establecer la existencia de una política sean muy distintos de los que establecen la naturaleza “sistemática” del ataque] (traducción libre).

¹⁵⁸⁷ Así lo estableció la Sala de Cuestiones Preliminares II. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in Central African Republic, in the Case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the Confirmation of Charges. 15 June 2009. par. 84.

tener la política para que los delitos que se comentan dentro de su marco sean crímenes de lesa humanidad. De acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la Sentencia de Confirmación de Cargos en contra de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, la política puede ser llevada a cabo con recursos públicos o privados y “[s]uch a policy may be made either by groups of persons who govern a specific territory or by any organisation with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population. The policy need not be explicitly denned by the organizational group. Indeed, an attack which is planned, directed or organized - as opposed to spontaneous or isolated acts of violence - will satisfy this criterion”¹⁵⁸⁸. También la Sala de Cuestiones Preliminares II estableció estos criterios, destacando que no se requiere que la política sea explícita, sino que basta con un “attack which is planned, directed or organized - as opposed to spontaneous or isolated acts of violence - will satisfy this criterion”¹⁵⁸⁹.

Ahora bien, los Elementos de los Crímenes expresan claramente que no cualquier persona puede cometer un delito de lesa humanidad. De acuerdo con lo establecido en el numeral 3 de la introducción al artículo 7, es necesario que la política que produce los delitos de lesa humanidad sea promovida o alentada por un Estado o por una organización. Para ello, la organización debe ejercer algún grado de autoridad, aunque sea una autoridad de facto. Para identificar la existencia de esa capacidad, pueden evaluarse ciertos elementos adicionales de las organizaciones como la capacidad de cobrar dinero similar a como lo hace un Estado con los impuestos, de usar la violencia y coaccionar a la población, de dar órdenes a la población civil y obtener obediencia de su parte, entre otros¹⁵⁹⁰. Adicionalmente, también debe analizarse la estructura interna del grupo u organización, pues deben contar con una estructura clara, unos objetivos claros y una política en la cual se enmarque la comisión de

¹⁵⁸⁸ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I Situation in Democratic Republic of the Congo, in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the Confirmation of Charges. 30 Septm. 2008. par. 396. [E]sta política puede ser hecha por grupos de personas que gobiernan un territorio específico o por cualquier organización con la capacidad de cometer un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. La política no necesita ser definida explícitamente por el grupo organizativo. De hecho, un ataque planificado, dirigido u organizado, en oposición a actos de violencia espontáneos o aislados, satisface este criterio] (traducción libre).

¹⁵⁸⁹ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in the Central African Republic, in the case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 81. [Los ataques planificados, dirigidos u organizados, en oposición a actos de violencia espontáneos o aislados, cumplirán este criterio] (traducción libre).

¹⁵⁹⁰ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p.374.

los delitos de lesa humanidad dirigida a alcanzar esos objetivos.

A este tipo de organizaciones se les ha denominado actores para-estatales (state – like actors) y también se exige que cumplan con el requisito de cometer estos delitos en el marco de una política que determine la comisión de estos actos en el marco de un ataque sistemático o generalizado. Así, todos los requisitos de los delitos de lesa humanidad, incluyendo el elemento de la política, deben exigirse también cuando estos crímenes sean llevados a cabo por una organización no estatal, ya que es necesario para evitar que los delitos de Lesa Humanidad se expandan indebidamente, criminalizando por esta vía los delitos de grupos de criminalidad organizada transnacional, por ejemplo. “*Without a policy element, Crimes Against Humanity would simply become a form of international criminalization of human rights violations exclusively on the basis of the substantiality of the harm when performed on a widespread or systematic basis*”¹⁵⁹¹.

Con respecto a las características que debe tener el grupo, para que pueda considerarse que está en la capacidad de llevar a cabo delitos de lesa humanidad, en el marco de una política, la Sala de Cuestiones Preliminares II, estableció seis criterios que permiten identificarlos, aunque no se requiere que todos estén siempre presentes. En consecuencia, aclara la Sala que la determinación de la idoneidad del grupo como sujeto activo de estos delitos, debe determinarse caso a caso. Estos requisitos son: (i) que el grupo disponga de un comandante responsable o de una jerarquía bien establecida; (ii) que tenga los medios para desplegar un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) que ejerza un control fáctico sobre una parte del territorio de un Estado; (iv) que tenga como uno de sus objetivos principales las actividades criminales en perjuicio de la población civil; (v) que exprese explícita o implícitamente la intención de atacar a la población civil; y (vi) que sea parte de un grupo más grande que cumpla con algunos o todos los criterios anteriores¹⁵⁹².

¹⁵⁹¹ BASSIOUNI. *Crimes...*, op.cit. p. 41. [Sin un elemento de política, los crímenes contra la humanidad simplemente se convertirían en una forma de criminalización internacional de las violaciones de los derechos humanos exclusivamente sobre la base de la sustancialidad del daño cuando se realiza de forma generalizada o sistemática] (traducción libre).

¹⁵⁹² Cour Pénale Internationale, Chambre Préliminaire II. Situation en République Du Kenya. Décision relative à la demande d’autorisation d’ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l’article 15 du Statut de Rome. 31 mars 2010. par. 93.

En este contexto, una postura minoritaria que cada vez es menos aceptada es que solo los Estados u organizaciones estatales pueden cometer delitos de lesa humanidad. En consecuencia, crímenes masivos cometidos por organizaciones no estatales serían crímenes que deberían ser juzgados por el derecho penal de los Estados en los cuales se cometan. Esta concepción se apoya en un argumento de derechos humanos. Según esta postura, el fundamento subyacente a los delitos de lesa humanidad son los derechos humanos, en tanto los delitos de lesa humanidad constituyen graves violaciones a los derechos humanos de colectividades enteras. Asumiendo que los únicos obligados por las normativas de derechos humanos son los Estados, al menos a nivel internacional, los únicos que podrían violarlos de manera masiva son ellos y, en consecuencia, son los únicos que pueden cometer delitos de lesa humanidad.

No obstante, sostener esta postura es casi imposible de cara a la situación actual. En primer lugar, si se hace una interpretación literal del Estatuto de Roma es evidente que cuando hace referencia a “los Estados y a otras organizaciones”, en el artículo previamente citado, los redactores incluyeron a las organizaciones no estatales como autores de este tipo de delitos. Lo contrario sería afirmar que dentro del artículo hay una redundancia. En segundo lugar, en la actualidad los mayores crímenes de lesa humanidad no son cometidos por los Estados, o no solamente. En muchos Estados, como se mencionó anteriormente, existen organizaciones muy poderosas que cometen este tipo de delitos y que bajo esta postura solo podrían ser sancionados por los sistemas judiciales de los Estados y sin que se reconozcan los verdaderos desvalores de estas conductas.

Otro de los requisitos que establece el *chapeau* del Estatuto de Roma, es que el ataque se lleve a cabo en contra de la “población civil”, lo que ha generado varias discusiones en virtud de la necesidad de interpretar el concepto de tal manera que no genere lagunas de punibilidad como consecuencia de entenderlo erróneamente. La incorporación de este término dentro de la definición de los delitos de lesa humanidad es un residuo del vínculo que se exigía entre estos y los crímenes de guerra en el pasado. Así pues, la referencia a la población podría entenderse como una reiteración del requisito de que estos delitos sean cometidos en el marco de un plan o política, teniendo en cuenta que la población civil sería el objeto sobre el cual

recaería la misma. No obstante, también es posible que se entienda que se ha incluido allí el requisito de que las víctimas de los delitos de lesa humanidad estén vinculadas entre sí, por razones geográficas o por otras características comunes¹⁵⁹³.

Lo primero que hay que aclarar es que, si bien la versión en español del Estatuto de Roma utiliza la palabra “una”, por lo que podría pensarse que hace referencia a que esa población este debidamente delimitada de otras, en inglés y en francés el Estatuto no conserva este sentido. En su versión inglesa, el Estatuto se refiere a “any”, mientras que en francés hace referencia a “*toute population civile*”, lo que significa realmente cualquier población civil, en ambos idiomas. Con base en esto, puede entenderse que los redactores del Estatuto realmente querían expresar el carácter colectivo de las víctimas de los delitos de lesa humanidad, pero no la necesidad de que exista una población que específicamente este siendo discriminada debido a una característica particular.

En ese orden de ideas, “*lo decisivo para determinar la pertenencia a una población civil es la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión respecto de la violencia organizada, sea estatal, militar o de otro tipo*”¹⁵⁹⁴. Esto implica que debe entenderse por población civil a aquellas personas que no formen parte del poder organizado que implementa el plan o política que produce delitos de lesa humanidad¹⁵⁹⁵, por lo cual no deben tenerse en cuenta los mismos criterios con base en los cuales se identifica la población civil como personas protegidas en el marco del derecho internacional humanitario, recordando, principalmente, que los delitos de lesa humanidad pueden cometerse tanto en tiempos de paz como en el contexto de un conflicto armado.

De hecho, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia condenó, en tres casos, por delitos de lesa humanidad cometidos en contra de militares¹⁵⁹⁶. Esto se explica por la

¹⁵⁹³ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 30.

¹⁵⁹⁴ WERLE. Tratado..., op.cit. p. 358

¹⁵⁹⁵ Sin embargo, se debe tener en cuenta que “[c]on el requisito de que el ataque se dirija contra una población civil se quiere resaltar el carácter colectivo del ataque, excluyendo los ataques contra personas individuales y los actos aislados, pero no significa que toda la población de un Estado o de un área geográfica deba ser el objeto del ataque. (...)”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). Derecho..., op.cit. p. 373.

¹⁵⁹⁶ TPIY, Fiscalía vs. Tadić, Sentencia del 11 de noviembre 1999. TPIY, Fiscalía vs. Kordic, 26 de febrero de 2001. TPIY, Fiscalía vs. Perisic, Sentencia del 6 de septiembre del 2011.

autonomía de los delitos de lesa humanidad frente a los crímenes de guerra y la ausencia de relación entre el conflicto armado (de cualquier carácter) y los delitos de lesa humanidad, que no pretenden hacer una distinción entre los combatientes y las personas protegidas, que no participan en las hostilidades. La incorporación del término civil en el *chapeau* de los delitos de lesa humanidad debe ser entendido como un referente al carácter colectivo de las víctimas, desde una interpretación autónoma del término (desvinculada de los crímenes de guerra), que distingue a la población del aparato Estatal o de la organización que lleva a cabo los delitos¹⁵⁹⁷.

Sin embargo, AMBOS se pronuncia en contra de esta interpretación y de la incorporación de este término dentro del Estatuto de Roma, abogando por su desaparición. De acuerdo con su postura, “[s]i bien se puede subrayar el término “población”, argumentando que la exigencia se centra más en la naturaleza colectiva del ataque (en contra de una “población”) que en las personas (civiles o militares) afectadas, lo que confirma que debe haber una multiplicidad de víctimas (ir en contra de una interpretación estrictamente alternativa del requisito “generalizado o sistemático”), esto no hace que el término “civil” desaparezca. Del mismo modo, se puede optar por una interpretación amplia del término “civil”, pero esta interpretación no debe, a la luz del principio de legalidad (artículo 22 (2)), ser extendida más allá del sentido razonable del término. Por lo tanto, la única solución clara es eliminar por completo el requisito de población civil”¹⁵⁹⁸.

No obstante, esta postura no resulta del todo aceptable, en la medida en la que no es clara la razón por la cual una interpretación del término “población civil” como un elemento que se refiere a la naturaleza colectiva de las víctimas de estos delitos implica ir en contra del

¹⁵⁹⁷ Adicionalmente, puede entenderse que « Les termes « dirigé contre » peuvent être interprétés comme exigeant que la population civile victime de l'attaque en soit la victime principale plutôt qu'incident. Autrement dit, sont exclus les phénomènes de « dommages collatéraux » il n'y a pas « attaque » lorsqu'une offensive est lancée contre des objectifs militaires et que des civils sont touchés incidemment ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 129. [Las palabras “dirigido contra” pueden interpretarse como que requieren que la víctima civil del ataque sea la víctima principal en lugar de un incidente. En otras palabras, los fenómenos de “daño colateral” están excluidos, no hay “ataque” cuando se lanza una ofensiva contra objetivos militares y los civiles son golpeados incidentalmente] (traducción libre).

¹⁵⁹⁸ AMBOS, Kai. “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”. *Revista General de Derecho Penal* 17, España, 2012. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20120808_02.pdf, consultado el 19 de febrero de 2018. p. 12.

carácter alternativo del requisito de generalidad o sistematicidad del ataque¹⁵⁹⁹. Si se entiende que en ambos casos, es decir, independientemente de que el ataque sea sistemático o generalizado se requiere que se pruebe que los delitos de lesa humanidad se producen en el marco de un plan o política, es decir dentro de una línea de conducta, independientemente de si se trata de un ataque dirigido por un patrón de conducta o que se lleve a cabo contra un amplio número de personas, en los dos casos será necesario que la víctimas, al menos potenciales, sean más de una y, en ese sentido, el carácter de colectividad no restringe la aplicación alternativa de los otros dos requisitos¹⁶⁰⁰.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que existen serias razones para poner en duda que se hiciera alusión al vocablo ‘población civil’ como una referencia al derecho internacional humanitario, excluyendo a los militares y a las personas que participen en las hostilidades, de la protección de los delitos de lesa humanidad. Por una parte, el Estatuto de Roma, al igual que todos los cuerpos normativos, es un reflejo del momento histórico en el que se gestó y de las razones que justificaron su creación. En ese sentido es imposible ignorar que el Estatuto de los Tribunales Militares de Núremberg consagraban en el artículo 6 (c) los delitos contra la humanidad, reconociendo que estos podían haber sido cometidos antes de la guerra. En ese sentido, con la evolución de estos crímenes a partir de allí, hoy es claro tanto para la

¹⁵⁹⁹ De hecho el mismo autor también abogó por una interpretación flexible del término al afirmar que: “[p]uesto que no hay “combatientes” durante los tiempos de paz, no tendría sentido ceñirse a la definición del Derecho Humanitario del término “civil” y marginar a los combatientes del ámbito de aplicación de los crímenes contra la humanidad. En consecuencia, todos, la policía incluida, son “civiles” y pueden ser víctimas de los crímenes mencionados. Sólo una definición tan general toma en cuenta de forma suficiente el fundamento implícito de los crímenes contra la humanidad, i. e., la protección penal de los derechos humanos de todos los seres humanos contra las violaciones generalizadas y sistemáticas de ciertos derechos fundamentales. Al mismo tiempo, una definición tan amplia permite que los Tribunales, por lo menos en tiempos de paz, superen la innecesaria y dañina restricción del delito mediante la introducción del elemento “civil”. Es obvio que esta definición no puede transferirse fácilmente a la situación de un conflicto armado, pues, en ese caso, la definición derivada del Derecho Humanitario y la existencia de combatientes hace difícil, si no imposible, emplear una definición que en realidad hace caso omiso del texto de los instrumentos internacionales”. AMBOS. “Problemas..., op.cit. p.31.

¹⁶⁰⁰ Al respecto explica DE FROUVILLE que « [i]l suffit donc de démontrer qu’un nombre suffisant d’individus ont été pris pour cible ou cours de l’attaque, ou qu’ils l’ont été d’une manière telle que les juges soient convaincus que l’attaque était effectivement dirigée contre une « population » civile, plutôt que contre un nombre limité d’individus choisis au hasard. Cette idée rejoint celle selon laquelle l’attaque doit présenter un caractère « généralisée ou systématique ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p.130 [por lo tanto, basta para demostrar que un número suficiente de individuos fueron atacados, o que lo fueron de tal manera que los jueces estaban convencidos de que el ataque fue efectivamente dirigido contra una población civil en lugar de contra un número limitado de individuos elegidos al azar. Esta idea se remonta a la idea de que el ataque debe ser “generalizado o sistemático”] (traducción libre).

doctrina como para la jurisprudencia, que nada obsta para que en tiempos de paz se cometan delitos de lesa humanidad.

Si el derecho internacional humanitario es un sistema normativo especial que solo aplica en tiempos de guerra, y solo con base en él es posible determinar cuándo las víctimas de un delito de lesa humanidad conforman “una población civil” (o cualquier población civil de acuerdo con las versiones del Estatuto de Roma en inglés y francés), asumir que está relacionado con los delitos de lesa humanidad solo permite dos hipótesis. O bien los delitos de lesa humanidad que se comenten dentro de un conflicto armado tienen una reglamentación diferente a aquella que es aplicable a los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempos de paz; o bien la Corte Penal Internacional no tiene competencia para conocer de los delitos de lesa humanidad que no se hayan cometido en el marco de un conflicto armado¹⁶⁰¹. Como es evidente, ninguna de estas dos conclusiones parece tener cabida en el estado actual del análisis con respecto a estos crímenes¹⁶⁰².

Por otra parte, los delitos de lesa humanidad se han consagrado con la intención fundamental de proteger a los ciudadanos del poder casi infinito de su propio Estado. En 1915 cuando se dio la primera consagración de los delitos en contra de la humanidad, se buscaba condenar los actos de barbarie cometidos por el Estado turco en contra de su propia población armenia¹⁶⁰³. Luego, en 1945 cuando la Carta de Londres condenó los delitos contra la

¹⁶⁰¹ LUBAN, David. “A Theory of Crimes Against Humanity” Yale Journal of International Law. Vol 29, 2004. Disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1226&context=yjil> Consultado el 20 de febrero de 2018. p. 114 y siguientes.

¹⁶⁰² En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I afirmó que “*The drafters in Rome also left the exact meaning of the term “any civilian population” undefined. However, the Chamber observes that, as opposed to war crimes which are provided for in article 8 of the Statute, the term “civilian population” within the meaning of article 7 of the Statute afford rights and protections to “any civilian population” regardless of their nationality, ethnicity or other distinguishing feature (...)*”. International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, in the case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges. 30 September 2008. par. 399. En el mismo sentido International Criminal Court, Pre-Trial Chamber II Situation in Central African Republic, in the Case of the Prosecutor V. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision on the Confirmation of Charges. 15 June 2009. par.76. [Los redactores en Roma también dejaron sin definir el significado exacto del término “cualquier población civil”. Sin embargo, la Cámara observa que, a diferencia de los crímenes de guerra que se contemplan en el artículo 8 del Estatuto, el término “población civil” en el sentido del artículo 7 del Estatuto otorga derechos y protecciones a “cualquier población civil” independientemente de su nacionalidad, etnia u otro rasgo distintivo] (traducción libre).

¹⁶⁰³ “*Crimes against humanity were first prosecuted at Nuremberg, but the expression entered international legal terminology because of the wartime atrocities committed against the Armenian population in the Ottoman*

humanidad, lo hizo en función de condenar los ataques del Tercer Reich hacia su propia población judía. En ese sentido, la noción de población civil no se ha utilizado como una noción opuesta a la de combatiente, sino como una noción que diferencia a los ciudadanos de su propio Estado. En ese orden de ideas, la idea de población civil en los delitos de lesa humanidad sería más cercana al término de sociedad civil, que al de población civil en el sentido del derecho internacional humanitario¹⁶⁰⁴. En consecuencia, la posición explicada anteriormente, según la cual esa expresión solo se utiliza como evidencia del carácter colectivo del sujeto pasivo de la conducta parece mucho más aceptable¹⁶⁰⁵.

b. Elementos objetivos del delito (*actus reus*).

Luego del primer inciso, el artículo 7 del Estatuto de Roma contiene una lista de once literales, en los que enumera las distintas conductas que pueden constituir crímenes de lesa humanidad. De acuerdo con ella son delitos de esta naturaleza, a) el asesinato; b) el

Empire". SCHABAS. *The international...*, op.cit. p. 139. [Los crímenes contra la humanidad se persiguieron por primera vez en Núremberg, pero la expresión entró en la terminología del derecho internacional por las atrocidades cometidas en contra de la población armenida durante en periodo de guerra en el Imperio Otomano] (traducción libre).

¹⁶⁰⁴ Explica SADAT que "[t]he ICTY thus recognized that the "civilian population" requirement has both a jurisdictional aspect that looks at the nature of the act and the status of the victim in a particular case. One definition of civilian would restrict crimes against humanity "to inhumane acts committed against civilians as opposed to members of the armed forces". Another approach would be to take the view that crimes against humanity were applicable in all cases where the perpetrator and the victim were of the same nationality, regardless of whether the victim were civilian or military. (...) Indeed, to the extent crimes against humanity were conceived of to fill the gap left by laws of war, it would be regressive for the ICC Statute to permit such a distinction to remain in this case". SADAT. *The International...*, op.cit. p. 154. [El TPIY reconoció que el requisito de "población civil" tiene un aspecto jurisdiccional que mira la naturaleza del acto y el estado de la víctima en un caso particular. Una definición de civil restringiría los crímenes de lesa humanidad "a actos inhumanos cometidos contra civiles en oposición a miembros de las fuerzas armadas". Otro enfoque sería considerar que los crímenes contra la humanidad eran aplicables en todos los casos en que el perpetrador y la víctima eran de la misma nacionalidad, independientemente de si la víctima era civil o militar. (...) De hecho, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad fueron concebidos para llenar el vacío dejado por las leyes de guerra, sería regresivo que el Estatuto de la CPI permita que dicha distinción permanezca en este caso] (traducción libre).

¹⁶⁰⁵ Además, al respecto se debe tener en cuenta que "[t]he question arises of whether the term 'civilian population' includes belligerence hors de combat who have lay down their weapons, either because they are wounded or because they have been captured. As we have seen above, the case law of the ICTY has answer this question in the affirmative. It will seem to be consonant with a humanitarian object and purpose of article 7 to suggest the same solution with regard to this provision". CASSESE. "Crimes...", op.cit. p. 375. [La pregunta que surge es si el término "población civil" incluye *hors de combat* que han dejado sus armas, ya sea porque están heridos o porque han sido capturados. Como hemos visto anteriormente, la jurisprudencia del TPIY responde esta pregunta de manera afirmativa. Parece estar en consonancia con un objeto humanitario y el propósito del artículo 7 sugiere la misma solución con respecto a esta disposición] (traducción libre).

exterminio; c) la esclavitud; d) la deportación o traslado forzoso de población; e) la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) la tortura; g) la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia i) la desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; y k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Sobre cada una de estas conductas podría realizarse un análisis particular, estableciendo cada uno de los elementos que se requieren para que se configure el delito. No obstante, dado que ese no es el propósito de este trabajo, bastará con realizar ciertos apuntes generales sobre particularidades de estos delitos. El literal a) hace referencia al asesinato (*murder, meurtre*) que, de acuerdo con los elementos de los crímenes, implica causar la muerte de una o más personas en el curso de un ataque sistemático o generalizado cometido en contra de una población civil y, con conocimiento de dicho ataque o con la intención de que el delito hiciera parte de ese ataque. El uso del término “asesinato” en lugar de matanza o matar, que son los términos utilizados para describir la misma conducta en los otros artículos del Estatuto ha llevado a discutir si se requiere en estos casos que el sujeto actúe con premeditación¹⁶⁰⁶.

La selección del término en los otros dos idiomas no coincide con el término utilizado en español, ya que, de acuerdo con el Código Penal Modelo de los Estados Unidos, “*murder*” no significa que exista premeditación en el homicidio¹⁶⁰⁷, sino que este puede ser cometido con cualquiera de las cuatro formas de *mens rea* que reconoce ese estatuto. En el mismo sentido, el término en francés “*meurtre*” no significa que la conducta tenga que ser

¹⁶⁰⁶ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p.37.

¹⁶⁰⁷ Model Penal Code «*Section 210.2. Murder. (1) Except as provided in Section 210.3(l)(b), criminal homicide constitutes murder when: (a) it is committed purposely or knowingly; or (b) it is committed recklessly under circumstances manifesting extreme indifference to the value of human life. (...)*» [Sección 210.2. Asesinato. (1) Excepto lo dispuesto en la Sección 210.3 (l) (b), el homicidio criminal constituye un asesinato cuando: (a) se comete a propósito o a sabiendas; o (b) se comete de manera imprudente en circunstancias que manifiestan extrema indiferencia hacia el valor de la vida humana] (traducción libre)

premeditada, sino que solamente se exige que sea voluntaria¹⁶⁰⁸, como una referencia al *dol général*. En ese orden de ideas, una interpretación de las tres versiones del Estatuto no permite afirmar que la premeditación sea necesaria. Adicionalmente, los Elementos de los Crímenes solamente exigen para este delito que, como elemento subjetivo adicional a los contenidos en el artículo 30 del Estatuto, «*que el autor haya tenido 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*», por lo que no hay argumento legal que permita incorporar un elemento subjetivo adicional.

Por su parte, el literal b) del artículo 7 del Estatuto de Roma incorpora el exterminio, que consiste en «*1. que el autor haya dado muerte, a una o más personas, incluso mediante la imposición de condiciones de existencia destinadas deliberadamente a causar la destrucción de parte de una población. 2. Que la conducta haya consistido en una matanza de miembros de una población civil o haya tenido lugar como parte de esa matanza (...)*». En ese orden de ideas y, de acuerdo con el pie de página número 9 del Estatuto, se trata de causar la muerte de un grupo de individuos de forma directa o indirecta. Aun así, no se requiere que se elimine a un número determinado de personas, sino que “*el efecto combinado de una vasta iniciativa asesina y la participación del acusado en ella es lo que otorga al crimen su especificidad y su carácter distintivo*”¹⁶⁰⁹. Como ejemplo de los medios que pueden utilizarse para causar un exterminio, el numeral 2 del artículo 7, en el literal b) hace referencia a «*la privación del acceso a alimentos o medicinas*» siempre que esta privación esté dirigida a causar la destrucción de una parte de la población.

El siguiente delito que incorpora la norma como crimen de lesa humanidad es la esclavitud, que el mismo Estatuto define como el ejercicio de los atributos de propiedad sobre una persona, en particular sobre mujeres y niños¹⁶¹⁰. A su turno, en los Elementos de los Crímenes

¹⁶⁰⁸ Code Pénal Français. « *Article 221-1 Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle* ». [Artículo 221-1 Dar muerte voluntariamente a otra persona constituye un asesinato. Es castigado con treinta años de prisión penal] (traducción libre).

¹⁶⁰⁹ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p.38.

¹⁶¹⁰ Estatuto de Roma «*Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad (...) 2. A los efectos del párrafo 1: (...) c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños*»

se ejemplifican algunos de dichos atributos, como la compra y venta, el préstamo o el trueque y se incluye la posibilidad de que se les imponga algún tipo de privación de libertad a los sujetos pasivos de la conducta. Los últimos dos requisitos que se incluyen corresponden, como en todos los demás delitos de lesa humanidad, al cumplimiento de los elementos contextuales que establece el *chapeau* del artículo 7.

Así mismo, otro delito de lesa humanidad es la deportación o el traslado forzoso de población, que implica que se obligue a una parte de la población a abandonar el lugar de residencia y trasladarse a otro lugar, dentro o fuera del mismo país. La nota a pie de página número 12 de los Elementos de los Crímenes aclara que esto puede hacerse mediante violencia física o a través de la intimidación, la detención, o «*aprovechando un entorno de coacción*». Adicionalmente, se exige que las personas que son obligadas a trasladarse estuvieran en el lugar de manera legítima, de lo cual debe tener conocimiento quien lleva a cabo el delito y que no existan motivos por los que el derecho internacional autorice que se realicen estos traslados o expulsiones. Sobre el hecho de que los Elementos de los crímenes exijan expresamente que el sujeto «*haya sido consciente*» de que la permanencia de la población en la zona era legítima, solo cabe afirmar que se trata de una reiteración de un elemento subjetivo que ya exige el artículo 30, pues para que el sujeto actúe con cualquier forma de dolo o *mens rea* se requiere que conozca todos los elementos de los delitos.

El delito de «*encarcelación u otra privación grave de la libertad física*» que también constituye un delito de lesa humanidad, consagra un elemento de gravedad que exige que de él se haga una interpretación restrictiva. De acuerdo con los Elementos de los Crímenes, solo aquellos casos en los que «*la gravedad de la conducta haya sido tal que constituya una infracción de normas fundamentales del derecho internacional*», podrá calificarse este delito como un delito de lesa humanidad, aunque la privación de la libertad haya recaído sobre una sola persona. Por ello, debe distinguirse entre el sujeto pasivo de uno de estos delitos, individualmente considerado y los sujetos pasivos del ataque, que es lo que hace que estos delitos sean considerados crímenes de lesa humanidad, pues en ese caso sí se requiere que se trate de una población civil, como se explicó anteriormente. Desde luego, como lo reitera los

Elementos de los Crímenes, el sujeto activo debe actuar con conocimiento sobre la gravedad del ataque.

La inclusión de la tortura como un delito de lesa humanidad está basada en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984. No obstante, a diferencia de lo que dispone esta Convención, el Estatuto de Roma no exige una cualificación especial para el sujeto activo. De acuerdo con la Convención, la tortura solo puede ser cometida por un servidor público o por quien desempeñe funciones públicas, o requiere, cuando menos, su instigación o aquiescencia. Sin embargo, dado que el Estatuto de Roma también puede aplicarse a miembros de organizaciones criminales, este requisito restringiría en exceso el delito, por lo cual es coherente que no se haya incluido¹⁶¹¹.

También a diferencia de la Convención, el Estatuto de Roma prescinde de la finalidad de obtener información o castigar al sujeto pasivo mediante la tortura¹⁶¹², incluso al punto de que la nota a pie de página número 14 de los Elementos de los Crímenes afirma que «*no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen*». Así pues, la tortura consiste en infligir graves dolores o sufrimientos físicos o mentales a las personas sobre las que el sujeto activo ejerce custodia o control, con dolo, y, siempre y cuando, el dolor o sufrimiento no sea el resultado inherente o incidental de sanciones legítimas.

El literal g) del artículo 7 del Estatuto de Roma es particular porque en él se consagran en realidad cinco conductas distintas, todas de naturaleza sexual. De acuerdo con este literal, son delitos de lesa humanidad (i) la violación, (ii) la esclavitud sexual, (iii) la prostitución forzada, (iv) el embarazo forzado, y (v) la esterilización forzada. Aunque el Estatuto de Roma no lo hace, en los Elementos de los Crímenes sí se distingue cada una de ellas y se establecen los elementos particulares que son necesarios para que se produzca cada uno de estos crímenes.

¹⁶¹¹ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p.379.

¹⁶¹² Explica AMBOS que “*El requisito típico especial de la tortura consiste, según la opinión tradicional, en la persecución de un fin prohibido, por ejemplo, la obtención de determinadas informaciones, una confesión o simplemente la discriminación de la víctima; sin embargo, este requisito no ha sido incorporado en la definición del art. 7 (2)(e)*”. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 427.

La violación, que es la primera de estas conductas, se ha consagrado de manera neutral, es decir, sin distinción de género, a partir del verbo “invadir” dejando claro, que tanto hombres como mujeres pueden ser sujetos activos de esta conducta. Adicionalmente, a través de los Elementos de los Crímenes se ha aclarado que el “uso de la fuerza” debe entenderse de forma amplia, pues incluye la fuerza física, la amenaza de usar la fuerza, la coacción, el temor, la intimidación y el abuso de poder, entre otras. Adicionalmente, se ha tenido en cuenta que muchos de estos delitos se llevan a cabo en contextos de dominación o coacción, donde se hace innecesario que el autor amenace o utilice la fuerza directamente contra el sujeto pasivo. En consecuencia, también habrá violación cuando el sujeto se aproveche de ese contexto para cometer el delito. Al respecto debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con una nota a pie de página en los Elementos de los Crímenes, esta definición del uso de la fuerza es también aplicable a la prostitución forzada, la esterilización forzada y la violencia sexual.

De las conductas incorporadas en el literal g) del artículo 7, la única que ha sido definida por el numeral 2 del artículo 7 es el embarazo forzado, que está definido como «*el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional*». Así pues, este delito tiene tres elementos. Por una parte, se requiere que el embarazo sea producto de un acto violento, es decir que sea el resultado de alguno de los usos de la fuerza que, a partir de una lectura coherente del Estatuto, debería ser interpretado del mismo modo que se ha interpretado el uso de la fuerza en el delito de violación. Además, se requiere que se prive a la mujer de su libertad, para garantizar que el embarazo llegue a término y, todo lo anterior debe hacerse con un elemento subjetivo adicional que es la finalidad de modificar la composición étnica de una población u otras violaciones graves del derecho internacional.

La incorporación de estos elementos que dejan por fuera de la definición otros métodos que podrían usarse para garantizar el nacimiento, distintos de la privación de la libertad, se debió a los “*recelos de algunas delegaciones a que de lo contrario el crimen de embarazo forzoso se interpretara como una proclamación general del derecho al aborto*”¹⁶¹³ ya que en muchas

¹⁶¹³ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 383.

culturas y religiones esta práctica está prohibida. Por la misma razón, el artículo 7 establece que «*en modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo*».

Además de las cinco conductas, el literal concluye afirmando que también será delito de lesa humanidad «*cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable*», lo que constituye una cláusula abierta que podría criticarse en términos del principio de legalidad, debido a que daría paso a la consideración de otras conductas como delitos de lesa humanidad, a través de la analogía. No obstante, esta disposición responde al uso de la violencia sexual como un instrumento de guerra. Por ejemplo, analizando los hechos sucedidos en el conflicto Yugoslavo, BASSIOUNI y MCCORMICK afirman que “*the database study on the field investigation support a single conclusion: sexual violence was not merely a by-product of the conflict in Bosnia but a tool of war. It was deliberately and systematically employed as a tool of ethnic cleansing*”¹⁶¹⁴. En ese sentido, la incorporación de estos delitos dentro del Estatuto de Roma es un importante avance en la protección de los derechos y las libertades sexuales y reproductivos.

El literal h) del artículo 7 del Estatuto de Roma establece el delito de persecución, que, aunque tienen un supuesto de hecho similar, no puede confundirse con el genocidio. De acuerdo con el Estatuto, el delito de persecución consiste en la «*privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad*». En consecuencia, este delito tiene un motivo especial (*dolus specialis* o ‘*dol special*’) ¹⁶¹⁵, que es la discriminación debido a la identidad del grupo o de la colectividad, por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, o por otros motivos reconocidos como inaceptables por el derecho internacional. Estas razones se detallan en los Elementos de los Crímenes y debe tenerse en

¹⁶¹⁴ BASSIOUNI, M. Cherfi. MCCORMICK, Marcia. *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*. International Human Rights Law Institute, DePaul University, Chicago, 1996. p. 15. [El estudio de la base de datos sobre la investigación de campo apoya una sola conclusión: la violencia sexual no fue simplemente un subproducto del conflicto en Bosnia sino una herramienta de guerra. Fue empleado de manera deliberada y sistemática como herramienta de limpieza étnica] (traducción libre).

¹⁶¹⁵ CASSESE. “Crimes...”, op.cit. p.364.

cuenta que “*esta mens rea persecutoria es la característica distintiva de este ilícito que separa el crimen de persecución de otros crímenes contra la humanidad*”¹⁶¹⁶.

Como se ve, la norma con respecto a la persecución es mucho más amplia que el delito de genocidio, en la medida en la que se incorporan otros motivos de discriminación. Adicionalmente, en este delito no se exige la finalidad especial de destruir total o parcialmente a un grupo, sino que basta con que se les prive de derechos fundamentales. Llama la atención que este es el único delito de lesa humanidad que conserva, por disposición de los Elementos de los Crímenes, el requisito de estar vinculado con otro de los delitos de la competencia de la Corte, incluidos los demás delitos de lesa humanidad, como se exigía en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, en relación con todos los delitos de lesa humanidad. En todo caso, es claro que los actos de persecución deben hacer parte de un ataque generalizado o sistemático, por lo cual la limitación que se incorpora mediante este requisito solamente excluiría unos pocos casos en los que los ataques solamente consistieran en privación de derechos fundamentales que no configuren otros delitos¹⁶¹⁷.

En cuanto a la desaparición forzada, el literal i) del artículo 7 del Estatuto de Roma afirma que requiere la privación de la libertad del sujeto pasivo, seguida de la negativa de admitir tal privación o de dar información sobre el paradero de la persona, y con el objetivo de dejarlas «*fuera del amparo de la ley por un período prolongado*», lo que constituye un elemento subjetivo adicional¹⁶¹⁸. Adicionalmente, en la definición de este delito se establece explícitamente que debe cometerse por una organización política o por un Estado, o con su

¹⁶¹⁶ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p.45.

¹⁶¹⁷ Un ejemplo importante de las diferencias entre el genocidio y el delito de persecución, en virtud de las características del grupo es la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenó a Colombia por la muerte de Manuel Cepeda Vargas, considerando que los hechos constituían un delito de lesa humanidad, porque se enmarcaba en los ataques llevados a cabo en contra del partido político Unión Patriótica. De acuerdo con la Corte “*el homicidio del Senador Cepeda es un crimen de lesa humanidad y que se produjo como parte de un ataque generalizado y sistemático contra los miembros de la UP, con las consecuencias que ello genera para la interpretación de las obligaciones convencionales del Estado y para las medidas de reparación que deben ordenarse*”. Adicionalmente, la Corte estableció que se trató de una persecución por motivos políticos. Corte Interamericana de Justicia, caso Manuel Cepeda Vargas vs Colombia, sentencia del 26 de mayo de 2010, párrafo 15. Sin embargo, en el ordenamiento interno colombiano, se ha considerado que los hechos en contra de los miembros de la Unión Patriótica constituyen un genocidio por motivos políticos. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-177 de 14 de febrero de 2001.

¹⁶¹⁸ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 386.

apoyo o autorización. Aunque este requisito ya se encontraba establecido en los delitos de lesa humanidad, como se explicó más arriba, frente a este delito se reitera el requisito, estableciendo además que la organización debe ser de carácter político, el cual no se exige en ninguno de los otros delitos.

Aunque esta definición está basada en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 1992, en este instrumento internacional ni siquiera se prevé que el delito pueda ser cometido por una organización, por lo cual este antecedente normativo no explica la incorporación de este requisito. La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional aun no se ha pronunciado con respecto a la incorporación del calificativo de la organización como “política” pues en la sentencia en la que se trató la desaparición forzada, la Sala de Cuestiones Preliminares III afirmó que “(...) *of relevance to this judgment is the conduct of State agents, such as the police, the intelligence service and the army, including groups that are implementing State policies. Internal political instability or any other public emergency may not be invoked to justify the conduct of State agents*”¹⁶¹⁹.

A pesar de que no puede predecirse lo que llegue a afirmar la Corte Penal Internacional al respecto, es lógico pensar que, en virtud de las exigencias que ha hecho anteriormente con respecto a los requisitos que debe cumplir una organización para poder ser considerada como sujeto activo de un delito de lesa humanidad, este requisito adicional sea ajustado a esos elementos, teniendo en cuenta que ya se exige que el grupo actúe con base en un plan o política. Una interpretación distinta implicaría restringir los sujetos activos que pueden llevar a cabo este delito de lesa humanidad, sin que parezca haber un motivo para dicha restricción, de cara a los demás delitos que pertenecen a esta categoría.

¹⁶¹⁹ International Criminal Court, Pre-Trial Chamber III Situation in the Republic of Burundi Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi. 25 October 2017. par. 119. [De relevancia para este juicio es la conducta de los agentes estatales, como la policía, el servicio de inteligencia y el ejército, incluidos los grupos que implementan políticas estatales. La inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública no se puede invocar para justificar la conducta de los agentes estatales] (traducción libre).

El último delito de lesa humanidad es el crimen de apartheid que tiene como base la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973. Este delito consiste en la creación de un régimen institucionalizado de opresión y dominación de un grupo racial sobre otro u otros, que deriva en la comisión de otros delitos de los mencionados en el artículo 7, párrafo 1 del Estatuto de Roma. Así pues, el delito se compone de dos elementos: (i) se requiere el régimen de separación racial y (ii) que en ese marco se lleven a cabo otros delitos de lesa humanidad. En igual sentido, se exige que los delitos de lesa humanidad se cometan con la finalidad de mantener el régimen de separación racial, por lo que el asesinato, la tortura o el delito que se lleve a cabo será el medio por el cual se cometa el delito de apartheid. Adicional a lo anterior, deben cumplirse los requisitos del *chapeau* del artículo 7 del Estatuto.

El literal k) del párrafo 1, del artículo 7 del Estatuto incorpora una categoría residual a los delitos de lesa humanidad que permite la sanción de «*otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física*»¹⁶²⁰, y que ha sido incorporada con anterioridad en otros instrumentos internacionales, donde se han consagrado los delitos contra la humanidad¹⁶²¹. Se trata de una cláusula abierta, a la que le son aplicables las mismas críticas que se hicieron frente a la cláusula que incorpora a estos delitos otros actos de naturaleza sexual.

No obstante, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional ha hecho un esfuerzo por definir estos “otros actos” afirmando que “*in the view of the Chamber, in*

¹⁶²⁰ Al respecto se debe tener en cuenta que « *Tous les actes constitutifs de crimes contre l'humanité sont, par définition, de actes inhumains. En droit positif, cela est vérifié par le fait que, dans tous les statuts, la liste des crimes « sous-jacents » est toujours non exhaustive et se termine invariablement par un renvoi à « tous les autres actes inhumains », ce qui implique que les actes cités sont eux-mêmes considérés comme des actes inhumains* ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 145. [Todos los actos que constituyen crímenes de lesa humanidad son, por definición, actos inhumanos. En el derecho positivo, esto se verifica por el hecho de que, en todos los estatutos, la lista de delitos “subyacentes” siempre es no exhaustiva e invariablemente termina con una referencia a “todos los demás actos inhumanos”, lo que implica que los actos citados se consideran actos inhumanos] (traducción libre).

¹⁶²¹ SADAT. *The International...*, op.cit. p. 158. En el mismo sentido afirman GIL GIL y MACULAN que “*Esta categoría fue seriamente discutida por su ambigüedad, pero finalmente se acordó su mantenimiento porque aparecía en la mayoría de los precedentes, clarificando su contenido*”. GIL GIL. MACULAN, (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p.387.

accordance with article 7(1)(k) of the Statute and the principle of *nullum crimen sine lege* pursuant to article 22 of the Statute, inhumane acts are to be considered as serious violations of international customary law and the basic rights pertaining to human beings, drawn from the norms of international human rights law, which are of a similar nature and gravity to the acts referred to in article 7(1) of the Statute”¹⁶²². Desde luego, frente a este delito se exigen los mismos requisitos generales que frente a los demás, por lo que será necesario que estos otros actos estén enmarcados dentro de un ataque generalizado o sistemático¹⁶²³.

2. El elemento de intencionalidad.

Si bien no se exige la discriminación como elemento subjetivo de los delitos de lesa humanidad, la determinación de los elementos subjetivos que deben estar presentes en los delitos de lesa humanidad ha sido un asunto controversial¹⁶²⁴. “A perusal of the relevant case law shows that often such case law suffers from two flaws: (i) national courts tend to apply to crimes against humanity the *mens rea* requirements applicable in national law (...), without endeavoring the pinpoint possible subjective features peculiar to international crimes; and (ii) many national courts tend to overlook the fact that, as stated above, this class of crimes embraces a broad range of offenses, characterized by different objective elements (...)”¹⁶²⁵.

¹⁶²² International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges, 30 Sept. 2008. para 448. [En opinión de la Sala, de conformidad con el artículo 7 (1) (k) del Estatuto y el principio de *nullum crimen sine lege* de conformidad con el artículo 22 del Estatuto, los actos inhumanos deben considerarse violaciones graves del derecho internacional consuetudinario y los derechos básicos relativos a los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, que son de naturaleza y gravedad similares a los actos mencionados en el artículo 7 (1) del Estatuto] (traducción libre).

¹⁶²³ Se debe tener en cuenta que “[e]n la letra (k), el concepto “intencionalmente” (“intentionally”) no parece exigir más que lo ya requerido por el art. 30”. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p.427.

¹⁶²⁴ Al respecto afirma O’KEEFE que “In general, crimes against humanity do not require a discriminatory intent”. O’KEEFE, Roger. *International Criminal Law*. Oxford University Press, U.K. 2015. p. 145. [En general, los crímenes de lesa humanidad no requieren una intención discriminatoria] (traducción libre).

¹⁶²⁵ CASSESE. “Crimes...”, op.cit. p. 361. [Un examen de la jurisprudencia pertinente muestra que a menudo dicha jurisprudencia adolece de dos defectos: (i) los tribunales nacionales tienden a aplicar a los crímenes de lesa humanidad los requisitos de *mens rea* aplicables en la legislación nacional (...), sin esforzarse por identificar los rasgos subjetivos peculiares a los crímenes internacionales; y (ii) muchos tribunales nacionales tienden a pasar por alto el hecho de que, como se indicó anteriormente, esta clase de delitos abarca una amplia gama de delitos, caracterizados por diferentes elementos objetivos] (traducción libre).

Para determinar los elementos subjetivos que se requieren en los delitos de lesa humanidad deben tenerse en cuenta dos elementos. Por una parte, se exige que el autor tenga conocimiento e intención con respecto al crimen específico que va a ejecutar y sus consecuencias, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Estatuto de Roma¹⁶²⁶; por otra parte, es necesario que el autor tenga conciencia de que su conducta se enmarca en un ataque genalizado o sistemático en contra de una población civil¹⁶²⁷. Esto implica, por una parte, que el sujeto activo debe saber que existe un ataque en contra de la población civil y, por otra parte, que su conducta tiene un vínculo con ese ataque o se enmarca en él¹⁶²⁸. Sin perjuicio del análisis que se hará más adelante sobre lo que significan cada uno de estos elementos concretamente, basta decir aquí que los Elementos de los Crímenes aclaran que no se requiere que el sujeto tenga pleno conocimiento de cada uno de los elementos que conforman la política en la que se basa el ataque¹⁶²⁹. Faltaría entonces determinar el nivel de detalle con el que el autor debe conocer la política y las características del ataque para que

¹⁶²⁶ Desde luego, como afirma ZAPPALÀ “No parece, en cambio, que se pueda considerar que un crimen contra la humanidad pueda ser el simple fruto de un comportamiento negligente (culpa). Sería muy extraño que un crimen de tal gravedad para la comunidad internacional pudiese cometerse por la mera inobservancia de reglas de conducta diligente, y no parecen encontrarse en la praxis hipótesis de este tipo”. ZAPPALÀ. *Qué es...*, op.cit. p.56.

¹⁶²⁷ “First, intent, that is the intention to bring about a certain result, is normally required for an accused to be found guilty of crimes against humanity. Secondly, in the case of an accused who, acting as an agent of a system, does not directly and immediately cause the inhumane acts, it is not necessary that he anticipate all the specific consequences of his misconduct; it is sufficient for him to be aware of the risk that his action might bring about serious consequences for the victims (...) Thirdly, the agent must be cognizant of the link between his misconduct and a policy or systematic practice”. CASSESE. *International...*, op.cit. p. 82. [Primero, la intención, que es la intención de lograr un cierto resultado, normalmente se requiere para que un acusado sea declarado culpable de crímenes contra la humanidad. En segundo lugar, en el caso de un acusado que, actuando como un agente de un sistema, no causa directa e inmediatamente los actos inhumanos, no es necesario que anticipe todas las consecuencias específicas de su mala conducta; es suficiente para él ser consciente del riesgo de que su acción pueda tener graves consecuencias para las víctimas (...) En tercer lugar, el agente debe ser consciente del vínculo entre su mala conducta y una política o práctica sistemática] (traducción libre).

¹⁶²⁸ Este requisito lo reconoce la doctrina de manera unánime. Por ejemplo, aforma DE FROUVILLE que « Selon la jurisprudence, pour que l'élément moral du crime contre l'humanité soit constitué, il faut prouver que l'accusé possédait une double connaissance, en plus de l'intention spécifique de commettre le « crime de base » (...) Il doit avoir : connaissance du contexte général dans lequel s'inscrivent ses actes, c'est-à-dire qu'il doit avoir connaissance de l'attaque (...) connaissance du rapport de connexité entre son action et ce contexte : l'accusé doit savoir que son acte s'inscrit dans le cadre de l'attaque ». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p.140. [Según la jurisprudencia, para que se establezca el elemento moral del crimen de lesa humanidad, debe demostrarse que el acusado posee un doble conocimiento, además de la intención específica de cometer el “delito básico” (...) debe tener: conocimiento del contexto general en el que se inscriben sus actos, es decir, debe tener conocimiento del ataque (...) conocimiento de la relación de conexión entre su acción y este contexto: el acusado debe saber que su acto es parte del ataque](traducción libre).

¹⁶²⁹ Así lo reconoce la mayoría de la doctrina sin ahondar más en las implicaciones del requisito. CASSESE. *International...*, op.cit. p. 90.

pueda afirmarse que ha adquirido el conocimiento necesario para alcanzar el estándar que impone el Estatuto de Roma sobre el elemento subjetivo de los delitos de lesa humanidad¹⁶³⁰.

La Sala de Cuestiones Preliminares I en la sentencia de confirmación de cargos en contra de *Katanga y Ngudjolo Chui* afirmó que las disposiciones de los Elementos de los Crímenes y el Estatuto de Roma implican que el sujeto sepa que existe un ataque contra la población civil y que su actuación está vinculada con ese ataque¹⁶³¹. Adicionalmente sostuvo que “*therefore, in the view of the Chamber, knowledge of the attack and the perpetrator's awareness that his conduct was part of such attack may be inferred from circumstantial evidence, such as: the accused's position in the military hierarchy; his assuming an important role in the broader criminal campaign; his presence at the scene of the crimes; his references to the superiority of his group over the enemy group; and the general historical and political environment in which the acts occurred*”¹⁶³².

¹⁶³⁰ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció en la sentencia contra *Tadić* “*if the perpetrator has knowledge, either actual or constructive, that these acts were concurring on a widespread or systematic basis and does not commit his act for purely personal motives completely unrelated to the attack on the civilian population, that is sufficient to hold him liable for crimes against humanity*”. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Trial Judgment, 14 de julio de 1997, para. 659. [Si el perpetrador tiene conocimiento, ya sea real o constructivo, de que estos actos ocurrieron en forma generalizada o sistemática y no comete su acto por motivos puramente personales completamente ajenos al ataque a la población civil, eso es suficiente para responsabilizarlo por crímenes contra la humanidad] (traducción libre).

¹⁶³¹ Por el contrario, VAN DER VYVER, manifestándose en contra de la disposición normativa aceptada por la jurisprudencia afirma que “*It makes sense to proclaim that criminal liability may in certain instances be based on dolus directus or dolus indirectus and in other instances on dolus directus only. (...) It is therefore respectfully submitted that intent in the form of dolus directus or dolus indirectus is an essential element of all crimes against humanity. The reference to "knowledge of the attack" in the chapeau of Article 7(1) must, in a word, not be taken as a substitute for the general provisions of Article 30. In the case of general intent crimes, the perpetrator must be shown to have meant to bring about the act or to have been aware that it would occur in the ordinary course of events (dolus directus or dolus indirectus) and in the case of special intent crimes, the additional objective specified in the circumscription of the crime must also be proved*”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 104. [Tiene sentido proclamar que la responsabilidad penal puede basarse en ciertos casos en dolus directus o dolus indirectus y en otros casos solo en dolus directus. (...) Por lo tanto, se presenta respetuosamente que la intención en forma de dolus directus o dolus indirectus es un elemento esencial de todos los crímenes de lesa humanidad. La referencia al “conocimiento del ataque” en el preámbulo del artículo 7 (1) no debe, en una palabra, ser tomada como un sustituto de las disposiciones generales del artículo 30. En el caso de los delitos de intención general, el autor debe tener la intención de realizar el acto o de haber sido consciente de que ocurriría en el curso ordinario de los acontecimientos (dolus directus o dolus indirectus) y, en el caso de delitos de intención especial, el objetivo adicional especificado en la circunscripción del delito también debe ser probado] (traducción libre).

¹⁶³² International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I. Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of the Prosecutor V. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. Decision on the confirmation of charges, 30 Sept. 2008. para 401 y 402. [por lo tanto, en opinión de la Sala, el conocimiento del ataque y la conciencia del autor de que su conducta fue parte de dicho ataque puede inferirse de pruebas circunstanciales, tales como: la posición del acusado en la jerarquía militar; asumiendo un papel importante en la campaña

De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 7 de los Elementos de los Crímenes, el requisito de que el sujeto conozca el ataque del que forma parte su conducta *«no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización»*. En consecuencia, basta con que el autor sea consciente de que su actuar hace parte de un plan más amplio, aunque no conozca cada uno de los detalles¹⁶³³. No obstante, en la descripción de cada uno de los delitos específicos, se incluye como último requisito *«que el autor haya tenido 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»*. Esta disposición debe leerse en concordancia con el último inciso del párrafo 2 del mismo artículo que afirma que *«en el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de cometer un ataque de esa índole»*.

En este contexto, el elemento de intencionalidad que incorporan los elementos de los crímenes al contexto de los delitos de lesa humanidad debe interpretarse de acuerdo con la definición de intención que se encuentra en el artículo 30 del Estatuto de Roma. Sin embargo, no puede entenderse que en estos casos basta con la sola voluntad del sujeto de llevar a cabo un ataque de esta índole, sin que sea necesario que exista además el conocimiento de que esta conducta está enmarcada en el contexto de un ataque sistemático o generalizado en contra de la población civil que está comenzando. Deben pues existir los elementos objetivos de ese ataque, lo que queda claro con la referencia que hace la norma a que el ataque “esté comenzando”. No se trata de un requisito puramente subjetivo de voluntad, con base en el cual pueda calificarse como delito de lesa humanidad cualquiera de las conductas descritas

criminal más amplia; su presencia en la escena de los delitos. sus referencias a la superioridad de su grupo sobre el grupo enemigo; y el entorno histórico y político general en que se produjeron los hechos] (traducción libre).¹⁶³³ A este respecto, debe tenerse en cuenta que *“The accused need not share the purpose or goal behind the attack. Indeed, the motives of the accused for taking part in the attack are irrelevant. (...) That said, the fact that the accused committed the impugned act for motives purely personal may indicate a lack of awareness that the act formed part of such an attack”*. O’KEEFE, Roger. *International Criminal Law*. Oxford University Press, U.K. 2015. p. 145. [El acusado no necesita compartir el propósito u objetivo detrás del ataque. De hecho, los motivos de los acusados para participar en el ataque son irrelevantes. (...) Dicho esto, el hecho de que el acusado cometa el acto impugnado por motivos puramente personales puede indicar una falta de conocimiento de que el acto formó parte de tal ataque] (traducción libre).

en el artículo 7, solamente porque el sujeto activo tiene el propósito de que esta haga parte de un ataque generalizado o sistemático, sino que objetivamente debe hacer parte de ese ataque, aunque este solamente esté comenzando¹⁶³⁴.

Esta interpretación del término “intención” es además coherente con el hecho de que cuando se ha incorporado el mismo término en las definiciones de los crímenes de guerra, se ha entendido como una reiteración de los elementos subjetivos establecidos en el artículo 30 del Estatuto de Roma¹⁶³⁵. Debe tenerse en cuenta que el conocimiento subyace a toda intención, porque no es posible tener la voluntad de llevar a cabo una acción que no se conoce. Ese conocimiento puede estar errado, pero en todo caso para que el autor tenga el propósito de que su acto se enmarque en un ataque sistemático o generalizado, que responda a cierto plan o política, será necesario que conozca, al menos de manera general, las características del ataque, aunque este esté apenas empezando. En ese orden de ideas, la referencia de los Elementos de los Crímenes es una remisión al artículo 30 que pretende abarcar los casos en los cual el ataque se encuentra en un punto de inicio.

Adicionalmente, debe verificarse que el sujeto activo hace parte de un aparato estatal o de una organización y que actúa de conformidad con un plan o política, aunque solamente conozca su existencia de manera general. Esto debe entenderse así porque lo contrario llevaría a banalizar los delitos de lesa humanidad y a poder catalogar como un crimen de este tipo delitos ordinarios, solamente con base en la intención de un sujeto particular. De hecho, autores como CASSESE hacen una interpretación restrictiva de los elementos subjetivos de los delitos de lesa humanidad, exigiendo que, cuando menos, el sujeto sepa que existe la posibilidad de que sus acciones constituyan delitos de lesa humanidad. Afirma este autor que “(...) *It is necessary for the subjective element of crimes against humanity to take on one of*

¹⁶³⁴ Afirma ESER que “(...) *surge la pregunta si el soldado raso, que toma parte en una determinada acción militar, debe tener conocimiento del plan global o si ello sólo se refiere a los altos mandos militares y a determinados estrategias policíacos. Este problema aún no ha sido resuelto por completo, aunque desde mi perspectiva sería suficiente con que el autor supiera que está participando en una política inhumana aunque no conozca la magnitud ni los detalles del plan global*”, por lo que no puede entenderse que sea posible prescindir de todo elemento cognoscitivo. ESER. *Hacia...*, op.cit. p. 47.

¹⁶³⁵ En la sentencia de juicio de *Blaškić*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia afirmó que no basta con que el sujeto tomara el riesgo consciente de que su actuación estuviera enmarcada en un plan o política de este tipo, para que pueda afirmarse que actuó con el grado de conocimiento requerido. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscalía vs. *Blaškić*, Sentencia de Juicio, 29 de julio de 2004, par. 125-126.

the following forms: (a) The awareness, in the agent, of the possibility of being or becoming instrumental in the execution of a governmental policy or inhumanity or of a systematic practice of atrocities (...) (b) the awareness of the possibility that one's actions are very likely to result in the perpetration of atrocities. (...) Finally, it should be noted that the requisite mental element need not imply that the offender be cognizant of the legal definitions or legal implications of crimes against humanity"¹⁶³⁶.

ii. Crímenes de Guerra

El origen del derecho penal internacional está fuertemente vinculado con los crímenes de guerra. Fueron estos los primeros delitos en ser regulados mediante instrumentos internacionales como los Convenios de la Haya de 1899 y 1907 y en ser juzgados por tribunales internacionales. Así pues, en los orígenes del derecho penal internacional se encuentra la preocupación de los Estados por limitar las consecuencias de la guerra, mediante el establecimiento de normas que regulen los medios y las armas permitidos. Como consecuencia, los crímenes de guerra incorporados hoy en el artículo 8 del Estatuto de Roma, hacen referencia a las Convenciones de Ginebra de 1949 y a los usos y costumbres de la guerra reconocidos por el derecho internacional; el vínculo de estos delitos con el derecho internacional humanitario es innegable.

No obstante, no toda violación al derecho internacional humanitario constituye un crimen de guerra, como lo demostró la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, cuyo Estatuto preveía en el artículo 3 que el Tribunal era competente para juzgar las graves violaciones a los usos y costumbres de la guerra. Para delimitar la aplicación de este artículo, la Sala de Apelaciones estableció cuatro criterios. De acuerdo con ellos, para que una violación al derecho internacional humanitario sea un crimen de guerra se requiere

¹⁶³⁶ CASSESE. "Crimes...", op.cit. p. 365. [Es necesario que el elemento subjetivo de los crímenes de lesa humanidad tome una de las siguientes formas: (a) la conciencia, en el agente, de la posibilidad de ser instrumental en la ejecución de una política gubernamental o de inhumanidad o de una práctica sistemática de las atrocidades (...) (b) la conciencia de la posibilidad de que las acciones de uno sean muy propensas a cometer atrocidades. (...) Finalmente, debe notarse que el elemento mental requerido no implica que el delincuente tenga conocimiento de las definiciones legales o implicaciones legales de los crímenes de lesa humanidad] (traducción libre).

que “(i) *the violation must constitute an infringement of a rule of international humanitarian law; (ii) the rule must be customary in nature or, if it belongs to treaty law, the required conditions must be met ; (iii) the violation must be "serious", that is to say, it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim. (...); (iv) the violation of the rule must entail, under customary or conventional law, the individual criminal responsibility of the person breaching the rule*”¹⁶³⁷.

En la redacción del Estatuto de Roma se siguió la tradición que se utilizó para definir estos crímenes en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* por lo que el artículo 8 diferencia, por un lado, entre las violaciones a las Convenciones de Ginebra y las violaciones a los usos y costumbres de la guerra; y por otro, entre los conflictos armados internos e internacionales¹⁶³⁸. A partir de esa distinción, el Estatuto de Roma tienen cuatro listas

¹⁶³⁷ TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadic*, Resolución de la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción, 2 de octubre de 1995. par. 94 [(I) la violación debe constituir una violación de una regla del derecho internacional humanitario; (ii) la regla debe ser de naturaleza consuetudinaria o, si pertenece a la ley del tratado, se deben cumplir las condiciones requeridas; (iii) la violación debe ser “grave”, es decir, debe constituir una violación de una regla que protege valores importantes, y la violación debe implicar graves consecuencias para la víctima (...); (iv) la violación de la regla debe implicar, según el derecho consuetudinario o convencional, la responsabilidad penal individual de la persona que incumpla la regla] (traducción libre).

¹⁶³⁸ Estatuto de Roma. «Artículo 8. *Crímenes de Guerra. 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. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”: a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: (...) b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...) c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa: d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos (...)*».

taxativas que conforman el artículo 8 y describen los crímenes de guerra¹⁶³⁹. A pesar de que mantener la diferenciación entre los crímenes de guerra cometidos en un conflicto armado internacional y aquellos cometidos en un conflicto armado interno constituye un retroceso con respecto a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc*¹⁶⁴⁰, es en el Estatuto donde se han definido con mayor claridad estos delitos. A diferencia de los Estatutos anteriores, el Estatuto de Roma no contiene cláusulas generales para la determinación de estos delitos, sino que se ha incluido una lista que, aunque larga, es taxativa¹⁶⁴¹.

Los crímenes de guerra comenzaron a perseguirse en el derecho internacional como un mecanismo para proteger a los civiles que quedaban en medio de los conflictos armados, y a los combatientes que dejaban de participar en las hostilidades por enfermedad, lesión o por cualquier otro motivo. A partir de esa necesidad, se fueron estableciendo normas que buscaban excluir de la guerra las armas y los métodos de guerra más nocivos, que se convirtieron poco a poco en normas de derecho internacional y hoy en día constituyen el derecho internacional humanitario. No obstante, los crímenes de guerra no protegen ese sistema de derecho, pues un orden normativo no puede constituir un bien jurídico tutelado; esto es solamente el cuerpo normativo que regula los actos bélicos. Los crímenes de guerra son delitos internacionales porque, además de los bienes jurídicos individuales que protegen como la vida, la libertad y la autonomía, protegen bienes jurídicos supraindividuales, del mismo modo que lo hacen los crímenes de lesa humanidad. *“El bien jurídico protegido por los crímenes de guerra lo constituye –como generalmente sucede con los crímenes más serios del derecho penal internacional – la paz global y la seguridad internacional, las cuales son*

¹⁶³⁹ Afirma SADAT que “[t]he Rome Statute is much more detailed than any of the predecessor instruments, which has the virtue of making it more complete and the defect of expressly excluding certain very serious threats to international peace and security”. SADAT. *The International...*, op.cit. p.160. “El Estatuto de Roma es mucho más detallado que cualquiera de los instrumentos anteriores, tiene la virtud de ser más completo y el defecto de excluir expresamente ciertas amenazas muy graves para la paz y la seguridad internacionales] (traducción libre).

¹⁶⁴⁰ Se debe tener en cuenta que “[t]he dynamic development of international law seems to be moving towards the abolition of the distinction between crimes committed in the context of an international or non-international armed conflict”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p.75. Además, el TPIY afirmó varias veces en el caso *Fiscalía vs Tadić* que no debía mantenerse la distinción entre conflictos armados internos e internacionales. [El desarrollo dinámico del derecho internacional parece estar avanzando hacia la abolición de la distinción entre los delitos cometidos en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional] (traducción libre).

¹⁶⁴¹ DAVID. *Éléments...*, op.cit. p. 50

lesionadas por medio de vulneraciones contra las costumbres y las leyes reconocidas en general para la conducción de la guerra.”¹⁶⁴²

No obstante, en algunos aspectos como la inclusión de armas químicas, biológicas y nucleares el Estatuto de Roma no ha sido suficiente, por lo que es posible que la costumbre siga siendo importante en los procesos por crímenes de guerra, cuando menos en los Tribunales *ad hoc*, pues el artículo 22 del Estatuto de Roma impide que se apliquen delitos derivados directamente de la costumbre. Por lo mismo esta lista continúa en aumento. Durante la Conferencia de Kampala en 2010 se modificó el apartado e) del párrafo 2, añadiendo los párrafos 2 e) (xiii) a 2 e) (xv) que sancionan como crímenes de guerra, el empleo de veneno, gases o líquidos asfixiantes o similares y ciertas balas específicas, cuando sean utilizadas en el contexto de un conflicto armado interno¹⁶⁴³. A la conducta descrita en los literales del artículo 8 debe sumarse, desde luego, el elemento subjetivo general que establece el artículo 30 del Estatuto de Roma, salvo que en la descripción del artículo 8 del Estatuto de Roma o en los Elementos de los Crímenes se prevea uno distinto frente a alguno de los elementos objetivos, lo que sucede en varios casos. Adicionalmente, como en los dos crímenes que se explicaron anteriormente, el artículo inicia con una clausula general que se compone de un elemento de contexto y de una norma que hace referencia a la competencia de la Corte sobre estos crímenes¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴² AMBOS, Kai. *Conceptos básicos del Derecho Internacional Humanitario y el nuevo crimen de agresión*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012. p. 24. *En igual sentido se pronuncia Werle al afirmar que “(...) el derecho internacional bélico protege además (de los bienes jurídicos individuales) bienes jurídicos supraindividuales. Como los demás tipos penales básicos del derecho penal internacional, sirve para proteger la paz mundial”* WERLE. *Tratado...*, op.cit. p.448.

¹⁶⁴³ Resolución RC/Res.5, de la 12a sesión plenaria del 11 de junio de 2010.

¹⁶⁴⁴ Afirma CASSESE que “[g]enerally speaking, the Rome Statute appears to be praiseworthy in many respects as far as substantive criminal law is concerned. Many crimes have been defined with the required degree of specificity, and the general principles of criminal liability have been set out in detail”. CASSESE, *International...*, op.cit. p. 58. [En términos generales, el Estatuto de Roma parece ser loable en muchos aspectos en lo que se refiere al derecho penal sustantivo. Muchos delitos se han definido con el grado requerido de especificidad, y los principios generales de responsabilidad penal se han detallado] (traducción libre).

1. Objeto del elemento subjetivo.

a. El elemento contextual.

El primer inciso del artículo 8 del Estatuto de Roma afirma que «[l]a 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». Los Elementos de los Crímenes no hacen referencia a esta disposición, así que su interpretación ha quedado enteramente en manos de la doctrina y de la jurisprudencia. A diferencia de lo que sucede con los crímenes de lesa humanidad, esta norma no incluye un requisito a la definición de los crímenes de guerra, un solo acto puede ser un crimen de guerra¹⁶⁴⁵, sino que está diseñada para limitar la competencia de la Corte Penal Internacional¹⁶⁴⁶.

El texto utiliza la expresión “en particular” (“*in particular*” “*en particulier*”) que no representa una limitación imperiosa a la competencia de la Corte en razón de la materia, pues no se exige que los crímenes de guerra sean cometidos a gran escala para que la Corte pueda procesar a los responsables, sino que se pretende que la Corte y, en especial la fiscalía, de prioridad a aquellos crímenes de guerra que cumplan con estas características, sobre aquellos que se lleven a cabo de forma aislada, que pueden ser más fácilmente perseguidos por los sistemas judiciales de los países donde se cometan¹⁶⁴⁷. Esto se entiende, si se tiene en cuenta

¹⁶⁴⁵ Así pues, “*With the inclusion of the words ‘in particular’, this provision invites the Court to focus on the most serious cases but does not exclude the possibility of exercising jurisdiction over an isolated war crime where the severity or effect of that crime so warrants*”. KIRSCH. ROBINSON. “Reaching...”, op.cit. p. 80. [Con la inclusión de las palabras “en particular”, esta disposición invita a la Corte a centrarse en los casos más graves, pero no excluye la posibilidad de ejercer jurisdicción sobre un crimen de guerra aislado donde la gravedad o el efecto de ese crimen así lo ameritan] (traducción libre).

¹⁶⁴⁶ Explica ESER, “*Entretanto esto hace preguntarse hasta qué punto es compulsiva esta restricción; tal habría sido el caso si los Estados Unidos hubieran cumplido su deseo de iniciar la cláusula general con el término «solo», sin embargo se utilizó el término «en particular» con lo que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional puede ir más allá de las llamadas metas políticas expresamente mencionadas o «large-scale-commission», al poder conocer de casos como el de la destrucción total de un pueblo indefenso aunque se demuestre que ello no formó parte de algún plan global de ataque*”. ESER. *Hacia...*, op.cit. p. 49.

¹⁶⁴⁷ «*Qui plus est, il ne s’agit pas d’une condition au sens strict, mais plutôt d’une simple indication, tendant à encourager la Cour à éviter de prendre en compte des cas isolés de crimes de guerre pour privilégier des actes commis dans un contexte systématique ou massif*». DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 199. [Además, no es una condición en el sentido estricto del término, sino más bien una mera indicación, para alentar a la Corte a evitar tomar en cuenta los casos aislados de crímenes de guerra en favor de los actos cometidos en un contexto sistemático o masivo] (traducción libre).. En el mismo sentido afirma DAVID que «*Autrement dit, si formellement la Cour peut connaître de tout crime de guerre, en pratique, elle ne devrait exercer sa compétence*

que la Corte cuenta con recursos limitados y depende en gran medida de la colaboración de los Estados, sobre todo en lo que se refiere a los actos de investigación. Adicionalmente, esta norma es coherente con la disposición del artículo 5 del Estatuto de Roma, según la cual, «[l]a competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto» y con el principio de complementariedad¹⁶⁴⁸.

En este contexto, los términos plan o política deberían ser interpretados por la Corte tal y como se ha interpretado el requisito incluido en los Elementos de los Crímenes para los delitos de lesa humanidad. Frente a la idea de que los crímenes de guerra puedan ser cometidos “*en gran escala*”, es decir que son especialmente graves porque implican un elevado número de víctimas o daños, por ejemplo. Sin embargo, dado que no se trata de un elemento de estos crímenes, sino solamente de un presupuesto para la actuación de la Corte, no se exige que la *mens rea* del autor cubra el plan o política. Es decir que no se requiere que el autor tenga conocimiento, mucho menos dolo, de que su crimen quede comprendido dentro de esa política, puede incluso ignorar su existencia, a diferencia de lo que sucede con los delitos de lesa humanidad. En el mismo sentido, esta cláusula no tiene ninguna implicación en términos de la punibilidad de la conducta¹⁶⁴⁹.

Por el contrario, para que el delito pueda calificarse como un crimen de guerra y no sea solamente un delito común, este debe cometerse en el contexto de un conflicto armado interno o internacional. Aunque el Estatuto de Roma zanjó la discusión sobre si podían cometerse crímenes de guerra en un conflicto armado interno, pues en el artículo octavo, numeral dos, literales c) y e) establece algunas conductas que constituyen crímenes de guerra en un conflicto armado que no sea de índole internacional, este no ha sido un tema pacífico en la historia de esta figura. Estaba claro que en el ámbito de los conflictos internacionales existían una serie de conductas cuya sanción era del interés de la comunidad internacional, pero permitir la intervención de otros Estados como jueces de nacionales involucrados en un

que s'ils sont commis en grand nombre ou à la suite d'un plan concerté : de minimis non curat curia (...) ». DAVID. *Éléments...*, op.cit. p. 1038. [En otras palabras, si formalmente el Tribunal puede conocer algún crimen de guerra, en la práctica, debería ejercer su jurisdicción solo si se cometen en gran número o como resultado de un plan concertado: *de minimis non curat curia*] (traducción libre).

¹⁶⁴⁸ FERNANDES. *La Corte...*, op.cit. p.121.

¹⁶⁴⁹ WERLE. *Tratado...*, op.cit. p. 204.

conflicto interno, constituía una violación a la soberanía de los Estados y por esta razón, la existencia de crímenes de guerra en estos contextos ha sido más discutida.

Como consecuencia del aumento de los conflictos internos y de la disminución de los conflictos internacionales, así como de los efectos que tenían para las regiones, la comunidad internacional vio la necesidad de regular estos enfrentamientos¹⁶⁵⁰. Así lo reconoció el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que afirmó que “[i]t follows that it does not matter whether the “serious violation” has occurred within the context of an international or an internal armed conflict, as long as the requirements set out above are met”¹⁶⁵¹ refiriéndose a los requisitos que fueron mencionados antes, estableciendo además que los usos y costumbres de la guerra son normas de *ius cogens*, independientemente del tipo de conflicto en el cual se lleven a cabo estos crímenes¹⁶⁵².

De acuerdo con lo anterior, es necesario distinguir los conflictos armados internos de los conflictos armados internacionales, pues de ese contexto depende la identificación del delito aplicable. De acuerdo con el Tribunal para la ex Yugoslavia, “an armed conflict exists

¹⁶⁵⁰ Aún así no puede olvidarse que “Insofar as article 8 separates the law applicable to the former category of armed conflict from that applicable to the latter category, it is somewhat retrograde, as the current trend has been to abolish the distinction and to have simply one corpus of law applicable to all conflicts. It can be confusing – and unjust – to have one law for international armed conflict and another for internal armed conflict”. CASSESE. *International...*, op.cit. p. 61. [En la medida en que el artículo 8 separa la ley aplicable a la primera categoría de conflicto armado de la aplicable a la última categoría, es un tanto retrógrado, ya que la tendencia actual ha sido abolir la distinción y tener simplemente un corpus de ley aplicable a todos los conflictos. Puede ser confuso, e injusto, tener una ley para el conflicto armado internacional y otra para el conflicto armado interno] (traducción libre). Al respecto explica ZAPPALÀ que “Sin embargo, los Estados, al negociar el Tratado, se han negado a seguir adelante hacia la eliminación de cualquier distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales, atendiendo firme la previsión de distintas categorías de crímenes de guerra dependiendo de la naturaleza del conflicto.” ZAPPALÀ. *Qué es...*, op.cit. p. 45.

¹⁶⁵¹ TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadic*, Resolución de la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción, 2 de octubre de 1995. par. 94 [De ello se deduce que no importa si la “violación grave” ha ocurrido en el contexto de un conflicto armado internacional o interno, siempre que se cumplan los requisitos establecidos anteriormente] (traducción libre).

¹⁶⁵² Así lo explica MARCHUK “[t]his was done in order to “ensure the universality of treatment of war crimes in their repression, and to draw public attention to the crimes committed by persons who were to be searched for in all States. (...) This category of crimes has been elevated to customary international law due to the virtually uniform practice as well as the universal ratification of the Geneva Conventions”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 76. [Esto se hizo para “garantizar la universalidad del tratamiento de los crímenes de guerra en su represión, y para llamar la atención pública sobre los crímenes cometidos por personas que debían buscarse en todos los Estados. (...) Esta categoría de delitos se ha elevado al derecho internacional consuetudinario debido a la práctica casi uniforme así como a la ratificación universal de los Convenios de Ginebra] (traducción libre).

*whenever there is a resort to armed force between States*¹⁶⁵³. Así pues, habrá conflicto armado internacional cuando se enfrenten dos Estados, a través de sus ejércitos. Sin embargo, el artículo 1 del Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra amplía esta definición e incluye, también, los conflictos que se producen en ejercicio del derecho a la autodeterminación de los pueblos, como las guerras de liberación de la dominación colonial, la ocupación extranjera o los regímenes de opresión racial¹⁶⁵⁴.

Por su parte, los conflictos armados internos se identifican generalmente con base en dos criterios. En primer lugar, las hostilidades deben alcanzar un umbral de intensidad tal que no permita calificar de conflicto armado los disturbios sociales, las situaciones de tensiones internas, los motines o los actos esporádicos de violencia, tal como lo establece el literal d) del párrafo 2 c) del artículo 8 del Estatuto de Roma. Son conflictos armados internos aquellos casos en los cuales el Estado se ve obligado a utilizar a las fuerzas armadas para mantener el orden, por ejemplo¹⁶⁵⁵.

En segundo lugar, los grupos no gubernamentales considerados actores dentro del conflicto armado interno deben estar organizados como una fuerza armada, tener una estructura jerárquica y tener la capacidad de realizar operaciones militares de las que se derive el

¹⁶⁵³ TPIY, Sala de Apelaciones, *El Fiscal vs. Tadic*, Resolución de la Moción de la Defensa para una Impugnación Interlocutoria a la Jurisdicción, 2 de octubre de 1995. para. 70. [Existe un conflicto armado siempre que se recurra a la violencia entre los Estados] (traducción libre).

¹⁶⁵⁴ Protocol Additional to The Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to The Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), of 8 June 1977 «Article 1. (...) 4. *The situations referred to in the preceding paragraph include armed conflicts in which peoples are fighting against colonial domination and alien occupation and against racist régimes in the exercise of their right of self-determination, as enshrined in the Charter of the United Nations and the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*». Al respecto, GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 394. [Artículo 1. (...) 4. La situación a la que se refiere el párrafo precedente incluye conflictos armados en los que las personas están pelear en contra de la dominación colonial, la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio de su derecho a autodeterminarse, tal como está establecido en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración de Principios de Derecho Internacional con respecto a las relaciones amistosas y la cooperación entre Estado de acuerdo con la Carta de Naciones Unidas] (traducción libre).

¹⁶⁵⁵ «*It is firmly established customary law that international humanitarian law governs the conduct of both international and non-international armed conflicts*». MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 92. En el mismo sentido, DE FROUVILLE. *Droit ...*, op.cit. p. 201. [Se ha establecido contundente derecho consuetudinario con respecto a que el derecho internacional humanitario rige la conducta de los partícipes en conflictos armados internacionales y no internacionales] (traducción libre).

elevado umbral de violencia¹⁶⁵⁶. La incorporación de las violaciones a los usos y costumbres de la guerra, así como a las Convenciones de Ginebra de 1949 en los conflictos armados internos como crímenes de guerra del Estatuto de Roma, constituye un avance importante dentro del derecho penal internacional. No obstante, aún no están allí reflejados todos los actos que son considerados crímenes de guerra en este contexto, de acuerdo con la costumbre internacional¹⁶⁵⁷.

Ahora bien, la identificación del conflicto armado debe hacerse con base en criterios objetivos y no es determinante para ello si una de las partes, o varias, no reconocen que existe el conflicto y la aplicación del derecho internacional humanitario¹⁶⁵⁸. Estas normas especiales rigen las situaciones de conflicto desde que estas inician, hasta más allá de la cesación de las hostilidades, cuando materialmente se hayan logrado condiciones de paz ¹⁶⁵⁹. Adicionalmente, será aplicable en los lugares en los cuales se lleven a cabo los combates, así como en los territorios que controlen las partes en el conflicto, sean o no estatales, en los que se lleven a cabo actividades relacionadas con él. En consecuencia, es necesario probar que, entre el hecho individualmente considerado y el conflicto armado existió un vínculo o nexo que fue determinante para que el delito se cometiera.

Sin importar en cuál de los dos tipos de conflicto se produzca el delito, entre la conducta y el conflicto armado debe existir ese nexo que envuelve dos elementos. De acuerdo con los Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional la conducta debe «*haber tenido lugar en el contexto de*» y «*haber estado relacionada con*»¹⁶⁶⁰ un conflicto armado. Es decir

¹⁶⁵⁶ Con respecto a estos elementos, TPIY, Sala de Primera Instancia, *El Fiscal vs. Limaj*, Sentencia de Juicio, 30 de noviembre de 2005. para. 94 a 134.

¹⁶⁵⁷ Sobre esto afirma MARCHUK que “*Not all underlying acts yet reflect the existing customary law, however, they demonstrate the evolving customary nature of such prohibitions and the development of international law at a fast pace*” MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p.81. [No todos los actos subyacentes reflejan el derecho consuetudinario, sin embargo, demuestran la naturaleza evolutiva de estas prohibiciones y el desarrollo del derecho internacional de manera rápida] (traducción libre).

¹⁶⁵⁸ En ese sentido, TPIR, Sala de Juicio, *Fiscalía vs Laurent Semanza*, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, par. 357. TPIR, Sala de Juicio I, *Fiscalía vs Bagilishema*, Sentencia de Juicio, 7 de junio de 2001, par. 101. TPIR, Sala de Juicio I, *Fiscalía vs Jean-Paul Akayesu*, Sentencia de Juicio, 2 de septiembre de 1998, par. 603.

¹⁶⁵⁹ CASSESE. SCALIA. THALMANN. *Les grands...*, op.cit. p. 180.

¹⁶⁶⁰ Este es uno de los dos últimos elementos que los Elementos de los Crímenes exige para cada uno de los crímenes de guerra del artículo 8.

que la conducta debió cometerse durante el desarrollo de un conflicto armado, en el territorio donde tiene lugar ese conflicto y debe analizarse, tal como lo hizo el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia si el conflicto armado facilitó la comisión del crimen e influyó en la decisión y los motivos del sujeto activo de cometerlo¹⁶⁶¹. “*To show the presence of the link, it suffices that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict. (...) If it can be established that the perpetrator acted in furtherance of or under the guise of the armed conflict, it is sufficient to conclude that his acts were closely related to the armed conflict*”¹⁶⁶².

A partir de lo anterior se ha cuestionado si la fiscalía deberá probar en cada uno de los casos ante la Corte Penal Internacional, la existencia del conflicto armado o, si ya que se haya establecido la existencia de este contexto en una situación, en todos los casos que pertenezcan a ella se dará por probado el elemento y no será necesario reabrir el litigio en ese punto. Así entendido, solamente sería necesario que se probara el nexo entre la conducta y el contexto de conflicto armado¹⁶⁶³. Esta sería la posición acertada debido a que otorga unidad y coherencia entre los distintos casos de una misma situación, pues sería ilógico que se reconociera la existencia del conflicto armado en un caso y en otro no; en el mismo sentido, entender que este elemento contextual ha sido probado para todos los casos de una misma situación, una vez que haya sido aceptado en el primer caso, implica un aporte importante a la eficiencia de todo el sistema. En cualquier caso, es poco probable que, una vez establecido el conflicto armado por una Sala de la Corte, esta misma sala u otra desconozca ese precedente¹⁶⁶⁴.

¹⁶⁶¹ BOTHE, Michael. “War Crimes” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 388.

¹⁶⁶² MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p.94. [Para probar la existencia del vínculo, es suficiente que los crímenes estuvieran fuertemente relacionados con las hostilidades que ocurrieron en otras partes del territorio controladas por las partes en conflicto (...). Si puede establecerse que el perpetrador actuó en cumplimiento o bajo el disfraz del conflicto armado, es suficiente para concluir que sus actos estaban fuertemente relacionados con el conflicto armado] (traducción libre).

¹⁶⁶³ SADAT llama a esto “*estoppel by judgment*” SADAT. *The International...*, op.cit. p.146.

¹⁶⁶⁴ Los literales e) y f) del Estatuto de Roma hacen referencia a que los crímenes allí consagrados deberán ser cometidos en conflictos armados internos “prolongados”, a diferencia de los crímenes de guerra que surgen a partir de las Convenciones de Ginebra que se aplican a los conflictos armados internos, sin que estos tengan otra calificación. De acuerdo con esto “*la diferencia entre un conflicto armado “normal” y uno “prolongado” se reduce en realidad a una simple diferencia temporal que, no obstante, no se define con suficiente precisión.*”

Otro punto importante que debe analizarse para identificar el contexto en el cual se cometen los crímenes de guerra, especialmente en los casos de conflictos armados internos, es la identificación de los grupos armados que pueden participar en las hostilidades. Dentro de las características más relevantes se encuentran el hecho de que la estructura tenga un mando responsable, con algún grado de organización, aunque esta no necesariamente deba responder a una estructura militar similar a la de las fuerzas armadas de un Estado. Principalmente, es necesario que el grupo tenga la capacidad, en términos de tamaño de la organización y de armamento, de planear y llevar a cabo operaciones militares ininterrumpidas, de conformidad con unos objetivos previamente establecidos. También se ha tenido en cuenta que dentro del grupo se ejerza una cierta disciplina y que esta se haga extensiva a los civiles que se encuentren bajo el control del grupo¹⁶⁶⁵.

Esto es fundamental porque, a partir de la identificación del grupo armado, no solamente se determina la existencia de un conflicto armado y, a partir de allí la aplicación de las normas de derecho internacional humanitario, sino que solamente por contraposición a los miembros de este grupo pueden reconocerse los civiles y quienes no participan en las hostilidades, que son las víctimas principales de los crímenes de guerra. Cualquier persona que no sea miembro de las fuerzas armadas de una de las partes en conflicto o que no participe directamente en las hostilidades¹⁶⁶⁶ es un civil y, en consecuencia, una persona protegida por el derecho internacional humanitario. No obstante, para que se considere que una persona pertenece a una organización armada o participa en las hostilidades, no se requiere que tenga un cargo oficial dentro de la organización, sino que basta con que sostenga con ella una relación de facto. Adicionalmente, tampoco participan directamente en las hostilidades y, por tanto, también son personas protegidas, quienes han sido puestos fuera de combate (*hors de combat*), porque están heridos, enfermos o son prisioneros de guerra¹⁶⁶⁷.

Dada la arbitrariedad de la distinción, es necesario proporcionar una interpretación restringida del término “prolongado”. AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 54.

¹⁶⁶⁵ AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 52.

¹⁶⁶⁶ Los civiles pueden perder la protección del derecho internacional humanitario cuando participan directamente en las hostilidades, lo que no implica hacer parte del grupo armado, sino involucrarse en una acción bélica específica de un grupo armado particular. La protección se pierde durante la duración del acto específico que ayude al grupo en la actuación, luego de lo cual se recupera la protección del derecho internacional humanitario.

¹⁶⁶⁷ Al respecto debe recordarse que “[s]pecial attention should be paid to crimes committed by civilians against other civilians. They may constitute war crimes, provided there is a link or connection between the offence and

b. El elemento objetivo (*actus reus*).

El artículo 8 del Estatuto de Roma divide los crímenes de guerra de acuerdo con el contexto en el cual se han cometido y la fuente original en donde se encuentran prohibidos¹⁶⁶⁸. Para identificar el delito aplicable, debe establecerse, en primer lugar, si el conflicto armado en el que se han cometido es de carácter interno o internacional¹⁶⁶⁹. En los casos en los cuales se trate de crímenes cometidos en un conflicto armado internacional, se deberá distinguir entre las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949¹⁶⁷⁰ y otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales¹⁶⁷¹. En lo referente a los crímenes cometidos en el contexto de un conflicto armado interno, el Estatuto diferencia entre las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra¹⁶⁷² y otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos¹⁶⁷³. Así pues, hay cuatro listas distintas de delitos, que en ocasiones se solapan entre sí¹⁶⁷⁴.

the armed conflict. If such a link is absent, the branch does not amount to a war crime, but simply constitutes an 'ordinary' criminal offence under the law applicable in the relevant territory". CASSESE. *International...*, op.cit. p. 49. [se debe prestar especial atención a los crímenes cometidos por civiles en contra de otros civiles. Estos pueden constituir crímenes de guerra, siempre que exista un vínculo o conexión entre la ofensa y el conflicto armado. Si ese vínculo está ausente, la violación no alcanza a constituir un crimen de guerra, sino que constituye simplemente un crimen ordinario al cual deberá aplicarse la ley relevante en el territorio determinado] (traducción libre).

¹⁶⁶⁸ DAVID. *Éléments...*, op.cit. p. 1040.

¹⁶⁶⁹ Los conflictos armados no internacionales están regulados en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949. De acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, este artículo es una norma que ha alcanzado el carácter de *ius cogens*. Corte Internacional de Justicia, Nicaragua vs. Estados Unidos de Norte América (Actividades militares y paramilitares en contra de Nicaragua), sentencia del 27 de junio de 1986, decisión de fondo, par. 218-220.

¹⁶⁷⁰ Estatuto de Roma, «Artículo 8. Crímenes de Guerra. (...) 2. (...) a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente (...)».

¹⁶⁷¹ Estatuto de Roma, «Artículo 8. Crímenes de Guerra. (...) 2. (...) b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)».

¹⁶⁷² Estatuto de Roma, «Artículo 8. Crímenes de Guerra. (...) 2. (...) c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa (...)».

¹⁶⁷³ Estatuto de Roma, «Artículo 8. Crímenes de Guerra. (...) 2. (...) e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: (...)».

¹⁶⁷⁴ BOTHE. "War Crimes"..., op.cit. p. 386.

En el mismo sentido, dentro del Estatuto de Roma se han establecido como crímenes de guerra aquellos hechos que atentan contra las personas y los bienes internacionalmente protegidos, que son principalmente los civiles y quienes han dejado de participar en los actos bélicos, así como los bienes civiles y culturales; los crímenes contra los combatientes y los civiles, que no se encuentran establecidos por los Convenios de Ginebra; y, finalmente, los crímenes que se constituyen por el uso de medios de guerra prohibidos. Así, por ejemplo, se han prohibido varias formas de homicidio, a lo largo del artículo, que incluyen, dentro de los conflictos armados internacionales, el homicidio intencional como violación a los Convenios de Ginebra, el homicidio de un combatiente rendido o indefenso y la muerte a traición. En igual sentido, en el contexto de un conflicto armado interno, se sancionan los atentados contra la vida «*especialmente el homicidio en todas sus formas*» y también la muerte a traición. Además del contexto en el cual se cometan los delitos, será aplicable la norma más especial, es decir la que mejor se adecúen los elementos que hayan concurrido en la realización de los hechos¹⁶⁷⁵.

Un aspecto importante que se debe tener en cuenta a la hora de identificar los delitos que se sancionan como crímenes de guerra en el Estatuto de Roma es que, aunque aparentemente se trata de muchos actos que también se sancionan como crímenes de lesa humanidad, los elementos de estos delitos son distintos, incluso más allá de los elementos contextuales. Un buen ejemplo es el crimen de tortura que se sanciona en los artículos 7, 1 f) y 8, 2 c) i) del Estatuto de Roma, como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra respectivamente. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los Elementos de los Crímenes no asignan los mismos elementos a cada uno de ellos. Mientras que en el caso del artículo 7 no se exige ninguna finalidad, el crimen de guerra debe cometerse con “*los fines de obtener*

¹⁶⁷⁵ Explica BOTHE que “[a]s subparagraphs (a) and (b) reflect two completely different approaches to the relationships between primary and secondary rules, there is a considerable amount of overlap between the two subparagraphs. Almost all crimes covered by subparagraph (a) correspond to an item in subparagraph (b). But it is impossible to apply both subparagraphs concurrently. Where the definition of the crime is not exactly the same, the stricter rule, the rule giving more protection to the victims, would apply”. BOTHE. “War Crimes”..., op.cit. p. 396. [los subpárrafos (a) y (b) reflejan dos aproximaciones completamente distintas con respecto a la relación entre las normas primarias y secundarias, existiendo un solapamiento considerable entre los dos subpárrafos. Casi todos los crímenes cubiertos por el subpárrafo (a) corresponden a un ítem en el subpárrafo (b). Pero es imposible aplicar ambos subpárrafos de manera concurrente. Cuando la definición del crimen no es exactamente la misma, la norma más estricta, aquella que da más protección a las víctimas, aplicará] (traducción libre).

información o una confesión, como castigo, intimidación o coacción o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo". La importancia de estos fines en la definición del crimen de tortura fue reconocida por la Sala de Cuestiones Preliminares I que absolvió a *Bemba* del crimen de tortura como crimen de guerra por la inexistencia de los fines dentro de la conducta¹⁶⁷⁶.

2. El elemento de intencionalidad.

Adicionalmente, dentro de las distintas descripciones de los crímenes de guerra se han incorporado una serie de elementos subjetivos especiales, principalmente porque muchas de ellas se han copiado literalmente de los Convenios de Ginebra¹⁶⁷⁷, sin percatarse de que algunos de esos términos no se encuentran definidos en el Estatuto de Roma, especialmente en el artículo 30 que es el que hace referencia al elemento de intencionalidad en los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional¹⁶⁷⁸. Así, tanto las definiciones que se encuentran en el Estatuto de Roma, como los Elementos de los Crímenes establecen en algunos casos, estándares subjetivos que modifican la regla general contenida en el Estatuto y que requieren de una interpretación especial para hacer posible su aplicación¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁶ International Criminal Court. Pre-Trial Chamber II. Situation in the Central African Republic. Case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 15 June 2009. par. 293 y ss.

¹⁶⁷⁷ Explica VAN DER VYVER que “[t]he mens rea requirements for war crimes raise several intricate questions, due largely to the fact that drafters of the ICC Statute were more set on maintaining the exact wording of treaties in force from which the particular war crimes derived than on maintaining consistency of formulation as required by the demands of statutory construction”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 110. [la mens rea requerida para los crímenes de guerra genera varias preguntas complejas, principalmente dado que los redactores del Estatuto de la CPI estaban más interesados en mantener la redacción exacta de los tratados en vigor de los cuales derivaron los crímenes de guerra, que en mantener la consustencia de las formulaciones tal como lo exigía la construcción del estatuto] (traducción libre).

¹⁶⁷⁸ “La múltiple utilización, ya mencionada, de los conceptos “intentional(ly)”, “willful(ly)” y “wantonly” ha de atribuirse a que el art. 8 codifica esencialmente el derecho internacional humanitario existente. Allí, no parece haberseles atribuido a estos conceptos significados diversos”. AMBOS. *La Parte...*, op.cit. p. 430.

¹⁶⁷⁹ Con respecto a la incorporación del término intención en algunas de estas definiciones afirma BOTHE, que “(...) Thus, the express mention of intent in certain items of the catalogue appears to be superfluous, at least at a first glance. It is submitted, however, that these express references to intend means a modification of the rule contain in Article 30, according to which, in relation to the consequences of a conduct, knowledge that they would occur in the ordinary course of events is sufficient. In these cases where intent is specifically requiring, this means that not only the actual conduct, but also the consequences must be covered by the intent”. BOTHE. “War Crimes”..., op.cit. p. 389. [Así, la mención expresa de la intención en ciertos items parece superflua en un principio. Debe admitirse, sin embargo, que estas referencias expresas a la intención significan modificaciones de la regla contenida en el artículo 30, de acuerdo con las cuales, en relación con la consecuencia

Por ejemplo, el primer crimen consagrado en el artículo 8 del Estatuto de Roma es el «*homicidio intencional*» (*Wilful killing; L'homicide intentionnel*). La versión del Estatuto que presenta problemas es la versión en inglés, porque “voluntario” (*wilful*) no se encuentra dentro de los elementos definidos por el artículo 30. Aunque al compararlo con las versiones en español y francés podría pensarse que se trata del homicidio intencional (doloso) de acuerdo con los elementos del artículo 30, en el derecho anglosajón el delito de “*wilful killing*” incluye el homicidio cometido con imprudencia consciente (*recklessness*)¹⁶⁸⁰.

Aun así, debe preferirse la interpretación que se desprende de las dos otras versiones, debido a que no existe motivo para ampliar por esta vía los elementos subjetivos, admitiendo la imprudencia, contraviniendo la norma que específicamente define los elementos subjetivos de los crímenes y ampliando el ámbito de aplicación del delito. Lo cierto es que la discusión se complica en la medida en la que en otras de las conductas incluidas como crímenes de guerra dentro del artículo 8 del Estatuto de Roma se exige que estas se produzcan con intención (*intentionally*), caso en el cual es claro que “*this means that for the majority of crimes the default mens rea state of “knowledge and intention” set forth in Article 30 of the Rome Statute will apply*”¹⁶⁸¹, por lo que podría alegarse que en el caso del homicidio el uso de un término distinto debería tener algún significado.

Esto no quiere decir que la imprudencia esté del todo por fuera de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma. Es un hecho que algunos de los delitos han incorporado formas

de la conducta, conocimiento de que el resultado ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos es suficiente. En estos casos, donde la intención se requiere específicamente, significa que no solo la conducta actual, sino las consecuencias deben quedar cubiertas por la intención] (traducción libre).

¹⁶⁸⁰Explica BOTHE que “*The term willful killing was chosen by the drafters of the Geneva Conventions of 1949 without any clear idea as to what distinguishes killing which is willful and which is not. The same is true for the draft Elements of Crimes. A conduct can only be call willful if the perpetrator acted intentionally or recklessly in relation to the death of the protected person. It goes without saying that killing in actual fighting is not covered by the term*”. BOTHE. “War Crimes”..., op.cit. p. 392. [El término homicidio intencional fue elegido por los redactores de las Convenciones de Ginebra de 1949 sin ninguna idea clara de lo que distingue un homicidio voluntario de uno que no lo es. Esto mismo es cierto para los redactores de los Elementos de los Crímenes. Una conducta solo puede ser voluntaria si el perpetrador actúa intencionalmente o con imprudencia en relación con a muerte de la persona protegida. Esto, sin contar con que la muerte en combate no está cubierta por el término] (traducción libre).

¹⁶⁸¹MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 79. [esto significa que para la mayoría de los crímenes la *mens rea* por defecto, “conocimiento e intención” establecida en el artículo 30 del Estatuto de Roma, será la aplicable] (traducción libre).

imprudentes de comisión, pero parecen haberlo hecho de manera explícita. Por ejemplo, el delito de alistamiento de menores de 15 años en las fuerzas armadas o su utilización en operaciones militares establece que es suficiente que el autor *«debiera haber sabido que se trataba de menores de 15 años»*. En estos casos el desconocimiento de la edad de los menores al momento de involucrarlos en los conflictos armados, cuando existía el deber de conocer tal circunstancia, genera responsabilidad penal por imprudencia¹⁶⁸².

Menos problemáticos son los delitos que incorporan finalidades o motivos adicionales a la intención y el conocimiento (dolo) que incorpora el artículo 30. Las definiciones de estos delitos no modifican el estándar subjetivo establecido de manera general, sino que lo adicionan, exigiendo que el autor actúe, también, con el elemento subjetivo que lo refuerza. Este es el caso de la toma de rehenes, a cuya definición los Elementos de los Crímenes adicional la finalidad (intención) de *«obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar»*¹⁶⁸³. Todos estos elementos se analizarán a profundidad en el apartado de este capítulo que se refiere a los elementos subjetivos del Estatuto de Roma.

¹⁶⁸² OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007. p. 257.

¹⁶⁸³ Estatuto de Roma *«Artículo 8 2) a) viii)*. *Crimen de guerra de toma de rehenes. Elementos 1. Que el autor haya capturado, detenido o mantenido en calidad de rehén a una o más personas. 2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o mantener detenida a esa persona o personas. 3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, a una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas. 4. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o más de los Convenios de Ginebra de 1949. 5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa protección. 6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él. 7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado»*. En igual sentido, *«Artículo 8 2) c) iii)*. *Crimen de guerra de toma de rehenes. Elementos 1. Que el autor haya capturado, detenido o retenido como rehén a una o más personas. 2. Que el autor haya amenazado con matar, herir o seguir deteniendo a esa persona o personas. 3. Que el autor haya tenido la intención de obligar a un Estado, una organización internacional, una persona natural o jurídica o un grupo de personas a que actuaran o se abstuvieran de actuar como condición expresa o tácita de la seguridad o la puesta en libertad de esa persona o personas. 4. Que esa persona o personas hayan estado fuera de combate o hayan sido personas civiles o miembros del personal sanitario o religioso que no tomaban parte activa en las hostilidades. 5. Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que establecían esa condición. 6. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado que no era de índole internacional y haya estado relacionada con él. 7. Que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado»*.

Además de los elementos subjetivos específicos que se incorporan en algunos de los crímenes de guerra, en cada uno de los artículos que definen los crímenes de guerra en los Elementos de los Crímenes se establece la necesidad de que «*el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado*» o «*haya tenido conocimiento*» de dichas circunstancias, como lo afirman otros artículos. Esto implica que no basta con la existencia del elemento contextual objetivo, es decir el conflicto armado, sino que se requiere que el sujeto que comete el delito tuviera conocimiento que su conducta estaba enmarcada en tal contexto. Aunque esta exigencia parece del todo lógica y garantista, la discusión se ha dado alrededor de la necesidad de que el sujeto conozca la calificación del conflicto armado como interno o internacional.

Como se dijo antes, la calificación de “conflicto armado” y la consecuente aplicación del derecho internacional humanitario no depende de la voluntad de los actores armados, ni siquiera del reconocimiento de los Estados, sino que se trata de una calificación puramente objetiva. Sin embargo, dado que hay conductas que constituyen crímenes de guerra solamente cuando se cometen en el contexto de los conflictos armados internacionales¹⁶⁸⁴, esto ha llevado a que se cuestione la necesidad de que el autor del crimen conozca en qué tipo de conflicto está involucrado. Se ha alegado que si la valoración de la conducta a la norma del Estatuto depende del tipo de conflicto, esto debería ser conocido por el sujeto y por tanto sería uno de los elementos del conocimiento del dolo o la *mens rea*¹⁶⁸⁵. No obstante, la redacción de los Elementos de los Crímenes no hace esa exigencia, pues se limita a demandar que el autor conozca la situación de conflicto¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸⁴ El Estatuto de Roma reconoce 34 conductas como crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y solamente 19 conductas en conflictos armados no internacionales.

¹⁶⁸⁵ MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 96.

¹⁶⁸⁶ “*De esta manera, el castigo según una u otra categoría de “crímenes de guerra” sólo puede explicarse por el hecho de que el autor estaba consciente de que actuaba en uno u otro tipo de conflicto. No obstante, los Elementos omiten completamente el requisito de intención en este contexto: En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional.* AMBOS. “Problemas...”, op.cit. p. 59. En el mismo sentido afirma MARCHUK que “[t]he ICC Elements of Crimes do not require awareness by the perpetrator of the facts that established the character of an armed conflict as international or non-international. There is only a requirement for the awareness of the factual circumstances that established the existence of an armed conflict. (...) The perpetrator should only know about the nexus between his acts and an armed conflict”. MARCHUK. *The fundamental...*, op.cit. p. 96. [los Elementos de los Crímenes de la CPI no exige la conciencia del perpetrador sobre los hechos que establecen el carácter del conflicto como internacional o no internacional. Simplemente existe un requerimiento de la

A partir de la redacción de los Elementos de los Crímenes, también se ha sostenido que no se requiere que los autores de los crímenes de guerra conozcan la calificación del conflicto armado como nacional o internacional, en la medida en la que el conocimiento solo se exige sobre los elementos fácticos y no sobre los elementos legales. En ese orden de ideas bastaría con que el conocimiento cubriera la existencia del conflicto armado, en términos fácticos, pero *“the knowledge does not include the legal information as to whether these facts have created an armed conflict within the meaning of any applicable rule, nor as to whether these armed conflict is to be classified as international or non-international”*¹⁶⁸⁷, que es la interpretación literal que permiten los Elementos de los crímenes.

La solución a esta discusión está contenida en el tercer inciso de la introducción al artículo 8 de los Elementos de los Crímenes¹⁶⁸⁸, que hace referencia expresa a los *«dos últimos elementos enumerados para cada crimen»*, que en todos los casos se refieren a la existencia del conflicto armado y al conocimiento del autor de esa circunstancia. Según los literales de la introducción, no se exige que el autor realice una evaluación legal sobre el conflicto armado ni su carácter de internacional o no internacional; ni siquiera es necesario que el autor conozca los hechos que dan al conflicto el carácter de internacional o interno. Basta pues con que la persona sepa que actúa en el contexto de un conflicto armado y que la conducta que ejecuta está relacionada con esa circunstancia¹⁶⁸⁹. Debe tenerse en cuenta que esta norma

conciencia de las circunstancias que establecen la existencia de un conflicto armado. (...) el perpetrados solo debe saber sobre el nexo entre sus actos y el conflicto] (traducción libre).

¹⁶⁸⁷ BOTHE. “War Crimes”..., op.cit. p. 389. [el conocimiento no incluye la información legal sobre cual de estos hechos ha creado un conflicto armado dentro del significado de la norma aplicable, no sobre si este conflicto armado debe calificarse de internacional o no internacional] (traducción libre).

¹⁶⁸⁸ Elementos de los Crímenes. *«Artículo 8. Crímenes de Guerra. Introducción. Con respecto a los dos últimos elementos enumerados para cada crimen: a) No se exige que el autor haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia de un conflicto armado ni de su carácter internacional o no internacional; b) En ese contexto, no se exige que el autor sea consciente de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional; c) Únicamente se exige el conocimiento de las circunstancias de hecho que hayan determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en las palabras “haya tenido lugar en el contexto de y que haya estado relacionado con él”»*

¹⁶⁸⁹ Al respecto explica SADAT que *“[t]he Draft Elements for war crimes adopted by the Preparatory Commission contain few surprises, and for the most part track the Statue. One exception is the final element for each offense which provides that the perpetrator must be “aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict”. Concerns that this element might impose an undue burden on the Prosecutor, as well as concerns that this would permit those who commit acts illegal in any context, such as torture or rape, to escape liability because they believe they were committing the crime during a civil disturbance rather than an armed conflict”*. SADAT. *The International...*, op.cit. p. 164. En el mismo sentido OLÁSULO ALONSO. *Ataques...*, op.cit. p. 261. [el borrador de los Elementos para los crímenes de guerra adoptado por la Comisión Preparatoria contiene pocas sorpresas y en su mayoría sigue el Estatuto. Una

restringe la aplicación del artículo 32 del Estatuto de Roma que se refiere al error de derecho, sobre lo que se volverá más adelante.

Adicionalmente, los Elementos de los Crímenes exigen, en consonancia con el artículo 30 del Estatuto de Roma que el autor conozca que las personas o los bienes hacia las cuales dirige su ataque son civiles y, por lo tanto, personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario. En los términos del artículo 30, se trata de una “circunstancia”, sobre cuya existencia el sujeto debe tener conciencia así lo reconocen también los Elementos de los Crímenes¹⁶⁹⁰. Contrario a lo que sucede con la circunstancia del conflicto armado, en estos casos el desconocimiento de que la persona o el bien hacia el cual se dirigió el ataque estaban protegidos por el derecho internacional humanitario sí puede anular la *mens rea* del autor, lo que constituiría un error de derecho que excluiría la responsabilidad penal, en los términos del artículo 32 del Estatuto de Roma¹⁶⁹¹.

Finalmente, cabe afirmar que el hecho de que en las definiciones de los elementos de los crímenes se afirme que estos deben ser cometidos intencionalmente (*intentionally, intentionnellement*), no significa que estos delitos sean delitos de intención, sino simplemente se reitera mediante la inclusión de ese término que debe cumplirse con el estándar sobre el elemento subjetivo, que se ha incorporado a través del artículo 30 del Estatuto de Roma; es decir que el sujeto debe actuar con conocimiento e intención¹⁶⁹².

excepción es el elemento final de cada delitos que prevé que el perpetrador debe estar consciente de las circunstancias fácticas que establecen la existencia de un conflicto armado. Preocupa que este elemento imponga una carga indebida en el Fiscal, así como preocupa que esto permita que los sujetos que cometan actos ilegales en cualquier contexto, tales como tortura o violación, escapen de su responsabilidad porque ellos creen que estaban cometiendo el delito durante un disturbio civil más no en un conflicto armado] (traducción libre).

¹⁶⁹⁰ “En este sentido, el sujeto activo debe saber que sus acciones de dirigen contra uno de los grupos protegidos, ya que el elemento del grupo es una circunstancia fáctica, tal y como ha sido definida por el artículo 30.3 del Estatuto de la CPI. Por el contrario, la “intención de destruir” constituye un requisito subjetivo adicional, que complementa a la intención general y va más allá de los elementos objetivos de la definición del delito”. AMBOS. “¿Qué significa...”, op.cit. p. 171.

¹⁶⁹¹ DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 233.

¹⁶⁹² “It is therefore submitted that the element of intent is here redundantly repeated in the definition of the war crimes concerned and that this redundancy is entirely attributable to definitions being taken from existing treaties in force and the drafters’ resolve to retain that language as far as possible”. VAN DER VYVER. “The International...”, op.cit. p. 113. [Se ha establecido que el elemento de intencionalidad aquí incluido es redundante en la definición de los crímenes de guerra y que esta redundancia es completamente atribuible a las definiciones que se tomaron de tratados en vigencia y la decisión de los redactores de mantener el mismo lenguaje tanto como fuera posible] (traducción libre).

iii. El crimen de agresión.

En 1946 el Tribunal Militar Internacional de Núremberg afirmó que “[i]niciar una guerra de agresión no es sólo un crimen internacional; es el crimen internacional supremo, que difiere de los demás crímenes de guerra en que contiene en sí mismo el mal acumulado de todos ellos”¹⁶⁹³. Más aun, contrario a lo que generalmente se piensa, los Tribunales de Núremberg tenían como misión principal juzgar y sancionar a los líderes nazis por los crímenes contra la paz¹⁶⁹⁴. El Estatuto de este tribunal establecía como crimen contra la paz el inicio de una guerra de agresión (Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 1945, artículo 6), por lo que desde ese momento se reconoce este delito como un crimen en el derecho penal internacional. Sin embargo, la prohibición de este delito es incluso más antigua; dentro de los juicios de Núremberg se cuestionó la legalidad de llevar a cabo un juicio por este delito. Para afirmar que no se violaba el principio de legalidad con la inclusión del crimen de agresión en el Estatuto del Tribunal, se utilizó el Pacto Briand-Kellogg del 27 de agosto de 1928¹⁶⁹⁵.

Aun así, el Tribunal de Núremberg no fue el primero en tratar de juzgar los crímenes contra la paz. De acuerdo con el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, se pretendió juzgar

¹⁶⁹³ Sentencia de 30 de septiembre/1 de octubre de 1946. *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947. p. 186.

¹⁶⁹⁴ Así lo afirma MAY, “[c]ontrary to what many people think, the trials at Nuremberg did not primarily concern the prosecution of Nazi leaders for perpetrating the Holocaust as a genocide or crime against humanity, or even for various war crimes, such as the fire-bombing of Coventry. Rather, the primary purpose of the Nuremberg trials was to prosecute Nazi leaders for crimes against peace and waging aggressive war”. MAY, Larry. *Aggression and Crimes against Peace*. Cambridge University Press, Washington, 2008. p. 250. [contrario a lo que las personas piensan, los juicios de Núremberg no tuvieron como prioridad la persecución de los líderes nazis por el holocausto como un genocidio o un crimen de lesa humanidad, o incluso varios crímenes de guerra, tales como el bombardeo de Coventry. Por el contrario, el propósito principal de los juicios de Núremberg era perseguir a los líderes nazis por los crímenes contra la paz y por iniciar una guerra de agresión] (traducción libre).

¹⁶⁹⁵ Pese a la trascendencia de los antecedentes hasta ahora señalados, el paso decisivo hacia la completa prohibición de hacer la guerra estuvo representado en el tratado General de Renuncia a la Guerra, mejor conocido como Pacto Briand-Kellog, del 27 de agosto de 1928. En su preámbulo, las altas partes contratantes declaran “haber llegado el momento de proceder a una franca renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional” DÍAZ SOTO, José Manuel. *Una aproximación al crimen internacional de agresión*. Revista Derecho Penal y Criminología. Vol. 35, Nº 99. Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014 Disponible en <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v35n99.02>. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 16. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria. *Crimen de agresión*. Revista En Cultura de la Legalidad. Nº 13, Eunomia. Octubre 2017 – Marzo 2018. Disponible en <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3824> Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 284.

al Kaiser Guillermo II de Alemania luego de la Primera Guerra Mundial, por «*a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties*»¹⁶⁹⁶. Este juicio no pudo llevarse a cabo por la falta de cooperación de algunos Estados, pero aun así, todos estos antecedentes constituyeron una fuente importante para legitimar las persecuciones posteriores por el crimen de agresión y para la inclusión de este crimen en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que supone un hito para la persecución de los delitos internacionales, a pesar de las dificultades que supuso su inclusión¹⁶⁹⁷. Esto se hace evidente, por ejemplo, en las similitudes que existen entre la definición que se ha incorporado en el Estatuto de Roma y la que contenía el Estatuto del Tribunal Militar Internacional, especialmente en que desde entonces este se ha establecido como un crimen de líderes¹⁶⁹⁸.

Una de las características principales de este crimen es el estrecho vínculo que existe entre la actuación del individuo, quien debe tener una posición de liderazgo, y la actuación de un Estado¹⁶⁹⁹. Ese vínculo implica, además, que la Organización de Naciones Unidas y las disposiciones de la Carta de Naciones Unidas no pueden ignorarse en todo lo referente a este delito. Tanto en la Conferencia de Roma como en la Conferencia de Revisión en Kampala, una de las más importantes discusiones con respecto a este crimen fue la dependencia de la competencia de la Corte Penal Internacional de una declaración previa del Consejo de Seguridad, con respecto a que un Estado había iniciado una guerra de agresión, de lo cual pudiera derivarse la responsabilidad penal individual¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁶ FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen de agresión...*, op.cit. p. 284. [Una ofensa suprema en contra de la moralidad internacional y la santidad de los tratados] (traducción libre).

¹⁶⁹⁷ *Ibidem*. p. 284

¹⁶⁹⁸ Afirman GIL GIL y MACULAN que un “*elemento específico del crimen de agresión es la limitación del número de posibles sujetos activos a los sujetos que estén “en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado”*”. Se trata por ende de un delito especial, que pueden cometer solamente los líderes de un Estado, lo que refleja la estructura típicamente estatal del acto incriminado. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 426. Al respecto recuerda QUESADA ALCALÁ que “[e]l consenso en torno al carácter de crimen de líderes de la agresión y a las distintas formas de participación en el mismo se había forjado durante todo el «proceso de Princeton». Pero la realidad es que dicho acuerdo encuentra su acomodo sin problemas en Kampala, con una formulación que recuerda a Nuremberg y en clara referencia al carácter consuetudinario de esta configuración del crimen”. QUESADA ALCALÁ. *El crimen...*, op.cit. p. 92.

¹⁶⁹⁹ FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen de agresión...*, op.cit. p. 284.

¹⁷⁰⁰ Al respecto relata REMIRO BROTONS “*El Proyecto de Estatuto de la Corte Penal Internacional presentado a la Conferencia de Roma había incluido el crimen de agresión, dejando abierta su definición, pero no la dependencia de la Corte de las calificaciones previas de los hechos como un acto de agresión por el Consejo de Seguridad en el marco de sus competencias para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. El desacuerdo fue radical entre los que, satisfechos en este punto, buscaban además una*

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que frente a este crimen son extremadamente relevantes las normas de la Carta de Naciones Unidas que regulan el uso de la fuerza por parte de los Estados¹⁷⁰¹. El principio fundamental en este ámbito está recogido en el artículo 2.4 de la Carta de Naciones Unidas que dispone «*[l]os Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas*». A pesar de su incorporación en la Carta de Naciones Unidas, concretar este principio en una Resolución de la Asamblea General tomó casi dos décadas¹⁷⁰².

Con base en él, la Asamblea General de Naciones Unidas emitió la Resolución 3314 (XXIX), en la que se define la agresión, como un atentado contra la paz cuyo responsable es el Estado, además de varias manifestaciones del crimen de agresión. La definición incorporada en el anexo afirma que «*[l]a agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición*». No obstante, las Resoluciones de la Asamblea General no son vinculantes para los Estados, sino que constituyen instrumentos de *soft law* o derecho blando, por lo que son insuficientes para determinar la responsabilidad penal de los individuos¹⁷⁰³. En todo caso, esta Resolución no hace referencia a la responsabilidad penal individual¹⁷⁰⁴.

definición restrictiva del crimen y los que, en dirección contraria, reclamaban una definición amplia y libertad de la Corte en su persecución, con independencia de los pronunciamientos del Consejo de Seguridad al representar su papel en otro orden”. REMIRO BROTONS, Antonio *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*. Fundación para las Relaciones Internacionales y del Dialogo Exterior. Documento de trabajo, junio 2005. Disponible en www.frde.org. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 11.

¹⁷⁰¹ « *Un crime d'agression ne peut exister que si un acte d'agression étatique a été commis par un Etat. Cette condition préalable établit un lien direct entre les obligations de l'Etat en droit international et la responsabilité internationale pénale individuelle* ». DE FROUVILLE..., op.cit. p. 327. [Un crimen de agresión solo puede existir si un Estado ha cometido un acto de agresión. Esta condición previa establece un vínculo directo entre las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y la responsabilidad penal internacional individual] (traducción libre).

¹⁷⁰² En 1952 la Asamblea General emitió la Resolución 599 (VI) que afirmó que era “*possible and desirable, with a view to ensuring international peace and security and for the development of international criminal law, to define aggression by reference to the elements which constitute it*”. [posible y deseable, con miras a garantizar la paz y la seguridad internacionales y al desarrollo del derecho penal internacional, definir la agresión por referencia a los elementos que la constituyen] (traducción libre).

¹⁷⁰³ ZHOU. “Brief..., op.cit. p. 42.

¹⁷⁰⁴ Se debe tener en cuenta que “*(...) the International Court of Justice has referred to portions of Resolution 3314 as being a reflection of customary international law*”. SHABAS. “The Unfinished..., op.cit. p. 127. [(...)

La Resolución no solamente define el crimen de agresión, sino que también establece otros usos ilícitos de la fuerza por parte de los Estados, que se diferencian a partir de una interpretación en el quinto párrafo del Preámbulo, de acuerdo con el cual “*la agresión constituye la forma más grave y peligrosa del uso ilegítimo de la fuerza*”. Es decir que la gravedad de la acción o las acciones que ejecuta el Estado determina cuando existe una agresión y cuando se trata de otros usos ilegítimos de la fuerza¹⁷⁰⁵. La agresión solamente puede generar responsabilidad penal para los individuos que lideran el Estado y llevan a cabo la conducta. Este umbral de gravedad, acompañado de otros requisitos, también se ha incorporado a la definición del Estatuto de Roma, como se verá más adelante.

A pesar de los antecedentes de la prohibición de la agresión en las Resoluciones de las Naciones Unidas y en la Carta, así como de los intentos previos de responsabilizar penalmente a ciertos individuos por su comisión, la incorporación del crimen de agresión al Estatuto de Roma fue uno de los mayores retos que ha enfrentado la comunidad internacional en el intento por perseguir y sancionar los crímenes internacionales¹⁷⁰⁶. Esto hace que las enmiendas aprobadas en Kampala y que han entrado en vigor paulatinamente como se explicó en un acápite anterior, constituyan un verdadero triunfo. A pesar de la gravedad del delito de agresión, es muy poco probable que los sistemas de justicia nacionales sean adecuados para juzgar el crimen de agresión cometido por sus nacionales que, por lo general, serán los líderes del Estado; en todo caso habría que partir de la base de que se haya

la Corte Internacional de Justicia se ha referido a secciones de la Resolución 3314 como un reflejo de el derecho internacional consuetudinario] (traducción libre).

¹⁷⁰⁵ “*Al respecto, pese a que el texto de la CNU y la definición de agresión alcanzada en 1974 parecerían extender el crimen de agresión a supuestos distintos al de la guerra de la agresión, no puede perderse de vista que en distintos instrumentos internacionales tras Nuremberg se reafirmó que los crímenes contra la paz solo se configuran en presencia de una guerra de agresión, no así frente a usos ilícitos de la fuerza armada de menor entidad. Así, por ejemplo, la propia Resolución 3314 de la AGNU, pese a disponer una definición amplia del concepto de agresión, únicamente consagra como crimen contra la paz el desarrollo de una guerra de agresión; aun cuando reconoce que la agresión, en todas sus formas, da lugar a responsabilidad internacional para el Estado agresor*”. DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 20.

¹⁷⁰⁶ Afirma DE FROUVILLE que « *L'une des questions qui anima les juristes de droit international pendant près de 60 ans a finalement été tranchée le 11 juin 2010. Le travail de GTSCA est consacré par le compromis de Kampala qui adopte, sans les modifier, les articles portant sur la définition du crime d'agression, l'article 8bis du Statut de Rome et l'article 8bis des Éléments des crimes* ». DE FROUVILLE. *Droit ...*, op.cit. p. 319. [Uno de los temas que animaron a los expertos en derecho internacional durante casi 60 años se decidió finalmente el 11 de junio de 2010. El trabajo de GTSCA está consagrado en el compromiso de Kampala, que adopta, sin enmendar, los artículos que tratan la definición. El crimen de agresión, el Artículo 8bis del Estatuto de Roma y el Artículo 8bis de los Elementos de los Crímenes] (traducción libre).

modificado el gobierno de ese Estado. Por esa razón era fundamental que la Corte Penal Internacional obtuviera competencia sobre este crimen¹⁷⁰⁷. Así mismo, parece ilógico que la Corte Penal Internacional tenga competencia sobre los crímenes de guerra, pero no sobre el crimen de agresión que es el que generalmente causa la guerra que produce esos crímenes.

Siguiendo las disposiciones de la Conferencia de Roma, incorporadas en el Estatuto, en la Conferencia de Kampala se aprobaron varias enmiendas y entendimientos que ayudan a interpretar los nuevos artículos que se han incorporado al Estatuto. Estas disposiciones reflejan claramente las normas previas en las que está basada, como las conductas individuales de planificar, preparar, iniciar o realizar se encontraban también en el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg. Así mismo, la definición del acto de agresión está basada en el artículo 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas y los actos de agresión enumerados en los literales del párrafo 2 provienen de la Resolución de la Asamblea General previamente citada. Así pues, el crimen de agresión no es un concepto nuevo¹⁷⁰⁸.

A partir de la Conferencia de Revisión ha quedado derogado el inciso 2 del artículo 5 del Estatuto de Roma que suspendía la competencia de la Corte Penal Internacional sobre el crimen de agresión hasta que fuera incorporada la definición de este crimen en el Estatuto¹⁷⁰⁹. A partir de lo que establecía ese artículo se incorporaron los artículos 8*bis* al Estatuto de Roma¹⁷¹⁰ y a los Elementos de los Crímenes. Además, se redactaron los artículos 15*bis* y

¹⁷⁰⁷ Al respecto afirma GAJA que *“It is unlikely that national courts will ever prove adequate in repressing aggression. Most courts would be likely to adopt different standards according to the circumstance in which the alleged aggression has taken place”*. GAJA, Giorgio *“The Long Journey toward Repressing Aggression”* En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 440. [Es poco probable que los tribunales nacionales alguna vez resulten adecuados para reprimir la agresión. Es probable que la mayoría de los tribunales adopten normas diferentes según la circunstancia en que se haya producido la presunta agresión] (traducción libre).

¹⁷⁰⁸ DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 23. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen...*, op.cit. p. 285.

¹⁷⁰⁹ GAJA. *“The Long...*, op.cit. p. 431.

¹⁷¹⁰ Estatuto de Roma. *«Artículo 8 bis. Crimen de agresión. 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un “crimen de agresión” cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por “acto de agresión” se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes,*

15^{ter}, que regulan lo referente a la competencia de la Corte frente a este crimen y las formas en las cuales puede activarse la jurisdicción de la Corte sobre el mismo¹⁷¹¹. Adicionalmente, se modificaron varios artículos del Estatuto de Roma para que fueran coherentes con la incorporación del crimen de agresión. Así, se enmendó el artículo 20 (cosa juzgada) para que el principio de *ne bis in idem* también se aplicara a quienes habían sido juzgados y condenados por el crimen de agresión y se incorporó el literal 3 *bis* al artículo 25 para regular lo referente a la autoría y la participación en este delito¹⁷¹².

Con respecto al principio de complementariedad se ha cuestionado en repetidas ocasiones si las disposiciones incorporadas al Estatuto de Roma en la Conferencia de Kampala lo modifican, al menos en lo referente al crimen de agresión¹⁷¹³. De acuerdo con algunos

independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracterizará como acto de agresión: a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su ota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos».

¹⁷¹¹ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 170.

¹⁷¹² Al respecto afirma VERVAELE “*Although Article 10 of the ICTY Statute and Article 20 of the Rome Statute of the ICC recognize that the ne bis in idem principle should apply in the combined jurisdiction of national and international criminal courts, both international criminal courts can activate their jurisdiction, even in case of final national judgments, if the national court proceedings were not impartial or independent*” VERVAELE, John A.E. “*Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU*”. *Utrecht Law Review* 211. Septiembre de 2013. Disponible en <http://www.utrechtlawreview.org>. Consultado el 15 de abril de 2019. p. 214. [Aunque el artículo 10 del Estatuto del TPIY y el artículo 20 del Estatuto de Roma de la CPI reconocen que el principio *ne bis in idem* debe aplicarse en la jurisdicción combinada de los tribunales penales nacionales e internacionales, ambos tribunales penales internacionales pueden activar su jurisdicción, incluso en caso de que haya sentencias nacionales en firme, si los procedimientos judiciales nacionales no fueron imparciales o independientes] (traducción libre).

¹⁷¹³ Una discusión importante en este punto gira en torno a la competencia de la Corte Penal Internacional para determinar si la acción constituye un acto de agresión, al respecto afirman TRIFFTERER y AMBOS que “*The amendment adopted in Kampala, provided it were to enter into force, will enable the Court to judge upon alleged acts of aggression without a prior determination by the relevant organs of the United Nations. It could thus indeed, be it only implicitly and eventually ex post facto, subject either the action of the organization, or that of the individual States acting under the authority of the United Nations, or both, the control of the Court (the ICC itself not being an organ of the United Nations)*” TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016. p. 124. [La enmienda adoptada en Kampala, siempre que entre en vigor,

autores, la incorporación de los crímenes al Estatuto de Roma implica que los Estados parte adquieren la obligación de incorporar estos delitos a sus legislaciones, pues solo así sería posible que juzgaran y sancionaran estos delitos, para que la Corte Penal Internacional no deba intervenir. Sin embargo, el entendimiento número 5 establece que *«las enmiendas no se interpretarán en el sentido de que crean el derecho o la obligación de ejercer la jurisdicción nacional respecto de un acto de agresión cometido por otro estado»*, principalmente porque los Estados temían que, a partir de la incorporación de este delito al Estatuto de Roma, las jurisdicciones de los Estados adquirieran la capacidad de juzgar a los líderes de otros Estados por el crimen de agresión¹⁷¹⁴.

1. Objeto del elemento subjetivo.

El crimen de agresión, como todos los demás crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional está compuesto por un *chapeau*, que se divide en dos numerales, y una lista de posibles actos de agresión, a través de los cuales se comete el crimen. No obstante, debe tenerse en cuenta que *“[e]l crimen de agresión responde a una estructura distinta a las de los restantes crímenes internacionales, pues la conducta individual objeto de enjuiciamiento no adhiere a un escenario generalizado de violencia, sino que lo antecede”*¹⁷¹⁵. En el caso de los crímenes de guerra, por ejemplo, la guerra existe antes de que se lleve a cabo la conducta que constituye un crimen de guerra y esta conducta se consuma en ese contexto,

permitirá a la Corte juzgar sobre presuntos actos de agresión sin una determinación previa de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas. Por lo tanto, podría ser, de manera implícita y eventualmente ex post facto, sujeto a la acción de la organización, a la de los Estados individuales que actúan bajo la autoridad de las Naciones Unidas, o al control de la Corte (la propia CPI no siendo órgano de las Naciones Unidas)] (traducción libre).

¹⁷¹⁴ En ese sentido afirma DÍAZ SOTO que *“[c]omo puede advertirse, el anotado entendimiento, bajo una interpretación exegética, socava las bases del principio de complementariedad, al prever que la disposición del crimen de agresión no impone el correlativo deber de investigación y enjuiciamiento por parte de las jurisdicciones nacionales”*. DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 55.

¹⁷¹⁵ Continúa el autor afirmando que *“En efecto, la conducta individual objeto de punición en el crimen internacional de agresión consiste en planificar, preparar, iniciar o realizar un acto de agresión, esto es, en el uso de la fuerza armada por parte de un estado contra la integridad territorial o la independencia política de otro en contravención de la CNU. Como se observa, en el crimen de agresión el contexto de violencia organizada obedece a la conducta individual, a diferencia de los crímenes contra la humanidad en los que la conducta individual accede a dicho contexto”*. DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 56.

que es el que le otorga la gravedad necesaria para que se constituya el crimen¹⁷¹⁶. Por el contrario, es el acto mismo que se describe en la lista que se adjunta al numeral 2 del artículo 8 *bis* el que produce la agresión y es el acto de agresión el que debe tener el nivel de gravedad que se requiere para que este sea competencia de la Corte¹⁷¹⁷.

De la definición del delito se desprenden una serie de elementos que deben ser analizados¹⁷¹⁸. El primero de ellos es que se trata de un crimen cuyo sujeto activo está cualificado, pues debe ostentar una condición de liderazgo, es decir, que debe estar en capacidad de controlar o dirigir efectivamente la acción, según lo establecen tanto el artículo 8*bis* como los Elementos de los Crímenes. Además, para que exista responsabilidad penal, el individuo que se encuentre en esa posición debe planificar, preparar, iniciar o realizar el acto de agresión, por lo cual se sanciona la participación en el delito de agresión en cualquiera de las etapas del *iter criminis*, sancionando los actos de ideación y preparación¹⁷¹⁹.

En ese orden de ideas, este primer elemento debe interpretarse a la luz de dos preceptos más. El primero de ellos es la nota a pie de página número 75 de los Elementos de los Crímenes

¹⁷¹⁶ De acuerdo con BANTEKAS “[t]he explanation is simple. Unlike war crimes, crimes against humanity and genocide which require that the perpetrator commit the *actus reus* of the offence, crimes against peace require that an act typically associated with the functions of a State must first occur; namely, an act of aggression in violation of the rules of international law dealing with the use of force”. BANTEKAS. NASH. *International...*, op.cit. p. 383. [La explicación es simple. A diferencia de los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio que requieren que el perpetrador cometa el acto de la ofensa, los crímenes contra la paz requieren que primero ocurra un acto típicamente asociado con las funciones de un Estado; a saber, un acto de agresión que viola las normas de derecho internacional que tratan el uso de la fuerza]

¹⁷¹⁷ “El crimen de agresión tienen una estructura de doble nivel: en primer lugar, se realiza un acto de agresión, que constituye un ilícito internacional cuya responsabilidad se puede atribuir a los estados y cuya definición se encuentra en la resolución 3314/1974 de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sobre este primer nivel se implanta un segundo, que determina la responsabilidad penal individual de los sujetos implicados en la realización de ese ilícito, y que cristaliza en el concepto de crimen de agresión”. GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 422. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen de agresión...*, op.cit. p. 285.

¹⁷¹⁸ “Before determining the criminal responsibility of an individual carrying out crimes of aggression, it must first be decided whether or not there existed an act of aggression by a state. The current definition provided by the amendments on the crime of aggression reflects three characteristics of such crime, namely: (1) specific contextual element for crimes of aggression, (2) leader’s crime, and (3) threshold requirements” ZHOU. “Brief...”, op.cit. p.43. [Antes de determinar la responsabilidad penal de una persona que ejerce crímenes de agresión, primero se debe decidir si existió o no un acto de agresión por parte de un Estado. La definición actual proporcionada por las enmiendas sobre el crimen de agresión refleja tres características de dicho crimen, a saber: (1) elemento contextual específico para los crímenes de agresión, (2) crimen de líder y (3) requisitos de umbral] (traducción libre).

¹⁷¹⁹ FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen...*, op.cit. p. 286.

que afirma que «[r]especto de un acto de agresión, puede suceder que más de una persona se halle en una situación que cumpla con estos criterios», lo que significa que los Elementos de los Crímenes reconocen que en la mayoría de los casos, ningún Estado está gobernado por una sola persona, por lo que el crimen de agresión será, posiblemente, planificado y realizado por un número plural de autores. La segunda disposición que debe tenerse en cuenta es el literal 3bis del artículo 25 del Estatuto de Roma, de acuerdo con el cual «[p]or 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».

Aunque esa disposición puede parecer innecesaria si se tiene en cuenta que del artículo 8 bis claramente se desprende que el crimen de agresión es un delito especial que solamente se configura si el autor tiene las cualidades exigidas y, que el artículo 25 recoge las formas de autoría y participación en los crímenes de competencia de la Corte, por lo cual, al menos con respecto a los primeros, no cabe duda de que se requiere que tengan las especiales cualificaciones. Sin embargo, la norma hace que no quede la menor duda sobre la necesidad de que incluso los cómplices en la agresión deban ostentar estas cualidades¹⁷²⁰. Esto, aunque parezca difícil que alguien que se encuentre en un cargo de dirección y control de un Estado solamente sea cómplice de un crimen de este tipo, más cuando los verbos rectores de la conducta cubren todas las etapas del *iter criminis*. Aun así, es posible que un alto funcionario de un Estado, pese a tener dominio y control del aparato Estatal, solamente participe de forma secundaria en la planeación o en la ejecución del acto de agresión, por lo cual será cómplice

¹⁷²⁰Al respecto, DE FROUVILLEE afirma que « *Les quatre formes d'incrimination permettent d'identifier la manière dont l'accusé a participé à l'acte d'agression. Elles doivent être associées aux formes de responsabilité de l'article 25 du Statut. Plusieurs hypothèses sont envisageables, la plus simple étant le dirigeant qui a planifié de commettre un acte d'agression qui a préparé l'acte d'agression, qui l'a déclenché ou qui l'a réalisé. Dans ces cas, il est responsable en tant qu'auteur. Mais le dirigeant peut aussi être reconnu responsable d'un crime d'agression, s'il a ordonné/sollicité/encouragé/contribué à la planification, la préparation, le déclenchement ou l'exécution d'un acte d'agression* » DE FROUVILLE. *Droit...*, op.cit. p. 338. [Las cuatro formas de incriminación identifican la manera en que el acusado participó en el acto de agresión y eben estar asociadas a las formas de responsabilidad del artículo 25 del Estatuto. Son posibles varias hipótesis, la más simple es el líder que planeó cometer un acto de agresión, que preparó el acto de agresión, que lo provocó o quién se dio cuenta; en estos casos, es responsable como autor. Pero el líder también puede ser considerado responsable de un crimen de agresión, si ha ordenado, solicitado, alentado o contribuido a la planificación, preparación, iniciación o ejecución de un acto de agresión].

del delito de acuerdo con el artículo 25 del Estatuto de Roma¹⁷²¹; no podrán ser cómplices, por el contrario, los soldados que solo participan en el acto de agresión en cumplimiento de órdenes, como miembros de las fuerzas militares.

Debe tenerse en cuenta que, en la práctica, serán muchos los soldados de menor rango que participaran en la ejecución de las conductas que configuran el crimen de agresión, principalmente porque se trata de un delito que surge a partir de una actuación estatal¹⁷²². No obstante, por lo regular estos soldados no tendrán conocimiento sobre los objetivos militares específicos, la escala del ataque y el objetivo principal del hecho. Además, difícilmente estarán en capacidad de detener la actuación, lo que implica que en realidad no tienen ningún dominio sobre el hecho¹⁷²³. En consecuencia, la redacción del crimen de agresión como crimen de líderes responde a la necesidad político criminal de reconocer la realidad del crimen y la manera en la que la prevención y sanción de este delito es realmente efectiva¹⁷²⁴.

Dado que el crimen de agresión se ha definido como un crimen de líderes, debe considerarse que estas personas, por lo general, tienen inmunidades y privilegios dentro del derecho penal, que hacen que los delitos que puedan cometer en el ejercicio de sus cargos, no siempre puedan ser sancionados. Al respecto, el artículo 27 del Estatuto de Roma establece que *«[e]l presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno,*

¹⁷²¹ DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 38.

¹⁷²² ZHOU. "Brief...", op.cit. p. 45.

¹⁷²³ Al respecto explican KREB y VON HOLTZENDORFF que *“This description of acts must be read together with the various forms of participation listed in Article 25(3) ICC Statute. It is precisely because of this distinction between the different forms of participation that this approach has been labelled ‘differentiated’”*. KREB, Claus. VON HOLTZENDORFF, Leonie. *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*. Journal of International Criminal Justice 8. Oxford University Press, 2010 Disponible en jicj.oxfordjournals.org. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 1189. [Esta descripción de los actos debe leerse junto con las diversas formas de participación enumeradas en el Artículo 25 (3) del Estatuto de la CPI. Es precisamente debido a esta distinción entre las diferentes formas de participación que este enfoque se ha denominado "diferenciado"] (traducción libre).

¹⁷²⁴ Esto concuerda con la postura adoptada por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg que *“(...) a pesar de que el artículo 6 (a) no establece ningún condicionamiento para los autores o partícipes del crimen contra la paz –por el contrario, adopta una redacción extensiva que parecería comprometer la responsabilidad penal de todo aquel que hubiera participado en cualquier forma en la planeación o ejecución de una guerra de agresión–, el TMI conceptuó que solo podían ser considerados responsables por crímenes contra la paz aquellas personas que tenían a su cargo la conducción política o militar del estado agresor”* DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 16.

miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella». Así pues, los Estados Partes renuncian a las inmunidades de sus líderes, lo que permitiría que a se imputara el delito de agresión a quienes tienen control sobre estos Estados.

El problema se presentaría si el Consejo de Seguridad remitiera a la Corte Penal Internacional una situación en la que se haya presentado un crimen de agresión por parte de un Estado no parte del Estatuto. Aunque la Corte tendría competencia frente a la situación, habría una antinomia en la medida en la que el artículo 98 del Estatuto establece que *«[l]a Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona (...)»*. En ese orden de ideas, la remisión del Consejo de Seguridad permitiría que la Corte abriera una investigación frente a la situación, pero a menos que el Estado renunciara a la inmunidad de sus gobernantes, lo que parece poco probable si se tiene en cuenta que son ellos mismos los que tomarían esta decisión, la Corte Penal Internacional no podría llevar a cabo un juicio por un crimen de agresión en estos casos¹⁷²⁵.

En la redacción del primer párrafo del artículo 8*bis* se entiende claramente que el acto de agresión solo puede ser perpetrado por los líderes de un Estado, quedando excluidas otras organizaciones. El Estatuto admite que los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el crimen de genocidio pueden ser perpetrados por organizaciones que cumplan con ciertas características. No obstante, esta posibilidad ha sido excluida de la definición del crimen de agresión, que expresamente se refiere a los líderes de un Estado como los posibles

¹⁷²⁵ Explica FERNÁNDEZ ARRIBAS que *“[l]a conexión entre el artículo 27 y 98 ha sido objeto de numerosos estudios y ha tenido su manifestación práctica en el caso Al Bashir (Abrisketa Uriarte, 2016; Fernández Arribas, 2015), en el que la Corte se ha enfrentado a la falta de colaboración de algunos Estados partes alegando en determinados casos el reconocimiento de la inmunidad a Al Bashir como jefe de Estado”*. FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen...*, op.cit. p. 290.

autores del crimen; también se encuentra en el numeral *3bis* del artículo 25 de los Elementos de los Crímenes. Esta omisión ha sido fuertemente criticada¹⁷²⁶ e incluso parecería ir en contra de la postura adoptada por el Consejo de Seguridad que utilizó el término agresión para denominar la acción de un grupo de mercenarios que en 1977 intentaron derrocar al gobierno de Benín. La Resolución 405 del Consejo de Seguridad «*[s]trongly condemns the act of armed aggression perpetrated against the People's Republic of Benin on 16 January 1977*»¹⁷²⁷.

Aunque esta Resolución podría considerarse un precedente importante para aceptar que grupos al margen del Estado puedan llevar a cabo un crimen de agresión, lo cierto es que el mismo documento también afirma que las Naciones Unidas «*[r]eaffirms its resolution 239 (1967) of 10 July 1967, by which, inter alia, it condemns any State which persists in permitting or tolerating the recruitment of mercenaries and the provision of facilities to them, with the objective of overthrowing the Governments of Member States*»¹⁷²⁸, por lo que de seguir el argumento, también sería lógico sostener que, si bien el crimen de agresión puede ser cometido por un grupo no estatal, se requiere, al menos, la aquiescencia de un Estado para que el crimen pueda llevarse a cabo. Por ello, no constituye un acto de agresión la acción de un grupo armado que amenace la soberanía de un Estado o su integridad territorial, cuando ese grupo armado actúe motu proprio, incluso si estas acciones generan un conflicto armado de carácter no internacional, dentro del cual podrían cometerse crímenes de guerra, por ejemplo.

La referencia a la segunda resolución se incorporó en el documento de las Naciones Unidas porque se presume que uno o varios Estados pudieron ser cómplices en la comisión de esta agresión¹⁷²⁹. Esta hipótesis ha sido reconocida tanto por la Resolución 3314 (XXIX) como por el Estatuto de Roma, pues el literal g) del segundo párrafo afirma que constituye un acto

¹⁷²⁶ STEIN. *The Security...*, op.cit. p. 4.

¹⁷²⁷ [Condena enérgicamente el acto de agresión armada perpetrado contra la República Popular de Benin el 16 de enero de 1977] (traducción libre).

¹⁷²⁸ [Reafirma su Resolución 239 (1967) de 10 de julio de 1967, mediante la cual, entre otras cosas, condena a cualquier Estado que persista en permitir o tolerar el reclutamiento de mercenarios y la provisión de instalaciones, con el objetivo de derrocar a los gobiernos de los Estados miembros] (traducción libre).

¹⁷²⁹ *Ibidem*. p. 9.

de agresión «[e]l envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos». Esto implica que no se ha descartado completamente la participación de grupo u organizaciones no estatales en el crimen de agresión. El problema de esta incorporación es que los líderes de esas organizaciones no pueden responder frente a la Corte Penal Internacional porque no cumplen con los requisitos exigidos en los artículos 8 bis y 25, 3 bis, por lo que solo responderán los líderes de los Estados y, estos sujetos, serán tratados como los demás soldados que participen en el acto de agresión, aunque es de suponerse que desempeñen una función mucho más relevante.

El tercer elemento del crimen de agresión es que para que la conducta esté dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional debe cumplir con tres criterios, que la diferencian de otras conductas que también atentan contra la paz y la soberanía de los Estados¹⁷³⁰. Estos tres criterios son las características, la gravedad y la escala que debe alcanzar el acto de agresión para que sea considerado como una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas¹⁷³¹. Lo primero que debe advertirse con respecto de la incorporación de estos elementos en la definición del crimen de agresión es que se trata de criterios cumulativos, por lo que deberán cumplirse los tres para que la Corte Penal Internacional sea competente frente al delito¹⁷³².

El numeral 5 de los Elementos de los Crímenes solamente reitera la necesidad de que el acto de agresión cumpla con estos tres criterios, exigiendo «que el acto de agresión, por sus

¹⁷³⁰ El entendimiento 6 afirma que la agresión es la forma más grave y peligrosa del uso ilegal de la fuerza, por lo que una determinación sobre si un acto de agresión ha sido cometido requiere el examen de todas las circunstancias de cada caso particular, incluyendo la gravedad de los actos correspondientes y sus consecuencias, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁷³¹ Afirma FERNÁNDEZ ARRIBAS que “En todo caso, la gravedad y escala también permiten acotar el campo de actuación respecto de otros casos de uso de la fuerza que, si bien constituyen una violación de los principios de la Carta por su gravedad o escala, no parece que entrasen en el concepto de violación manifiesta, como por ejemplo serían las escaramuzas fronterizas; se requiere por tanto intensidad”. FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen de agresión...*, op.cit. p. 195.

¹⁷³² Recuerda FERNÁNDEZ ARRIBAS que “[l]a gravedad del acto también fue señalada en la Resolución 3314, al establecer que el Consejo de Seguridad podría concluir que el uso de la fuerza armada por parte de un Estado podía no constituir un acto de agresión debido a que el hecho o sus consecuencias no eran lo suficientemente graves”. *Ibidem*. p. 286.

características, gravedad y escala, haya constituido una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas». Ahora bien, los tres términos resultan ambiguos para determinar si un acto de agresión puede o no considerarse como un crimen de guerra¹⁷³³. La referencia a las características del acto es la más indeterminada, pues no es claro que características del acto, que no se refieran a su gravedad o escala, deben ser tenidas en cuenta, dejando la determinación de este criterio a la discreción de la Corte¹⁷³⁴. En cuanto a la gravedad, no es muy claro si esta se predica de la fuerza utilizada, la destrucción causada u otros elementos de la conducta, lo que también sucede con el término escala¹⁷³⁵.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en muchos casos estos términos pueden solaparse. Sin embargo, teniendo en cuenta que, en la práctica, los Estados pueden llevar a cabo distintos actos en los que se usa la fuerza de manera ilegítima, pero no todos ellos equivalen a un crimen de agresión, estos tres criterios son de suma importancia para evitar la banalización del crimen de agresión¹⁷³⁶. A pesar de que existan otras conductas que sean contrarias a la Carta de Naciones Unidas y que, incluso puedan llegar a generar responsabilidad del Estado de acuerdo con el derecho internacional, esto no equivale, tal como lo reconocen todos los instrumentos internacionales, a un crimen de agresión que pueda generar responsabilidad penal para los líderes. Así pues, el Estatuto de Roma ratifica que el crimen de agresión es un crimen grave, aunque se ha alegado que resulta redundante¹⁷³⁷ en

¹⁷³³ DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 33.

¹⁷³⁴ Por ellos afirma SIMPSON que “*The crime of aggression is now defined as a ‘manifest violation of the UN Charter’. ‘Manifestness’ will depend on scale, gravity and carácter. Character will depend on the existence of an arguable legal case. The existence of an arguable legal case will at least partly depend on the particular position of the state making that case*”. SIMPSON, Gerry. “The conscience of civilization, and its discontents” En KASTNER, Philipp. (Ed.) *International Criminal Law in Context*. Routledge, London, 2018. p. 25 [El crimen de agresión ahora se define como una “violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas”. El hecho de que sea “manifiesta” dependerá de la escala, la gravedad y el carácter. El carácter dependerá de la existencia de un caso legal discutible. La existencia de un caso legal discutible dependerá, al menos en parte, de la posición particular del estado que hace el caso] (traducción libre).

¹⁷³⁵ Aún así el umbral es importante porque “*(...) el umbral en el artículo 8 bis ECPI no introduce una nueva categoría de usos ilícitos de la fuerza que distinga entre actos de agresión que dan lugar a responsabilidad estatal y responsabilidad penal individual —y que así constituyan un crimen de agresión— de aquellos que solo implican la responsabilidad estatal, sino que ratifica la naturaleza de la agresión, como forma más grave de uso ilícito de la fuerza, frente a las formas menos graves*”. PEZZANO, Luciano. *El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?* Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal N° 4, 2015. Disponible en dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 99

¹⁷³⁶ DÍAZ SOTO. *Una aproximación ...*, op.cit. p. 34.

¹⁷³⁷ PEZZANO. *El umbral...*, op.cit. p. 100.

la medida en la que la Carta de Naciones Unidas reconoce en el artículo 39 que el acto de agresión es el más grave de los usos de la fuerza y, dado que el primer artículo del Estatuto de Roma aclara que la Corte Penal Internacional solo es competente para juzgar los crímenes más graves para la humanidad¹⁷³⁸.

Son estos criterios los que permiten distinguir entre las dos hipótesis. En esos términos puede afirmarse que, aun con su falta de determinación, el umbral de gravedad incorporado al crimen de agresión pretende “*subsana la ambigüedad de la norma primaria de prohibición del uso de la fuerza. En todo caso, (...) la responsabilidad penal por el crimen de agresión está supeditada a un uso de la fuerza armada de significativa entidad y que por sus propósitos o condiciones se revele como una violación manifiesta a la Carta de Naciones Unidas*”¹⁷³⁹. Una posición algo más moderada sostiene PAULUS quien, citando los trabajos de preparación de las enmiendas, afirma que “[t]he drafting history would point to the inclusion of a threshold for prosecution ‘to exclude some borderline cases’. Nevertheless, it remains unclear what precisely renders an act of aggression a crime. ‘Gravity’ and ‘scale’ may point to the extent of an armed attack, and thus exclude mere border incursions of the type frequent in anti-terrorist warfare beyond borders”¹⁷⁴⁰.

Otro punto de discusión es lo que significa el término “manifiesta” que califica la violación a la Carta de las Naciones Unidas. Al respecto los Elementos de los Crímenes solamente

¹⁷³⁸ El artículo 39 de la Carta de Naciones Unidas afirma que «[e]l Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá que medidas serán tomadas de conformidad con los Artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». El hecho de que el artículo mencione de manera separada las amenazas a la paz, los quebrantamientos de la paz y el acto de agresión se ha interpretado como una afirmación tácita de que existen diferencias entre ellos y de que el acto de agresión es el más grave.

¹⁷³⁹ DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 36.

¹⁷⁴⁰ PAULUS, Andreas. *Second Thoughts on the Crime of Aggression* The European Journal of International Law Vol. 20 no. 4. 2010 Disponible en <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/20/4/1117/530749>. Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 1121. Para una reseña detallada de las distintas posturas de la doctrina frente a este tema PEZZANO, Luciano. *El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?* Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal N° 4, 2015. Disponible en [dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04](https://doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04). Consultado el 24 de febrero de 2018. p. 94. [El historial de la redacción apuntaría a la inclusión de un umbral dentro del delito “para excluir algunos casos límite”. Sin embargo, sigue sin estar claro qué es lo que hace que un acto de agresión sea un crimen. La “gravedad” y la “escala” pueden indicar la magnitud de un ataque armado, y por lo tanto excluyen las meras incursiones fronterizas frecuentes en la guerra antiterrorista más allá de las fronteras] (traducción libre).

establecen en los dos últimos numerales de la introducción del artículo 8bis que «[l]a expresión manifiesta es una calificación objetiva» y que «[n]o existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza “manifiesta” de la violación de la Carta de las Naciones Unidas». Ninguno de estos dos elementos aporta gran claridad a la interpretación de lo que una “violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas” significa realmente. El primero simplemente aclara que no basta con que el sujeto activo haya tenido o no la intención de violar la Carta de Naciones Unidas, sino que debe violarla y además de manera flagrante. El segundo elemento hace referencia al umbral de conocimiento de la Carta de Naciones Unidas que debe tener el sujeto activo, lo cual será analizado más adelante.

Una discusión que ha surgido con respecto al significado de una violación “manifiesta” de la Carta de Naciones Unidas, es si en ella quedan incluidas las intervenciones humanitarias que puedan llevar a cabo los Estados. De acuerdo con el principio de la “responsabilidad de proteger” (*responsibility to protect*) la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la resolución 60/1 en 2005, en la que los Estados se comprometen a proteger a sus propios ciudadanos de los delitos de genocidio, crímenes de guerra, limpieza étnica y los crímenes contra la humanidad. Además, aceptan la responsabilidad colectiva de tomar acciones cuando las autoridades de un Estado fallen en este compromiso. En ese orden de ideas, se ha entendido que esta Resolución y toda la doctrina de intervención humanitaria que la ha rodeado desde antes de su promulgación, autorizaría a los Estados a utilizar la fuerza cuando sea necesario evitar que se cometan este tipo de delitos¹⁷⁴¹.

¹⁷⁴¹ Al respecto se ha afirmado que “*The conservative, and perhaps the better, view is that humanitarian intervention is contrary to international law; a few doubtful examples of humanitarian practice cannot constitute a new rule of customary international law. Other commentators state neither that there is an emerging norm of customary law which allows the implementation by the international community of the responsibility to protect, or that such intervention is already lawful under existing international law*”. CRYER, Robert. FRIMAN, Håkan. ROBINSON, Darryl. WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ed. Cambridge University Press, U.K., 2014. p. 319. [La opinión conservadora, y quizás la mejor, es que la intervención humanitaria es contraria al derecho internacional; algunos ejemplos dudosos de la práctica humanitaria no pueden constituir una nueva regla del derecho internacional consuetudinario. Otros comentaristas señalan que no existe una norma emergente de derecho consuetudinario que permita la implementación por parte de la comunidad internacional de la responsabilidad de proteger o que dicha intervención ya sea legal según el derecho internacional existente] (traducción libre).

No obstante, las intervenciones de este tipo en los Estados constituyen un uso de la fuerza que no todos los Estados consideran legítimo en términos de la Carta de Naciones Unidas y el Estatuto de Roma no hace referencia al asunto. Adicionalmente, en términos de gravedad y escala, el uso de la fuerza en estos casos puede alcanzar el umbral necesario para ser considerado un crimen de agresión. En consecuencia, se ha propuesto que, la Corte Penal Internacional podría interpretar que no se cumplen con las características necesarias, en virtud del objetivo que se pretende alcanzar y, en esa medida, entender que no se trata de un crimen de agresión en los términos del Estatuto de Roma¹⁷⁴². Sin embargo, esto es solamente una propuesta y habrá que esperar a que la Corte tome alguna postura cuando se enfrente a un caso de este tipo¹⁷⁴³.

El segundo inciso, menciona de nuevo a la Carta de Naciones Unidas como referente para calificar el acto de agresión, que debe ser incompatible con esta. Además, se hace referencia a la Resolución 3314 (XXIX) que como se dijo antes define las distintas formas en las que se puede atentar contra la paz, lo que incluye el crimen de agresión. A partir de esa resolución se han incorporado en el artículo 8 *bis* del Estatuto una serie de actos que constituyen actos de agresión, aclarando que la declaratoria de guerra es independiente de que el acto se configure como un crimen de agresión. Antes de detenerse en cada una de estas conductas, se requiere tener presente que en los Elementos de los Crímenes se exige que «*el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la*

¹⁷⁴² “En todo caso, hay un elemento del umbral que resultaría aceptable: el relativo a la violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas, ya que de esta manera se excluirían los usos de la fuerza permitidos por este instrumento internacional. Algunos autores van más allá y apuntan a que la intervención humanitaria estaría implícitamente excluida de la definición de la agresión porque no está técnicamente en contra de la Carta de las Naciones Unidas, lo que resulta discutible”. QUESADA ALCALÁ. *El crimen ...*, op.cit. p. 91.

¹⁷⁴³ PAULUS critica esta postura. “Certainly, the definition would allow the Court not to prosecute any of these cases, thus limiting ‘manifest’ violations to the most egregious cases, such as Saddam Hussein’s attack against Kuwait in 1990. But this would almost certainly leave the definition a dead letter. What happens to the remaining ‘ordinary’ violations of the prohibition on the use of force? Are they less meaningful because they are not criminalized? The true impact of the definition as adopted by the Working Group may well lie in the derogation from the existing comprehensive prohibition on the use of force rather than in its clarification”. PAULUS. *Second...*, op.cit. p. 1124. [Ciertamente, la definición permitiría a la Corte no procesar ninguno de estos casos, limitando así las violaciones “manifiestas” a los casos más graves, como el ataque de Saddam Hussein contra Kuwait en 1990. Pero esto casi seguramente dejaría la definición en letra muerta. ¿Qué sucede con las violaciones “ordinarias” de la prohibición del uso de la fuerza? ¿Son menos significativas porque no están criminalizadas? El verdadero impacto de la definición adoptada por el Grupo de Trabajo bien puede estar en la derogación de la prohibición general existente sobre el uso de la fuerza en lugar de en su aclaración] (traducción libre).

independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas se haya cometido». En ese orden de ideas, los Elementos de los Crímenes, contraviniendo lo establecido por el artículo 25 del Estatuto de Roma, impide que se sancione la tentativa del crimen de agresión, pues este debe haberse cometido, efectivamente¹⁷⁴⁴.

Podría pensarse que el asunto queda subsanado por el hecho de que en la definición del delito se sancione como delito consumado la planeación y la preparación del acto de agresión. Sin embargo, es poco probable que quien planea o prepara un crimen de agresión no participe en su ejecución, sobre todo teniendo en cuenta que se trata del líder de un Estado, que probablemente esté motivado por ideologías políticas. En todo caso, esa es la hipótesis que cubre la definición del artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma. Por el contrario, el caso de la tentativa, que se refiere a la preparación del crimen de agresión, pero sin que este se lleve a cabo, es decir sin el resultado de la violación de la soberanía del Estado en manifiesta violación de la Carta de Naciones Unidas, no será sancionado. Esta postura es concordante con los criterios de gravedad y escala que se exigen en la definición del crimen, así como con el propósito de la Corte Penal Internacional de juzgar y sancionar solo los crímenes más graves que atentan contra toda la humanidad y, los redactores del Estatuto y las enmiendas de la Conferencia de Kampala han decidido que la mera tentativa del crimen de agresión no tiene la entidad para alcanzar ese umbral de gravedad.

Del segundo inciso se desprende una lista de siete conductas que configuran el crimen de agresión, tal como lo afirma tanto el Estatuto de Roma como los Elementos de los Crímenes, que están basadas en la misma lista que se encuentra en la Resolución 3314 (XXIX). Dentro de estos actos se encuentran la invasión o el ataque por parte de un Estado al territorio de

¹⁷⁴⁴Afirman KREB y VON HOLTZENDORFF que “*Here again, states demonstrated their will to stay within the confines of pre-existing customary international criminal law.(...) This would be a very far-reaching consequence of the application of the concept of attempt, and one of the authors of this article has expressed rather serious doubts with respect to the idea of an ‘attempted collective act’*” KREB. VON HOLTZENDORFF. *The Kampala...*, op.cit. p. 1200. En igual sentido DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 44. [Aquí nuevamente, los Estados demostraron su voluntad de permanecer dentro de los límites del derecho penal internacional consuetudinario preexistente. (...) Esto sería una consecuencia muy grande de la aplicación del concepto de tentativa, y uno de los autores de este artículo ha expresado más bien serias dudas con respecto a la idea de una tentativa de acto colectivo] (traducción libre).

otro; el bombardeo o el empleo de cualquier arma contra el territorio de otro Estado; el bloqueo de los puertos o de las costas; el ataque a las fuerzas armadas de otro Estado o a su flota mercante o aérea; La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; permitir que se lleve a cabo un acto de agresión en el territorio del Estado en contra de otro Estado; y el envío de bandas armadas o grupos irregulares que lleven a cabo actos de gravedad comparable con los actos antes enunciados.

La lista de actos de agresión incorporada al Estatuto de Roma ha generado la duda de si se trata o no de una lista taxativa. Un sector de la doctrina afirma que *“no nos encontramos ante una lista cerrada, y por tanto cualquier otro acto que cumpla los requisitos señalados podrá ser considerado también acto de agresión”*¹⁷⁴⁵. El primer argumento que se ha dado para sostener esta afirmación es la referencia explícita que hace el numeral dos del artículo 8 bis del Estatuto de Roma a la Resolución 3314 (XXIX), en la que expresamente se señala que *“la enumeración de los actos mencionados anteriormente no es exhaustiva”* lo que implicaría que al copiar la lista expresa y directamente de la resolución, se tenía la intención de que esta fuera meramente enunciativa. El segundo argumento es que más allá de la referencia a la Resolución de la Asamblea General, la propia redacción del artículo del Estatuto de Roma parecería indicar que la lista es enunciativa.

De acuerdo con el artículo 8 bis del Estatuto de Roma, el eje central del crimen de agresión es el *“acto de agresión”*, que el párrafo 2 del artículo define como *«el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas»*. De acuerdo con eso, quedan incluidos dentro del acto de agresión, todas las conductas que se adecúen a la definición que otorga el párrafo. Siempre que el acto de agresión alcance las características, la gravedad y la escala necesarias para constituir una violación manifiesta de la Carta de Naciones Unidas, constituirá un crimen de agresión. En

¹⁷⁴⁵ FERNÁNDEZ ARRIBAS. *Crimen...*, op.cit. p. 286. En el mismo sentido, DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 29.

ese orden de ideas, los actos de agresión incorporados en el listado del artículo son meramente enunciativos, pues otros actos que cumplan con los requisitos exigidos por el Estatuto de Roma serán actos de agresión que puedan generar un crimen de este tipo¹⁷⁴⁶.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la aclaración de que los actos enunciados como actos de agresión no constituyen una lista taxativa se encuentra en el artículo 4 de la Resolución 3314 (XXIX), en el que también se establece que el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas «*podrá determinar que otros actos constituyen agresión*». En ese orden de ideas, es posible que no se haya incorporado esta referencia al artículo 8 *bis* del Estatuto de Roma, con el propósito de no otorgar mayores competencias a la discrecionalidad política del Consejo de Seguridad, que hubiera «*garantizado el papel predominante del Consejo de Seguridad en la determinación y calificación de un acto de agresión, lo que hubiera satisfecho las pretensiones de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad*»¹⁷⁴⁷. La forma en la que se ha redactado el artículo 8 *bis* traslada esta discrecionalidad a la Corte, enunciando los posibles actos de agresión, pero permitiendo que sean la Corte y la Fiscalía, y no el Consejo de Seguridad el que establezca cuales actos son “actos de agresión”. De todos modos, debe tenerse en cuenta que este margen discrecional no es absoluto y deberá estar guiado por el marco normativo de derechos humanos y las otras fuentes de Derecho que establece el artículo 21 del Estatuto de Roma¹⁷⁴⁸.

Con respecto al contenido de la lista de actos de agresión del párrafo 2, llama la atención que se han incorporado, de manera asistemática, meros actos de participación con actos de

¹⁷⁴⁶ “*The reference to Resolution 3314 in Article 8 bis (2) in itself constitutes a most carefully drafted reconciliation of competing views. The first sentence of this reference, whose language is taken from Article 1 in the annex to Resolution 3314, operates as a chapeau clause. The second sentence illustrates the meaning of the chapeau clause listing acts contained in Article 3 in the annex to Resolution 3314*”. KREB. VON HOLTZENDORFF. *The Kampala ...*, op.cit. p. 1191. [La referencia a la Resolución 3314 en el Artículo 8 bis (2) constituye, en sí misma, una conciliación cuidadosamente redactada de opiniones en conflicto. La primera oración de esta referencia, cuyo lenguaje está tomado del Artículo 1 en el anexo de la Resolución 3314, funciona como una cláusula introductoria. La segunda oración ilustra el significado de las cláusulas introductorias que enumeran los actos contenidos en el Artículo 3 en el anexo a la Resolución 3314] (traducción libre).

¹⁷⁴⁷ QUESADA ALCALÁ. *El crimen ...*, op.cit. p. 89.

¹⁷⁴⁸ *Ibidem*. p. 90.

consumación de la agresión¹⁷⁴⁹. Así, el literal f) sanciona, como autores del crimen de agresión a quienes permiten que el territorio de un Estado sea utilizado por otro para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado, lo que claramente constituye un acto de participación en el crimen de agresión de otro Estado. Por su parte, el literal g) incorpora una especie de autoría mediata, ya que en ese caso los líderes del Estado no actúan por sí mismos utilizando sus propias fuerzas armadas, sino que realizan el acto de agresión a través de mercenarios y bandas armadas paraestatales, que en ciertos casos pueden ser útiles para ocultar al Estado que realmente dirige la operación, como sucedió en 1977 con el golpe de Estado al gobierno de Benín que se comentó anteriormente. Los demás literales, a) a e), sí constituyen actos de agresión que consumarían el delito.

Finalmente, con respecto al elemento objetivo debe tenerse en cuenta que, aunque muchas de las conductas descritas como actos de agresión también podrían constituir crímenes de guerra en ciertas circunstancias, debido al elemento contextual, resulta muy difícil que un solo acto pueda enmarcarse en los tipos de delitos. El elemento contextual de los crímenes de guerra exige que la conducta criminal se adscriba o suceda dentro de un contexto de conflicto armado preexistente. Por el contrario, el crimen de agresión puede suceder sin que exista un contexto específico antes de que el acto de agresión se lleve a cabo. Más aún, el acto de agresión puede dar lugar, en la mayoría de las ocasiones, a un conflicto armado de carácter internacional. Por esa razón, el acto de agresión difícilmente podrá ser, simultáneamente, un crimen de guerra¹⁷⁵⁰.

¹⁷⁴⁹La razón de esta asistematicidad puede ser que la lista fue copiada directamente de la Resolución de Naciones Unidas y “*it was never meant to be applied as a criminal statute*”. PAULUS. *Second...*, op.cit. p. 1121. [Nunca se pensó para ser aplicado como un código penal] (traducción libre).

¹⁷⁵⁰En el derecho penal internacional suele utilizarse el test que desarrolló el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en la sentencia *Celebici* para determinar si los crímenes internacionales pueden concursar entre ellos. De acuerdo con este tribunal, “[h]aving considered the different approaches expressed on this issue both within this Tribunal and other jurisdictions, this Appeals Chamber holds that reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple convictions, lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other. Where this test is not met, the Chamber must decide in relation to which offence it will enter a conviction. This should be done on the basis of the principle that the conviction under the more specific provision should be upheld. Thus, if a set of facts is regulated by two provisions, one of which contains an additional materially distinct element, then a conviction should be entered only under that provision”. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Sala de Apelación, Fiscalía vs Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landžo (“Caso Celebici”), Sentencia de Apelación, febrero 20 de 2001, par.412-413. [Habiendo considerado

2. El elemento de intencionalidad.

A diferencia de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, la definición del crimen de agresión consagrada en el artículo 8 *bis* no hace referencia a ningún elemento subjetivo. En ese orden de ideas y, tal como lo aclaran los Elementos de los Crímenes, se entiende que el crimen de agresión debe cometerse con conocimiento e intención, en los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma¹⁷⁵¹. Esto implica, en primer lugar, que el sujeto debe conocer que se encuentra en una posición que le permite controlar o dirigir un Estado y el uso de la fuerza a nombre de este. Ahora bien, los Elementos de los crímenes hacen dos precisiones con respecto al conocimiento que debe tener el autor del crimen de agresión al momento de ejecutar la conducta.

Por una parte, como cuarto elemento se exige que *«el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la incompatibilidad de dicho uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas»*. En ese orden de ideas, haber establecido el conocimiento sobre estas circunstancias de manera expresa en ese elemento parece innecesario, en la medida en la que para que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 30 del Estatuto de Roma, es necesario que el autor tenga conocimiento de todas las circunstancias relevantes dentro de la conducta criminal. El hecho de que el acto sea incompatible con la Carta de Naciones Unidas es lo que determina que este sea un crimen de agresión, tal y como se dijo en el acápite anterior. Sin embargo, *“it is not required, as follows from the elements of the crime of aggression, that the alleged aggressor made a legal evaluation as to the inconsistency with the UN Charter by using of armed force or as to the*

los diferentes enfoques expresados sobre este tema tanto dentro de este Tribunal como en otras jurisdicciones, esta Sala de Apelaciones sostiene que las razones de imparcialidad para con el acusado y la consideración de que solo delitos distintos pueden justificar condenas múltiples, llevan a la conclusión de que se ingresaron condenas criminales múltiples. bajo diferentes disposiciones legales pero basadas en la misma conducta solo se permiten si cada disposición legal en cuestión tiene un elemento materialmente distinto no contenido en la otra. Un elemento es materialmente distinto de otro si requiere prueba de un hecho que no es requerido por el otro. Cuando no se cumpla con esta prueba, la Sala debe decidir con respecto a qué delito condenará. Esto debe hacerse sobre la base del principio de que la condena en virtud de la disposición más específica debe ser confirmada. Por lo tanto, si un conjunto de hechos está regulado por dos disposiciones, una de las cuales contiene un elemento materialmente distinto adicional, entonces se debe condenar solo bajo esa disposición] (traducción libre).

¹⁷⁵¹ GIL GIL. MACULAN (Dir.). *Derecho...*, op.cit. p. 426.

manifest nature of the violation”¹⁷⁵², tal como sucede con el conocimiento de la ilegalidad del acto en cualquiera de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Por otra parte, en los elementos de este crimen también se exige que «*el autor haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que constituían dicha violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas*», pues como se dijo, no todo uso de la fuerza armada de un Estado, aunque sea incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, constituye una violación manifiesta a la misma. En ese orden de ideas, lo que se exige es que el sujeto tenga conocimiento de las características de su actuación, así como de su gravedad y la escala que alcanza, que son los elementos que permiten afirmar que la acción es manifiestamente contraria a la Carta de las Naciones Unidas. En consecuencia, se debe distinguir, pues algunas de las características serán circunstancias en términos del artículo 30, pero otras, así como los elementos para determinar la gravedad y la escala del crimen de agresión serán consecuencias, por lo cual por conocimiento debe entenderse que el sujeto es consciente de que ese resultado se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

En ese orden de ideas, la conciencia de que existen esas circunstancias y de que se producirán esas consecuencias, es esencial en la configuración del delito. Sin embargo, la referencia expresa a dicho conocimiento puede entenderse en virtud del numeral 2 de la introducción del artículo 8 *bis* de los Elementos de los Crímenes, que aclara que «*no existe obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la incompatibilidad del uso de la fuerza armada con la Carta de las Naciones Unidas*». Del mismo modo el numeral 4 de la introducción a los elementos de este delito afirma que «*[n]o existe la obligación de demostrar que el autor haya llevado a cabo una evaluación en derecho de la naturaleza manifiesta de la violación de la Carta de las Naciones Unidas*». Se entiende que lo que trata de dejar claro el instrumento internacional es el grado de conocimiento que se exige para que se genere responsabilidad penal.

¹⁷⁵² En consecuencia, continua afirmando el autor que “*Since knowledge of law is not required, the defense of mistake of law seems to have limited value for this crime*”. KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *Mens rea at the International Criminal Court*. Brill Nijhoff, Leiden, 2017. p. 167. [Dado que no se requiere el conocimiento de la ley, la defensa del error de derecho parece tener valor limitado frente a este crimen] (traducción libre).

La postura adoptada en este punto por los Elementos de los Crímenes concuerda con la posición unánime que sostiene hoy en día la doctrina continental que, dentro del conocimiento necesario para configurar el dolo, solamente exige una «*valoración paralela en la esfera del profano*»¹⁷⁵³ siguiendo la doctrina de MEZGER. De acuerdo con esto, es imprescindible que el sujeto conociera que mediante su conducta estaba planificando, preparando o realizando un uso de la fuerza armada de un Estado en contra de la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, más no debe conocer las normas de la Carta de las Naciones Unidas a las que es manifiestamente contraria su actuación¹⁷⁵⁴. Así pues, en los Elementos de los crímenes lo que se prevé es la posibilidad que tiene la Fiscalía de abstenerse de probar que, en efecto, el o los autores del crimen de agresión realizaron la evaluación de sus actos a la luz de las normas de la Carta de Naciones Unidas.

Adicionalmente, es posible entender que el crimen de agresión tiene un elemento subjetivo adicional o *special intent*, aunque ni la definición del delito en el Estatuto de Roma, ni los Elementos de los Crímenes lo exijan expresamente¹⁷⁵⁵. Dada la definición de acto de agresión contenida en el numeral 2 del artículo 8 *bis*, debe entenderse que el o los sujetos activos que lleven a cabo el acto de agresión deben tener el propósito o la finalidad de interferir con la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado¹⁷⁵⁶. Así

¹⁷⁵³ MIR PUIG. *Derecho Penal...*, op.cit. p. 270. En el mismo sentido, PÉREZ ÁLVAREZ. MÉNDEZ RODRÍGUEZ. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ. *Derecho Penal...*, op.cit. p. 135.

¹⁷⁵⁴ DÍAZ SOTO. *Una aproximación...*, op.cit. p. 40.

¹⁷⁵⁵ CASSESE. *International...*, op.cit. p. 160.

¹⁷⁵⁶ Al respecto explica GLASER que « *La détermination de l'agresseur est, certes, une question de fait. Dans chaque cas d'espèce, il faut apprécier à leur juste valeur tous les éléments de fait, il faut notamment approfondir tous les rapports qui on fait l'objet de constatations entre les Etats respectifs. Pourtant, ce qui est déterminant pour la notion d'agression au sens juridique de ce terme, c'est l'intention de l'auteur, le but qu'il vise par son action, la fin qu'il se propose d'obtenir. En effet, on ne peut arriver à une construction propre et utile du point de vue juridique de fait d'agression en tant qu'infraction d'ordre pénal, que lorsqu'on la conçoit sous la figure de ce qu'on appelle "infractions déterminées par un but"* » GLASE, Stefan. "Quelques remarques sur la définition de l'agression en droit international pénal » En HOHENLEITNER, Siegfried. LINDNER, Ludwig. NOWAKOWSKI, Friedrich. *Festschrift für Theodor Rittler*. Verlag Scientia, Alemania, 1957. p. 389. [La determinación del agresor es, por supuesto, una cuestión de hecho. En cada caso, todos los hechos deben ser plenamente apreciados, y en particular todos los informes que son objeto de conclusiones entre los respectivos Estados deben ser examinados a fondo. Sin embargo, lo que es decisivo para la noción de agresión en el sentido legal del término es la intención del autor, el objetivo que busca alcanzar mediante su acción, el fin que se propone obtener. De hecho, no se puede llegar a una construcción completamente clara y legalmente útil de la agresión como delito, más que aquella que establece que la agresión es uno de esos "delitos determinados por un propósito"] (traducción libre).

entendido, no basta con que el uso de la fuerza por parte de un Estado, objetivamente, tuviera implicaciones sobre la soberanía o la integridad territorial de un Estado, sino que se requiere una finalidad adicional, de afectar estas estructuras, similar a la finalidad genocida.

Esta postura resulta adecuada debido a que la finalidad del crimen de agresión estaría vinculada con su gravedad y escala, permitiendo distinguir más claramente entre los usos de la fuerza ilegítimos y los verdaderos crímenes de agresión. Además, aunque podría entenderse que la finalidad de afectar la soberanía de los Estados también está presente, esta se vería acompañada de una finalidad superior, en los casos en los cuales se hace uso de la doctrina de “responsabilidad de proteger” y en las intervenciones humanitarias. En estos casos, la finalidad de intervenir en la soberanía de un Estado no sería la finalidad principal del uso de la fuerza, por lo cual no se alcanzaría el umbral de gravedad requerido, lo que implicaría que el hecho estaría por fuera de la competencia de la Corte Penal Internacional, por no constituir un crimen de agresión.

CONCLUSIONES

Esta tesis ha explicado cómo entiende los elementos subjetivos del delito cada uno de los sistemas estudiados y cómo pueden conjugarse estas concepciones, a partir de la redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma, para dar una interpretación que sea aplicable y respetuosa de los principios mínimos de los ordenamientos estudiados. Ahora resulta oportuno presentar las conclusiones que pueden extraerse del análisis anterior. Esto, sin perjuicio de las conclusiones específicas que se han ido presentando en cada uno de los apartados.

Primera. En un mundo globalizado como el actual, en el que los fenómenos estatales generan reacciones a nivel regional y global, se hace necesario que tanto los gobiernos como los ciudadanos encuentren mecanismos para relacionarse, lo que implica, necesariamente, poder entenderse. Los sucesos de carácter jurídico no son la excepción y, en consecuencia, aunque tradicionalmente se haya sostenido que el derecho es un asunto interno de cada país, hoy es innegable que la importancia del derecho internacional ha aumentado exponencialmente, al punto que ningún abogado puede considerar su formación completa sin tener, al menos, algunas nociones de esta rama del derecho.

En ese contexto, el derecho penal internacional también ha adquirido una gran importancia, especialmente debido a que la humanidad ha adquirido conciencia de la gravedad de ciertos crímenes. A partir de sucesos históricos como la Segunda Guerra Mundial, el conflicto armado en la antigua Yugoslavia o el genocidio en Ruanda, la comunidad internacional ha comprendido que los crímenes de esta magnitud no pueden tolerarse, ni dejarse en la impunidad, más allá de que un Estado particular tenga, o no, la intención de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de estos hechos. Esto ha hecho que se reevalúe la idea de que uno de los mayores bastiones jurídicos de la soberanía estatal es el derecho penal.

Segunda. En ese contexto, el surgimiento de la Corte Penal Internacional, a partir de la firma del Estatuto de Roma en 1998 y, su posterior entrada en vigor en 2002, constituyó uno de los

hitos más importantes en el desarrollo del derecho penal internacional. Se trata del primer tribunal internacional con funciones penales que tiene vocación de permanencia y universalidad. Además, parte de su importancia está dada porque la Corte Penal Internacional carece del “defecto congénito” con el que operaron los Tribunales *ad hoc*, es decir que no fue creada para juzgar hechos pasados y para operar solo por un tiempo limitado.

Sin embargo, el Estatuto de Roma es un tratado internacional, producto de negociaciones políticas, en las cuales se modificaron las estructuras penales propuestas por las delegaciones de los diferentes Estados, con el propósito de llegar a consensos que permitieran la aprobación y la posterior ratificación del Estatuto. La consecuencia inevitable de este proceso es que los artículos del Estatuto son de difícil aplicación y requieren que todos los operadores jurídicos que pretenden aplicarlos realicen verdaderos ejercicios de interpretación, por lo que es fundamental establecer los criterios que deben guiar esa labor.

Tercero. La interpretación de las normas del Estatuto de Roma deben partir de un análisis real de derecho comparado, con el objetivo de que sean aplicables a todos los procesados, independientemente del ordenamiento jurídico del que provengan, de tal manera que puedan comprenderlas y se garantice un juicio justo y respetuoso de la dignidad humana. Esto implica que debe reconocerse que la diversidad humana también permea las distintas tradiciones jurídicas y para poder compararlas y encontrar puntos comunes y diferentes, es necesario partir de la tolerancia. Las comparaciones de los elementos jurídico penales de cada ordenamiento no pueden partir de los prejuicios, ni de actitudes de paternalismo o superioridad; se debe partir de criterios objetivos para identificar cuáles son las mejores soluciones para el derecho penal internacional.

Cuarta. Un proceso común para llenar de contenido las normas ambiguas de los instrumentos internacionales es utilizar la versión original del texto. Sin embargo, esta opción no puede aplicarse en el caso del Estatuto de Roma pues de acuerdo con el artículo 128 del Estatuto, las versiones en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas (chino, español, francés, inglés, ruso y árabe) constituyen textos auténticos y, por tanto, ninguno prevalece sobre los demás. Como consecuencia, se hace necesario, cuando menos, comparar varias versiones del

Estatuto cuando estas se contradigan entre sí y encontrar la solución que más se adecúe a todas ellas.

Más aún, no puede olvidarse que los redactores del Estatuto hicieron un esfuerzo considerable por apartarse de los conceptos penales propios de una tradición jurídica determinada, buscando garantizar la universalidad del Estatuto y la identificación de las estructuras por parte de los abogados de todos los sistemas que se involucraran con la institución. En ese orden de ideas, aún cuando cierto lenguaje en alguna de las versiones del texto pueda remitirse a los conceptos de derecho interno, la interpretación de las normas no puede consistir en una simple transposición de las estructuras propias de un sistema jurídico en el derecho penal internacional.

La interpretación del Estatuto de Roma, debe hacerse a partir de una comparación entre los distintos ordenamientos jurídico penales estatales. Un análisis cuidadoso de cada ordenamiento, desde sus orígenes, permite identificar los elementos que componen la teoría del delito en cada uno de ellos y las funciones que cumplen. A partir de la comprensión del delito en cada ordenamiento, es posible identificar los elementos mínimos necesarios para derivar la responsabilidad penal a nivel internacional. Con base en esos elementos mínimos comunes a todos los ordenamientos debe aplicarse el Estatuto de Roma. Este trabajo se enfoca en el aspecto subjetivo de la conducta, priorizándolo en virtud de la incorporación del principio de culpabilidad a todos los ordenamientos jurídicos.

Quinta. Una interpretación consistente del Estatuto de Roma y que sea coherente con las diferentes tradiciones jurídicas que se conjugan en el ejercicio del derecho penal internacional brinda seguridad jurídica. La contraposición de conceptos de sistemas de derecho penal distintos, sin hacer comparaciones juiciosas, genera interpretaciones erróneas de las normas del Estatuto como ha sucedido en ocasiones con el dolo eventual y la imprudencia con representación (*recklessness*). Solamente un ejercicio adecuado de derecho comparado que permita identificar las estructuras y su funcionamiento, más allá de consideraciones generales puede generar previsibilidad en la aplicación de las normas de carácter penal.

Más aún, la incorporación de todos los sistemas en la interpretación de las normas de la Corte Penal Internacional ayuda a darle legitimidad a la institución, pues desvirtúa la idea de que se trata de una nueva forma de colonización de los países de occidente a los países de oriente, principalmente a los países de Africa. Esto genera una consolidación de la vocación de universalidad de la Corte y la consolidación del derecho penal internacional como un derecho común a toda la humanidad.

Sexta. En consecuencia, el estudio de los sistemas penales de cada Estado no puede realizarse en abstracto. Es necesario conocer a profundidad el sistema jurídico de los Estados, para poder comprender las normas más allá de su texto. Con el propósito de identificar las similitudes y las diferencias entre las distintas formas de entender el delito, se debe entender también cual es el contexto histórico y social del que han surgido esas construcciones, como se interpretan las normas por parte de los operadores jurídicos nacionales y como se aplican. En ese orden de ideas, no basta con que dos normas de dos Estados distintos lleven el mismo nombre o utilicen un lenguaje similar, sino que es necesario identificar las funciones que esas normas cumplen dentro de sus respectivos ordenamientos.

Uno de los factores que más influye en la cultura jurídica de un país es su historia. La mayoría de las instituciones jurídicas surgen de contextos históricos determinados, que llevan a los Estados a procurar solucionar problemas a través del derecho. A partir de allí, los Estados que han compartido procesos históricos suelen tener sistemas jurídicos similares, lo que hace que se clasifiquen dentro de la misma familia o tradición jurídica, como sucede con Inglaterra y Estados Unidos, que hacen parte de la tradición del *common law*. No obstante, no pueden subestimarse las diferencias que dan identidad a cada sistema jurídico, ni desconocer que estas diferencias pueden ser estructurales, por lo que se debe ser extremadamente cuidadoso al llegar a conclusiones generales con respecto al funcionamiento de los sistemas.

Esto se ha hecho evidente al analizar el sistema jurídico penal francés. A pesar de ser un país de Europa Continental y de que su sistema jurídico tiene ciertas similitudes con España por ejemplo, el ordenamiento penal francés está lleno de particularidades, ya que no ha hecho uso de las estructuras alemanas de la teoría del delito, como lo han hecho España, Colombia y

una importante parte de América Latina. Esto ha generado la necesidad de estudiar el ordenamiento penal francés de manera particular a lo largo de este trabajo.

Septima. El derecho penal internacional constituye un sistema jurídico en sí mismo, que si bien se alimenta de los ordenamientos jurídicos internos y depende en gran medida de la colaboración de los Estados para su funcionamiento, no está constituido por la imposición de una cultura jurídica sobre las demás. Aún así, no pueden ignorarse los aportes de los distintos sistemas jurídicos en la construcción del derecho penal internacional y es indispensable entender las instituciones jurídicas en su contexto para poder comprender como armonizarlas con las de otros Estados, cuando se encuentran dentro del ámbito internacional. Sin embargo, sigue siendo preocupante que algunos de los Estados más poderosos a nivel económico y político no hayan ratificado el Estatuto, ni muestren interés en hacerlo, aún cuando han sido determinantes para la redacción del Estatuto de Roma y el funcionamiento de la Corte Penal Internacional.

Octava. La historia común de Estados Unidos e Inglaterra hace que sus sistemas jurídico penales sean muy similares. En ambos sistemas, pertenecientes a la tradición del *common law*, la jurisprudencia ha sido una fuente jurídica determinante para la creación del sistema, incluso el ordenamiento penal. Sin embargo, no es cierto que esta sea la única fuente jurídica y las normas estatutarias han ido adquiriendo importancia, al punto de que en la actualidad no existen delitos de *common law* en los Estados Unidos. No obstante, la parte general del derecho penal en estos ordenamientos sigue estando, en su mayoría, en las sentencias.

El delito en el derecho penal anglosajón se analiza a partir de una estructura bipartita, en la que se distinguen los elementos que conforman la descripción de la conducta, es decir el *actus reus*, del estado mental con el que actúa el sujeto al momento de llevar a cabo la conducta, *mens rea*. Sin embargo, aunque suele afirmarse que estas distinciones están basadas en categorizar los elementos entre objetivos y subjetivos, no puede ignorarse que estas categorías incluyen, ambas, elementos objetivos y subjetivos, como la voluntariedad de la conducta, que se encuentra en el *actus reus*. A esta estructura, algunos autores añaden las causas de exclusión de la responsabilidad penal.

Novena. La doctrina penal francesa discute si el delito se compone de dos o de tres elementos. De acuerdo con la teoría más clásica, el delito responde a una estructura tripartita en la que se encuentran el elemento legal, el elemento material y el elemento moral. En el elemento legal se encuentra la descripción normativa de la conducta delictiva, por lo que se trataría de la incorporación del principio de legalidad al ordenamiento penal. El elemento material se compone de los elementos objetivos del delito y el elemento moral de los subjetivos. Adicionalmente, el derecho penal francés también reconoce que hay circunstancias en las cuales el sujeto no debe responder penalmente, aún cuando haya llevado a cabo el elemento material del delito, pero estas circunstancias se añaden a las categorías antes estudiadas como elementos negativos de las mismas.

Décima. El derecho penal iberoamericano, representado en este trabajo por los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, que ha estado fuertemente influido por la doctrina penal alemana sostiene una teoría tripartita del delito. En éste, el delito se define como la conducta típica, antijurídica y culpable. A esto, en ocasiones, se añade la exigencia de que la conducta sea punible. En este caso, cada uno de los estadios de análisis incorpora elementos objetivos y subjetivos, así como causales de exclusión de la responsabilidad penal. Sin lugar a dudas, esta es la estructura que más elementos tiene y, por ello, la más compleja.

Décimoprimera. Todos los sistemas estudiados reconocen la importancia del principio de legalidad en la estructura del delito. Dentro del sistema jurídico francés, su importancia deriva de un hecho central para la historia de ese Estado: la Revolución Francesa de 1789. A partir de allí, la máxima *nullum crimen, nullam poena sine lege*, ha adquirido una función preponderante dentro del derecho penal. Así mismo, los sistemas jurídicos del *common law* reconocen que el principio de legalidad debe estar presente en el derecho penal, aún cuando su fuente sea interpretada de formas distintas, especialmente en el caso de Inglaterra que entiende que se respeta este principio, a pesar de que la fuente jurídica de una sanción penal no sea una norma emitida por el órgano legislativo. Por su parte, en el derecho penal iberoamericano, el principio de legalidad encuentra su concreción en la tipicidad, que permite llevar a cabo un juicio sobre la adecuación de la conducta a la descripción normativa de la que surge su prohibición, es decir, al tipo penal. Sin embargo, en todos los sistemas

estudiados, el contenido material del principio de legalidad es equivalente: se refiere a la necesaria preexistencia de normas que prohíban la conducta y le asignen una pena. Adicionalmente, es fundamental que esa norma haya sido emitida por el órgano competente y que el sujeto haya estado en capacidad de conocerla. Solo así, el derecho penal logra alcanzar el fin preventivo que persigue.

La importancia de este principio central en todos los ordenamientos, se ha hecho evidente también en el Estatuto de Roma, que expresamente lo ha reconocido en el artículo 22. Está inclusión, además de una serie de disposiciones encaminadas a respetarlo y hacerlo cumplir, ha sido uno de los elementos más importantes para dar legitimidad a la Corte Penal Internacional. Adicionalmente, sirve de ejemplo para la interpretación de las demás normas del Estatuto, en la medida en la que se trata de un principio reconocido por todos los ordenamientos, que permite una aplicación uniforme del derecho penal internacional, basada en los mínimos comunes de todos los sistemas jurídicos. Su contenido material respeta los requisitos impuestos en todos los sistemas. El Estatuto de Roma exige que los crímenes y las penas existan dentro del marco jurídico de la Corte Penal Internacional, de manera previa a su comisión, escrita y cierta. Por primera vez, el derecho penal internacional puede tener una finalidad preventiva; los operadores jurídicos ya no tienen que indagar por normas consuetudinarias de difícil acceso para identificar la prohibición.

Decimosegunda. El derecho penal internacional aún requiere elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales más sólidas, que permitan que se desarrolle adecuadamente. Principalmente la parte general del derecho penal internacional, es aún un área relativamente inexplorada del derecho, a pesar de que en los últimos años se han hecho importantes esfuerzos por brindar mejores argumentos dogmáticos a esta disciplina y darle a los jueces mayores herramientas de interpretación y aplicación del derecho penal internacional. Así, hasta la incorporación del artículo 30 en el Estatuto de Roma, la *mens rea* o la tipicidad subjetiva se había ido moldeando caso a caso. Esta tarea se complicaba porque, además de no existir una norma general al respecto, las definiciones de los crímenes tampoco hacían referencia expresa al elemento subjetivo necesario para que existiera responsabilidad penal. Adicionalmente, las decisiones de los tribunales internacionales con respecto al elemento subjetivo requerido en

los distintos crímenes no necesariamente coinciden entre ellas. En consecuencia, no existe una norma consuetudinaria que establezca la *mens rea* para los crímenes internacionales y la disposición del artículo 30 solamente puede aplicarse a situaciones cobijadas por el Estatuto de Roma.

Sin embargo, esto no refleja la importancia que tienen los elementos subjetivos de la conducta dentro de todos los ordenamientos jurídico penales. Más allá de tratarse de requisitos esenciales para la evaluación del delito, la exigencia de que el sujeto actúe con cierto estado mental al momento de cometer un delito, constituye una límite fundamental dentro de un derecho penal garantista. El principio de culpabilidad, reconocido en todos los ordenamientos, exige que no se sancione penalmente a quien ha cometido una conducta o ha producido un resultado prohibido, si este no ha actuado con intención, conocimiento o imprudencia. Además, el estandar subjetivo exigido refleja también la gravedad del delito: para los delitos más graves se exige un compromiso mental más elevado. Por primera vez dentro del derecho penal internacional, un instrumento de creación de un tribunal ha reconocido la importancia de evaluar el aspecto subjetivo de la conducta como una garantía a favor del procesado.

Decimotercera. El artículo 30 del Estatuto de Roma se reconoce por ser la primera disposición en abordar los elementos subjetivos de los crímenes internacionales dentro de los tratados en la materia y, probablemente por lo mismo, es de las normas menos estudiadas del instrumento. Se trata de una disposición muy ambigua, que ha generado importantes discusiones tanto dentro, como fuera de la Corte. Una de ellas, la sucita la primera cláusula del artículo, de acuerdo con la cual, se aplicará este elemento de intencionalidad salvo que exista una disposición en contrario. Al respecto no existe una postura sostenida de manera unánime por toda la doctrina. Mientras algunos académicos afirman que la interpretación debe ser más estricta y, por tanto, solamente normas del propio Estatuto pueden ampliar o restringir los requisitos establecidos en el artículo 30; otros afirman que, en virtud de las disposiciones contenidas en el artículo 21 del mismo, todas las fuentes jurídicas del derecho internacional, incluyendo otros tratados, normas penales de carácter interno y la costumbre internacional, pueden modificar el estandar subjetivo exigido.

No obstante, partir de las discusiones plasmadas en este texto, la disposición en contrario solamente puede encontrarse en el mismo Estatuto, o en los Elementos de los Crímenes, que es el documento diseñado para complementar y guiar la interpretación de los artículos 5 a 8 *bis* del mismo. Las demás normas internacionales, incluyendo la costumbre internacional, no pueden modificar el estándar del elemento subjetivo de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, sin que esto implique una violación al principio de legalidad.

Decimocuarta. Dentro de ese contexto, el análisis de las distintas formas de *mens rea* o tipo subjetivo debe partir de las definiciones de “intención” y “conocimiento” que están contenidas en el artículo 30 del Estatuto de Roma. Estas definiciones no son del todo claras, porque los términos allí utilizados se prestan para diversas interpretaciones, por lo cual se admiten distintas formas de elemento intencional. Esto es aún más importante si se tiene en cuenta que los intérpretes, provenientes de distintas tradiciones jurídicas, entenderán el elemento de intencionalidad de acuerdo con su formación jurídica previa.

Decimoquinta. La “y” que separa los términos intención y conocimiento dentro de la redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma es, claramente, una “y” conjuntiva que obliga a que ambos elementos estén presentes en la mente del sujeto al momento en el cual se lleva a cabo el crimen. No obstante, los numerales 2 y 3 del artículo 30 definen “intención” y “conocimiento”, de acuerdo con el objeto sobre el cual recae el elemento mental, de acuerdo con lo cual, la intención recae sobre las conductas y las consecuencias, mientras que el conocimiento recae sobre las circunstancias y las consecuencias. Esto significa que el Estatuto ha adoptado la postura del derecho anglosajón, en el que se entiende que para cada uno de los elementos de un delito se exige un elemento de intencionalidad distinto. Es decir, que el sujeto actúa con intención (voluntad) y conocimiento con respecto a la totalidad del delito, como sucede en el derecho penal español y colombiano, pero se distingue sobre que elementos del delito recae la intención y sobre cuales el conocimiento.

Un ejemplo de esto se presenta en el crimen de guerra de “Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” consagrado en el artículo 8, 2) b) xxvi del Estatuto de Roma. Para que exista

responsabilidad penal por este crimen de guerra, el sujeto debe tener intención sobre la conducta (reclutar o alistar) y la consecuencia (que los menores hagan parte de las fuerzas armadas del Estado o participen activamente en las hostilidades). Simultáneamente, es necesario que el sujeto tenga conocimiento sobre la circunstancia (que las personas que incluye en sus filas tengan menos de 15 años) y sobre la consecuencia.

Decimosexta. De acuerdo con la comparación realizada entre los cinco sistemas, en todos los casos se admite la comisión de delitos con intención o dolo directo de primer grado. Se trata de los casos en los cuales el sujeto actúa con conocimiento de su actuación, del resultado que va a producir y con plena voluntad de llevar a cabo esa conducta y de producir el resultado. En todos los ordenamientos, esta forma de dolo o de *mens rea*, constituye la forma más grave de actuación, en la medida en la que el sujeto dirige toda su voluntad y los medios a su alcance para la comisión de la conducta punible. La redacción del artículo 30 del Estatuto de Roma es clara con respecto a la incorporación de esta forma de actuación en los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. De acuerdo con este artículo, será penalmente responsable quien se proponga incurrir en la conducta, se proponga causar la consecuencia y sea consciente de que una consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Esto implica que quien actúa de esta forma actúa con dolo directo de primer grado, de acuerdo con el sistema penal iberoamericano; con intención en el sistema anglosajón; o con dolo general y especial, de acuerdo con el sistema francés.

Esta forma de elemento de intencionalidad constituye la regla general en el artículo 30 del Estatuto de Roma. De acuerdo con lo que se ha explicado, la forma más grave de comisión de los crímenes internacionales y, también la más común, se presenta cuando el autor actúa con dolo directo de primer grado. En los términos del Estatuto existe dolo directo de primer grado cuando el sujeto se propone incurrir en una conducta, se propone producir una consecuencia y es consciente de que existe una circunstancia, de conformidad con la descripción típica relevante. La aplicación de esta forma de elemento subjetivo respeta los principios mínimos de todos los ordenamientos jurídico penales, en la medida en la que en todos se reconoce que esta forma de actuación merece ser sancionada.

Decimoséptima. En el ordenamiento penal iberoamericano se reconoce que existe una segunda forma de dolo, en la que el elemento volitivo del tipo subjetivo no tiene la misma intensidad del caso anterior; se trata del dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias, que está presente cuando el autor de un delito acepta como necesarias para la consecución de su finalidad, la producción de resultados típicos. En los ordenamientos jurídico penales de Inglaterra y Estados Unidos se reconocen formas similares de intención, como la intención oblicua y el conocimiento, que se aplica sin consideraciones de tipo volitivo. En cuanto al derecho penal francés, en él también se reconoce el dolo indeterminado como aquel que cubre los resultados no queridos, pero aceptados por el autor de delito.

Esta segunda forma de dolo también ha quedado incluida en el Estatuto de Roma, dado que el artículo 30 establece que será penalmente responsable quien “[e]n relación con una consecuencia, (...) es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos” y tiene “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”, por lo que se entiende que es penalmente responsable quien haya actuado sin voluntad con respecto a un resultado, pero con plena conciencia y aceptación de su producción.

En consecuencia, actúa dentro del marco del artículo 30 quien actúa con dolo de consecuencias necesarias, porque sabe que la consecuencia prohibida se va a producir como resultado de su actuación, aunque producirla no sea su finalidad. En ese sentido, el dolo de consecuencias necesarias será admisible, siempre que la definición del crimen no exija que este se cometa con dolo directo de primer grado o intención. Sin embargo, debe advertirse que, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal anglosajón, el tenor literal del artículo 30 no exige que el autor tenga “certeza” de que el resultado va a producirse, sino que basta con que sepa que es la consecuencia ordinaria del curso causal que ha iniciado. Aun así, la Sala de Cuestiones Preliminares II ha dado una interpretación más restrictiva a este elemento, acercándose a la postura anglosajona al respecto.

Decimoctava. Con respecto a la incorporación del dolo eventual en el Estatuto de Roma, la gran cuestión es si los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma admiten que los delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional sean cometidos con dolo eventual. Este análisis debe partir de la premisa que solo el derecho penal continental reconoce el dolo eventual como una forma de tipo subjetivo. Un concepto similar no existe en el derecho penal anglosajón. Un punto intermedio es contemplado por el derecho penal francés que, aunque no reconoce el dolo eventual en estricto sentido, responsabiliza penalmente a autores que actúan con esta forma de elemento mental, a través de figuras como el dolo indeterminado (dol indéterminé). Debe tenerse en cuenta que, a pesar de que el derecho penal francés utiliza el término dolo eventual (dol éventuel), el contenido del término no es el mismo, pues se asemeja más a la culpa con representación del sistema continental, que al dolo eventual. La definición de dolo eventual del derecho continental, exige que el autor se proponga incurrir en la conducta, la conozca y conozca todos los elementos del tipo.

La incorporación del dolo eventual en el Estatuto de Roma parte de la unión entre el literal b) del numeral dos del artículo 30 que establece que actúa intencionalmente quien es consciente de que una consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos; con la segunda hipótesis del numeral 3 del mismo artículo, que utiliza la misma expresión para definir el conocimiento. En ese orden de ideas, el primer elemento del dolo eventual es que actúa con esta forma de tipo subjetivo o mens rea quien prevé que un resultado se producirá como consecuencia de su comportamiento. El conflicto surge con respecto a un segundo momento, en el que aún no se ha podido determinar qué le exige el Estatuto de Roma al sujeto con respecto a esa previsión. De la redacción de la norma pueden derivarse dos interpretaciones distintas que determinan si se admite o no el dolo eventual, que parten del término “conciencia” y debaten si esta debe entenderse como “certeza” o “probabilidad” y en ese segundo caso, qué grado de probabilidad, se requiere para que se considere que se cumple con los requisitos del artículo 30 del Estatuto de Roma.

A pesar de las intensas discusiones que ha suscitado, incluso entre las distintas Salas de la Corte, el Estatuto de Roma admite que los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional sean cometidos con dolo eventual, dado que estos pueden cometerse con el

conocimiento de la alta probabilidad de que un resultado prohibido se produzca y dejar la consecuencia librada al azar. La exigencia de que el sujeto actúe con práctica certeza (virtual certainty) de la producción del resultado no se desprende del tenor literal de la norma. En ese orden de ideas, solo una interpretación del Estatuto de Roma que equipare el conocimiento a la certeza impediría las imputaciones a título de dolo eventual, pero no existe otra forma de en que el Estatuto de Roma y el dolo eventual sean incompatibles. Sin embargo, el dolo eventual no resulta compatible con las finalidades adicionales, por lo cual, los delitos que tienen este elemento no podrían cometerse con esta forma de mens rea. Este sería el caso del genocidio, por ejemplo.

Además, aunque el derecho penal anglosajón no reconoce el dolo eventual como una forma general de mens rea, dentro del Estatuto de Roma ha quedado establecida una forma específica de elemento subjetivo que equivale a una forma específica de dolo eventual, en el artículo 28 que hace referencia a la responsabilidad de los superiores. Se trata de la ceguera voluntaria (*wilful blindness*), en la cual el autor de un delito deja el resultado librado al azar, en la medida en la que decide no informarse sobre la posible comisión de delitos, con el objetivo de evadir la responsabilidad penal.

Decimonovena. A pesar de que la gravedad de los delitos de la competencia de la Corte podría llevar a suponer que no pueden cometerse a título de imprudencia, el Estatuto de Roma ha previsto en varios de sus artículos, especialmente en algunos de los crímenes de guerra, formas imprudentes de comisión, a través de la cláusula “*hubiere debido saber*”, “*should have know*” o “*aurait dû savoir*”, mediante la cual se le exige al autor el cumplimiento de un deber específico de conocimiento. Comprender la inclusión de la imprudencia como una forma de elemento subjetivo en el Estatuto de Roma resulta sencillo si se tiene en cuenta que todas los ordenamientos jurídicos estudiados admiten que ciertos delitos sean cometidos a título de imprudencia, cuando el sujeto ha incumplido deberes específicos de comportamiento.

Vigésima. Para comprender el concepto de mens rea, en el sentido de “mente culpable”, en el que están basadas las disposiciones del Estatuto de Roma, deben tenerse en cuenta el

artículo 30, que se refiere al “elemento de intencionalidad” y el artículo 32, que describe el tratamiento del “error de hecho o error de derecho”. Este análisis debe partir de la idea de que el error y el dolo son dos elementos inseparables y que solo un estudio de ambos permite identificar la verdadera naturaleza de la mens rea o de la culpabilidad, entendida en la forma en la que lo hace el Estatuto de Roma. Para que este instrumento sea aplicable a todos los ciudadanos del mundo, con garantías mínimas que protejan la dignidad humana y los derechos que de ella se derivan, como fue la intención de sus redactores, debe tenerse presente que es necesario armonizar las distintas estructuras de los elementos subjetivos con base en las cuales se determina la responsabilidad penal de los sujetos. Esto implica que, para que le sea exigible al sujeto actuar de una manera determinada, la responsabilidad subjetiva no puede estar basada en figuras que le sean por completo extrañas.

La lectura conjunta de los artículos 30 y 32 del Estatuto de Roma permite deducir que el Estatuto de Roma exige, aunque sea de manera tácita, un grado de culpabilidad, que incluye algún nivel de conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta. Esto se deriva de la posibilidad consagrada en el último inciso del artículo 32, de acuerdo con el cual el error de prohibición puede excluir la responsabilidad penal cuando anule el elemento de intencionalidad. Cabe aclarar que la extrema gravedad de los cuatro grupos de delitos que son competencia de la Corte, dificulta que una persona alegue que no conocía la ilicitud de la conducta, sin embargo, es posible que esto suceda, especialmente frente a ciertos crímenes de guerra.

El derecho penal internacional no exige que el autor conozca la norma legal específica que prohíbe su actuación, ni tampoco se requiere que la interprete correctamente, en la forma en la que lo haría un profesional del derecho; basta con que el autor sepa que existen normas, en términos generales, que prohíben su actuación. No obstante, frente a las razones para fundamentar un error de derecho, que pueda anular el tipo subjetivo o la *mens rea*, deberá tenerse en cuenta que hay estructuras que no se reconocen dentro de algunos ordenamientos y de las cuales no puede derivarse en ciertos Estados responsabilidad penal.

Vigesimoprimera. Si la comunidad internacional otorga a la Corte Penal Internacional la competencia para juzgar a los individuos a partir de la aquiescencia de los Estados a los que estos pertenecen, al menos en principio, lo correcto en términos de dignidad humana es que reciba de ellos también, las garantías y los principios que le ponen límites al ejercicio del poder en contra del ciudadano que ha delinquido, sin importar que tan grave sea el delito que ha cometido. El derecho penal es la monopolización de la fuerza por parte del Estado, o en este caso de los Estados, para otorgar a los ciudadanos que han delinquido un juicio y una pena justos y evitar la venganza. Si el Estatuto de Roma y todo el derecho penal internacional están destinados a proteger los bienes jurídicos más importantes para la humanidad y a sancionar los crímenes más graves, que atentan contra su conciencia y sus valores más profundos, no puede este mismo sistema, ignorar los de algunos ciudadanos. Parte de esas garantías consisten en reconocer que las personas pertenecen a culturas diferentes, con tradiciones jurídicas y políticas distintas, con costumbres diversas, que derivan en normas jurídico-penales de diferente índole.

Vigesimosegunda. Este trabajo solamente plantea la investigación con respecto a cinco países del mundo; para que haya una aplicación de las normas internacionales que respete verdaderamente la diversidad de todos los seres humanos, los procesos de comparación deben ser mucho más amplios. En este caso, solamente se han explorado sistemas occidentales, que comparten una cosmovisión determinada, no obstante, es necesario incorporar a los procesos comparativos e interpretativos de las normas internacionales, Estados que no occidentales, especialmente africanos, dado que son estos a los que más ha investigado la Corte, aún cuando el enfoque está cambiando y la institución tiene vocación de universalidad.

CONCLUDING REMARKS

This thesis explained how different legal systems understand the subjective element of the crime. Subsequently, building upon the wording of Article 30 of the Rome Statute, it demonstrated how these conceptions may be bound together to offer an interpretation that is both applicable and respectful of the defining principles of the legal systems that were studied. This section will offer some concluding remarks that flow from this analysis, notwithstanding the specific conclusions that were presented in each of the sections above.

First, in the current, globalised world, situations occurring within a State generate regional and global reactions. This creates a need for mechanisms that facilitate interactions between citizens and governments across the world, which presuppose their ability to understand each other. Legal phenomena are no exception. Thus, even though the law was traditionally seen as an internal affair of each State, nowadays the growing relevance of international law is unquestionable. It has reached a point where legal professionals cannot consider their education complete without acquiring at least a few notions of this area of the law.

In that context, international criminal law has gained salience due to humanity's growing awareness of the gravity of certain crimes. Faced with World War II, the wars in the former Yugoslavia or the Rwandan genocide, the international community has understood that crimes of such magnitude cannot be tolerated or left unpunished, regardless of a State's willingness to investigate, prosecute, and punish the individuals responsible for those acts, or lack thereof. Consequently, the idea of criminal law as one of the greatest legal bastions of State sovereignty has been brought into question.

Second, the creation of the International Criminal Court, through the signature of the Rome Statute in 1998 and its entry into force in 2002, constituted one of the most important landmarks in the development of international criminal law. It is the first international tribunal that exercises criminal jurisdiction and aspires at both permanence and universality. The International Criminal Court is also important because it does not suffer from the

“original sin” that the *ad hoc* tribunals carried with them: it was not created to prosecute crimes of the past or to operate only for a limited time.

Nevertheless, the Rome Statute is an international treaty, which resulted from political negotiations that modified the structures of criminal law proposed by the delegations of different States in order to achieve the necessary consensus for the adoption and ratification of the Statute. The inevitable consequence of this process is that the norms of the Statute are difficult to apply and require legal professionals to engage in truthful interpretative exercises before enforcing them. It is therefore fundamental to establish the criteria that should guide this enterprise.

Third, the interpretation of the norms in the Rome Statute should start from an honest comparative law analysis. This would guarantee that they are applicable to all individuals appearing before the Court, regardless of the legal system from which they come. Thus, they would be able to understand the norms being applied, trials would be conducted fairly and with due regard for human dignity. This implies an acknowledgment that human dignity also permeates different legal traditions and that, in order to compare them and find similarities but also differences, it is necessary to take tolerance as a starting point. The comparison of legal elements in the criminal law of each system cannot stem from prejudice, paternalistic or condescending attitudes. It must be grounded on objective criteria for the identification of the best way forward for international criminal law.

Fourth. Having recourse to the original version of the text is a common process to fill voids in ambiguous conventional norms. This route, however, cannot be followed under the Rome Statute due to the recognition of authentic versions in each of the six official languages of the United Nations (Chinese, Spanish, French, English, Russian, and Arabic) pursuant to Article 128. Since none of them prevails over the rest, it is necessary at least to compare several potentially contradicting versions of the Rome Statute and find the solution that is best suited to all of them.

Moreover, it must be borne in mind that the drafters of the Statute made a considerable effort to distance themselves from concepts that originated in a specific criminal law tradition, seeking to guarantee the Statute's universality and the identification of its structures by legal practitioners from all systems involved with the institution. Along these lines, even though the wording in some versions of the text may be reminiscent of domestic law concepts, the interpretation of its norms cannot rest on a simple juxtaposition of the structures belonging to a specific legal system and international criminal law.

The Rome Statute must be interpreted through the comparison of different domestic legal systems. A careful analysis of each system, from its inception, allows for the identification of the constitutive elements of their own theories of crime, as well as the roles that those elements play within them. Building from this understanding of crime within each legal order, it is possible to identify the minimum requirements for the attribution of individual criminal responsibility at the international level. In turn, the application of the Rome Statute must be grounded on the core elements that are common to all legal systems. This work focussed on one of them: the subjective aspect of conduct. It was prioritised by virtue of the incorporation of the principle of personal culpability in all legal systems.

Fifth, a sound interpretation of the Rome Statute that is coherent with the different legal traditions that are intertwined in international criminal law would offer legal certainty. The injudicious contrast of different systems of criminal law leads to erroneous interpretations of the Rome Statute, such as some readings of *dolus eventualis* and recklessness. Only an adequate exercise of comparative law that permits the identification of legal structures and their operation, beyond abstract considerations, can create certainty in the application of criminal law norms.

Furthermore, the incorporation of all systems in the interpretation of the legal framework of the International Criminal Court would foster its legitimacy, as it would disprove the idea that it represents a new wave of Western colonialism, particularly over Africa. This would consolidate the Court's universal aspirations and international criminal law as the common law of all humanity.

Sixth. Consequently, the study of each State's legal system cannot be conducted in the abstract. In order to understand norms beyond their wording, it is necessary to acquire a deep understanding of the legal systems of the States. With the purpose of identifying similarities and differences between the diverse ways of understanding crime, one must also understand the historical and social context from which these institutions have emerged, the way in which domestic legal professionals interpret the law, and how it is applied. Accordingly, it is not enough to discover that two norms in two different States bear the same name or use a similar language. Rather, it is necessary to identify the functions that they serve within their respective legal systems.

History is one of the most influential factors over a country's legal culture. Most institutions burgeon from specific historical contexts, which lead States to procure legal solutions to their problems. Thus, States with a shared history tend to have similar legal systems, which leads to their classification as members of the same legal family or tradition. Such is the case of England and the United States, which belong to the common law tradition. Nevertheless, one cannot underestimate the differences that have given each legal system its identity or ignore that those differences may be of a structural nature. Hence, one must be extremely wary of general conclusions regarding the operation of different legal systems.

This was revealed in the analysis of the French legal system. Despite being a continental European country, whose legal system resembles that of Spain to a certain degree, the French legal system is full of singularities. In fact, it does not use the structures that make up the German legal theory of crime in the way that Spain, Colombia, and a significant part of Latin America has. This made it necessary to study the French legal system independently through this work.

Seventh. International criminal law is a legal order of its own that, while feeding from domestic legal systems and reliant upon State cooperation for its functioning, does not result from the imposition of a legal culture above all others. Still, one cannot ignore the contributions of different legal systems to the creation of international criminal law. On the contrary, it is essential to understand domestic legal institutions in their context in order to

find ways to harmonise them with those that originate in other States, whenever they meet in the international realm. However, the fact that some of the most economically and politically powerful States are yet to ratify the Statute and, indeed, show no interest in doing it, should be a cause for concern. Especially when one bears in mind that they played a defining role in the drafting of the Rome Statute and the operation of the International Criminal Court.

Eighth. The shared history of England and the United States moulded similar legal systems, which belong to the common law tradition. For them, precedent plays an essential role in the creation of legal orders, including criminal law. Nevertheless, it is not true that precedent is the only source of the law. In fact, statutory law has been gaining importance to the point that it has entirely displaced the definitions of crimes under common law in the United States. However, the general part of criminal law remains contained mostly in judgements both in England and the United States.

In Anglo-Saxon criminal law, crime is analysed through a bipartite structure, which distinguishes the elements that describe the conduct – the *actus reus* – from the mental state of the perpetrator at the time of its commission – the *mens rea* –. While it is usually argued that this distinction is based upon the adscription of different elements of the crime to objective or subjective categories, one cannot ignore the fact that both *actus reus* and *mens rea* include objective and subjective elements. Such is the case, for example, of the intentionality of the conduct, which is part of the *actus reus*. Certain authors go as far as assigning the grounds for excluding criminal responsibility to this structure.

Ninth. French criminal law doctrine discusses whether the structure of the crime is composed of two or three elements. According to the classical view, crime responds to a tripartite structure that contains a legal element, a material element, and a moral element. The legal element refers to the normative description of criminal conduct, thus embodying the principle of legality. The material element is composed of the objective elements of the crime. Lastly, the moral element refers to the subjective aspects of the crime. Additionally, French criminal law acknowledges the existence of grounds for excluding criminal responsibility, even when

the perpetrator carried out the material elements of the crime. Nevertheless, they represent negative elements of the three categories mentioned above.

Tenth. German legal theory has strongly influenced Ibero-American criminal law, a legal family that is represented in this work by the legal systems of Spain and Colombia. It defines crime as a conduct that is *típica* – fulfilling the objective and subjective elements of the normative description –, *antijurídica* – causing a relevant harm to a legally protected interest –, and *culpable* – committed by an individual who is capable of determining his or her behaviour in accordance with the law –. Each stage of the analysis incorporates objective and subjective considerations as well as grounds for excluding criminal responsibility. Certainly, this structure is composed of the most elements and, therefore, is the most complex of them all.

Eleventh. All legal systems under scrutiny recognise the importance of the principle of legality in the structure of the crime. In French criminal law, its importance derives from a pivotal moment in French history: The Revolution of 1789. From that point onwards, the maxim *nullum crimen, nulla poena sine lege* acquired a dominant function in the realm of criminal law. Similarly, common law systems acknowledge the importance of the principle of legality for criminal law, even though there are several interpretations regarding its source. This is especially true in the case of England, where it is understood that even non-statutory sources of criminal punishment are bound by the principle of legality. Ibero-American criminal law, on its part, identifies legality with *tipicidad* – the written, explicit, and certain definition of the crime prior to its commission –, which permits an assessment of conformity of the conduct to the normative description from which its prohibition emanates, that is, the *tipo penal* – legal definition of the crime –. However, the content of the principle of legality is homogenous in all the legal systems that were studied: it refers to the necessary pre-existence of norms prohibiting certain conduct and attributing a penalty to its commission. Furthermore, they recognise the importance of the adoption of such norm by the competent authority and of the individual capacity to access its content. Only then may criminal law serve its preventive purpose.

The cardinal importance of this principle, which lies at the heart of all the legal systems analysed, was also recognised in article 22 of the Rome Statute. Its inclusion, along with a series of provisions that are aimed at observing and enforcing it, has been one of the pillars of the International Criminal Court's legitimacy. Furthermore, it serves as an example for the interpretation of the remainder of the Statute, as it embodies a principle of law that is acknowledged by all legal systems and allows for a uniform application of international criminal law, which is based on the common minimum denominator of all legal systems. Its material content observes the requirements that the legal orders scrutinised by this work impose. Certainly, the Rome Statute requires that the definitions of crimes and their penalties exist within the legal framework of the International Criminal Court prior to the commission of the conduct, in written and certain terms. For the very first time, international criminal law may serve a preventive purpose, as legal professionals no longer need to enquire about the existence of rules of customary law that are difficult to access in order to identify what is prohibited.

Twelfth. International criminal law still needs stronger judicial and doctrinal elaboration to develop adequately. First and foremost, the general part of international criminal law remains a relatively unexplored area of the law, despite recent efforts to provide it with better doctrinal arguments that would give judges better tools for the interpretation and application of international criminal law. Indeed, until the adoption of article 30 of the Rome Statute, the *mens rea* – or subjective aspect of the *tipicidad* – had been ascertained on a case-by-case basis. In addition to the absence of a general norm on the matter, its analysis was further complicated by the lack of an express reference to the requisite mental element in the definition of international crimes. Besides, the rulings of international tribunals on the mental element of different crimes do not necessarily coincide. Consequently, there is no customary norm establishing the *mens rea* of crimes under international law. At the same time, the definition contained in article 30 remains applicable only in those situations which are covered by the Rome Statute.

Nevertheless, this does not reflect the importance that all criminal law systems attribute to the subjective elements of the crime. Beyond being an essential requirement for the

evaluation of the crime, the demand that the perpetrator must act in a certain state of mind at the time of commission of the crime represents a fundamental limit of a criminal law that is grounded on guarantees in favour of the accused. The principle of personal culpability, which is recognised by all legal systems, dictates that a person may only be found criminally responsible if he or she commits a conduct or causes a prohibited result with the requisite intent, knowledge, or recklessness. Further, the subjective standard that is required reflects the gravity of the crime at issue: the graves crimes require a heightened mental commitment. For the first time in the realm of international criminal law, a treaty that creates an international tribunal acknowledged the importance of evaluating the subjective aspect of conduct as a guarantee in favour of the accused.

Thirteenth. It is worth noting that article 30 of the Rome Statute is the first conventional provision that deals with the subjective elements of crimes under international law. Perhaps due to its originality, it is also one of the least studied norms of this treaty. Article 30 is a thoroughly ambiguous provision, which has generated significant discussions both in and outside the International Criminal Court. One of such debates deals with the first paragraph of the article, pursuant to which the volitional aspect applies to all crimes unless otherwise provided. Academic commentary has not held a unanimous stance on this matter. While some academics argue in favour of strict interpretation and, therefore, understand that only norms within the Statute may widen or curtail the requirements enshrined in Article 30, others hold that, by virtue of article 21, all the sources of international law – including treaties, domestic criminal law, and customary law – may modify the requisite subjective standard.

However, this work has shown that the “unless otherwise provided” clause refers only to the Statute or the Elements of Crimes, which complement and guide the interpretation of articles 5 to 8 *bis* of the Statute. Modifying the requisite mental element through other rules of international law, including customary law, would constitute a breach of the principle of legality.

Fourteenth. In this context, the assessment of different forms of *mens rea* – or *tipo subjetivo* – must be grounded on the definitions of “intent” and “knowledge” enshrined in article 30 of

the Rome Statute. Nevertheless, those definitions are not entirely clear because the terms they use may be the subject of different interpretations, allowing for different forms of intentionality. This is even more relevant if one bears in mind that interpreters coming from different legal traditions will understand intentionality according with their prior legal education.

Fifteenth. The term “and” between “intent” and “knowledge” in article 30 of the Rome Statute is clearly copulative. Therefore, it is mandatory to establish that both elements are present in the perpetrator’s state of mind at the time of commission of the crime. Yet, paragraphs 2 and 3 of article 30 define “intent” and “knowledge” depending on the object to which the mental element refers. Thus, a perpetrator must *intend* the conduct and its consequences, while he or she must be *aware* of the circumstances and the consequences of their conduct. The Statute therefore adopted an Anglo-Saxon approach to the crime, which understands that each element of the crime requires a different volitional element. In other words, the perpetrator acts with intent and knowledge concerning the crime as a whole, as he or she would under Spanish and Colombian criminal law, but there is a distinction between the specific aspects of the crime that require intent and those that only demand knowledge.

The war crime of “Conscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities”, under article 8, 2) b) xxvi of the Rome Statute, illustrates this situation. To incur criminal liability, the perpetrator must act with intent over the conduct – conscripting or enlisting – and the consequence – that children under the age of fifteen become members of the armed forces of the State or participate actively in hostilities –. Simultaneously, it is necessary that the perpetrator is aware of the circumstance – that children within his ranks are under the age of fifteen – and the consequence.

Sixteenth. The comparison of the five legal systems studied in this work demonstrated that all of them admit the commission of crimes with intent or *dolus directus* of the first degree. The perpetrator acts accordingly when he or she is aware of their conduct and the result that it will produce, and acts with intent to carry out that conduct and to produce that result. In all

the legal systems that were scrutinised, this streak of *dolus* or *mens rea* represents the most serious kind of behaviour, as the perpetrator aims all his or her will and the means at their disposal to the commission of the crime. The wording of article 30 of the Rome Statute clearly encompasses this form of commission of the crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court. Pursuant to this provision, a person shall be criminally responsible if he or she intends to incur in the conduct, intends to cause the consequence, and is aware that a consequence will occur in the ordinary course of events. This implies that whoever acts this way does so: with *dolus directus* of the first degree, according to Ibero-American criminal law, with intent, according to Anglo-Saxon criminal law, or with general and specific *dolus*, according to French criminal law.

This form of volitional element constitutes the general norm under article 30 of the Rome Statute. In line with what has been explained thus far, the gravest form of commission of crimes under international law, and also the most common one, occurs when the perpetrator acts with *dolus directus* of the first degree. In the terms of the Statute, this type of *dolus directus* is present when the perpetrator intends to commit the conduct, intends to produce the result and is aware of the existence of a circumstance, as described in the relevant provision. The application of this subjective element is in accordance with the minimum principles of all criminal law systems, as long as all of them recognize that this type of conduct must be punished.

Seventeenth. Ibero-American criminal law acknowledges a second variety of *dolus* in which the volitional element of the *tipo subjetivo* – subjective aspect of the legal definition – is of a lesser intensity. It is known as *dolus directus* of the second degree – or *indirect dolus* –. This type of *dolus* is present when the perpetrator accepts that certain unlawful results will be necessary for the attainment of his or her purpose. The legal systems of England and the United States acknowledge similar forms of intentionality, such as oblique intent and knowledge, which apply without considering the will of the perpetrator. As for French criminal law, it also recognises undetermined *dolus* as that which covers unwanted results whose occurrence is nevertheless accepted by the perpetrator.

This second type of *dolus* was also introduced to the Rome Statute. Indeed, article 30 provides that a person shall be criminally responsible if he or she “[i]n relation to a consequence, that person (...) is aware that it will occur in the ordinary course of events” and is “[aware] that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events”. Thus, a person who was aware of a result and accepted its realisation may be found criminally responsible even if he or she acted without criminal intent.

Consequently, a person acting with *dolus directus* of the second degree acts within the purview of article 30 precisely because he or she is aware that the prohibited consequence will result from his or her conduct, even though he or she does not aim at producing it. In that sense, *dolus directus* of the second degree will be admissible as long as the definition of the crime does not require that it shall be committed with *dolus directus* of the first degree or intent. Nevertheless, it must be observed that, unlike Anglo-Saxon criminal law, the wording of article 30 does not require “certainty” of the production of the result from the author. It is satisfied by the awareness that it is the consequence of the ordinary course of events that he or she triggered. Even so, Pre-Trial Chamber II has adopted a more restrictive interpretation of this element that has brought it closer to the Anglo-Saxon stance on the matter.

Eighteenth. Concerning the introduction of *dolus eventualis* into the Rome Statute, the big question is whether the language of article 30 allows for the commission of crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court with this variant of the *mens rea*. This assessment must be grounded on the premise that only continental criminal law acknowledges *dolus eventualis* as a form of *tipicidad subjetiva – mens rea –*. A similar concept is lacking in Anglo-Saxon criminal law. Middle ground could be found in French criminal law that, despite not recognising *dolus eventualis* in strict terms, attributes individual criminal responsibility to perpetrators that act in a similar vein through institutions such as the undetermined *dolus – dol indéterminé –*. It must be borne in mind that, despite French criminal law utilising the term *dol éventuel*, its content is not the same, as it is more closely related to continental recklessness – *culpa con representación* – than it is to *dolus eventualis*. The latter’s definition in continental law requires the perpetrator’s intent to incur in the conduct as well as his or her knowledge of the conduct and all the elements of crime.

The inclusion of *dolus eventualis* in the Rome Statute may be found through a systematic interpretation of article 30, 2) b), which holds that a person acts with intent when he or she is aware that a consequence will occur in the ordinary course of events, and the second hypothesis enshrined in article 30, 3), which uses the same expression to define knowledge. Along those lines, the first element of *dolus eventualis* is that the perpetrator foresees that his or her conduct will lead to a given result in the ordinary course of events. The problem lies with the second element, as it is not yet clear what the Rome Statute requires from the perpetrator in the face of that foresight. The wording of the norm supports two differing interpretations that determine whether *dolus eventualis* is admissible or not. They start from the term “awareness” and discuss whether it should be understood as “certainty” or “probability”. In the latter case, they question the degree of probability that is needed to meet the requirements of article 30 of the Rome Statute.

Despite heated debate, even among different chambers of the International Criminal Court, the Rome Statute allows for the commission of crimes within the Court’s jurisdiction with *dolus eventualis*. Certainly, they may be committed with awareness of the high probability that a prohibited result will materialise and leaving the realisation of a consequence to chance. The requirement that the perpetrator must act with virtual certainty of the production of the result does not stem from the wording of the provision. Therefore, only an interpretation of the Rome Statute that equates knowledge with certainty would forestall the attribution of a crime by way of *dolus eventualis*. There is no other way that the Statute and *dolus eventualis* are incompatible. Nonetheless, *dolus eventualis* is not compatible with *dolus specialis*. Consequently, the crimes that contain an additional *animus* requirement, such as genocide, cannot be committed with this form of *mens rea*.

Further, while Anglo-Saxon criminal law does not acknowledge *dolus eventualis* as a kind of *mens rea*, article 28 of the Rome Statute, dealing with superior responsibility, encompasses a specific subjective element that is akin to a specific form of *dolus eventualis*: wilful blindness. According to this variant of *mens rea*, the perpetrator leaves the result left to chance due to the fact that he or she decides not to obtain information regarding the possible commission of crimes under the Statute for the purpose of evading criminal responsibility.

Nineteenth. Despite assuming that crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court are so serious that they may not be committed recklessly, the Rome Statute foresees the reckless commission of certain conduct, especially with regards to war crimes, through the “should have known” clause – “*hubiere debido saber*” or “*aurait dû savoir*” –, which demands the fulfilment of a specific knowledge requirement by the perpetrator. Bearing in mind that all legal systems thus far studied admit that certain crimes may be committed recklessly, whenever the perpetrator has omitted a specific duty to know, it is not difficult to understand the inclusion of recklessness as a form of *mens rea* in the Rome Statute.

Twentieth. In order to understand the concept of *mens rea* – in the sense of a “guilty mind” – on which the provisions of the Rome Statute are grounded, one must bear in mind both article 30, dealing with the mental element, and article 32, describing the mistakes of fact or law. This analysis must start from the idea that mistakes of fact or law are inseparable elements, whose joint consideration allows for the identification of the true nature of the *mens rea* or culpability, as understood by the Rome Statute. For this instrument to be applicable to all citizens of the world with a set of minimum guarantees that protect human dignity and the rights that flow from it, as its drafters intended, one must keep in mind that it is necessary to harmonise the different structures upon which individual criminal responsibility is determined. This means that subjective responsibility cannot be based on institutions that are completely extraneous to the subject of a legal norm if it is to determine the way in which he or she should behave.

A systematic reading of articles 30 and 32 of the Rome Statute leads to the conclusion that, while not explicitly mentioned, the Statute requires a degree of culpability that encompasses some degree of knowledge of the unlawfulness of the conduct. This stems from the possibility that a mistake of law may be grounds for excluding criminal responsibility if it negates the mental element required by the crime, pursuant to the last paragraph of article 32 of the Rome Statute. It is worth clarifying that the extreme severity of the four kinds of crimes within the jurisdiction of the Court makes it quite difficult for an individual to argue that he or she was not aware of the unlawfulness of the conduct. However, this may occur with certain war crimes. International criminal law does not require the perpetrator to know the specific legal

provision prohibiting its behaviour or to interpret it appropriately, in the manner that a legal professional would. It is satisfied with the perpetrator's general knowledge of the existence of the provisions outlawing his or her behaviour. Nevertheless, when analysing the existence of a mistake of law with the capacity to annul the subjective element of the crime, or *mens rea*, it must be borne in mind that certain legal structures are not acknowledged by some legal systems and, thus, cannot give rise to individual criminal responsibility in those States.

Twenty first. The jurisdiction to prosecute individuals for crimes under international law, with which the international community vested the International Criminal Court, relies upon State consent. Thus, it would be appropriate in terms of human dignity – at least in principle – that States also transferred the guarantees and principles that limit the exercise of their *ius puniendi* against the perpetrator, regardless of the gravity of the crime for which he or she is being prosecuted. Criminal law represents the State's legitimate monopoly over the use of force, in this case, to impose just deserts over citizens who committed a crime and to avoid vengeance. If the Rome Statute and international criminal law as a whole are aimed at protecting humanity's most relevant legal interests through the punishment of the gravest forms of criminality, which breach its conscience and its most profound values, this system cannot ignore the rights of certain citizens in turn. Acknowledging that people belong to different cultures, whose legal and political traditions, as well as their diverse customs, led to the adoption of distinct systems of criminal law, forms an essential part of those guarantees.

Twenty second. This work merely posited research regarding five countries. In order to apply rules of international law in a manner that is truly respectful of the diversity of all human beings, comparative exercises must be much broader. In this case, only Western legal systems with a shared worldview were explored. It is necessary to incorporate Non-Western views to further comparative and interpretative exercises regarding international norms. This is especially true for African nations, due to the Court's heavy involvement in the continent, notwithstanding the fact that the focus is shifting, and the institution still maintains its universal aspirations.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABTAHI, Hirad. BOAS, Gideon (Ed.) *The Dynamics of International Criminal Justice*. Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2006.
2. ACKERMAN, Bruce. *We the people: The Civil Rights Revolution*. The Belknap Press of Harvard University Press, U.S.A., 2014.
3. AGUDELO, Dimaro. “El Derecho Legislado en las tradiciones jurídicas occidentales: un asunto paradójico” En BUSTAMANTE RÚA, Mónica. *Proceso Judicial y Cultura. Una mirada global*. Universidad de Medellín, Medellín, 2013.
4. AGUDO ZAMORA, Miguel *et al.* *Manual de Derecho Constitucional*. Tecnos, Madrid, 2013.
5. ALISTE SANTOS, Tomás J. *Sistema de Common Law*. Universidad Internacional de la Rioja, Ratio Legis, Salamanca, 2013.
6. ALLOT, Philip. “The theory of the British Constitution” en GROSS, Hyman. HARRISON, Ross (Ed.). *Jurisprudence Cambridge Essays*. Clarendon Press Oxford. New York, 1992.
7. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. “Sobre algunos problemas relativos a la falta de taxatividad en las normas del Estatuto del Tribunal Penal Internacional” En CUERDA RIEZU, Antonio. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. (Dir.) *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. Tecnos, Madrid, 2009.
8. ALVIAR GARCÍA, Helena. LEMAITRE RIPOLL, Julieta. PERAFÁN LIEVANO, Betsy. *Constitución y Democracia en movimiento*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2016. p.77.
9. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. RODRÍGUEZ ZAPATA Jorge. *Derecho Político Español según la Constitución de 1978*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A. Madrid, 1997.
10. AMBOS, Kai. “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio? En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011.
11. AMBOS, Kai. “Bien jurídico y Harm principle: Bases teóricas para determinar la función global del Derecho Penal Internacional” en AMBOS, Kai. *Fundamentos y problemas del Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*. Ubi Lex Asociados S.A.C., Lima, 2013.
12. AMBOS, Kai. “El Derecho Penal Internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional” En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011.
13. AMBOS, Kai. “Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible? Some preliminary reflections. En Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol 12, Issue 2, 2005.
14. AMBOS, Kai. “Problemas seleccionados en torno a los crímenes más graves (*core crimes*) en el Derecho Penal Internacional” en Ambos, Kai. *Los crímenes más graves en el Derecho Penal Internacional*. Instituto de Ciencias Penales, México D.F., 2005.
15. AMBOS, Kai. “Superior Responsibility” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.

16. AMBOS, Kai. BÖHM, Laura. “Análisis criminológico del genocidio: La estructura típica del crimen y el requisito de la intención de destruir” En AMBOS, Kai. *Ensayos actuales sobre Derecho Penal Internacional y Europeo*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011.
17. AMBOS, Kai. *Conceptos básicos del Derecho Internacional Humanitario y el nuevo crimen de agresión*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
18. AMBOS, Kai. DE HOYOS, Monserrat. *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Konrad Adenauer Stiftung, Granada, 2008.
19. AMBOS, Kai. *Derecho y proceso penal internacional. Ensayos críticos*. Fontamara, México D.F., 2008.
20. AMBOS, Kai. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
21. AMBOS, Kai. *Fundamentos y Problemas del Derecho Penal y Procesal Penal Internacional y Europeo*. Ubi Lex, Lima 2013.
22. AMBOS, Kai. *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Temis, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2005.
23. AMBOS, Kai. *Principios e imputación en el Derecho penal internacional*. Atelier, Barcelona, 2008.
24. AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part*. Oxford, U.K., 2013.
25. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana Cristina. *Derecho Penal Internacional*. Tirant, Monografías, Valencia, 2006.
26. APONTE CARDONA, Alejandro. *Persecución Penal de Crímenes Internacionales*. Pontificia Universidad Javeriana, Ibáñez, Bogotá, 2011.
27. APONTE CARDONA, Alejandro. *Persecución Penal Nacional del Homicidio en Persona Protegida: alcances y límites del Derecho penal en contextos de Justicia Transicional*. International Law 17, Revista Colombiana de Derecho Internacional. 2010.
28. APONTE CARDONA, Alejandro. “¿Superación del pasado a través de la norma penal? Dilemas en torno a la aplicación del derecho penal en situaciones de transición jurídico-política” En AGUDELO BETANCUR, Nodier et al. *Estudios Penales. Homenaje al maestro Bernardo Gaitán Mahecha*. Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2005.
29. ASHWORTH, Andrew. “United Kingdom” En HELLER, Kevin Jon. DUBBER, Markus Dirk. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford Law Books, Stanford, 2011.
30. ASHWORTH, Andrew. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2003.
31. ASHWORTH, Andrew. *Sentencing and Criminal Justice*, 6th ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
32. ATIYAH, P.S., SUMMERS, Robert S. *Form and Substance in Anglo-American Law*. Clarendon Paperbacks, New York, 2002.
33. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Dir.). *El Derecho Penal Internacional*. Cuadernos de Derecho Judicial VII. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
34. BADAR, Mohamed Elewa. PORRO, Sara. “Rethinking the mental elements in the jurisprudences of the ICC” En STAHN, Carsten (Ed.). *The Law and Practice of International Criminal Court*. Oxford University Press, UK, 2015.
35. BADAR, Mohamed Elewa. HIGGINS, Noelle. “General principles of law in the early jurisprudence of the ICC” En MARINIELLO, Triestino (Ed.). *The International Criminal Court in search of its purpose and identity*. Routledge, New York, 2015.

36. BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of mens rea in International Criminal Law*. Hart Publishing, Oxford, 2013.
37. BADAR, Mohamed Elewa. "The *Mens Rea* enigma in the jurisprudence of the International Criminal Court" En VAN DEN HERIK, Larissa. STAHN, Carsten. *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.
38. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Introducción Al Derecho Constitucional*. 1ª ed. Tecnos, Madrid, 2013.
39. BANTEKAS, Ilias. NASH, Susan. *International Criminal Law*. 2nd. Ed. Cavandish publishing, London 2003.
40. BARÓ PAZOS, Juan. "La organización territorial del Estado a través de la historia constitucional española" En ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo. SERNA VALLEJO, Margarita (coords). *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009.
41. BASSIOUNI, M. Cherif. *Derecho Penal Internacional*. Tecnos, Madrid, 1984.
42. BASSIOUNI, M. Cherif. McCORMICK, Marcia. *Sexual Violence. An invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*. International Human Rights Law Institute, DePaul University, Chicago, 1996.
43. BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1999.
44. BASSIOUNI, M. Cherif. *International Law Conventions and their Penal Provisions*. Transnational Publishers, New York, 1997.
45. BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Second Revised Edition. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014.
46. BASSIOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity. Historical evolution and contemporary application*. Cambridge University Press. New York, 2011.
47. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Nuevo y Viejo Derecho Penal. Principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*. Iustel, Salamanca, 2012.
48. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. PÉREZ CEPEDA, Ana. "Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones" *Revista penal* N° 26. 2010.
49. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.
50. BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir (Ed.). *Manual de Derecho Penal Internacional*. Legis, Bogotá, 2017.
51. BENEYTO, José María. KENNEDY, David. (Ed.) *New Approaches to International Law. The European and the American Experiences*. Springer, La Haya, 2012.
52. BENNOUNA, Mohamed. "The Statute's Rules on Crimes and Existing or Developing International Law" En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. II. Oxford University Press, Oxford, 2002.
53. BENTHAM, Jeremy. *Principles and Morals and Legislation*, Oxford, Harrison, 1960.
54. BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. *Derecho Penal Comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2011.
55. BERNARDINI, Roger. *Droit pénal général*, Gualino, Paris, 2003.
56. BERNATE OCHOA, Francisco. *El sistema penal del Common Law. Puntos de contacto y perspectivas para la legislación colombiana*. Ibañez, Bogotá, 2014.

57. BITTI, Gilbert. "Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the treatment of sources of law in the jurisprudence of the ICC" En STAHN, Carsten and Göran Sluiter, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
58. BLAKESLEY, Christopher L. "Jurisdiction *Ratione Personae* or the Personal Reach of the Court's Jurisdiction" En DORIA, José. GASSER, Hans-Peter. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Legal Regime of the International Criminal Court*. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko. Martinus Nijhoff Publisher, Boston, 2009.
59. BOAS, Gideon. "The difficulty with individual criminal responsibility in international criminal law". En STAHN, Carsten. VAN DEN HERIK, Larissa. (Eds.) *Future Perspectives on International Criminal Justice*. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
60. BOAS, Gideon. "What is international criminal justice?" En BOAS, Gideon. SCHABAS, William. SCHARF, Michael. *International Criminal Justice. Legitimacy and Coherence*. Edward Elgar, Northampton, USA, 2012.
61. BOBBIO, Norberto. *Essais de théorie du droit*. Trad. Michel Guéret. Bruylant L.G.D.J., Paris, 1998.
62. BOHLANDER, Michael. BIRKETT, Daley. *The Codification of criminal Law*. Ashgate, UK, 204.
63. BOLLO AROCENA, María Dolores. "Legitimación para formular la declaración unilateral de aceptación de la competencia de la CPI (Artículo 12.3ECPI) y alcance de la misma" En ORIHUELA CATALYUD, Esperanza. *Crimenes internacionales y Justicia Penal. Principales desafíos*. Aranzadi, Pamplona, 2016.
64. BONFILS, Le discernement en droit pénal, in *Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, Paris, 2007.
65. BOSLY, Henri D. VANDERMEERSCH, Damien. *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*. Bruylant, Belgique, 2012.
66. BOTHE, Michael. "War Crimes" En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
67. BRIDWELL, Randall. Whitten, Ralph U. *The Constitution and the Common Law*. Lexington Books, Toronto, 1977.
68. BROOMHALL, Bruce. *International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law*. Oxford University Press, New York, 2003.
69. BUENO ARÚS, Francisco. ZARAGOZA, Juan de Miguel. *Manual de Derecho Penal Internacional*. Comillas, Madrid, 2003.
70. BYRON, Christine. "The Crime of Genocide" En MCGOLDRICK, Dominic. ROWE, Peter. DONNELLY, Eric (Ed.). *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*. Hart Publishing, Oxford, 2004.
71. CACHO SÁNCHEZ, Yaelle. "La posición de España y de la UE ante la campaña de EEUU contra la Corte Penal Internacional" En ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo. SERNA VALLEJO, Margarita (coords). *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009.
72. CADAVID LONDOÑO, Paula. *Coautoría en aparatos organizados de poder de carácter delincencial*. Editorial Ibañez, Bogotá, 2013.
73. CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press, Boston, 1982.

74. CAMERON, Ian. “Jurisdiction and Admissibility Issues under the ICC” En MCGOLDRICK, Dominic. ROWE, Peter. DONNELLY, Eric (Ed.). *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*. Hart Publishing, Oxford, 2004.
75. CARDONA LLORENS, Jorge. “Los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales y los Crímenes Internacionales ¿Tipificación o delimitación competencial?” En CUERDA RIEZU, Antonio. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. (Dir.) *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. Tecnos, Madrid, 2009.
76. CARO CORIA, Dino Carlos. “El elemento subjetivo del crimen imputado en el caso Lubanga” En AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. STEINER, Christian. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal. Fundación Konrad Adenauer, CEDPAL, Bogotá, 2014.
77. CARTER, Linda. ELLIS, Mark. JALLOH, Charles. *The International Criminal Court in an effective global justice system*. Edward Elgar Publishing, UK, 2018.
78. CASSESE, Antonio. “Crimes Against Humanity” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
79. CASSESE, Antonio. “Genocide” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
80. CASSESE, Antonio. ACQUAVIVA, Guido. FAN, Mary. WHITING, Alex. *International Criminal Law. Cases and Commentary*. Oxford University Press, Oxford, 2011.
81. CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2003.
82. CASSESE, Antonio. SCALIA, Damien. THALMANN, Vanessa. *Les grands arrêts de droit international pénal*. Dalloz, Paris, 2010.
83. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. T. II y III*. Tecnos, Madrid, 1998.
84. CHACORNAC, Jérôme. “Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles”. En *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* n° 4. Dalloz, Paris, octubre – diciembre 2008.
85. CHEVALLIER, Jean. BACH, Louis. *Droit Civil. Introduction à l'étude du droit*. Sirey, Paris, 1993.
86. CHIAO, Vincent. “Acts and Actus Reus” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014.
87. CHIAVARIO, Mario. *La justice penal internationale entre passé et avenir*. Dalloz, Paris, 2004.
88. CHIESA APONTE, Ernesto. GRANADOS PEÑA, Jaime E. CANCINO M. Antonio José. *Comentarios al Código Penal Modelo para los E.E.U.U. Diferencias y semejanzas con la legislación colombiana*. Editorial Jurídica Futuro, Bogotá, 1993.
89. CHIESA, Luis E. “Comparative Criminal Law” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014.
90. CLAUS, Laurence. KAY, Richard. “Constitutional Courts as Positive Legislators in the United States”. En REITZ, John C. SYMEONIDES, Symeon. (Ed.) *Welcoming the World: U.S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*. The American Society of comparative Law, Michigan, 2010.
91. COLLINS, Hugh. “Democracy and Adjudication”. En MACCORMICK, Neil. BIRKS, Peter (Eds.) *The legal mind*. Clarendon Press, Oxford, 1986.

92. CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Derecho Comparado, Vol. I*. Tecnos, Madrid, 1981.
93. CORLEY, Pamela C. WARD, Artemus. MARTINEK, Wendy L. *American Judicial Process*. Routledge, New York, 2016.
94. COTARELO, Ramón. MALDONADO, Juan. ROMÁN, Paloma. *Sistemas políticos de la Unión Europea*. Editorial Universitas, S.A. Madrid, 1993.
95. CRYER, Robert. FRIMAN, Håkan. ROBINSON, Darryl. WILMSHURST, Elizabeth. *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. 3ed. Cambridge University Press, U.K., 2014.
96. CUPIDO, Marjolein. *Facts Matter. A study into the casuistry of substantive international criminal law*. Eleven, Paisés Bajos, 2015.
97. CURREA SAMPER, Ana María. VIVES FRANCO, Germán C. *Introducción al Estudio del Common Law*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989.
98. CZAPLIŃSKI, Wladyslaw. “*Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and International Criminal Responsibility*” En DORIA, José. GASSER, Hans-Peter. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Legal Regime of the International Criminal Court*. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko. Martinus Nijhoff Publisher, Boston, 2009.
99. DAZA LORA, Juan Felipe. *Compatibilidad de la tentativa y el dolo eventual*. Universidad de los Andes, Ibáñez, Bogotá, 2018.
100. DAVID, Éric. *Éléments de Droit Pénal International et Européen*. Bruylant, Belgique, 2009.
101. DAVID, René. *Le Droit Comparé. Droits D’her, Droits de Demain*. Editorial Economica, París 1982.
102. DAVID, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Trad. Pedro Bravo Gala. Ed. Aguilar, Madrid, 1968.
103. DE CRUZ, Peter. *Comparative Law in a changing world*. Third edition, Routledge-Cavendish, New York, 2007.
104. DE FROUVILLE, Olivier. *Droit international pénal. Sources, Incriminations, Responsabilité*. Editions A. Pedone, Paris, 2012.
105. DE VOS, Christian M. “The International Criminal Court. Between law and politics” En KASTNER, Philipp. (Ed.) *International Criminal Law in Context*. Routledge, London, 2018.
106. DEBBASCH, Ronald. *Droit Constitutionnel*. Litec, Paris, 2000.
107. DEBOVE, Frédéric. FALLETTI, François. *Précis de droit pénal et de procédure pénale*. Presses Universitaires de France, Paris, 2001.
108. DECOCQ, André. *Droit pénal général*, Armand Colin, París, 1971
109. DEFFAINS, Bruno. KIRAT, Thierry. *Law and Economics in Civil Law Countries*. JAI, Amsterdam, 2001.
110. DELL’AQUILA, Enrico. *Introducción al Estudio del Derecho Ingles*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1992.
111. DELMAS-MARTY, Mireille. “The ICC and the Interaction of international and national legal systems” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. II. Oxford University Press, Oxford, 2002.
112. DELMAS-MARTY, Mireille. “Pensée modern et réformes pénales” PLANTY-BONJOUR, Guy. LEGAIS, Raymond (Dir.) *L’évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*. Presses Universitaires de France, Paris, 1991.

113. DEMETRIO CRESPO, Eduardo “La *actio libera in causa*: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?” En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coord.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*. Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
114. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. MATALLANES RODRÍGUEZ, Nuria. *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II: Teoría del delito*. Iustel, Madrid, 2011.
115. DEPREZ, Christophe. *L’applicabilité des Droit Humains à l’action de la Cour Pénale Internationale*. Bruylant, Bruxelles, 2016.
116. DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El Derecho Penal Internacional*. Colex, Madrid, 1990.
117. DIRK DUBBER, Markus, “Comparative Criminal Law” en REIMANN, Mathias. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, New York, 2006.
118. DOUCET, Jean-Paul. *Précis de Droit Pénal Général*. L’université de Liège, Liège, 1979.
119. DRUMBL, Mark A. “And when the offence is, let the great axe fall. Sentencing under International Criminal Law” En KASTNER, Philipp. (Ed.) *International Criminal Law in Context*. Routledge, London, 2018.
120. DU PLESSIS, Max. *The International Criminal Court that Africa wants*. Institute for Security Studies, Pretoria, 2010.
121. DUFF, R.A. *Intention, Agency & Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*. Basil Blackwell, Oxford, 1990.
122. DUQUE, Ana María “El Bloque de Constitucionalidad en la Estructura de Fuentes” en MONCADA ROA, Patricia (Coord). *Introducción al Derecho: obra en construcción*. Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2011.
123. ELLIOT, Catherine. “France” En HELLER, Kevin Jon. DUBBER, Markus Dirk. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford Law Books, Stanford, 2011.
124. ELLIOT, Catherine. *French Criminal Law*. Routledge, London, 2011.
125. ESER, Albin, “The need for a General Part” En BASSIOUNI, Cherif. *Commentaries on the International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*. Érès, Toulouse, 1993.
126. ESER, Albin. “Individual Criminal Responsibility”. En CASSESE, Antonio (Ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002.
127. ESER, Albin. “Mental Elements – Mistake of Fact and Mistake of Law” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
128. ESER, Albin. “The role of comparative law in Transnational Criminal Justice” En BÖSE, Martin. BOHLANDER, Michael. KLIP, André. LAGONDNY, Otto (Eds). *Justice without Borders*. Brill Nijhoff, Leiden, 2018
129. ESER, Albin. *Comparative Criminal Law*. C.H.Beck, Hart, Nomos, München, 2017.
130. ESER, Albin. *Hacia un Derecho penal mundial*. Comares, Granada, 2009.
131. FAUCONNET, Paul. *La responsabilité, étude de sociologie*. Félix Alcan, Paris, 1920.
132. FAJARDO, Gemma. *Las Fuentes Efectivas del Derecho Español tras la Constitución de 1978*. Anales del Centro Alzira - UNED, Valencia, 1992.
133. FAKHOURI GÓMEZ, Yamila. *El objeto del dolo en derecho penal*. Universidad Externado de Comolombia, Bogotá, 2012.

134. FARBER, Daniel A. SHERRY, Suzanna. *Judgment Calls*, Oxford University Press, New York, 2009.
135. FAVOREU, Louis *et al.* *Droit Constitutionnel*. Dalloz, Paris, 1999.
136. FEDOROVA, Masha. VERHOEVEN, Sten. WOUTERS, Jan. “Safeguarding the Rights of suspects and accused persons in International Criminal Proceedings” En RYNGAERT, Cedric. *The Effectiveness of International Criminal Justice*. Cost, Oxford, 2009.
137. FERNANDES, Jean Marcel. *La Corte Penal Internacional. Soberanía versus Justicia Universal*. Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis, Bogotá, 2008.
138. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, Silvia A. “Final Reflections: The Challenges of the International Criminal Court” En OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Essays on International Criminal Justice*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012.
139. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Madrid, 2014.
140. FERZAN, Kimberly Kessler. “Justification and Excuse” En DEIGH, John. *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011.
141. FLETCHER, George P. *Gramática del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
142. FLETCHER, George P. *Rethinking criminal law*. Oxford University Press, New York, 2000.
143. FRANGI, Marc. *Constitution et Droit privé*. Economica, Paris, 1992.
144. FRONZA, Emanuela. MALARINO, Ezequiel. SOTIS, Carlo. “Le principe de Précision et la Justice Pénale Internationale” En DELMAS-MARTY, Mireile. FRONZA, Emanuela. LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth. *Les Sources du Droit International Pénal*. Société de Législation Comparé. Paris, 2004.
145. FRULLI, Micaela. “Jurisdicción *Ratione Personae*” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
146. GAJA, Giorgio “The Long Journey toward Repressing Aggression” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
147. GARÇON, Emile. *Code pénal annoté*, Sirey, Paris, 1959.
148. GARRAUD, René. *Traité théorique et pratique du droit pénal français*. T. I. 3 ed. Sirey, Paris, 1913
149. GARROCHO SALCEDO, Ana M. “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo”. En GIL GIL, Alicia (Dir.). *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*. Editorial Dykinson, Madrid, 2013.
150. GELDART, William. *Elements of English Law*. Londres, Oxford University Press, 1959.
151. GEORGES, Philippe. *Organisation constitutionnelle et administrative de la France*. L’essentiel, Paris, 1990.
152. GIL GIL, Alicia. “El elemento subjetivo de los crímenes (“mens rea”)” En GIL GIL, Alicia. MACULAN, Elena (Dir.) *Derecho penal internacional*, Dykinson, 2019.
153. GIL GIL, Alicia. MACULAN, Elena (Dir.) *Derecho Penal Internacional*. Dykinson, Madrid, 2016.
154. GIL GIL, Alicia. LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel. MELENDO PARDOS, Mariano. núnñez fernández, José. *Curso de derecho penal. Parte general*. Dykinson, Madrid, 2015.

155. GIL GIL, Alicia. “Responsabilidad penal individual en la sentencia *Lubanga*. Coautoría” En AMBOS, Kai. MALARINO, Ezequiel. STEINER, Christian. *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: El Caso Lubanga*. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal. Fundación Konrad Adenauer, CEDPAL, Bogotá, 2014.
156. GIL GIL, Alicia. “Interprétation et intégration du Statut de Rome comme texte Plurilingue”. En DELMAS-MARTY, Mireile. FRONZA, Emanuela. LAMBERT-ABDELGAWAD, Élisabeth. *Les Sources du Droit International Pénal*. Société de Législation Comparée. Paris, 2004.
157. GIL GIL, Alicia. “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de Los Elementos de los Crímenes”. En AMBOS, Kai. (Coord.) *La nueva justicia penal internacional: desarrollos post-Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
158. GIUSEPPE, Pier. *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho Comparado*. Ara Editores, Lima, 2009.
159. GLASE, Stefan. “Quelques remarques sur la definition de l’agression en droit international pénal” En HOHENLEITNER, Siegfried. LINDNER, Ludwig. NOWAKOWSKI, Friedrich. *Festschrift für Theodor Rittler*. Verlag Scientia, Alemania, 1957.
160. GLASIUS, Marlies. *The International Criminal Court. A global civil society achievement*. Routledge, New York, 2006.
161. GÓMEZ COLOMER, José Luis. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis- CARDONA LLORÉNS, Jorge. *La Corte Penal Internacional. Un estudio interdisciplinar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
162. GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Crímenes Internacionales. Aspectos generales del Derecho Penal Internacional y el crimen de genocidio*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2017.
163. GONZÁLEZ DEL CAMPO, Luis. “Los parlamentos autonómicos después de las reformas estatutarias” En ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo. SERNA VALLEJO, Margarita (coords). *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009.
164. GOODHART, A.L. *English Law and the Moral Law*. Stevens and Sons Limited, London, 1955.
165. GOYARD-FABRE, Simone. “L’ordre juridique et la question de son fondement dans la philosophie du droit contemporaine en France” En PLANTY-BONJOUR, Guy. LEGAIS, Raymond (Dir.) *L’évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*. Presses Universitaires de France, Paris, 1991.
166. GROSS, Hyman. “Preventing Impunity” en GROSS, Hyman. HARRISON, Ross (Ed.). *Jurisprudence Cambridge Essays*. Claredon Press Oxford. New York, 1992.
167. GUILFOYLE, Douglas. *International Criminal Law*. Oxford University Press, U.K., 2016.
168. HAVEMAN, Roelof. KAVRAN, Olga. NICHOLLS, Julian (eds.) *Supranational Criminal Law: a system sui generis*. Insertia, Oxford, 2003.
169. HAZARD, Geoffrey C. TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Trad. Gascón Inchausti, Fernando. Thomson Aranzadi, Madrid, 2006.
170. HENHAM, Ralph. BEHRENS, Paul. (Ed.) *The Criminal Law of Genocide. International, Comparative and Contextual Aspects*. Ashgate, Londres, 2007.
171. HIGGINS, Noelle. *Cultural Defences at the Internacional Criminal Court*. Routledge, New York, 2018.

172. HOLMES, Oliver W. "Codes and the arrangement of the law" En KELLOGG, Frederic R. *The Formative Essays of Justice Holmes*. Greenwood Press, Westport, Connecticut, 1984.
173. ILIC, Ivan. KNEZEVIC, Sasa. "European Tendencies of Criminal Law Harmonization" en *The Role of National Criminal Law in the European Union Area and the Alternative Resolutions of Criminal*. Collection of Papers from the International Scholastic Conference, Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, Bratislava, 2011.
174. ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1995.
175. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras, José Luis González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1997.
176. JAMES, Philip S. *Introduction to English Law*. 12th edition. Butterworths, Londres, 1989.
177. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal, Parte General. 4ta ed.* Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Editorial Comares, Granada, 1993.
178. JOLOWICZ, J.A. *On Civil Procedure*. Cambridge University Press. Cambridge, 2000.
179. JONES, John. R.W.D. POWELS, Steven. *International Criminal Practice*. Oxford University Press, New York, 2003.
180. JONES, P. Asterley. CARD, R.I.E. *Cross and Jones' Introduction to Criminal Law*. 8th Ed. Butterworths, London, 1976.
181. JUNKER, Kirk W. *Legal Culture in the United States. An introduction*. Routledge, New York, 2016.
182. JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Hart Publishing, Oxford, 2008.
183. KEILER, Johannes. *Actus reus and participation in European criminal law*. Intersentia, Cambridge, 2013.
184. KERSTEN, Mark. *Justice in Conflict*. Oxford University Press, U.K. 2016.
185. KIRSCH, Philippe. ROBINSON, Darryl. "Reaching Agreement at the Rome Conference". En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
186. KIYANI, Asad. "Legitimacy, Legality, and the Possibility of a Pluralist International Criminal Court" En HAYASHI, Nobuo. BAILLIET, Cecilia (Eds.) *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*. Cambridge University Press. U.K. 2017.
187. KNOOPS, Geert-Jan Alexander. *Mens rea at the International Criminal Court*. Brill Nijhoff, Leiden, 2017.
188. KOSKENNIEMI, Martti. "Entre la impunidad y los *show trials*". En CHEHTMAN, Alejandro (Comp.). *Problemas estructurales de Derecho Penal Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2015.
189. KOURSAMI, Nasour. *The contextual elements of the crime of genocide*. Springer, La Haya, 2018.
190. LAFAVE, Wayne R. SCOTT, Austin W. *Criminal Law*. 2 ed. West Publishing Co, St. Paul, 1986.
191. LAMB, Susan. "Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law". En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
192. LAVASSEUR, George. *L'imputabilité en droit pénal*. Rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association Française de droit pénal. RSC, Nantes, 1982.
193. LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains*. Litec, Paris, 2004.

194. LEGRAND, Pierre, "Alterity: About rules, for example", en BIRKS, Peter. PRETTO, Arianna (Ed.). *Themes in Comparative Law. In honour of Bernard Rudden*. Oxford University Press, New York, 2002.
195. LIEBMANN, George W. *The Common Law*. Transaction Publishers, New Jersey, 2005.
196. LIROLA DELGADO, Isabel. MARTÍN MATÍNEZ, Magdalena. *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Ariel Derecho, barcelona, 2001.
197. LOHNE, Kjersti. "Global Civil Society, the ICC, and Legitimacy in International Criminal Justice" En HAYASHI, Nobuo. BAILLIET, Cecilia (Eds.) *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*. Cambridge University Press. U.K. 2017.
198. LÓPEZ ESPINOSA, Nayra. "La Constitución Europea bajo la Mirada crítica del Tribunal Constitucional: la declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre" En ARRANZ DE ANDRÉS, Consuelo. SERNA VALLEJO, Margarita (coords). *Estudios de Derecho Español y Europeo*. Universidad de Cantabria, Santander, 2009.
199. LÓPEZ GARRIDO, Diego. MASSÓ, GARROTE, Marcos Francisco. PEGORARO, Lucio. *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
200. LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.* *Derecho Constitucional, Vol. II*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
201. LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.* *El Derecho Español del Siglo XX*. Colección Garrigues & Andersen, Marcial Pons, Madrid, 2000.
202. LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *La Cuestión de Inconstitucionalidad en el Derecho Español*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
203. LORD IRVINE OF LAIRG. *Human Rights, Constitutional Law, and the development of the English Legal System. Selected Essays*. Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2003.
204. LOSANO, Mario G. *Los Grandes Sistemas Jurídicos*. Editorial Debate, Madrid, 1982.
205. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas, Madrid, 1996.
206. MALEKIAN, Farhad. *The monopolization of International Criminal Law in the United Nations*. Almqvist & Wiksell International, Sweden, 1993.
207. MARCHUK, Iryna. *The fundamental concept of crime in International Criminal Law. A comparative Law Analysis*. Springer, New York, 2014.
208. MARINIELLO, Triestino. "One, no one and one hundred thousand. Reflections on the multiple identities of the ICC" En MARINIELLO, Triestino (Ed.). *The International Criminal Court in search of its purpose and identity*. Routledge, New York, 2015.
209. MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. "La configuración del Principio de Legalidad Penal en el Derecho Internacional Contemporáneo" En CUERDA RIEZU, Antonio. JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco. (Dir.) *Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional*. Tecnos, Madrid, 2009.
210. MASFERRER, Aniceto (Ed.). *The Western Codification of Criminal Law*. Springer, Suiza, 2018.
211. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Estudios sobre derecho Penal Internacional. Su aplicación e implementación en el Derecho Nacional*. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2017.
212. MATUS, Jean Pierre. *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*. Atelier, Barcelona, 2008.
213. MAY, Larry. *Aggression and Crimes against Peace*. Cambridge University Press, Washington, 2008.
214. MAY, Larry. *Crimes Against Humanity: a normative account*. Cambridge University

- Press, Cambridge, 2005.
215. MEJÍA AZUERO, Jean Carlo. SANDOVAL MESA, Jaime Alberto. *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal*. Universidad de Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 2013.
 216. MENDES, Errol P. *Peace and Justice at the International Criminal Court. A Court of Last Resort*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2010.
 217. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “El Principio de Justicia Universal en España: Los delitos que están en su ámbito”. En POSADA MAYA, Ricardo. *Discriminación, principio de jurisdicción Universal y Temas de Derecho Penal*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.
 218. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “Hacia la Internacionalización del Derecho Penal”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, SANZ MULAS, Nieves, (coord.) *Derecho Penal de la Democracia vs Seguridad Pública*, Comares Editorial, Granada, 2005.
 219. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “La Corte Penal Internacional: implementación en derecho penal español” En DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen (Coords.). *La reforma penal a debate*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. “Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación (1)” En ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. BERBERO SANTOS, Marino. *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos “in memoriam”*. Universidad de Castilla – La Mancha, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
 220. MERLE, Roger. VITU, André. *Traité de droit criminel*, T.1. 7 ed., Francia, Cujas, 1997.
 221. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General. 9a ed.* Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
 222. MOLINA LÓPEZ, Ricardo León. *La preterintención en el Derecho penal colombiano*. Comlibros, Medellín, 2006.
 223. MÓNACO FELIPE, Paula. “Hijos por la identidad y la justicia contra el olvido y el silencio (H.I.J.O.S.)” En CORCUERA CABEZUT, Santiago. GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio (Comp.) *Justicia Penal Internacional*. Universidad Iberoamericana, México D.F., 2001.
 224. MONROY CABRA, Maco Gerardo. *Introducción al derecho penal internacional*. Legis, Bogotá, 2011.
 225. MOORE, Michael. “Causation in the Criminal Law” En DEIGH, John. *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2011.
 226. MORAWETZ, Thomas. *Criminal Law*. Dartmouth, Richmond, 1991.
 227. MORRIS, Madeline. “Crímenes graves y errores conceptuales: la Corte Penal Internacional y los Estados no partes” En CHEHTMAN, Alejandro. (Comp.) *Problemas estructurales de Derecho Penal Internacional*. Marcial Pons, Madrid, 2015.
 228. MOSQUERA MARÍN, Víctor. *Derecho Penal Internacional como sistema de protección de los derechos humanos*. Temis, Bogotá, 2014.
 229. MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
 230. NEMETH, Charles P. *Criminal Law*. 2da ed. CRC Press, Boca Ratón, Estados Unidos, 2012.
 231. NEUMANN, Franz L. *The Rule of Law*. Berg, New Hampshire, 1986.
 232. NEWTON, Michael A. “The quest for constructive complementarity” En STAHN,

- Carsten. EL ZEIDY, Mohamed M. (Ed.) *The international Criminal Court and Complementarity*. Cambridge University Press, New York, 2011.
233. NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2015.
234. NOLTE, Georg. *European and US Constitutionalism*. Cambridge University Press, New York, 2005.
235. NYAMUYA MAOGOTO, Jackson. *State sovereignty and international criminal law: Versailles to Rome*. Transnational Publishers Inc., New York, 2003.
236. O'KEEFE, Roger. *International Criminal Law*. Oxford University Press, U.K. 2015.
237. O'NEILL, Onora. "Theories of justice, Traditions of virtue" en GROSS, Hyman. HARRISON, Ross (Ed.). *Jurisprudence Cambridge Essays*. Claredon Press Oxford. New York, 1992.
238. OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Essays on International Criminal Justice*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012.
239. OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Ataques contra personas o bienes civiles y ataques desproporcionados*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
240. OLÁSULO ALONSO, Héctor. *International Criminal Law, Transnational criminal Organizations and Transitional Justice*. Brill – Nijhoff, Leide, 2018.
241. OLÁSULO ALONSO, Héctor. *Introducción al Derecho Internacional Penal*. Universidad del Rosario, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2015.
242. OLÁSULO ALONSO, Héctor. "Current trends on modes of liability for genocide, crimes against humanity and war crimes" En STAHN, Carsten. VAN DEN HERIK, Larissa. (Eds.) *Future Perspectives on International criminal Justice*. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
243. OXMAN, Nicolás. *Sistema de imputación subjetiva en Derecho Penal. Modelo Angloamericano*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
244. PASTOR, Daniel. "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional" En CANCIO MELÍA, Manuel. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. II. BdeF, Buenos Aires, 2006.
245. PASTOR, Daniel. *El Poder Penal Internacional*. Atelier, Barcelona, 2006.
246. PASTOR, Daniel. *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.
247. PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Derecho Penal, Parte General*. Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
248. PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2016.
249. PERISTERIDOU, Christina. *The principle of legality in European Criminal Law*. Intersentia, Cambridge, 2015.
250. PIKIS, Georghios M. *The Rome Statute for the International Criminal Court*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.
251. PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de Derecho Comparado*. Ariel Derecho, Barcelona, 1987.
252. POLITI, Mauro. "Elements of Crimes" En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
253. POLLOCK, Frederick. *Sovereignty in English Law*, Harvard Law Review Vol. 8, No. 5, December 26, 1894. p. 243-251.

254. POLLOCK, Joycelyn M. *Criminal Law*, Elsevier, New York, 2009.
255. POSADA MAYA, Ricardo. “Aproximación a la inimputabilidad en el sistema penal colombiano”. En POSADA MAYA, Ricardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. CORREA FLÓREZ, María Camila. *Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. II*. Ibañez, Bogotá, 2015.
256. POSADA MAYA, Ricardo. “El dolo en el Código Penal de 2000”. En POSADA MAYA, Ricardo (Cord.) *Temas de Derecho Penal*. Temis, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.
257. POSADA MAYA, Ricardo. “El dolo eventual y la preterintención: diferencias en un caso de homicidio y tortura”. En POSADA MAYA, Ricardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. CORREA FLÓREZ, María Camila. *Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. III*. Ibañez, Bogotá, 2017.
258. POSADA MAYA, Ricardo. “Hacia un nuevo modelo procesal acusatorio para los inimputables y quienes padezcan un grave estado de salud mental” En DUQUE PEDROZA, Andrés Felipe (comp.). *Perspectivas y retos del Proceso Penal*. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2015.
259. POSADA MAYA, Ricardo. “Los delitos de Lesa Humanidad en el Ámbito de la Justicia Penal Internacional” En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. VARGAS LOZANO, Renato. (Comp.) “*Presente y Futuro de la Justicia Penal Internacional*”. Universidad Sergio Arboleda, 2012.
260. POSADA MAYA, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal*. T.I. Ibañez, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015.
261. POSADA MAYA, Ricardo. Hernández Beltrán, Harold. *El sistema de individualización de la pena en el Derecho penal colombiano*. Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2003.
262. POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, USA, 2008.
263. POSNER, Richard A. *Law and Legal Theory in England and America*. Clarendon Press, Oxford, 1996.
264. POSTEMA, Gerald J. *Bentham and the Common Law Tradition*. Clarendon Law Series, New York, 1986.
265. POTTER, James. “The International Criminal Court and the complexities of international criminal justice” En BOAS, Gideon. “What is international criminal justice?” En BOAS, Gideon. SCHABAS, William. SCHARF, Michael. *International Criminal Justice. Legitimacy and Coherence*. Edward Elgar, Northampton, USA, 2012.
266. POUND, Roscoe. *El Espíritu del Common Law*. Traducción de José Puig Bratau. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.
267. POUND, Roscoe. *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*. Harvard Law Review 25, 1912.
268. PRADEL, Jean. VARINARD, André. *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7 ed. Cujas, Paris, 2009
269. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Introducción al Derecho*. Colección Estudios, Universidad de Castilla –La Mancha, Cuenca, 1996.
270. PUPPE, Ingeborg. “The Concept of Causation in the Law”. En Kahmen, Benedikt . Stepanians, Markus. (Eds.) *Critical Essays on Causation and Responsibility*, De Gruyter, USA, 2013.
271. QUESADA ALCALÁ, Carmen. *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

272. RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1982.
273. RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del Derecho Inglés*. Traducción de Juan Carlos Peg Ros. Marcial Ponds, Madrid, 2001.
274. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Universidad Externado de Colombia, J. M. Bosch Editor, Bogotá, 2002.
275. RALPH, Jason. *Defending the Society of States. Why America opposes the International Criminal Court and its vision of World Society*. Oxford University Press, New York, 2007.
276. RAUTER, Thomas. *Judicial practice, customary international criminal law and nullum crimen sine lege*. Springer, Salzburg, 2017.
277. REED, Alan. SEAGO, Peter. *Criminal Law*. Sweet and Maxwell, London, 1999.
278. REIMANN, Mathias. ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, New York, 2006.
279. RENOUT, Harald. *Droit pénal général*. Larcier, Bruxelles, 2013.
280. REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Diccionario de Derecho Penal*. Sexta edición, Temis, Bogotá, 1999.
281. RICCARDI, Alice. *Sentencing at the International Criminal Court. From Nuremberg to the Hague*. Eleven, The Hague, 2016.
282. ROBERT, Jacques-Henri. *Droit pénal général*. Themis, Paris, 1988.
283. ROBINSON, Paul H. “United States” En HELLER, Kevin Jon. DUBBER, Markus Dirk. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford Law Books, Stanford, 2011.
284. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal, Parte General*. Ed. Civitas, Madrid, 1977.
285. ROEBUCK, Derek. *The background of the Common Law*. Second Edition. Oxford University Press, New York, 1990.
286. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. T. I y II*. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Thomson – Civitas. Madrid, 2008.
287. RUSSELL L. Christopher (Ed.). *Fletcher’s Essays on Criminal Law*. Oxford University Press, New York, 2013.
288. RYNGAERT, Cedric. “The principle of complementary: A means of ensuring effective international criminal justice” En RYNGAERT, Cedric. *The Effectiveness of iInternational Criminal Justice*. Cost, Oxford, 2009. p. 59.
289. SADAT, Leila Nadya. SCHARF, Michael P (Ed). *The Theory and Practice of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.
290. SADAT, Leila Nadya. *The International Criminal Court and the Transformation of International Law*. Transnational Publishers, New York, 2002.
291. SADAT, Leila. “The journey from Politics to Law” En CRANE, David M. SADAR, Leila. SCHARF, Michael (Eds.). *The Founders*. Cambridge University Press, U.K. 2018.
292. SAMUEL, Geoffrey, “Comparative Law and the legal mind”, en BIRKS, Peter. PRETTO, Arianna (Ed.). *Themes in Comparative Law. In honour of Bernard Rudden*. Oxford University Press, New York, 2002.
293. SAMUEL, Geoffrey. *A short introduction to the Common Law*. Edward Elgar, U.K., 2013.
294. SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 7ª ed. Universidad de Madrid, Madrid, 1980.
295. SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel. *Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

296. SÁNCHEZ, Ricardo. *Política y constitución*. Universidad Central, Bogotá, 1998.
297. SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*. 2 ed. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2018.
298. SCALIA, Antonin. *A matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton University Press, New Jersey, 1997.
299. SCARCIGLIA, Roberto. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Dykinson, Madrid, 2011.
300. SCHABAS, William A. “Crimes Against Humanity: The State Plan or Policy Element” En SADAT, Leila Nadya. SCHARF, Michael P (Ed). *The Theory and Practice of International Criminal Law. Essays in Honor of M. Cherif Bassiouni*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 2008.
301. SCHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*” Cambridge, University Press, Cambridge, 2011.
302. SCHABAS, William A. *The international Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press, Oxford, 2013.
303. SCHIFF, Benjamin N. *Building the International Criminal Court*. Cambridge University Press, New York, 2008.
304. SCHMITT, Carl. *El crimen de Guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio «nullum crimen, nulla poena sine lege»*. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
305. SCHUERCH, Res. *The International Criminal Court at the mercy of powerful States*. Springer, La Haya, 2017.
306. SEDLEY, STEPHEN. *Lions under the throne: essays on the history of English Public Law*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2015.
307. SELLARS, Kirsten. *Crimes against peace and International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
308. SELLERS, Mortimer “What is the Rule of Law and why is it so important?” En GOUDAPPEL, Flora A. N. J. HIRSCH BALLIN, Ernst M. H. *Democracy and Rule of Law in the European Union. Essays in Honor of Jaap W. de Zwaan*. T. M. C. Asser Press, La Haya, 2016.
309. SERVIDIO-DELABRE, Eileen. *Common Law, Introduction to the English and American legal systems*. Éditions Dalloz, Paris, 2004.
310. SEWALL, Sarah B. KAYSEN, Carl. *The United States and the International Criminal Court*. American Academy of Arts and Sciences, New York, 2000.
311. SHABAS, William A. “The Unfinished work of defining Aggression: How many times must the cannonballs fly, before they are forever banned?” En MCGOLDRICK, Dominic. ROWE, Peter. DONNELLY, Eric (Ed.). *The Permanent International Criminal Court. Legal and Policy Issues*. Hart Publishing, Oxford, 2004.
312. SIEBER, ULRICH. KONSTANZE, Jarvers. SILVERMAN, Emily. (Eds.). *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. V.1.4 Introduction to national systems*. Duncker & Humbolt, Berlin, 2014.
313. SIEBER, ULRICH. KONSTANZE, Jarvers. SILVERMAN, Emily. (Eds.). *National Criminal Law in a Comparative Legal Context. V.2.2 General limitations on the application of criminal law*. Duncker & Humbolt, Berlin, 2014.
314. SIEMS, Mathias. *Comparative Law*. 2 ed. Cambridge University Press, UK, 2018.
315. SIMESTER, A.P., SULLIVAN, G.R. *Criminal Law. Theory and Doctrine*, 3 ed., Oregon, Hart Publishing, 2007.
316. SIMPSON, Gerry. “The conscience of civilization, and its discontents” En KASTNER,

- Philipp. (Ed.) *International Criminal Law in Context*. Routledge, London, 2018.
317. SMITH, J.C. HOGAN, Brian. *Criminal Law*. 4th ed. Butterworths, London, 1978.
318. SORDINO, Marie-Christine. *Droit pénal général*. Ellipses, Paris, 2016.
319. SOYER, Jean-Claude. *Droit Pénal et Procédure Pénal*. 20 éd. Lextenso éditions, Paris, 2008.
320. STAHN, Carsten. *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge University Press, UK, 2019.
321. STAHN, Carsten. “Taking complementarity seriously” En STAHN, Carsten. EL ZEIDY, Mohamed M. (Ed.) *The international Criminal Court and Complementarity*. Cambridge University Press, New York, 2011.
322. STEFANI, Gaston. LAVASSEUR, Georges. BOULOC, Bernard. *Droit Pénal Général*. 12 éd. Dalloz, Paris, 1984.
323. STEGMILLER, Ignaz. “Positive Complementarity and Legitimacy – Is the International Criminal Court shifting from judicial restraint towards interventionism?” En HAYASHI, Nobuo. BAILLIET, Cecilia (Eds.) *The Legitimacy of International Criminal Tribunals*. Cambridge University Press. U.K. 2017.
324. STEINER, Eva. *French Law. A comparative Approach*. New York, 2010.
325. STRATENWERTH, Günther. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*. Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
326. STRONG, S.I. FACH GÓMEZ, Katia. CARBALLO PIÑEIRO, Laura. *Comparative Law for Spanish-English Speaking Lawyers*. Edward Elgar Publishing, Northampton, 2016.
327. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. “Causation” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014.
328. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos et al. *Manual de Derecho Penal, Tomo I, parte general*. 6 ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
329. SUMMERS, Robert S. *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*. Dunker & Humblot, Berlín, 1992.
330. TARDIF, Èric. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 2da ed. Limusa, México, 2016.
331. TERENCE, Ingman. *The English Legal Process*. 12th Ed. Oxford University Press, New York, 2008.
332. TINOCO PASTRANA, Ángel. *Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el Common Law*. Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.
333. TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*. Átomo Ediciones, Madrid, 1988.
334. TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law. Vol 1*. 3th edition. Foundation Press, New York, 2000.
335. TRIFFTERER, Otto. *Commentary on the Rome Statute of the international Criminal Court*. C.H. – Hart – Nomos, Alemania, 2008.
336. TRIFFTERER, Otto. “Can the “Elements of Crimes” narrow or broaden responsibility for criminal behavior defined in the Rome Statute?” En STAHN, Carsten and Göran Sluiter, *The emerging practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
337. TRIFFTERER, OTTO. “Domésticos de ratificación e implementación” En AMBOS, Kai (Coord.) *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
338. TRIFFTERER, Otto. AMBOS, Kai. *Commentary on the Rome Statute of the International*

- Criminal Court*. Ed. 3. C.H. Beck, Hart, Nomos, München, 2016.
339. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from The Courts*. Princeton University Press, New Jersey, 1999.
 340. URBANO MARTINEZ, José Joaquín *et al.* *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
 341. VAN DEN BERG, Peter A.J. *The politics of European Codification. A history of the Unification of law in France, Prussia, The Austrian Monarchy and The Netherlands*. Europa Law Publishing, Amsterdam, 2007.
 342. VAN DEN WYNGAERT, Christine. ORGENA, Tom. “*Ne bis in idem* Principle, including the Issue of Amnesty” En CASSESE, Antonio. GAETA, Paola. W.D. JONES, John R. *The Rome Statute of The International Criminal Court. A Commentary*. Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2002.
 343. VAN VERSEVELD, Annemieke. *Mistake of Law. Excusing Perpetrators of International Crimes*. Springer, The Hague, 2012.
 344. VARGAS MENDOZA, Ligia María. “El inicio de la vida independiente” En POSADA MAYA, Ricardo. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. CORREA FLÓREZ, María Camila. *Estudios Críticos de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, T. III*. Ibañez, Bogotá, 2016.
 345. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Fundamentos de Derecho Penal, parte general*. Universidad Sergio Arboleda, Ediciones Andrés Morales, Bogotá, 2017.
 346. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General* 4 ed., Comlibros, Medellín, 2009.
 347. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “El derecho penal en el marco de la globalización” En En AGUDELO BETANCUR, Nodier *et al.* *Estudios Penales. Homenaje al maestro Bernardo Gaitán Mahecha*. Pontificia Universidad Javeriana, Legis, Bogotá, 2005.
 348. VERVAELE, John A.E. “Transitional justice in Colombia under the Complementarity Principle of Rome Statute of ICC” En ULRICH, Sieber (Ed.) *Alternative Systems of Crime Control*. Duncker & Humblot, Berlín, 2018.
 349. VERVAELE, John.A.E. “Impunidad y el deber puniendi de la Convención Interamericana de derechos humanos”. En GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (Ed.) *El proceso penal en la encrucijada - Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*. Universitat Jaume I, Col·leció Estudis Jurídics, Castellón, 2016.
 350. VERVAELE, John A.E. “Delitos Internacionales: ¿del *ius (non) puniendi* del Estado-Nación a un *deber puniendi* imperativo de *ius cogens*?” En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. POSADA MAYA Ricardo. CADAVID, Alfonso. SOTOMAYOR, Juan Oberto. *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur*, Ibañez, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.
 351. VERVAELE, John A.E. *Internacionalización del derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*. Jurista Editores, Lima, 2015.
 352. VIDAL PERDOMO, Jaime. SÁCHICA, Luis Carlos. *Aproximación Crítica a la Constitución de 1991*. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1991.
 353. VIRALLY, Michel. *La pensée juridique*. LGDJ, Paris, 1998
 354. WALKER, R.J. *The English Legal System*. Londres, Butterworths, 1985.
 355. War Crimes Research Office, International Criminal Court. *Modes of Liability and the Mental Element: Analyzing the Early Jurisprudence of the International Criminal Court*. American University Washington College of Law, USA, 2010.

356. WEDGWOOD, Ruth. “The International Criminal Court, Reviewing the Case (An American Point of View). En BLAKESLEY, Christopher L. “Jurisdiction *Ratione Personae* or the Personal Reach of the Court’s Jurisdiction” En DORIA, José. GASSER, Hans-Peter. BASSIOUNI, M. Cherif. *The Legal Regime of the International Criminal Court*. Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko. Martinus Nijhoff Publisher, Boston, 2009.
357. WEIGEND, Thomas. “Subjective Elements of Criminal Law” En DUBBER, Markus D. HÖRNLE, Tatjana. *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford, 2014.
358. WEIGEND, Thomas. “The harmonization of general principles of criminal law: The statutes and jurisprudence of the ICTY, ICTR and the ICC: an overview” En VV.AA. Association Internationale de Droit Pénal. *International criminal law: Quo Vadis? Èrès*, Francia, 2004.
359. WENIN, Roberto. *La Mens Rea Nello Statuto di Roma: Un’Analisi Esetico-Sistemica Dell’Art. 30 in Chiave Comparata*. G. Giappichelli Editore, Torino, 2012
360. WELLS, Celia. QUICK, Oliver. *Reconstructing Criminal Law*. Law in Context, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
361. WELZEL, Hans. *El nuevo sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir, BdeF, Montevideo, 2006.
362. WELZEL, Hans. *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low. BdeF, Buenos Aires, 2015.
363. WERLE, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*. Asser Press, The Hague, 2005.
364. WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Traducción de María del Mar Díaz Pita. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
365. WILLIAMS, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. Stevens & Sons, London, 1983.
366. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2007.
367. ZAPPALÀ, Salvatore. *Qué es la justicia penal internacional*. Colección Saber, Editorial Proteus, España, 2010.
368. ZHOU, Lulu “Brief Analysis of a Few Controversial Issues in Contemporary International Criminal Law” En BERGSMO, Morten and LING, Yan (ed.) *State Sovereignty and International Criminal Law*. Torkel Opsahl Academic Publisher, Beijing, 2012.
369. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política Criminal*. Colex, Madrid, 2001.
370. ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. *An introduction to Comparative Law. Vol I. The Framework*. North-Holland Publishing Company, New York, 1977.

Recursos electrónicos

371. AGUIAR DE LUQUE, Luis. “La reforma de la Constitución francesa de 1958 de 23 de julio de 2008: Líneas generales de la misma e importancia de su contenido” En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. Nº 34-35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017.
372. AHMED, Farrah. PERRY, Adam. “Constitutional Statutes” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 37, No. 2, 2017. Disponible en <https://academic.oup.com/ojls/article->

- abstract/37/2/461/2737433 Consultado el 9 de mayo de 2018.
373. AMBOS, Kai. “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”. *Revista General de Derecho Penal* 17, España, 2012. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20120808_02.pdf, consultado el 19 de febrero de 2018.
374. AMBOS, Kai. “Critical Issues in the *Bemba* Confirmation Decision”, *Leiden Journal of International Law*, 22, 2009. Disponible en <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/critical-issues-in-the-bemba-confirmation-decision/A0B6CAD4B2B74AA18B22E688216A4BFA> Consultado el 12 de septiembre de 2018.
375. AMBOS, KAI. “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición *ad hoc* a un sistema universal basado en un tratado internacional”. En *Política criminal* Vol. 5, No 9, Julio 2010. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A6.pdf. Consultado el 1 de febrero de 2018.
376. BADAR, Mohamed Elewa. “Islamic Law (*Shari’a*) and the Jurisdiction of the International Criminal Court”. En *Leiden Journal of International Law*, N° 24. 2011. Disponible en <http://ezproxy.uniandes.edu.co:8080/login?url=http://journals.cambridge.org/action/displayJournal?jid=LJL>. Consultado el 4 de enero de 2018.
377. BADAR, Mohamed Elewa. “The Mental Element In The Rome Statute Of The International Criminal Court: A Commentary From A Comparative Criminal Law Perspective” *Criminal Law Forum*, Springer, 2008. Disponible en <https://www.deepdyve.com/lp/springer-journals/the-mental-element-in-the-rome-statute-of-the-international-criminal-gorCCWtJoz>. Consultado el 30 de octubre de 2017.
378. BADAR, Mohamed Elewa. MARCHUK, Iryna. “A Comparative Study Of The Principles Governing Criminal Responsibility In The Major Legal Systems Of The World” En *Criminal Law Forum*, Volume 24, March 2013. Disponible en <https://doi.org/10.1007/s10609-012-9187-z>. Consultado el 30 de octubre de 2017.
379. BADAR, Mohamed Elewa. “Dolus eventualis and the Rome Statute without it”. *New Criminal Law Review* 433. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fbufr12%26collection%3Djournals%26id%3D443%26startid%3D%26endid%3D473>. Consultado el 18 de diciembre de 2018.
380. BADINTER, Robert. “De Nuremberg à la Haye”. En *Revue internationale de Droit Pénal*, Vol. 75. 2004. Disponible en DOI : 10.3917/ridp.753.0699. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2004-3-page-699.htm> Consultado el 20 de diciembre de 2017.
381. BASEDOW, Jürgen. “Comparative Law and its Clients” *American Journal of Comparative Law*, 821, 2014. Disponible en <http://hdl.handle.net/11858/00-001M000-002D-BA60-2>. Consultado el 8 de febrero de 2019.
382. BAZAN, Elizabeth. *Congressional Authority Over the Federal Courts*. CRS Report for Congress, Washington, 2005. Consultado en <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL32926.pdf> el 10 de mayo de 2017.
383. BON, Pierre. “La Cuestión Prejudicial De Constitucionalidad En Francia ¿Solución O Problema?” En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. N° 34-35. 2010. Disponible en [https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%](https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5B)

- 5D=9555&path%5B%5D=9535 Consultado el 25 de mayo de 2017.
384. CLARK, Roger S. "The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of The International Criminal Court and The Elements of Offences" Criminal Law Forum 12, Kluwer Academic Publishers, Netherlands 2001. Disponible en <https://search-proquest-com.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/publication/33826>. Consultado el 15 de enero de 2018.
385. CROSS, Frank B. *Identifying the Virtues of the Common Law*. Supreme Court Economic Review, Vol. 15, No. 1, The University of Chicago, February 2007, pp. 21-59 Consultado en <http://www.jstor.org/stable/10.1086/656027> el 5 de abril de 2017.
386. DELMAS-MARTY, Mireille. "The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law". Journal of International Criminal Justice 1, Oxford University Press, 2003. Disponible en <https://doi.org/10.1093/jicj/1.1.13>. Consultado el 8 de febrero de 2019.
387. DÍAZ SOTO, José Manuel. *Una aproximación al crimen internacional de agresión*. Revista Derecho Penal y Criminología. Vol. 35, N° 99. Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014 Disponible en <http://dx.doi.org/10.18601/01210483.v35n99.02>. Consultado el 24 de febrero de 2018.
388. DÍEZ-PICAZO, Luis María. "Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958" En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. N° 34-35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017.
389. ELLIOT, Catherine. "The French Law of Intent and Its Influence on the Development of International Criminal Law" En *Criminal Law Forum*, Volume 11. March 2000. Disponible en <https://doi.org/10.1023/A:1009417120616>. Consultado el 30 de octubre de 2017.
390. FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria. "Entrada en vigor y ejercicio por la Corte Penal Internacional de la Jurisdicción sobre el Crimen de Agresión" En Revista Electrónica De Estudios Internacionales, N° 25, 2013. Disponible en www.reei.org. Consultado el 12 de enero de 2018.
391. FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria. *Crimen de agresión*. Revista En Cultura de la Legalidad. N° 13, Eunomia. Octubre 2017-marzo 2018. Disponible en <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3824> Consultado el 24 de febrero de 2018.
392. FINNIN, Sarah. "Mental elements under article 30 of the Rome Statute of the International Criminal Court: a comparative analysis" En International and Comparative Law Quarterly, British Institute of International and Comparative Law, 2012. Disponible en <https://www.cambridge.org/core>. Consultado el 30 de octubre de 2017.
393. FORTEAU, Mathias. "Comparative International Law Within, Not Against, International Law: Lessons from the International Law Commission". The American Journal of International Law, Vol. 109, No. 3 July 2015. Disponible en https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.109.3.0498?seq=1&cid=pdf-reference#references_tab_contents. Consultado el 8 de febrero de 2019.
394. FRANKENBERG, Günter. "Comparing constitutions: Ideas, ideals, and ideology toward a layered narrative". *International Journal of Constitutional Law*, 4, 2006. Disponible en <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/4/3/439/646369> Consultado el 30 de abril de 2018.
395. GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. "La revitalización del Parlamento en la reforma constitucional francesa de 2008". En Instituto Nacional de Administración pública,

- Cuadernos de Derecho Público*. N° 34-35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017.
396. GARÇON, Céline “La faute et le delit non intentionnel” En *Annale ENM Droit pénal dissertation*, ISP, París 2012. Disponible en www.lautreprepa.com. Consultado el 31 de octubre de 2017.
397. GIL GIL, Alicia. “Mens Rea in Co-Perpetration and Indirect Perpetration according to Article 30 of the Rome Statute: Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-Perpetrator” *International Criminal Law Review* 82, 2014. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fintcrimrb14%26collectioc%3Djournals%26id%3D88%26startid%3D%26endid%3D120> Consultado el 15 de abril de 2019.
398. GÓMEZ, Itziar. “La revisión siempre abierta de la Va. República francesa a través de sus reformas constitucionales” En Instituto Nacional de Administración pública, *Cuadernos de Derecho Público*. N° 34-35. 2010. Disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9555&path%5B%5D=9535> Consultado el 25 de mayo de 2017.
399. HIRSCHL, Ran. “From comparative constitutional law to comparative constitutional studies” Editorial. *International Journal of Constitutional Law*, 11, Oxford University Press, 2013. Disponible en <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/11/1/1/776238> Consultado el 30 de abril de 2018.
400. HRUSCHKA, Joachim. “¡Repensar el Derecho Penal! Reflexiones a propósito del libro *Rethinking Criminal Law* de George P. Fletcher” Traducción de Juan Ignacio Piña Rochefort. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 31 n° 1, 2004. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650466.pdf>. Consultado el 31 de julio de 2017.
401. JAIN, Neha. “Comparative International Law at the ICTY: The General Principles Experiment”. *The American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 3, July 2015. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintelaw.109.3.0486>. Consultado el 8 de febrero de 2019.
402. JESCHECK, Hans-Heinrich. “The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute”, *Journal of International Criminal Justice* 2, Oxford University Press, 2004. Disponible en <http://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fjicj2%26collection%3Djournals%26id%3D52%26startid%3D52%26endid%3D69> Consultado el 15 de enero de 2018.
403. JESTAZ, Philippe. “Les sources du droit : le déplacement d’un pôle à un autre” En *Revue Générale de Droit*, Volume 27, número 1, 1996. Disponible en http://www.dalloz-bibliotheque.fr/index.php?subpage=search&q_author=4 Consultado el 26 de mayo de 2017.
404. KOVÁCS, Péter “Les Constitutions Nationales et les Traités Européens” En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. PEGORARO, Lucio (Dir.) *Revista General de Derecho Público Comparado* 7, 2010. Consultado en https://www-iustel-com.ezproxy.usal.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411173&d=1& el 22 de mayo de 2017.
405. KREB, Claus. VON HOLTZENDORFF, Leonie. *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*. *Journal of International Criminal Justice* 8. Oxford University Press, 2010. Disponible en jicj.oxfordjournals.org. Consultado el 24 de febrero de 2018.

406. Law Commission Report, *Murder, Manslaughter and Infanticide*, Project 6 of the Ninth Programme of Law Reform: Homicide. 28 de noviembre de 2006. Disponible en www.lawcom.gov.uk. Consultado el 7 de septiembre de 2018.
407. LAWS, John. *Constitutional Guarantees*. Statute Law Review 29. Oxford University Press, 2008. Disponible en <https://academic.oup.com/slr/article-abstract/29/1/1/1673207> Consultado el 30 de abril de 2018.
408. LEÓN, Marta. “La Cuestión Prioritaria De Constitucionalidad: Un Nuevo Desafío Para La Justicia Constitucional Francesa” En ÁLVAREZ CONDE, Enrique. PEGORARO, Lucio (Dir.) *Revista General de Derecho Público Comparado* 10, 2012. Consultado en http://www.iustel.com.ezproxy.usal.es/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=411173&d=1 el 22 de mayo de 2017.
409. LINOS, Katerina. “How to Select and Develop International Law Case Studies: Lessons from Comparative Law and Comparative Politics” *The American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 3, July 2015. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.109.3.0475?seq=1&cid=pdf-> Consultado el 8 de febrero de 2019.
410. LUBAN, David. “A Theory of Crimes Against Humanity” *Yale Journal of International Law*. Vol 29, 2004. Disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1226&context=yjil> Consultado el 20 de febrero de 2018.
411. MILITELLO, Vincenzo. “The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute” *Journal of International Criminal Justice* 941, 2007. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/Welcome?message=Please%20log%20in&url=%2FHOL%2FFPa%3Fhandle%3Dhein.journals%2Fjicj5%26collection%3Djournals%26id%3D953%26start%3D%26end%3D964>. Consultado el 18 de diciembre de 2018.
412. OHLIN, Jens David. “Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation” *Journal of International Criminal Justice* Vol 12, 2014. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2401264. Consultado el 4 de diciembre de 2018.
413. OHLIN, Jens David. “Targeting and the Concept of intent”. *Michigan Journal of International Law*. Vol. 35, Issue I. 2013. Disponible en <http://repository.law.umich.edu/mjil>. Consultado el 18 de diciembre de 2018.
414. OLÁSULO ALONSO, Héctor. MATEUS RUGELES, Andrea. CONTRERAS FONSECA, Andrés. “The peremptory nature of the principle “no peace without justice” with respect to those most responsible persons for crimes against humanity and te consequences for the notion of transitional justice” *e-Revue Internationale de Droit Pénal*. 2017. Disponible en <http://www.penal.org/sites/default/files/H.%20Olasolo%2C%20The%20Peremptory%20Nature%20of%20the%20Principle%20no%20Peace%20Without%20Justice%20formatead.o.pdf>. Consultado el 15 de abril de 2019.
415. PAULUS, Andreas. *Second Thoughts on the Crime of Aggression* *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 4. 2010 Disponible en <https://academic.oup.com/ejil/article-abstract/20/4/1117/530749>. Consultado el 24 de febrero de 2018.
416. PEZZANO, Luciano. *El umbral de gravedad en el crimen de agresión: ¿una nueva categoría en los usos ilícitos de la fuerza?* *Anuario Iberoamericano De Derecho Internacional Penal* N° 4, 2015. Disponible en <dx.doi.org/10.12804/anidip04.01.2016.04>. Consultado el 24 de febrero de 2018.
417. QUESADA ALCALÁ, Carmen. *El crimen de agresión como amenaza a la seguridad*

- global. Cuadernos de estrategia*, 160, 2013. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/324237>. Consultado el 24 de febrero de 2018.
418. REITZ, John C. "How to Do Comparative Law", 46 *Am. Journal of Comparative Law* 617, 1998. Disponible en https://www.jstor.org/stable/840981?seq=1#page_scan_tab_contents. Consultado el 8 de febrero de 2019.
419. REMIRO BROTONS, Antonio *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*. Fundación para las Relaciones Internacionales y del Dialogo Exterior. Documento de trabajo, junio 2005. Disponible en www.fride.org. Consultado el 24 de febrero de 2018.
420. ROBERTS, Anthea. STEPHAN, Paul B. VERDIER, Pierre-Hugues. VERSTEEG, Mila. "Comparative International Law: Framing the Field". *The American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 3, July 2015. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/10.5305/amerjintlaw.109.3.0467> Consultado el 8 de febrero de 2019.
421. SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. *Fundamento del dolo y la ley penal: una aproximación crítica a las concepciones cognitive/normativas del dolo, a propósito del caso colombiano*. *Política Criminal*, Vol. 11, N° 22. Diciembre 2016. Disponible en <http://www.politicacriminal.cl/Vol-11/n-22/Vol11n22a10.pdf>
422. STEIN, Mark S. The Security Council, the International Criminal Court, and the Crime of Aggression: How exclusive is the Security Council's power to determine aggression? *Indiana International & Comparative Law Review*. Vol. 16. 2005. Disponible en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/iicl16&div=5&id=&page=>. Consultado el 24 de febrero de 2018.
423. TIEDEMANN, Klaus. "Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo". En *Revista Penal*, n° 3, 1999. Disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal>. Consultado el 31 de julio de 2017
424. VAN DER VYVER, Johan D. "The International Criminal Court and the Concept of Mens Rea in International Criminal Law" *International and Comparative Law Review* 57. University of Miami, 2004. Disponible en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.jourjour/miaicr16&div=1>. Consultado el 15 de enero de 2018.
425. VERVAELE, John A.E. "Criminal Law and the protection of Human Rights in Colombia". *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 1988. Disponible en <http://www.heinonline.org> Consultado el 15 de abril de 2019.
426. VERVAELE, John A.E. "Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU". *Utrecht Law Review* 211. Septiembre de 2013. Disponible en <http://www.utrechtlawreview.org>. Consultado el 15 de abril de 2019.
427. VERVAELE, John A.E. GLESS, Sabine. "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice". *Utrecht Law Review* Vol. 9. Septiembre de 2013. Disponible en <http://www.utrechtlawreview.org>. Consultado el 15 de abril de 2019.
428. WEIGEND, Thomas. "Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges". *Journal of International Criminal Justice*, Volume 6, Issue 3, Julio de 2008. Disponible en <https://doi.org/10.1093/jicj/mqn034> Consultado el 26 de septiembre de 2018.
429. WERLE, Gerhard. JESSBERGER, Florian. "Unless Otherwise Provided - Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law"

Journal of International Criminal Justice, Volume 3, 2005. Disponible en <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/3/1/35/888717> Consultado el 5 de diciembre de 2018.

430. WINTERTON, George. "Comparative Law Teaching" 23 *Am. Journal of Comparative Law*, 69, 1975. Disponible en https://www.jstor.org/stable/839541?seq=1#page_scan_tab_contents. Consultado el 8 de febrero de 2019.