

AUSGABE 9/2017

S. 457 - 581

12. Jahrgang

### Inhalt

#### SONDERAUSGABE ZUM KOLUMBIANISCHEN FRIEDENSPROZESS

##### *Vorbemerkungen und Einführung zur aktuellen Ausgabe*

**Prólogo a la Edición Especial de la ZIS sobre el Proceso de Paz colombiano**  
Por Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg 457

**Prólogo al Coloquio Colombo-Alemania del 21.4.2016 en la Universidad de Regensburg**  
Por Dr. Nathalia Bautista Pizarro, LL.M. (Bonn), Bogotá 458

##### *Grundsatzfragen*

**El significado de la pena en el marco de un proceso de paz Reflexiones sobre el caso colombiano**  
Por Dr. Nathalia Bautista Pizarro, LL.M. (Bonn), Bogotá 459

**La solución del conflicto armado interno colombiano Un desafío para la jurisdicción penal internacional**  
De Prof. Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres, LL.M. (Bonn), Bogotá 470

##### *Rechtsphilosophische Grundlegung der Staatlichkeit*

**La paz a través del Derecho – Pretensiones fundamentales del orden jurídico, significado del Estado y de su soberanía**  
De Prof. Dr. Michael Köhler, Hamburg 476

##### *Übergangsjustiz und Strafe*

**Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición**  
De Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Frankfurt a.M. 484

**Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano**  
Por Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg 494

##### *Strafrechtliche Zurechnung*

**Imputación en Derecho Penal Internacional**  
De Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg 514

**Sobre las diferencias en la responsabilidad de los intervinientes en el Derecho penal de una sociedad civil y en Derecho penal internacional Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia**  
De Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Leipzig 535

### Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl  
Prof. Dr. Andreas Hoyer  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse  
Prof. Dr. Janique Brüning  
Prof. Dr. Mark Deiters  
Prof. Dr. Bernd Hecker  
Prof. Dr. Michael Heghmanns  
Prof. Dr. Holm Putzke  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn  
Prof. Dr. Hans Theile  
Prof. Dr. Bettina Weißer  
Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Richter am Kosovo Sondertribunal  
International Advisory Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana Karakaplan  
Wiss. Mitarbeiter Kevin Kloska

### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez  
Eneas Romero  
Jaime Winter Etcheberry

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470

AUSGABE 9/2017

S. 457 - 581

12. Jahrgang

Inhalt (Forts.)

9/2017

### AUFSÄTZE

#### *Strafrecht*

##### **Die Strafbarkeit des Aufbaus von Botnetzen**

Von Akad. Mitarbeiter Dr. Fabian Stam, Potsdam

547

#### *Ausländisches Strafrecht*

##### **Erneute Novellierung des italienischen Steuerstrafrechts – zwischen Effektivierung und Depotenziierung?**

Von Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenstahl, Mag. iur.,  
Frankfurt am Main

553

#### *Strafrecht*

##### **Intention and Awareness of Wrongdoing**

##### **Exploring the Intersections between Experimental Philosophy and German Criminal Law**

By Ass. Prof. Igor Martinović, Rijeka

564

### BUCHREZENSIONEN

#### *Wirtschaftsstrafrecht*

##### **Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2017**

(Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg)

573

#### *Strafrecht*

##### **Gähler, Der Gefährdungsschaden im Untreuetatbestand, 2016**

(Dr. Julian Engel, Großmaircheid)

575

#### *Strafverfahrensrecht*

##### **Bosbach, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2015**

(Rechtsanwalt Volker Seiring, Freiburg)

577

### VARIA

#### *Völkerstrafrecht*

##### **First Meeting of the South-North Criminal Justice Research Network (SNN)**

28 and 29 April 2017, Humboldt-Universität Berlin

By Seada Hussein Adem, LL.M. (UWC), Victoria Olayide Ojo,  
LL.M. (UWC), Berlin

579

### Herausgeber

Prof. Dr. Roland  
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Bernd Schönemann

### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse

Prof. Dr. Janique Brüning

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael  
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Bettina Weißer

Prof. Dr. Mark Zöller

### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai  
Ambos, Richter am  
Kosovo Sondertribunal

International Advisory  
Board

### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiterin Diana  
Karakaplan

Wiss. Mitarbeiter Kevin  
Kloska

### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez

Eneas Romero

Jaime Winter Etcheberry

### Internetauftritt

René Grellert

### ISSN

1863-6470

# Prólogo a la Edición Especial de la ZIS sobre el Proceso de Paz colombiano

Por Prof. Dr. **Katrin Gierhake**, LL.M., Regensburg\*

El proceso de paz en Colombia, que enmarca la lucha por la unidad entre el gobierno colombiano y una guerrilla activa por varias décadas, genera muchas preguntas fundamentales para el derecho.

En el marco del sistema de transición creado por los colombianos, no sólo se debe aclarar aspectos importantes de índole penal, constitucional y de derecho internacional. Dada la compleja posición inicial y el vacío jurídico que se presenta parcialmente, surgen cuestionamientos de principio especiales (de la filosofía del derecho), cuya explicación es necesaria para poder representarse una solución jurídica lo suficientemente amplia.

El caso de Colombia se trata de un ordenamiento estatal en momentos de cambio radical que debe combatir en un sentido jurídico y empírico la violencia del terrorismo, o bien, rebelde.

En este caso es necesario explicar los cuestionamientos fundamentales de la imputación del injusto en complejos contextos de sistema, como también definir la relación entre la reconciliación y la pena justa en una sociedad que se encuentra en un estado de inseguridad profundo y, finalmente, considerar siempre en este contexto también la responsabilidad penal internacional.

En abril de 2016 un Coloquio colombo-alemán en la ciudad de Regensburg se dedicó a responder estas preguntas. En este contexto quiero agradecer especialmente a la *Dra. Nathalia Bautista Pizarro* quien, como coorganizadora colombiana, hizo todo para obtener un intercambio bastante fructífero.

Junto con la representación de los desarrollos actuales y los procesos políticos de la consecución de la paz en Colombia, se trató, sobre todo, de atender los problemas jurídico-fundamentales, estructurales y conceptuales de un “derecho en situación de cambio radical”: De un lado, se abarcaron las preguntas que se discuten comúnmente en el campo del derecho internacional penal bajo el título de la “justicia transicional”, pero también de la explicación profunda y de los avances de los conceptos de “Estado”, “soberanía”, “pena” e “imputación”.

Los aportes de esta Edición Especial se caracterizan por contar con un cuadro representativo de este intercambio de ideas. Estos se publicarán en dos idiomas, en alemán (ZIS 7-8/2017) y en español (ZIS 9/2017). Quiero igualmente extender mi agradecimiento por el excelente trabajo en equipo a todos los autores y, especialmente para esta versión en castellano, a los traductores *Gustavo Cote*, *Hernán Darío Orozco*, *Nuria Pastor Muñoz*, *Franceline Delgado* y *Nathalia Bautista*.

A continuación se presentará brevemente el contenido de esta Edición Especial:

---

\* Catedrática en Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho internacional penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Regensburg-Alemania.

## I. Proceso de paz y justicia transicional en Colombia

Los dos aportes de los autores colombianos contienen una presentación de los aspectos de la justicia transicional en Colombia, que se fijaron en el Acuerdo de Paz entre las FARC-EP y el Gobierno colombiano. *Jorge Fernando Perdomo Torres* muestra un relato conciso de la historia del proceso de paz y presenta los aspectos clave del sistema de justicia transicional. *Nathalia Bautista Pizarro* abarca de manera rigurosa el modelo de justicia transicional en Colombia y presenta el sistema especial de sanciones punitivas y, además, realiza una reflexión sobre los fundamentos de los fines de la justicia transicional y la legitimación de la justicia penal en tiempos de cambios radicales.

## II. Fundamentación de la estatalidad en la filosofía del derecho

El aporte de *Michael Köhler* debe entenderse realmente como un asunto de fundamentación del orden estatal; la importancia de la soberanía del Estado se deduce en el marco de la filosofía del derecho y en relación con las situaciones de cambios radicales, como las que se dan en el caso de Colombia.

## III. Justicia transicional y pena

*Katrin Gierhake* y *Ulfrid Neumann* se ocupan en sus escritos de la función de la pena en el marco de la justicia transicional. *Neumann* hace un énfasis en la descripción y fundamentación teórica de los problemas de los cambios de sistema y situaciones de transición posteriores a conflictos violentos, especialmente, a partir de la perspectiva de los actores (víctimas, sociedad, autor); en este contexto realiza, especialmente, un estudio profundo sobre el problema que suele aparecer respecto de la prohibición de retroactividad penal. *Katrin Gierhake* se cuestiona, por su parte, en su escrito, sobre qué significado tiene realmente la pena en los tiempos de fragilidad estatal y si las alternativas a la pena, especialmente, las amnistías, pueden entrar en armonía con la fundamentación del derecho (penal) liberal.

## IV. Imputación penal

*Stefanie Bock* y *Diethelm Kleszczewski* abordan cuestionamientos sobre la imputación penal. El aporte de *Bock* presenta los modelos de imputación que se discuten en el derecho internacional penal respecto de aquellos hechos que se clasifican dentro del contexto colectivo en su totalidad. *Kleszczewski* analiza los aspectos fundamentales de la responsabilidad de los intervinientes a la luz de la dogmática penal alemana que hacen referencia a un contexto de sistema estatal; estos hallazgos son entonces trasladados, en un segundo análisis, a “sociedades civiles en crisis” y su superación pacífica, y encuentran, igualmente, un carácter práctico para la problemática de un concepto de derecho internacional penal referido a la responsabilidad de los intervinientes.

## Prólogo al Coloquio Colombo-Alemán del 21.4.2016 en la Universidad de Regensburg

Por Dr. Nathalia Bautista Pizarro, LL.M. (Bonn), Bogotá\*

En abril del año pasado tuve la oportunidad de hacer parte de un debate sobre el proceso de paz colombiano junto a reconocidos investigadores del derecho penal de Alemania, celebrado en la ciudad de Regensburg. La discusión se dividió, de un lado, en la pregunta acerca de la legitimación de las alternativas de sanción penal y, de otro, en el cuestionamiento propio de la imputación de los delitos que se cometen en el marco de un conflicto armado. Como punto central del debate se tuvo en cuenta el en ese entonces ya acordado “Punto número 5” de los Acuerdos de Paz del Gobierno colombiano y de la guerrilla de Las FARC-EP, que contiene el “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto”. En él se ha fijado un modelo de justicia transicional como parte de la estrategia de terminación del conflicto armado interno, que tuvo una duración de más de cinco décadas y que se caracterizó por los constantes enfrentamientos entre el Estado y este grupo rebelde. El objetivo principal de este sistema consiste en la consecución de una “paz estable y duradera”. Esta quinta parte de los Acuerdos de Paz prevé la implementación de diversas medidas que buscan, especialmente, la “verdad”, la “justicia”, la “reparación de las víctimas” y la “no repetición” de los hechos delictivos. Según este modelo, todos aquellos que “hayan participado directa e indirectamente en el conflicto armado” deben responder por las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. Tanto los rebeldes, como los agentes del Estado y demás intervinientes pueden ser juzgados en el marco de este sistema. Siendo así, los responsables deben aportar a la reparación de las víctimas y, también, al esclarecimiento de la verdad. Sólo así pueden ser beneficiarios de las sanciones, así como de la concesión de amnistías o indultos, que ya han sido previstas dentro de este complejo sistema. Presupuesto de este modelo de justicia transicional es también la entrega de las armas y el cese de las hostilidades.

El alcance jurídico de todos estos mecanismos es un cuestionamiento que ocupa desde hace varios años a los juristas en Colombia. En el caso del derecho penal, es de especial importancia determinar criterios que permitan realizar la imputación de los delitos a todos los que hayan intervenido en el conflicto. Los penalistas se enfrentan, en concreto, a la tensión existente entre un grupo rebelde que ha sido configurado con una jerarquía muy definida y el cuerpo de policía y militar del Estado. Cómo debe determinarse la responsabilidad de los dirigentes por los delitos que se ejecutan a manos de sus subordinados, es, en este marco, una de las preguntas más trascendentales. La respuesta puede hallarse en la teoría del delito o del mismo derecho internacional penal. También la pregunta acerca de la legitimación de un sistema de amnistías e indultos, así como de un tratamiento penal especial, generan cuestionamientos jurídicos teóricos de alta relevancia. En qué medida el Estado

puede renunciar a la imposición de la pena en beneficio del derecho a la paz, es un problema que hasta hoy se continúa debatiendo fuertemente en Colombia. La comprensión de la función de la pena en tiempos de cambios radicales es, por lo tanto, una nueva tarea de los juristas colombianos. Las instituciones tradicionales de la responsabilidad individual y los mismos juristas han sido llevados a sus límites en este contexto de guerra. Con la firma de todos los puntos de los Acuerdos de Paz y la declaración pública de la terminación de las hostilidades, que sucedieron unos meses después de nuestro encuentro en Regensburg, se ha demostrado al menos que los rebeldes tienen la voluntad de alcanzar un estado pacífico. No obstante, esta decisión no fue apoyada por el pueblo, pero sí por el Congreso. El contenido de los Acuerdos de Paz se encuentra en el presente en un proceso de implementación. El debate acerca de las particularidades de los Acuerdos es aún más vivo. Para los investigadores – y aquí especialmente – los teóricos del derecho en todo el mundo los Acuerdos de Paz de Colombia se han convertido ya en un caso emblemático de la “justicia transicional”. Quiero aprovechar esta ocasión para agradecerle a la Profesora *Katrin Gierhake* por haber organizado el Coloquio colombo-alemán en Regensburg y, especialmente, también por su interés en estudiar el modelo de justicia transicional de Colombia. Mis agradecimientos se extienden igualmente a todos los investigadores y profesores del derecho penal de Alemania que participaron en esta jornada académica y que aportaron argumentos muy importantes para la comprensión de estas difíciles preguntas teóricas.

---

\* Coordinadora, docente e investigadora del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

# El significado de la pena en el marco de un proceso de paz

## Reflexiones sobre el caso colombiano

Por Dr. **Nathalia Bautista Pizarro**, LL.M. (Bonn), Bogotá\*

El Estado colombiano firmó, después de cuatro años de diálogos, el Acuerdo de Paz (los “Acuerdos de la Habana”) el 26.9.2016<sup>12</sup> con la guerrilla de “Las FARC-EP”<sup>3</sup> en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia. El objetivo de las negociaciones consistió en la fijación de una estrategia para darle fin al conflicto armado interno existente entre el Estado y este grupo rebelde. Después de más de cinco décadas de duración, el conflicto llegó a su fin el 28.8.2016. En la quinta parte del Acuerdo de Paz – en el así llamado “Acuerdo sobre las víctimas del conflicto” – se ha previsto la fundación de una jurisdicción especial que ha sido llamada la “Jurisdicción Especial para la Paz”. Esta jurisdicción especial operará en un sistema complejo de justicia transicional. La responsabilidad individual “de quienes han participado directa e indirectamente en el conflicto armado” debe determinarse, según lo establecido, atendiendo a la gravedad de los delitos, la reparación individual y colectiva de las víctimas, la reconstrucción de la verdad de lo acontecido y la garantía de la no repetición de los delitos en cuestión.

Conforme a este modelo, la imposición de la pena no es, no obstante, la pregunta de fondo. La finalidad del sistema consiste, más bien, en darle solución al conflicto armado, esto es, en lograr– conforme al tenor del Acuerdo – “una paz estable y duradera”. El componente penal se halla en el sistema de amnistías e indultos de los delitos políticos y conexos, así como en la cuestión de la sanción de las graves violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.<sup>4</sup> La pena adquiere en este contexto un significado especial. Su medida y su función dependen de la cooperación del autor en el complejo sistema de la justicia transicional. De este modo, se habla de una función “retributiva” y “restaurativa” de la pena.

Las reflexiones que se plantearán en este escrito se centraran en la comprensión del significado de la institución de la pena en el contexto especial de un proceso de paz. Se trata de la aclarar por qué la pena no puede por sí misma resolver un conflicto armado en su complejidad. Para ello se considerará, igualmente, la pregunta acerca de si un cambio

en la medida y la función de la pena en el marco de la justicia transicional es legítimo.

### I. El sistema de los Acuerdos de Colombia y la pregunta sobre la responsabilidad individual

En el transcurso del proceso de paz, el Gobierno colombiano fijó junto con los representantes del grupo rebelde de Las FARC-EP los mecanismos de solución del conflicto armado y el establecimiento de una paz estable y duradera en varios puntos de negociación, o bien, en diversos acuerdos. Para las partes negociadoras fue, ante todo, importante reconocer que el conflicto tuvo origen en la desigualdad social y económica, así como en el descuido del desarrollo económico en la zona rural. Por esta razón, atendiendo a razones de una política agraria, se estableció en el primer punto del Acuerdo que el desarrollo integral y económico del campo tiene que ser fomentado, por ejemplo, con la lucha contra la pobreza, la satisfacción de las necesidades sociales – como la educación, el acceso a un sistema de salud, la facilitación de viviendas etc. – y el apoyo a la economía agraria.<sup>5</sup> En el segundo punto de las negociaciones se definieron directrices para la garantía de una participación justa en la política por parte de la población colombiana. Se trata de un programa que busca fortalecer las estructuras democráticas. Asimismo, en la tercera parte del Acuerdo se pueden encontrar las condiciones para darle fin al conflicto. Esta parte regula las medidas especiales para lograr el cese definitivo al fuego y de hostilidades, así como el proceso de dejación de las armas y de reinserción de los rebeldes en la vida civil y su protección frente a posibles persecuciones. Conforme a la cuarta parte del Acuerdo, es deber implementar también una política efectiva en contra del narcotráfico – por ejemplo, mediante programas de erradicación de cultivos ilegales sumado al fomento de sustitución por otro tipo de cultivos. De otro lado, la pregunta de la justicia transicional es tratada en la quinta parte del Acuerdo. Finalmente, en la sexta parte de los Acuerdos, se han previsto los mecanismos de legitimación de las negociaciones por parte del pueblo, así como su entrada en vigencia y aseguramiento.

Muchas de las medidas fijadas en el Acuerdo han entrado en rigor. Así, se declaró, en primer lugar, el cese al fuego y de hostilidades bilateral el 8.8.2016. Posteriormente se firmaron de manera oficial los Acuerdos el 23.9.2016. El 2 de octubre del mismo año, el pueblo colombiano, no obstante, votó con una mayoría débil (de un 50,21 % respecto de un 49,78 %) en contra de la entrada en vigencia de los Acuerdos. Esto llevó a una nueva negociación sobre algunos aspectos con la oposición. Finalmente, el Acuerdo de Paz modificado fue aprobado por el Congreso de la República el 1.12.2016. Seguidamente se inició el proceso de implementación de los diversos puntos de las negociaciones mediante un

\* Coordinadora, docente e investigadora del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia.

<sup>1</sup> Por medio del Proyecto de Ley de Restitución de Tierras del 7.9.2010.

<sup>2</sup> Esta fecha se ha tomado como día oficial de la firma de los Acuerdos. Después del Plebiscito del 2.10.2016, se firmó el 26 de noviembre del mismo año en Bogotá un nuevo acuerdo, que incluyó algunas modificaciones.

<sup>3</sup> “Fuerzas Armadas y Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo”.

<sup>4</sup> Y esto conforme al Punto Núm. 5.1.2. Inciso 1, Núm. 2, 12 e Inciso 2, Núm. 19; Véase también el Acto Legislativo 01 de 2012 y la Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 10, Art. 23.a, Art. 30.1 y Art. 46.

<sup>5</sup> Véase al respecto Punto Núm. 1 (Política de desarrollo agrario integral).

procedimiento legislativo especial – el así llamado “fast track” – que implica que las reglamentaciones sean expedidas en ciclos legislativos muy cortos. Un resultado de este procedimiento especial de legislación ha sido la Ley Núm. 1820 del 30.12.2016 que fue expedida como reglamentación de un sistema de amnistía e indulto para los miembros del grupo rebelde y de un sistema de tratamiento especial para los agentes del Estado. Paralelamente se había iniciado ya el proceso de dejación de las armas por parte de los miembros de Las FARC-EP. Los rebeldes han sido concentrados en distintos lugares de diversas regiones y están siendo vigilados por organizaciones internacionales.

Con esta corta descripción de la sistemática de los Acuerdos de Paz se puede observar ya que la pregunta sobre la responsabilidad individual y, con ello, sobre la imposición de la pena implican aspectos más amplios que tienen como finalidad la terminación del conflicto, la solución de sus causas y el establecimiento de una paz estable y duradera. Con otras palabras: Cuando se aborda el cuestionamiento sobre el significado de las instituciones de la justicia transicional y, con ello, la pregunta por el tratamiento de la responsabilidad individual en el caso de los acuerdos celebrados con el grupo rebelde de Las FARC-EP, es necesario atender a todas aquellas medidas políticas que tienen como fin la consecución de la paz. El conflicto armado de Colombia no se puede, por lo tanto, reducir a la pregunta de la responsabilidad individual (civil y penal). Y esta es la razón principal por la que las instituciones clásicas de la responsabilidad individual se conciben en este contexto especial de otra forma, a saber, en el marco de mecanismos transitorios. El jurista se ve confrontado con un sistema alternativo de solución de conflictos que ha sido pensado especialmente para los tiempos de cambios radicales, más no, para un estado de “normalidad”. Las siguientes reflexiones se relacionan con este último cuestionamiento.

## II. El modelo de la justicia transicional de Colombia

### 1. Principios rectores de la justicia transicional

El modelo de justicia transicional fue originalmente acordado el 1.12.2015 y concebido como un “Sistema integral de verdad, justicia, reparación y no repetición”. Los lineamientos del sistema hacen una referencia al reconocimiento de las víctimas, a la reconstrucción de la verdad, al esclarecimiento de la responsabilidad por las violaciones al derecho atendiendo a las víctimas y la garantía de no repetición de los delitos que fueron cometidos en el conflicto armado. Esta parte del Acuerdo reconoce como principio rector también la facilitación de la reconciliación en la sociedad y la protección efectiva de los derechos humanos.

El punto central del sistema se encuentra, especialmente, en el reconocimiento de los derechos de las víctimas.<sup>6</sup> El elemento de la “justicia” se complementa con mecanismos adicionales de tal forma que los derechos de las víctimas

tengan como resultado una protección efectiva.<sup>7</sup> Esto es, según el espíritu de los Acuerdos, la base de la justicia.<sup>8</sup> Para garantizar la protección de los derechos de las víctimas el Estado debe evitar también hechos de violencia y hacer real la paz.<sup>9</sup> La justicia debe, por ello, ser concebida como algo que se orienta a futuro y las instituciones de la justicia transicional deben referirse, por consiguiente, a las generaciones futuras.<sup>10</sup>

La reparación de las víctimas debe ser garantizada de forma individual y colectiva.<sup>11</sup> Aquí adquieren las instituciones del derecho civil un significado especial. No se habla solamente de “indemnización”, o bien, de la “reparación del daño” en un sentido clásico. El Acuerdo y los estudios del derecho colombiano hacen referencias a otras formas de reparación que se mueven en el plano de lo colectivo y que deben fomentar los procesos complejos de reconciliación en la sociedad.<sup>12</sup>

El reconocimiento de la responsabilidad individual por las violaciones al derecho es un principio adicional de este modelo de justicia transicional. La responsabilidad de “todos los que han participado directa o indirectamente en el conflicto armado” debe ser determinada conforme a este principio. Y esto debe garantizarse especialmente en los casos de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.<sup>13</sup>

Otro principio decisivo del modelo de justicia transicional que se expone consiste en la reconstrucción de la verdad.<sup>14</sup> Este obedece el interés de las víctimas y de la generalidad. Según esto, existe una necesidad de saber “qué pasó y qué no debe volver a suceder nunca más”<sup>15</sup>. Mediante la reconstrucción de la verdad deben ser reconocidas las víctimas del conflicto pero también el proceso de reconciliación en la sociedad y la reconstrucción de un “futuro con dignidad y bienestar para la generalidad” deben ser también garantizados.<sup>16</sup> Conforme al Acuerdo, los ciclos de la violencia deben igualmente ser interrumpidos de manera definitiva.<sup>17</sup> Se busca, junto con la reconstrucción, especialmente, preservar la memoria de las víctimas, y esto

<sup>7</sup> Véase Punto Núm. 5.1.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Punto Núm. 5.1., Inciso 1 y 5.1.2., Núm. 6, 7 y 8.

<sup>9</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 1.

<sup>10</sup> Véase Punto Núm. 5.1.2., Núm. 3.

<sup>11</sup> Véase especialmente Punto Núm. 5.1., Componentes, Inciso 4; ver también Punto Núm. 5.1.2. I, 6 y Núm. 5.1.2. Núm. 60 y 5.1.2., Listado de sanciones, Inciso 2, Núm. 4, Inciso 3, Núm. 1 y I, Inciso 4.

<sup>12</sup> Se trata, en concreto, de la reparación simbólica que surge a través del arte y de expresiones estéticas en la población civil. Véase al respecto *Sierra*, Derecho del Estado 32 (2014), 77.

<sup>13</sup> Véase Punto Núm. 5.1., Inciso 2.

<sup>14</sup> Véase Punto Núm. 5.1.1.1.

<sup>15</sup> Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 1.

<sup>16</sup> Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 1.

<sup>17</sup> Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 1.

<sup>6</sup> Véase especialmente Punto Núm. 5, Principios, Núm. 1, 3, 4, 6, 7 y 10; Punto Núm. 5.1. Objetivos, Inciso 1, 4, 6, 7 y Componentes, Inciso 1, 2, 4.

sobre la base de un conocimiento amplio de todos los aspectos del conflicto armado.<sup>18</sup>

Finalmente, se encuentra como principio rector de este modelo el mandato de evitar la repetición de la guerra.<sup>19</sup> Los mecanismos de la justicia transicional y también del proceso de desarme y la reinserción de los rebeldes en la vida civil, que han sido previstos en la tercera parte de los Acuerdos, deben asegurar el mandato de no repetición.

## 2. Órganos de la justicia transicional

Conforme a la quinta parte del Acuerdo, la constitución de una Jurisdicción Especial para la Paz en el marco de un proceso de justicia transicional es un asunto de la soberanía del Estado.<sup>20</sup> El Estado está, por lo tanto, facultado para valorar la gravedad y la complejidad del conflicto armado interno y configurar sobre esta base los mecanismos judiciales idóneos para realizar la paz. El sistema integral consta de 1. la “Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición,”<sup>21</sup> 2. la “Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto”<sup>22</sup> y 3. la “Jurisdicción Especial para la Paz”<sup>23</sup>

La Comisión de la Verdad es un órgano extrajudicial.<sup>24</sup> Su función consiste en esclarecer la complejidad del conflicto.<sup>25</sup> La verdad debe ser reconstruida en audiencias públicas y de manera colectiva contando con la participación las víctimas, de la población civil y de los intervinientes en el conflicto armado.<sup>26</sup> De este modo, debe fomentarse el reconocimiento de las víctimas y de la responsabilidad de quienes han participado directa e indirectamente en el conflicto.<sup>27</sup> El objetivo de la Comisión de la Verdad consiste, igualmente, en apoyar la convivencia en los territorios.<sup>28</sup>

La “Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto” es también un órgano extrajudicial que tiene la tarea recopilar la información para la búsqueda de las personas desaparecidas.<sup>29</sup> Aquí se han previsto, entre otros, procesos

para la identificación y entrega de los restos encontrados a sus parientes.<sup>30</sup>

La Jurisdicción Especial para la Paz es, por su parte, el órgano judicial del sistema de justicia transicional que tiene por función el ejercicio de la justicia.<sup>31</sup> Sus tareas consisten en determinar la responsabilidad de quienes hayan participado directa e indirectamente en el conflicto armado y, en caso de los delitos políticos, así como de los delitos conexos, definir la renuncia a la pena; igualmente, tiene la tarea de imponer las respectivas sanciones en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como de asegurar la reparación efectiva de las víctimas. Ella se compone de los siguientes órganos:<sup>32</sup>

- La “Sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”<sup>33</sup>
- La “Sala de Amnistía o indulto”<sup>34</sup>
- El “Tribunal para la Paz” (para la investigación, persecución y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario<sup>35</sup>)
- La “Sala de definición de situaciones jurídicas para los casos diferentes a los literales anteriores o en otros supuestos no previstos”<sup>36</sup>
- La “Unidad de investigación y acusación”<sup>37</sup>

## 3. La cuestión penal

El modelo colombiano de la justicia transicional prevé también un sistema para el tratamiento de la cuestión penal. Su desarrollo inició con la reforma constitucional del Acto Legislativo Núm. 01-2012.<sup>38</sup> Según esta reforma, se entiende que el modelo de justicia transicional que está por venir debe respetar la protección de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario, si se busca darle un fin al conflicto. Las graves violaciones a estos dos sistemas de derecho, con otras palabras, tienen que ser castigadas. En esta reforma constitucional existía igualmente un énfasis sobre el castigo penal para los máximos responsables de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. El modelo de justicia transicional de los Acuerdos extendió, no obstante, el sistema al castigo de todos aquellos que han “participado directa e indirectamente en el conflicto armado”. El tratamiento de la cuestión penal encuentra aplicación en la Ley Núm. 1820 del 30.12.2016. En ella se regulan la amnistía y el indulto de los

<sup>18</sup> Véase Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 2.

<sup>19</sup> Véase Punto Núm. 5.1., Objetivos, Inciso 3 y Componentes Inciso 5.

<sup>20</sup> Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2., Núm. 4.

<sup>21</sup> Punto Núm. 5.1.1.1.

<sup>22</sup> Punto Núm. 5.1.1.2.

<sup>23</sup> Véase Punto Núm. 5.1.2.

<sup>24</sup> Punto Núm. 5.1.1.1.1., Criterios orientadores, Inciso 13.

<sup>25</sup> Se debe informar, conforme al Punto Núm. 5.1.1.1.2., especialmente: las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, la responsabilidad del Estado, Las FARC-EP y otros grupos paramilitares, el impacto del conflicto en la sociedad, en la política, en los intervinientes y, también, el contexto histórico y las causas del conflicto.

<sup>26</sup> Véase Punto Núm. 5.1.1.1.4.

<sup>27</sup> Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 6 y 7.

<sup>28</sup> Punto Núm. 5.1.1.1., Inciso 8 y 10.

<sup>29</sup> Punto Núm. 5.1.1.2.

<sup>30</sup> Punto Núm. 5.1.1.2.

<sup>31</sup> Punto Núm. 5.1.2.

<sup>32</sup> Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 46.

<sup>33</sup> Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 47 y 48.

<sup>34</sup> Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 49.

<sup>35</sup> Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 52.

<sup>36</sup> Esta sala debe ser competente de todos los casos que no correspondan a las demás salas. Véase Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 50.

<sup>37</sup> Véase Punto Núm. 5.1.2. III, Núm. 51.

<sup>38</sup> Acto Legislativo 01 de 2012 “Marco jurídico para la paz”.

rebeldes, así como el tratamiento diferenciado de los agentes del Estado. A continuación se presentará brevemente este sistema penal.

*a) Renuncia a la pena*

*aa) Sistema de amnistía e indulto para los rebeldes*

Respecto de los delitos de los rebeldes se ha previsto, en primer lugar, la renuncia a la pena en el caso de los delitos políticos y las conductas conexas.<sup>39</sup> Qué puede exactamente llegar a ser objeto de amnistía o indulto es algo que la Ley Núm. 1810 del 30.12.2016 ya ha definido. Detrás de esta nueva legislación se halla un grupo de delitos ya regulados en el Código Penal colombiano que pueden ser calificados de “delitos políticos”. Ahí se encuentran, entre otros, los delitos de “rebelión”, “sedición”, “asonada” y “conspiración”.<sup>40</sup> Estas conductas son reconocidas en la ley de amnistía como delitos políticos y las conductas conexas son, por lo tanto, aquellas que buscan “facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo la rebelión”<sup>41</sup>. A los delitos políticos se vinculan otras formas de comportamiento que se cometen en el transcurso de la “perturbación del orden público” o del “ejercicio del derecho de la protesta social” – como, por ejemplo, las “lesiones personales leves”, el “daño en bien ajeno”, la “perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial”, la “obstrucción a vías públicas”, la “violencia contra servidor público” etc.<sup>42</sup> Conforme a la ley, todas estas conductas – a saber, los delitos políticos y los delitos conexos – deben estar relacionadas directa o indirectamente con el conflicto.<sup>43</sup> Se trata de delitos que han sido cometidos “a causa” o “con ocasión” del conflicto o “con relación directa e indirecta” con el mismo.<sup>44</sup> El concepto de delito político y los delitos conexos, no obstante, no abarca dichas conductas que se cometan para obtener un “beneficio propio” o “de un tercero”.<sup>45</sup> Lo esencial en todos estos delitos con carácter político es, asimismo, que el Estado sea el objeto de ataque del comportamiento (el Estado como “sujeto pasivo”).<sup>46</sup>

Como ya se ha explicado anteriormente, la amnistía y el indulto están excluidos respecto de los delitos que puedan interpretarse como graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.<sup>47</sup> En este sentido, en la quinta parte del Acuerdo de Paz se han mencionado las siguientes conductas: “Delitos de lesa

humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes y otros casos de privación de la libertad graves, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores en el sentido del Estatuto de Roma.”<sup>48</sup> La gravedad de estas conductas se mantiene igualmente en la Ley en el momento de mencionar los calificativos de “ferocidad, barbarie u otro equivalente”.<sup>49</sup> Igualmente, se pueden encontrar en la Ley precisiones sobre el concepto de los “graves crímenes de guerra”. Así, se dice que la gravedad radica en la “ejecución sistemática” de las conductas delictivas<sup>50</sup>.

El sistema de amnistía e indulto contiene igualmente un principio de favorabilidad: En caso de duda, la amnistía o el indulto deben reconocerse en el sentido más amplio posible, y ello, especialmente, cuando para ese procedimiento no se haya establecido alguna prohibición.<sup>51</sup>

En el Acuerdo y en la Ley se reconocen, por último, algunos presupuestos para la concesión de la amnistía o el indulto. La primera condición consiste en el cese al fuego y de las hostilidades.<sup>52</sup> Lo anterior es una condición que el grupo rebelde ya ha cumplido. En segundo lugar, los beneficiarios de la amnistía o el indulto deben cumplir con sus deberes de aportar al esclarecimiento de la verdad y a la efectiva reparación de las víctimas.<sup>53</sup> El otorgamiento de la amnistía o del indulto implica también el mantenimiento de la promesa de la no repetición de los delitos.<sup>54</sup>

*bb) Tratamiento penal diferenciado para los agentes del Estado*

Con el fin de garantizar la igualdad entre las partes del conflicto, se tiene en cuenta en los Acuerdos y en su desarrollo en la Ley de Amnistía Núm. 1820 un tratamiento penal especial para los delitos de los agentes del Estado. Siguiendo el tenor de la Ley de Amnistía, la renuncia a la persecución penal contra los agentes el Estado está prevista siempre que los delitos no puedan ser calificados como “Delitos de lesa humanidad, genocidio, graves crímenes de guerra, toma de rehenes y otros casos de privación de la libertad graves, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores en el sentido del Estatuto

<sup>39</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 40.

<sup>40</sup> Véase Código penal de Colombia Art. 467, Art. 468, Art. 469, Art. 471.

<sup>41</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 16 y 23 lit. c.

<sup>42</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 24 (en el caso del indulto), Art. 29, Inciso 1 Núm. 2, Art. 37, Inciso 4.

<sup>43</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 2 y 23, Inciso 1 lit. a.

<sup>44</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 3.

<sup>45</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. b; Punto Núm. 5.1.2., Núm. 39, Inciso 1.

<sup>46</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. b.

<sup>47</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 10, Art. 23, Inciso 1 lit. a “grave crimen de guerra”, Art. 30, Inciso 1, Art. 46.

<sup>48</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 40; Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. a.

<sup>49</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 1 lit. a.

<sup>50</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 23, Inciso 5.

<sup>51</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 37, en concordancia con el Art. 6 Inciso 5, Protocolo II, Convenio de Ginebra.

<sup>52</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 37, en concordancia con el Art. 6 Inciso 5, Protocolo II, Convenio de Ginebra.

<sup>53</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 6, Art. 14, Art. 18, Art. 25 Inciso 2, Art. 33, Art. 52 Inciso 1 Núm. 4, Art. 57 Inciso 1 Núm. 4.

<sup>54</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 6 y Art. 14.

de Roma”.<sup>55</sup> Conforme a la Ley, este tratamiento penal especial no es admisible en el caso de los delitos “contra el servicio” o “la disciplina”, “los intereses del poder público”, “el honor y la seguridad del poder público” según lo establecido en el Código Penal Militar.<sup>56</sup> Solo aquellos delitos que hayan sido cometidos “por causa” o “en razón” del conflicto o “en relación directa o indirecta” con el mismo, pueden ser, por lo tanto, objeto este tratamiento penal diferenciado.<sup>57</sup>

#### b) Sistema penal

##### aa) Generalidades

Los delitos que pueden ser castigados conforme a este modelo de sanciones, son, en principio, aquellos que no pueden ser objeto de amnistía, indulto o tratamiento diferenciado para el caso de los agentes del Estado.<sup>58</sup> Según la quinta parte del Acuerdo de Paz, deben sancionarse aquellos delitos que puedan ser calificados como “graves violaciones al Derecho Internacional Humanitario” y como “graves violaciones a los derechos humanos”.<sup>59</sup>

Este sistema penal rige para “todos los que hayan participado directa e indirectamente” en el conflicto armado.<sup>60</sup> Sólo los rebeldes que hayan entregado las armas pueden hacer parte de este sistema especial.<sup>61</sup> También las personas que hayan financiado otros grupos paramilitares<sup>62</sup> y los agentes del Estado pueden ser juzgados conforme a las reglas de este sistema de sanciones.<sup>63</sup> Aquellas personas que hayan participado de manera determinante en la ejecución de los delitos o que se hayan hecho partícipes con cierta regularidad pueden, igualmente, ser cobijados por la Jurisdicción Especial para la Paz.<sup>64</sup>

##### bb) Formas de sanción

El sistema de sanciones opera principalmente gracias a la cooperación de los responsables penales en el esclarecimiento de la responsabilidad propia y de la verdad.<sup>65</sup> Conforme a la quinta parte de los Acuerdos, las sanciones deben servir igualmente a la reparación de los daños ocasionados.<sup>66</sup> Siendo así, se tienen previstas diversas formas de sanciones:

#### (1) Las sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz

Las “sanciones propias de la Jurisdicción Especial para la Paz” son restricciones efectivas de la libertad.<sup>67</sup> Su imposición depende de si la verdad y la responsabilidad individual es reconocida voluntariamente ante la “Sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas”.<sup>68</sup> Siguiendo el tenor de los Acuerdos, ellas deben cumplir con una “función restaurativa”.<sup>69</sup> Se trata de una restricción efectiva de la libertad de locomoción y de domicilio de 5 a 8 años que, no obstante, no puede entenderse como una estadía en un centro carcelario.<sup>70</sup>

Igualmente, se ha previsto un “Listado de Sanciones” de esa naturaleza. Su contenido se ha definido conforme a los siguientes criterios:<sup>71</sup> 1. el grado de reconocimiento de la verdad por parte del autor; 2. la gravedad del comportamiento sancionado; 3. el grado de intervención y responsabilidad asumida, así como las circunstancias de agravación o atenuación de la medición de la pena y 4. los aportes para la reparación de las víctimas y la garantía de no repetición. Como ejemplos de estas formas especiales de sanciones se pueden mencionar la reconstrucción de la infraestructura, la implementación de medidas para la protección del medio ambiente o la erradicación de los cultivos ilegales.<sup>72</sup>

#### (2) Las sanciones alternativas

Si, por el contrario, la verdad y la responsabilidad se reconoce por parte del autor a más tardar ante el Tribunal para la Paz – concretamente: ante la Sección de Enjuiciamiento –, esto es, antes de que se expida sentencia, debe ser impuesta una sanción llamada “alternativa”.<sup>73</sup> Esta corresponde a la privación efectiva de la libertad de 5 a 8 años que debe ser ejecutada en prisión o, dado el caso, en detención preventiva. Conforme al tenor de los Acuerdos, en ese caso la sanción debe cumplir, en principio, una función “retributiva”.<sup>74</sup>

#### (3) Reducción de la pena

También está prevista una disminución de la pena en los casos anteriores si los responsables no han jugado un papel decisivo en la ejecución del delito. La sanción oscila en ese caso de dos a cinco años.<sup>75</sup>

#### (4) Las sanciones ordinarias

La sanción ordinaria será impuesta cuando la verdad y la responsabilidad no sea reconocida por el autor ante la “Sala

<sup>55</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 46, Inciso 2 Núm. 1, Núm. 2 y Art. 47.

<sup>56</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 46, Inciso 2, Núm. 3.

<sup>57</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 2 y 3.

<sup>58</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 40 y 60.

<sup>59</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 2.

<sup>60</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 2.

<sup>61</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 32.

<sup>62</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 32.

<sup>63</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 44.

<sup>64</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 32.

<sup>65</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60 Inciso 1.

<sup>66</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60 Inciso 1.

<sup>67</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2, 3 y 4.

<sup>68</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2.

<sup>69</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2.

<sup>70</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 2, 3 y 4.

<sup>71</sup> Punto Núm. 5.1.2., Listado de sanciones.

<sup>72</sup> Punto Núm. 5.1.2., Listado de sanciones, I. A. 4. y C.

<sup>73</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 6.

<sup>74</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 6.

<sup>75</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 5.

de reconocimiento de verdad, responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas” ni tampoco, posteriormente, ante el Tribunal para la Paz.<sup>76</sup> La función de la sanción corresponde, en ese caso, a la función de la pena en el sentido del Código Penal colombiano.<sup>77</sup> La pena sería privativa de la libertad de 15 a 20 años.<sup>78</sup> Ella puede reducirse si el condenado coopera en su proceso de resocialización a través del trabajo o educación.<sup>79</sup>

### III. Hacia una interpretación de la cuestión penal en el modelo de justicia transicional de Colombia

La creación del modelo de justicia transicional en Colombia que se acaba de presentar responde a diversos intereses y, aquí, especialmente, al interés de darle fin al conflicto armado y alcanzar la paz. El tratamiento de la responsabilidad individual adquiere, por lo tanto, otra connotación. Esto puede ser visto en el caso del tratamiento de la responsabilidad penal. Si bien es importante reconocer la responsabilidad penal en un proceso judicial y, al menos, sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, es aún más importante asegurar las garantías de la verdad, la reparación de las víctimas, la no repetición de los delitos y la reinserción de los rebeldes en la sociedad, así como combatir las causas del conflicto. La disminución de la medida de la pena, al igual que la posibilidad de cumplir con la sanción en lugar diferente a la cárcel, llevan a plantear esa conclusión. En el Código Penal colombiano se sancionan los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra con sanciones considerablemente más altas. Así, por ejemplo, para el caso del “genocidio” (Art. 101 C.P. col.) o del “homicidio en persona protegida” (Art. 135 C.P. col.) se ha previsto una sanción de pena privativa de la libertad de unos 40 a 50 años. Cómo se puede justificar este tratamiento especial del componente penal es algo que debe ser explicado con mayor precisión.

#### 1. Los fines de la Justicia transicional

En primer lugar, el modelo de sanciones penales de los Acuerdos de Paz de Colombia puede ser justificado a partir de la perspectiva de los fines de la justicia transicional. La justicia transicional se entiende como el conjunto de mecanismos judiciales y extrajudiciales que tienen la finalidad de superar los daños ocasionados en tiempos de cambios radicales.<sup>80</sup> Estos daños pueden originarse por el establecimiento de un régimen autoritario o de un conflicto

armado. Las diversas medidas que corresponden típicamente al fenómeno de este tipo de justicia son de carácter transitorio. Así, cuentan aquí, por ejemplo, tanto el establecimiento de tribunales especiales y de comisiones de la verdad, como todas aquellas medidas que buscan la reconstrucción de la memoria histórica y colectiva, la creación de sistemas de reparación individual y colectiva de las víctimas, así como la reconciliación en la sociedad y la expedición de leyes de amnistía.<sup>81</sup> El enfoque se dirige fundamentalmente al restablecimiento del orden democrático a través del tratamiento, o bien, de la superación del pasado.<sup>82</sup> Se busca encontrar una respuesta sobre lo que realmente sucedió, sobre quiénes son los culpables y si la sociedad está en condiciones de darle una oportunidad a los responsables para reintegrarse por medio de la reconciliación. Teniendo esto en cuenta, en el modelo colombiano es posible encontrar ciertos argumentos de legitimación para el tratamiento especial de las penas previstas para los intervinientes en el conflicto armado.

#### a) El derecho a la paz como condición necesaria para el goce efectivo de los derechos humanos

El derecho a la paz es la primera razón de legitimación del modelo colombiano de justicia transicional.<sup>83</sup> Sin paz no existe la posibilidad de contar con un goce efectivo de los derechos humanos. Pues en un estado de guerra pueden llegar a violarse sistemáticamente. Es, por lo tanto, deber del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos humanos conforme a las reglas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.<sup>84</sup> En este sentido, la adopción de un tratamiento especial en la imposición de la pena ha sido justificada por la Corte Constitucional de Colombia.<sup>85</sup> Siempre que las graves violaciones a los derechos humanos sean castigadas conformes a las reglas del derecho internacional y la cuestión penal sea tratada junto con los mecanismos de la justicia transicional en beneficio de la paz, un tratamiento especial de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado será constitucional.

El interés de la consecución de un estado de paz ha ganado igualmente atención en la literatura de las ciencias políticas y del derecho internacional penal.<sup>86</sup> Los mecanismos de la justicia transicional, desde la perspectiva de las ciencias

<sup>76</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 8.

<sup>77</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 7.

<sup>78</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 8.

<sup>79</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Inciso 8.

<sup>80</sup> Véase al respecto *Teitel*, *Transitional Justice*, 2000, pp. 3 ss.; *Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth*, en: *Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth* (eds.), *Transitional Justice Theories*, 2014, pp. 1 ss.; *Schuller*, *Versöhnung durch strafrechtliche Aufarbeitung?*, *Die Verfolgung von Kriegsverbrechen in Bosnien und Herzegowina*, 2010, p. 13.

<sup>81</sup> Véase al respecto *Teitel* (nota 80), pp. 27 ss., 69 ss., 119 ss.; *la misma*, en: *Teitel* (ed.), *Globalizing Transitional Justice*, *Contemporary essays*, p. 1 (3 ss.); *Schuller* (nota 80), pp. 17 ss.; *Lambourne*, en: *Buckley-Zistel/Beck/Braun/Mieth* (nota 80), pp. 19 ss.

<sup>82</sup> Véase al respecto *Teitel* (nota 80), pp. 3 ss.; *Neumann*, en: *Neumann/Prittowitz/Abrao* (eds.), *Transitional Justice*, 2013, p. 39.

<sup>83</sup> Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2., Núm. 1.

<sup>84</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 12.

<sup>85</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013, Consideración jurídica 8.3.1.

<sup>86</sup> *Teitel* (nota 81 – *Globalizing Transitional Justice*), pp. 5 s.; *Werle*, *ZStW* (1997), 807 (814 s.).

políticas, sirven para proteger la “seguridad de la humanidad”<sup>87</sup>. Para superar los daños de los hechos delictivos cometidos y alcanzar así la paz, la sociedad debe tomar diversas medidas que no se reducen a la retribución.<sup>88</sup> En la literatura sobre derecho internacional penal se pueden encontrar referencias a la validez del anhelo internacional de alcanzar la paz. La paz se concibe en ese contexto como la razón principal de legitimación de ese sistema penal internacional. Según esto, la persecución penal debe estar función de la protección de la paz mundial.<sup>89</sup> Los delitos del derecho internacional penal ponen, por consiguiente, en peligro la validez del derecho internacional, que busca mantener “las condiciones de la posibilidad de la paz jurídica en todo el mundo”.<sup>90</sup> Desde una perspectiva internacional existe, entonces, hoy en día, un anhelo de establecer y mantener ordenamientos jurídicos democráticos y de tener una paz mundial, lo cual se entiende también como una garantía de la seguridad humana.

El modelo colombiano de justicia transicional se puede apoyar sobre este argumento de legitimación. Pues no se trata solamente del hecho de que un Estado supere su pasado con la activación de la justicia. Los deberes internacionales del Estado conducen más bien a la necesidad de garantizar el goce efectivo de los derechos humanos, esto es, de proteger las instituciones de la democracia y de la paz. En la medida en que los Estados tomen medidas conforme a estos fines, es legítimo introducir ahí alternativas para la persecución penal.

El modelo de justicia transicional complementa, por esta razón, la valoración judicial de la responsabilidad penal individual mediante la aplicación de diversos mecanismos que buscan alcanzar la paz, como, por ejemplo, sucede con la entrega de las armas y el cese al fuego y de las hostilidades por parte de los rebeldes, la promesa de no repetición de los hechos delictivos, la reparación efectiva de las víctimas y la cooperación efectiva en la búsqueda de la verdad etc.

<sup>87</sup> Teitel (nota 81 – Globalizing Transitional Justice), p. 6: “[...] transitional justice is no longer primarily considered to be about the normative questions regarding a state’s dealing with its troubled past. Instead, the relevant questions are now considered to be part of a broader international commitment to human security.”

<sup>88</sup> Teitel (nota 81 – Globalizing Transitional Justice), p. 7: “Justice is no longer primarily about retribution, or even deterrence. Rather, these aspirations may actually give way to the demand for a kind of accountability that is suited of fostering peace and security on the ground.”

<sup>89</sup> Esto especialmente como parte del cuestionamiento acerca de la fundamentación del derecho internacional penal después de la Segunda Guerra Mundial. Werle, ZStW (1997), 807 (814 s.): “Systematische und schwere Menschenrechtsverletzungen, insbesondere Völkermord, sind Weltfriedensstörungen.” (“Las violaciones sistemáticas y graves de los derechos humanos, especialmente el genocidio, son perturbaciones de la paz mundial”).

<sup>90</sup> Gierhake, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, p. 266.

b) *El derecho a la verdad, reparación efectiva de las víctimas y la garantía de no repetición como principios irrenunciables*

En el modelo colombiano de justicia transicional se pueden ver también el derecho a la verdad, el derecho de las víctimas a la reparación efectiva y la garantía de no repetición como argumentos adicionales de legitimación de un tratamiento especial de las penas. El Estado, según la quinta parte de los Acuerdos de Paz, tiene el deber de garantizar la reparación efectiva de las víctimas, especialmente, en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.<sup>91</sup> Los grupos más vulnerables de la población – como, por ejemplo, las mujeres y los niños – deben, asimismo, contar con una protección especial. Las violaciones a los derechos humanos se consideran en este último caso como especialmente graves.<sup>92</sup> Quien quiera gozar de los beneficios de la Jurisdicción Especial para la Paz, debe también cooperar con la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas y la garantía de no repetición.<sup>93</sup> La amnistía y el indulto, así como el sistema penal diferenciado para los agentes del Estado pueden ser reconocidos, igualmente, sólo si los autores satisfacen las finalidades de estos principios irrenunciables de la justicia transicional.<sup>94</sup> Estos están obligados, a pesar de la renuncia a la persecución penal y a la ejecución de la pena, a realizar aportes para la búsqueda de la verdad y la reparación de las víctimas.<sup>95</sup> También las “sanciones propias” de la Jurisdicción Especial para la Paz deben aplicarse en función de la reparación de las víctimas en un sentido individual y colectivo.<sup>96</sup>

El tratamiento penal especial encuentra así su legitimación a partir del respeto de estos tres principios. En la literatura del derecho penal colombiano se argumenta, incluso, que sólo el camino alternativo de la justicia transicional puede proteger de manera efectiva los derechos de las víctimas.<sup>97</sup> En un conflicto armado el Estado pierde efectividad y los mecanismos existentes de la justicia penal no pueden por sí mismos restablecer el derecho. Sin un proceso de paz con el grupo rebelde de Las FARC-EP y los mecanismos de justicia transicional que se han previsto en ese marco los derechos de las víctimas no encontrarían una protección. De este modo, se encuentra aquí un argumento adicional para el tratamiento especial de la cuestión penal en el caso colombiano: La renuncia a la pena, la disminución

<sup>91</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 6.

<sup>92</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 7 y 8.

<sup>93</sup> Punto Núm. 5.1.2., Núm. 13.

<sup>94</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 6.

<sup>95</sup> Ley Núm. 1820 del 30.12.2016, Art. 14, Art. 18, Art. 25 Inciso 2, Art. 33, Art. 52 Inciso 1 Núm. 4, Art. 57 Inciso 1 Núm. 4.

<sup>96</sup> Véase al respecto Punto Núm. 5.1.2., Núm. 60, Listado de sanciones.

<sup>97</sup> Reyes Alvarado, en: Gil Gil/Maculan (eds.), La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva, 2017, p. 202, especialmente sobre la legitimación de la justicia transicional atendiendo a la necesidad de proteger los derechos de las víctimas y, asimismo, respecto de la función de la pena como mecanismo de reconciliación.

considerable de la medida de la pena y la implementación de sanciones con funciones restaurativas se dan dada la primacía de la “justicia material frente a las víctimas” sobre los intereses de la “justicia retributiva”.

*c) Persecución penal irrenunciable en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario*

El sistema de amnistía e indulto, el tratamiento penal diferenciado de los agentes del Estado y el sistema de sanción del modelo de justicia transicional de Colombia fueron concebidos en concordancia con los deberes internacionales de persecución penal. Según esto, el Estado debe respetar la protección fundamental que se halla en el caso de las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Lo anterior ha sido reconocido por la Corte Constitucional colombiana.<sup>98</sup> Desde esta perspectiva, el Estado se entiende como soberano respecto de la configuración de la política criminal. Esto quiere decir que la renuncia a la pena encuentra su limitante en el caso de las conductas especialmente graves que afectan el ámbito de protección del sistema internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. En este sentido, la amnistía y el indulto del modelo de justicia transicional colombiano se centran en el delito político y los delitos conexos, esto es, en las conductas penales que han sido cometidas en el transcurso de una rebelión y no representan violaciones graves a los derechos de la persona – y aquí también: de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. El tratamiento penal diferenciado para los agentes del Estado se enfoca, por su parte, en aquellas conductas que tienen una relación directa o indirecta con el conflicto armado, pero que no se pueden entender como graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario. También desde la perspectiva de la soberanía del Estado para determinar el contenido de la política criminal interna se puede legitimar el tratamiento especial de la pena de los Acuerdos de paz de Colombia. Y esta decisión encuentra un argumento de legitimación adicional cuando dichas medidas se toman para la consecución de la paz.

*2. Esquema de un modelo de legitimación desde el punto de vista de la filosofía del derecho*

La pregunta acerca de la legitimación del sistema de amnistía, indulto y sanción del modelo colombiano de justicia transicional puede también plantearse a partir del punto de vista de la filosofía del derecho. De este modo, los argumentos de legitimación ya expuestos pueden adquirir un significado especial.

*a) Justicia penal en tiempos de “normalidad” y “crisis”*

Dejando a un lado la pregunta estrictamente teórica de la función y legitimación de la pena, se tendrá en cuenta que la

pena ha sido concebida como parte de un sistema jurídico ideal. Este concepto surgió con la tradición de la filosofía de la Modernidad. En este contexto, la pena se funda junto con la idea de la retribución, esto es, de la imposición de la sanción basada en la lesión del derecho. De esta manera, la pena se entiende, por ejemplo, en *Kant* como el ejercicio del monopolio de la fuerza del Estado con el fin de retribuir las violaciones a la libertad de los ciudadanos.<sup>99</sup> Y en *Hegel* se concibe como la “negación de la negación” del “derecho en cuanto derecho”,<sup>100</sup> esto es, como la “superación del delito”,<sup>101</sup> el “restablecimiento del derecho”.<sup>102</sup>

En la actualidad la pena sigue siendo entendida como la respuesta al delito, no obstante, siguiendo otros argumentos.<sup>103</sup> La vigencia de un código penal y la ejecución de un procedimiento penal presuponen, por lo tanto, el carácter de ser “normal” que tiene el delito, esto es, de entender al delito como parte de un ordenamiento estatal que se encuentra en funcionamiento. La justicia penal se orienta, por consiguiente, conforme al ideal según el cual los delitos que han sido previstos en la ley pueden ser efectivamente castigados. La contradicción de la norma debe, por ello, ser declarada mediante un juez en un proceso y la pena que había sido prevista debe ser ejecutada.<sup>104</sup>

Lo anterior es, no obstante, sólo el estado “normal” del funcionamiento de un ordenamiento jurídico que opera realmente en tiempos de paz. Algo diferente sucede cuando la justicia penal se ve confrontada en la realidad con las graves violaciones a los derechos humanos. Cuando el ordenamiento jurídico sólo puede ser efectivo acudiendo a su medio de coerción más fuerte, entonces se puede hablar ya de un estado de crisis. ¿Cómo puede un Estado hacer efectiva su justicia penal si los autores penales se han preparado para la guerra? Este es el caso del Estado colombiano. La justicia penal ha intentado durante décadas combatir todas las violaciones a los derechos humanos que han sido ocasionadas en el marco del conflicto armado con la ayuda de las fuerzas militares. El conflicto armado de Colombia ha demostrado, por lo tanto, que el Estado, frente a la complejidad del conflicto, sólo ha podido demostrar algo de efectividad. Y esta situación puede poner en peligro la estabilidad del ordenamiento jurídico comprendido como un todo. *Kelsen* ya había asegurado que un ordenamiento jurídico vigente necesita también mostrar

<sup>99</sup> *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, 1977 (1797), Zweiter Teil, 1. Abschnitt, § 49, Allgemeine Anmerkungen von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins, E.; Véase al respecto *Zaczyk*, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, pp. 24 ss.

<sup>100</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1986 (1821), § 97, Zusatz.

<sup>101</sup> *Hegel* (nota 100), § 99.

<sup>102</sup> *Hegel* (nota 100), § 99.

<sup>103</sup> *Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 13 ss.

<sup>104</sup> *Jakobs*, *Staatliche Strafe, Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 26 ss.; *el mismo*, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2008, pp. 113 ss.

<sup>98</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013.

efectividad “a grandes rasgos”.<sup>105</sup> Un conflicto armado puede, por consiguiente, conducir a un déficit de efectividad de todo el ordenamiento jurídico. De este modo, ni las normas penales, como tampoco la libertad individual, pueden encontrar aquí una protección efectiva.

Si se quiere proteger la institución de la pena como mecanismo para el aseguramiento de la libertad, entonces es necesario mantener un estado de paz. La búsqueda de la paz es un mandato del ordenamiento liberal. Ya *Hobbes* había demostrado que sólo mediante la consecución de un estado pacífico es posible asegurar la libertad individual de todos los ciudadanos.<sup>106</sup> Pues antes del surgimiento del Estado existe una “guerra de todos contra todos”, un estado de desconfianza mutua en la que cada uno debe contar permanentemente con el uso o la amenaza del uso de la fuerza por parte de los demás.<sup>107</sup> La búsqueda de la paz conduce al nacimiento del Estado moderno,<sup>108</sup> que es presentado al tiempo como el símbolo de la estabilidad. A partir de la tradición de la Modernidad se puede, por lo tanto, afirmar que las instituciones del derecho fueron, ante todo, concebidas para el aseguramiento de la libertad individual de los ciudadanos.<sup>109</sup>

*b) Restablecimiento de la “normalidad” mediante la justicia transicional*

*aa) Nuevamente: Normalidad en el ordenamiento liberal*

En el contexto especial de las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, el Estado puede por supuesto compensar el déficit de efectividad que se presenta mediante el permanente uso de la fuerza, esto es: llevar a cabo una guerra en contra de los autores penales. No obstante, el derecho se asegura, de este modo, sólo mediante el uso de la fuerza. Cuestionable es si un ordenamiento jurídico que sólo puede hacerse valer mediante el uso de la fuerza, puede ser legítimo en el sentido de la libertad. Esta pregunta ya fue respondida

por *Pawlik*.<sup>110</sup> Siguiendo su pensamiento, se entiende que la estabilidad del ordenamiento jurídico es una condición previa para el desarrollo de la libertad individual, esto es, de la “persona”.<sup>111</sup> Esta estabilidad, o bien, este estado de “normalidad”<sup>112</sup> puede ser creado por medio del vínculo jurídico.<sup>113</sup> En un ordenamiento jurídico liberal este vínculo jurídico se produce a partir de la motivación de los destinatarios de las normas.<sup>114</sup> Los ciudadanos deben, por lo tanto, tener la oportunidad de reconocerse a sí mismos en el ordenamiento jurídico, esto es, en el Estado.<sup>115</sup> El cumplimiento de la norma es, por lo tanto, una reacción espontánea del destinatario de la norma.<sup>116</sup> Por esto, el uso de la fuerza no puede garantizar por sí solo un vínculo normativo legítimo y, por consiguiente, una estabilidad para el ordenamiento jurídico.<sup>117</sup>

A partir de las reflexiones de *Pawlik* acerca de la creación del vínculo jurídico en el ordenamiento jurídico liberal se pueden encontrar ya argumentos de legitimación para favorecer el camino alternativo de la justicia transicional. En un proceso de justicia transicional se intenta garantizar en la sociedad la efectividad del ordenamiento jurídico mediante la superación de los daños de la guerra. Se trata, en concreto, de asegurar la base cognitiva del ordenamiento jurídico como un todo, tal que la normatividad pueda nuevamente cumplir con su tarea de asegurar la vigencia de la norma.<sup>118</sup> El enfoque se dirige, entonces, no tanto a la imposición de la pena, sino al restablecimiento de las condiciones para la existencia de un estado normal de funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico. Expresado con otras palabras: El objetivo consiste en la creación de un estado de paz para que el goce de los derechos humanos pueda ser garantizado de manera efectiva. Desde este punto de vista, es posible darle una mejor explicación a los argumentos de legitimación que ya fueron expuestos: Sin la paz un Estado democrático no puede ser realmente efectivo y el camino de la justicia transicional en el marco de un proceso de paz puede garantizar de una forma

<sup>105</sup> *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, p. 35.

<sup>106</sup> *Hobbes*, *Leviathan*, 1996 (1651), Cap. XIII y XVII.

<sup>107</sup> *Hobbes* (nota 106), Cap. XIII.

<sup>108</sup> *Hobbes* (nota 106), Cap. XIV, p. 108: “es [ist] eine Vorschrift der Vernunft oder allgemeine Regel der Vernunft, daß jedermann nach Frieden streben sollte, soweit er Hoffnung hat, ihn zu erlangen, und daß er, wenn er ihn nicht erlangen kann, alle Hilfen und Vorteile des Krieges suchen und von ihnen Gebrauch machen darf”; así en la traducción de *Antonio Escotado*, 2011, p. 133: “[...] es por consiguiente un precepto, o regla, general de la razón, que todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espera obtenerla y que cuando no puede obtenerla, puede entonces buscar y usar toda la ayuda y ventajas de la guerra [...]”, cfr. también Cap. XVII.

<sup>109</sup> Y aquí, especialmente desde una perspectiva *kantiana*: *Kant* (nota 99), *Erster Teil, Einleitung in die Rechtslehre* § C; Véase también al respecto a partir de la perspectiva del “derecho fundamental a la seguridad” *Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, pp. 3 ss.; ver también *Seelmann*, *Rechtsphilosophie*, 5. ed. 2010, § 3 nm. 18.

<sup>110</sup> *Pawlik*, en: *Byrd/Hruschka/Joerden* (eds.), *Jahrbuch für Recht und Ethik*, tomo 19, 2011, p. 269; *el mismo*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 99 ss., especialmente 104 s.

<sup>111</sup> *Pawlik* (nota 110 – Unrecht), p. 104.

<sup>112</sup> *Pawlik* (nota 110 – Unrecht), pp. 104 s.

<sup>113</sup> *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss.

<sup>114</sup> *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss., especialmente 290.

<sup>115</sup> *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss., especialmente 289; *Böckenförde*, en: *Kohlhammer* (ed.), *Säkularisation und Utopie – Festschrift für Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, 1967, pp. 92 ss.

<sup>116</sup> *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 288 s.

<sup>117</sup> *Pawlik* (nota 110 – Recht und Ethik), pp. 287 ss.; en una visión similar también *Jakobs*, en: *Höver* (ed.), *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, 1999, pp. 5 ss., especialmente 36 ss.

<sup>118</sup> *Jakobs* (nota 104 – Staatliche Strafe), pp. 26 ss.; *el mismo* (nota 104 – Norm), pp. 113 ss.

más adecuada la protección de los derechos humanos<sup>119</sup> que en un estado de guerra. Dicho de forma aún más precisa: Cuando el ordenamiento jurídico se hace valer mediante la motivación de los destinatarios de la norma y, no precisamente, con el mero uso de la fuerza, se reducen considerablemente los riesgos de las violaciones a los derechos humanos gracias a la consecución de la paz, o bien, de la aceptación de la norma en la sociedad.<sup>120</sup>

La renuncia, la disminución y la nueva concepción del contenido de la pena en el modelo de justicia transicional colombiano pueden justificarse de esta manera. Este es el camino hacia la terminación del conflicto armado, esto es, la eliminación de la causa principal del déficit de efectividad del ordenamiento jurídico colombiano. Y esta decisión es, por su parte, legítima, en tanto que el Estado colombiano es ciertamente responsable del surgimiento del conflicto – concretamente: de la desigualdad social. Los rebeldes no pueden, por lo tanto, ser vistos como autores comunes. Ellos obtienen una segunda oportunidad para reintegrarse en la sociedad y de reivindicarse con las víctimas.

*bb) Significado de la pena para la justicia transicional*

Si bien la imposición de la pena no juega un papel muy decisivo en el contexto de la justicia transicional, es posible, no obstante, reconocerle ciertas funciones. Cuando se observa el modelo de sanción penal colombiano se puede reconocer el respeto de un núcleo del sistema internacional de los derechos humanos, así como del Derecho Internacional Humanitario. La sanción de dichas conductas corresponde al significado que tienen para el orden de paz mundial. De este modo, se puede afirmar, a partir de este punto de vista, que es deseable que se cumpla con un mínimo de castigo penal para lograr la paz mundial. El modelo colombiano busca estar en concordancia con el espíritu de la comunidad internacional y renuncia a la pena solamente respecto de aquellas conductas que se entienden son parte de la ejecución de la rebelión o que se pueden dar en el transcurso normal del conflicto armado, para el caso de los agentes del Estado. La imposición de la pena busca, en resumen, mantener un orden jurídico de paz mundial.

Asimismo, se podría pensar que la pena puede asegurar aquí un mínimo de la fuerza orientadora de las normas penales que son irrenunciables – concretamente: el núcleo de protección del sistema internacional de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario. También las normas penales de carácter irrenunciable necesitan de un “aseguramiento cognitivo”, para no perder su “realidad”.<sup>121</sup>

<sup>119</sup> Aquí en concordancia con *Reyes Alvarado* (nota 97), pp. 197 ss., 202 ss.

<sup>120</sup> *Jakobs* (nota 104 – Norm), pp. 55 s., el ordenamiento jurídico es así “real”; las normas jurídicas surgen en un proceso social. Véase al respecto *Müssig*, en: Pawlik/Zaczyk (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007*, 2007, p. 405 (especialmente pp. 408 ss., 423 ss.); Véase también *Durkheim*, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1999, p. 264.

<sup>121</sup> *Jakobs* (nota 104 – Norm), p. 52.

Aquí se puede legitimar aún la disminución de la pena y el reemplazo de la pena privativa de la libertad de cárcel por otras formas de restricción de la libertad de locomoción y domicilio. La disminución y el reemplazo de la pena está compensada por la entrega de las armas y el cese de hostilidades, así como por la cooperación del responsable en la búsqueda de la verdad, la reparación de las víctimas y la promesa de no repetición de los delitos. De este modo, la norma penal es asegurada cognitivamente por medio del restablecimiento de la base cognitiva de todo el ordenamiento jurídico – esto es: la norma penal es asegurada de manera indirecta. Y lo anterior es – nuevamente – una consecuencia del problema del déficit de efectividad del ordenamiento jurídico que se halla en el contexto de un conflicto armado. Desde el punto de vista estricto de la imposición de la pena se puede explicar, de nuevo, la disminución considerable de su medida en tanto que el rebelde no es tratado como un autor penal común. El aseguramiento cognitivo opera, por lo tanto, en un estado de crisis, de forma diferente a como se haría en un estado de paz.

En un proceso de justicia transicional la institución de la pena debe igualmente alcanzar el significado de poder negar la contradicción del derecho por parte del responsable. En este contexto, la pena adquiere una connotación especial. La tarea de la pena en la justicia transicional consiste, en palabras de *Neumann*, concretamente en la “destrucción de ideologías”, conforme a las que se intenta justificar las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.<sup>122</sup> Según esto, la pena es el “instrumento más riguroso de reproche social” y, por esto, puede revocar la admisibilidad de la justificación de dichas violaciones al derecho.<sup>123</sup> En este sentido, la imposición de la pena buscaría – en el caso colombiano – demostrar que el origen de la rebelión y la conducción de una guerra no justifican de ningún modo la violación agravada de los derechos humanos.

#### IV. Conclusiones

1. El modelo de justicia transicional colombiano es un sistema alternativo de solución de conflictos que ha sido pensado especialmente para tiempos de cambios radicales.

2. El derecho a la paz es la razón de legitimación más importante del modelo de justicia transicional de Colombia. Sin paz no se puede garantizar el goce efectivo de los derechos humanos. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, la consecución de un estado de paz es una condición previa para el desarrollo de la personalidad.

3. La adopción de un sistema especial de sanciones, así como de amnistías e indultos y de un sistema diferenciado para los agentes del Estado corresponde al sentido mismo de la soberanía del Estado. El Estado está autorizado a determinar la política criminal interna, debe, no obstante, respetar el núcleo de protección enmarcado por las graves violaciones a los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario. De este modo, la imposición de la pena busca mantener un ordenamiento jurídico de paz mundial.

<sup>122</sup> *Neumann* (nota 82), pp. 42 ss.

<sup>123</sup> *Neumann* (nota 82), pp. 42 ss.

4. La pena ha sido concebida como componente básico de un sistema jurídico ideal. Conforme a ese ideal, el Estado está en condiciones de combatir por sí mismo las violaciones a las normas penales mediante la fuerza. En un contexto de violaciones sistemáticas a los derechos humanos, el ordenamiento jurídico pierde, no obstante, efectividad.

5. La justicia transicional es compatible con el pensamiento fundamental del ordenamiento liberal. Conforme al sentido del ordenamiento liberal, las normas deben ganar un carácter vinculante mediante la motivación de los destinatarios de las normas. El ordenamiento jurídico liberal no puede ganar legitimación sólo por el uso de la fuerza.

6. La norma penal en el modelo de justicia transicional colombiano es asegurada cognitivamente, mediante el aseguramiento de la existencia de todo el ordenamiento jurídico. El aseguramiento cognitivo opera, por lo tanto, en un estado crisis de una forma diferente a como se procedería en un estado de paz.

7. La imposición de la pena en el modelo de justicia transicional colombiano debe, además, demostrar que el origen de la rebelión y la conducción de una guerra no pueden justificar las graves violaciones a los derechos humanos.

# La solución del conflicto armado interno colombiano

## Un desafío para la jurisdicción penal internacional

De Prof. Dr. **Jorge Fernando Perdomo Torres**, LL.M. (Bonn), Bogotá

### I. Introducción

Colombia ha vivido en conflicto armado por más de cinco décadas y esto no solo ha dejado los horrores propios de una guerra (casi 8 millones de víctimas), sino también una vasta experiencia social y jurídica: los colombianos hemos venido incorporando en nuestra conciencia jurídica, entendiendo y aceptando los diferentes mecanismos de justicia transicional, pues el deseo de paz siempre ha sido la constante del pueblo colombiano. Esta evolución jurídica ha tenido en cuenta siempre los desarrollos del derecho internacional y la jurisprudencia de las cortes internacionales, y los procesos de paz vividos en Colombia en las últimas décadas (no ha sido solamente el proceso de negociación exitoso con la guerrilla de las Farc) han intentado respetar en el mayor grado posible los deberes adquiridos por el Estado frente al orden jurídico internacional.

Hace más de 10 años Colombia inició un proceso de sometimiento (no fue una negociación en sentido estricto) con los denominados grupos paramilitares (AUC, Autodefensas Unidas de Colombia), grupos que iniciaron siendo de seguridad privada para proteger a propietarios de tierras del asedio de los grupos guerrilleros, pero que pronto se convirtieron en organizaciones armadas violentas que llegaron a dominar territorial, económica e incluso políticamente vastas regiones del país. Este proceso de pacificación fue el primero intentado por Colombia después de la aprobación del Estatuto de Roma y la ley que lo permitió se conoció como la Ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005). En esta norma se diseñó un sistema de judicialización penal de los sometidos, caracterizado por lo que podríamos llamar “maximalismo” penal; es decir, se consagró que todos los miembros de estas organizaciones paramilitares (aproximadamente 5000) debían ser investigados y juzgados penalmente en un proceso especial diseñado sobre la confesión, sistema que tenía como pena la privación de la libertad de hasta 8 años en establecimiento carcelario ordinario. Además todos los hechos delictivos cometidos debían ser conocidos por la jurisdicción especial creada para ello.

No obstante los buenos deseos de cumplir estándares internacionales, este proceso estuvo caracterizado, entre otras cosas, por su lentitud judicial, tanto así que hasta el día de hoy no se han proferido todas las sentencias condenatorias, ni siquiera frente a los máximos responsables, quienes, a pesar entonces de no haber sido sentenciados, ya han empezado a recobrar su libertad en virtud del paso del tiempo máximo imponible como pena. Además, en materia de reparación a las víctimas la sola demora judicial ya demuestra que sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición no han sido garantizados plenamente. Colombia, sin embargo, sigue hasta el día de hoy intentando arduamente sacar adelante este proceso de justicia transicional.

Dentro de las muchas enseñanzas que dejó el proceso con los paramilitares estuvo la necesidad de diseñar modelos de

justicia transicional respetuosos de los deberes internacionales del Estado, pero que al mismo tiempo permitieran realmente terminar el conflicto armado existente con las guerrillas (Farc y Eln) y avanzar así en la pacificación del país. Se tomó la decisión de consagrar en la Constitución Política de Colombia lo que se denominó “marco jurídico para la paz”, un artículo transitorio que esboza de forma general, pero suficiente, las bases fundamentales de una justicia transicional respetuosa de los valores constitucionales y al mismo apta para una salida negociada al conflicto armado, garantizando siempre los derechos de las víctimas.

Lo consagrado en la Constitución sirvió como base para desarrollar las negociaciones de paz en la Habana con la guerrilla de las Farc y el acuerdo final de terminación del conflicto firmado en Cartagena de Indias (acuerdo de Cartagena) y modificado en Bogotá unos meses después desarrolló en todo un acápito el sistema de justicia transicional aplicable a la desmovilización de esta guerrilla, cuyas particularidades están orientadas por lo consagrado en la Constitución en el “marco jurídico para la paz”.

No me voy a detener en la explicación integral del sistema diseñado y acordado. Solo haré un esbozo general y resaltaré dos temas en especial dentro de lo que se conoce como jurisdicción especial para la paz: los conceptos de selección y priorización en el juzgamiento de los participantes en el conflicto armado y el sistema de penas alternativas consagrado; de la mano de ellos me referiré a las obligaciones del Estado y su cumplimiento en tiempos de justicia penal internacional.

### II. Características generales del sistema de justicia transicional diseñado

Como punto número quinto de las negociaciones se llegó a un acuerdo macro sobre las “Víctimas del Conflicto” y allí se consagró todo un sistema integral de protección de las casi 8 millones de víctimas, de desplazamiento y desapariciones forzadas, homicidios, despojo de tierras, masacres, ejecuciones extrajudiciales, tortura, violencia sexual, etc. Se acordó que su resarcimiento debía estar en el centro de cualquier acuerdo de paz y que se debía partir de unos principios fundamentales, a saber, su reconocimiento oficial como víctimas, el reconocimiento de responsabilidad por los victimarios, la satisfacción de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición, la participación de muchos sectores de víctimas en las discusiones etc.

Se diseñó un sistema integral de justicia y reparación compuesto por mecanismos judiciales y extrajudiciales que deben funcionar de manera coordinada para lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas (podría decirse que es un sistema sin precedentes en el mundo, pues son mecanismos íntimamente relacionados y no aislados). Este sistema está integrado por una Unidad de Búsqueda de Desaparecidos (se calculan en 40.000), una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No

Repetición, Medidas de Reparación Integral y una Jurisdicción Especial para la Paz, que constituye el componente judicial del sistema acordado.

Debe resaltarse que la llamada Jurisdicción Especial para la Paz busca principalmente satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, evitar que los graves hechos violatorios de derechos humanos queden sin sanción judicial y, de esta forma, cumplir con el deber del Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar estos graves hechos. En ella podrán participar, en primer lugar, los guerrilleros desmovilizados que hayan dejado las armas y estén en las zonas de concentración y agrupamiento previstas; en segundo lugar, los agentes del Estado que hayan cometido delitos en el contexto y en razón del conflicto armado (no son pocos los casos de, por ejemplo, miembros del ejército nacional que han cometido delitos graves); en tercer lugar, los terceros civiles que participaron en el conflicto de manera indirecta y que pueden tener algún tipo de responsabilidad en, por ejemplo, la financiación o en cualquier tipo de colaboración con los grupos armados ilegales.

Ahora bien, el modelo acordado diferencia en su tratamiento judicial entre quienes son autores o tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos como los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, etc., y quienes cometieron delitos que pueden entenderse aún en nuestra tradición jurídica como “políticos”<sup>1</sup> y que, por ende, pueden ser objeto de amnistía e indulto<sup>2</sup> u otro tratamiento especial equivalente al perdón penal. Frente a los primeros igualmente se hacen diferencias en el procedimiento y la sanción penal cuando desde el inicio se reconoce responsabilidad y cuando esto no sucede; la gran diferencia termina manifestada en la pena a imponer, en el primer caso una sanción restrictiva de la libertad de 5 a 8 años (no privativa) de carácter restaurativo enfocada en la realización de obras y trabajos de reparación del daño causado y, en el segundo caso, es decir, cuando no se reconozca responsabilidad, penas efectivas privativas de la libertad en condiciones carcelarias ordinarias que pueden llegar hasta los 20 años de prisión.

### III. Selectividad y priorización como criterios inherentes a los instrumentos de justicia transicional en Colombia

La experiencia difícil de judicialización maximalista ensayada en el proceso de sometimiento del paramilitarismo en Colombia llevó a que este nuevo sistema de justicia transicional acordado en la Habana contenga criterios de

selección y priorización de casos y situaciones así como de máximos responsables, pues quedó demostrada la imposibilidad, así como la inconveniencia, de juzgar a todos los participantes en el conflicto por todas las conductas cometidas.<sup>3</sup>

Respecto de la determinación del concepto de máximo responsable, a partir de una directiva de 2012 emitida por el despacho del Fiscal General de la Nación de Colombia se estableció que dicha figura no necesariamente cobija solamente a quienes ocuparon los cargos de mando y control dentro de la organización delictiva, pues también pueden ser máximos responsables quienes hayan cometido delitos particularmente notorios con independencia de la posición que ocupaban en la organización. Entonces, al igual que sucedió, por ejemplo, con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>4</sup> (TPIY, pero lo mismo se observa en otros tribunales ad hoc<sup>5</sup>), los máximos responsables son primeramente los altos mandos que tengan mayor grado de responsabilidad, pero obviamente puede haber líderes que, a pesar de gozar de esa posición, no sean máximos responsables, como también lo es que alguien sea considerado como tal aún cuando no ostente necesariamente un alto rango dentro de la organización criminal.

Entonces, el sistema diseñado en Colombia abre la posibilidad de introducir criterios de selección y priorización para investigar y juzgar a máximos responsables: será la Jurisdicción Especial para la Paz, en aplicación de las leyes que para el efecto se expidan, la que determine los alcances del concepto de máximo responsable y frente a ellos operarán todos los mecanismos de judicialización de crímenes atroces. Por otro lado, quienes no son máximos responsables y no hayan cometido delitos graves sino aquellos denominados

<sup>3</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha estudiado el alcance de estos principios y expuesto que son legítimos pues el volumen de delitos cometidos en Colombia durante el conflicto es elevadísimo y son muchos los participantes en él; la capacidad del Estado colombiano se vería desbordada, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013.

<sup>4</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución 1503, 2003, adoptado en su reunión 4817, el 28.8.2003: se sugiere que el TPIY se concentre “en la investigación y juzgamiento de los máximo dirigentes que sean sospechosos de ser máximos responsables de la comisión de los crímenes sobre los cuales tiene jurisdicción el TPIY [...]”

<sup>5</sup> En el caso de los Tribunales Extraordinarios de Camboya, la Asamblea General de las Naciones Unidas determinó que la jurisdicción debía concentrarse “[...] sobre los altos dirigentes de la Kampuchea Democrática y sobre aquellos que sean los máximos responsables por la comisión de los crímenes [...]”. Y esa parece ser la posición de la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional de acuerdo a la estrategia de persecución de la Corte de 2009, “la investigación se debe concentrar en aquellas personas que se encontraban en los más altos escalones de responsabilidad”, International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Prosecutorial Strategy 2009-2012 del 1.2.2010.

<sup>1</sup> Sobre el delito político y su tradición, *Aponte Cardona*, en: *Ambos/Malarino/Steiner* (eds.), 2015, pp. 113 ss.

<sup>2</sup> Reconociendo el artículo 6.5 del Protocolo II de los Convenios de Ginebra que dispone lo siguiente: “A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.” Al respecto *Perdomo Torres*, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 81 (2006), 159-172.

“políticos” pueden ser cobijados por amnistías o indultos en el sentido de la Ley 1820 del 30.12.2016, ley que ya empieza a desarrollar el acuerdo de paz.

Otra de las manifestaciones de los principios de selección y priorización se puede observar cuándo nos preguntamos qué conductas deben ser sancionadas; y, acorde con el derecho internacional, los instrumentos de justicia transicional en Colombia prevén que se seleccionen para investigar y juzgar aquellas que se consideren más graves. Es decir, un hecho debe superar el filtro de gravedad presupuestado (como sucede en la jurisdicción penal internacional) para ser seleccionado, de tal forma que todos los crímenes graves sean objeto de judicialización y así se cumplan las obligaciones del Estado colombiano. Algo muy importante es que este ejercicio de investigación se deberá hacer dentro de una metodología de contexto, es decir, entendiendo las características económicas, políticas, sociales en el marco de las cuáles se cometieron los hechos punibles, pues solo así se podrá investigar correctamente crímenes de sistema como los ocurridos en el conflicto armado colombiano.<sup>6</sup> Ahora bien, es posible que un hecho punible menor (o, mejor dicho, no grave) no sea investigado a la luz del derecho penal, ni sea objeto de amnistía por no ser un delito político o conexo, pero ello no significa que no pueda ser analizado bajo la óptica de, por ejemplo, la Comisión de la Verdad o de otros instrumentos extrajudiciales creados precisamente para la reconciliación social.

Y todo esto está en consonancia con las políticas de priorización y selección de la Corte Penal Internacional. En un documento de septiembre de 2016<sup>7</sup> emanado de la oficina del Fiscal se expone:

“[...] no es función de la oficina investigar y procesar todos y cada uno de los presuntos delitos en una situación dada, o toda persona presuntamente responsable de tales crímenes. Esto sería prácticamente inviable [...] la oficina apoya plenamente el papel que pueden desempeñar los mecanismos de búsqueda de la verdad, los programas de reparación [...]”<sup>8</sup>

Debe mencionarse que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana) ha impuesto una serie de parámetros a los Estados americanos cuando se pretendan diseñar

instrumentos de justicia transicional. En concreto, se ha rechazado la utilización de la amnistía o el indulto como único mecanismo para lograr la paz, pues nunca será aceptable un proceso tal si permite que haya impunidad. No obstante, la Corte ha abierto la posibilidad de que se emitan leyes de amnistía para lograr el cese de las hostilidades y posibilitar el retorno a la paz; así lo dijo en el examen de la Ley de Amnistía General expedida en El Salvador:

“[...] se colige que la lógica del proceso político entre las partes en conflicto, que llevó al cese de las hostilidades en El Salvador, imponía la obligación a cargo del Estado de investigar y sancionar a través de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes y se evitara su repetición.”<sup>9</sup>

Entonces, se acepta este tipo de leyes siempre que no superen el umbral jurídico permitido y conlleven a la impunidad. Y en cuanto a lo que debe entenderse por impunidad la misma Corte, en el caso *Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sostuvo:

“impunidad es la falta, en conjunto, de la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención [...]”<sup>10</sup>

Bajo el Sistema Interamericano impunidad es la falta generalizada y total de investigación, judicialización y condena de quienes cometan violaciones a los derechos humanos.

Pero el sistema de justicia transicional diseñado en el Acuerdo de Paz tiene en cuenta todos estos aspectos. No habrá impunidad en la medida en que se investigarán y sancionarán a los máximos responsables y los casos más graves y emblemáticos. La utilización de figuras como la amnistía o el indulto estarán limitados a los delitos políticos y conexos, de manera que se mantiene el umbral jurídico permitido y aceptado internacionalmente. Todo esto se complementará con los demás elementos del sistema de justicia transicional (judiciales y extrajudiciales) ya mencionados y que garantizan plenamente los derechos de las víctimas.

#### IV. Imposición de penas alternativas

Como ya comentamos, el modelo de justicia transicional acordado en La Habana prevé la aplicación de penas alternativas y modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena. En efecto, se parte de la base que las sanciones tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz; además, se dice, deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado posible, siempre en relación con el grado de reconocimiento de verdad y responsabilidad que se haga ante

<sup>6</sup> Sobre la necesidad de esta metodología investigativa para atender obligaciones internacionales, *Montealegre Lynett*, en: Palacio Palacio/Escruería Mayolo/Ramírez Álvarez (eds.), *Diálogo constitucional para la paz*, 2014, pp. 211 ss.

<sup>7</sup> International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation del 15.9.2016: “This policy paper sets out the considerations which guide the exercise of prosecutorial discretion in the selection and prioritisation of cases for investigation and prosecution.”

<sup>8</sup> En detalle al respecto Goebertus Estrada, *Compatibilidad entre las herramientas de justicia transicional en Colombia y el derecho internacional*. Peritaje de experto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, en proceso de publicación.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 25.10.2013 – Serie C, No. 252 (Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador), nm. 286.

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 27.11.2003 – (Caso Maritza Urrutia v. Guatemala), nm. 126.

la jurisdicción de paz. Consistirán en restricciones de libertades y derechos como los de residencia y movimiento en zonas determinadas y estarán en total consonancia con las obligaciones que para los desmovilizados surjan de todos los puntos del acuerdo de paz. El acuerdo enumera proyectos tanto rurales como urbanos de protección del medio ambiente, de desarrollo de infraestructura, de sustitución de cultivos ilícitos, de desminado, de búsqueda de desaparecidos, de limpieza territorial de explosivos etc.

Este es quizás uno de los puntos más debatidos desde el comienzo del proceso de paz con las Farc; el punitivismo y el populismo penal, tan arraigados en la sociedad colombiana, han dificultado el entendimiento de la justicia transicional como tal, y la aceptación de medidas sancionatorias de corte más restaurativo que retributivo.

Estas discusiones ya alcanzaron los tribunales colombianos. La Corte Constitucional de Colombia concluyó que este tipo de medidas resultan ajustadas al texto de la Constitución ya que se trata de un instrumento encaminado a lograr la paz, consagrada como derecho y como deber en el artículo 22;<sup>11</sup> es decir, que un ejercicio de ponderación constitucional da especial importancia y preeminencia al logro de la paz en Colombia. No obstante, el tribunal dejó claro que cualquier tipo de alternatividad penal no puede ir en contravía de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Mirando esta discusión desde la perspectiva del derecho internacional podemos concluir que no hay una obligación explícita de imponer medidas privativas de la libertad como única pena posible ante la comisión de delitos relacionados con el conflicto armado; esta conclusión se alcanza después de revisar los diferentes regímenes de derecho internacional.

Por ejemplo, dentro de las obligaciones estatales de respeto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) se encuentra la de investigar y juzgar a los responsables de infringir las Convenciones de Ginebra, más no se menciona la de sancionar a los responsables y mucho menos se encuentra el tipo de sanción que debe imponerse a quienes sean hallados responsables por la comisión de esos crímenes. Ahora bien, asumiendo que por la esencia de estos instrumentos y por el sentimiento de justicia de derechos (o por una obligación consuetudinaria) existe la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables,<sup>12</sup> se sigue dando el mismo vacío: no se expresa de qué manera o con la imposición de qué medidas estos deberán ser sancionados.

En cuanto al derecho internacional de los derechos humanos la situación, en primer momento, parece ser diferente, en cuanto que varios instrumentos de derechos humanos consagran sí la obligación explícita de castigar los crímenes contra los derechos humanos (la Convención sobre esclavitud, para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, entre otras). Sin embargo, al igual que sucede con el derecho internacional humanitario, estos tratados no

señalan las medidas sancionatorias que deberán imponer los Estados. Algunos de estos instrumentos, sin embargo, van un poco más lejos y determinan que la pena debe ser eficaz y ser apropiada teniendo en cuenta la gravedad del delito, es el caso de Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sistema que a diferencia de los anteriores sí ha dejado clara la obligación de castigar y sancionar de acuerdo con la gravedad de las violaciones perpetradas, se ha abierto la posibilidad de analizar todas las obligaciones de la Convención Americana de la mano de los esfuerzos de paz de los Estados, encaminados a terminar focos de violencia generalizada. En el voto concurrente del caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, el Juez Diego García-Sayán señaló:

“En este contexto, se pueden diseñar pautas específicas para el tratamiento de los responsables de las más graves violaciones abriendo el camino, por ejemplo, de priorizar los casos más graves como ruta de manejo de una problemática en la que podrían ser, en teoría, muchos miles de procesados y atender los casos de menor gravedad a través de otros mecanismos. [...] La reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad, son otras vías que se pueden considerar.”<sup>13</sup>

En este voto concurrente el juez evidencia los esfuerzos que se requieren cuando se está desarrollando un proceso de paz derivado de un conflicto armado. Si bien es cierto que existen unos límites dispuestos por la jurisdicción internacional, ambas partes deberán hacer concesiones necesarias para poder alcanzar la paz.

En cuanto a la Corte Penal Internacional es claro que existe la obligación de los Estados de investigar, juzgar y castigar a todos aquellos que cometan las conductas prohibidas por el Estatuto de Roma. Ahora bien, acorde con lo dicho hasta aquí, no es posible identificar una fuente que diga de qué manera o imponiendo qué medidas se debe castigar o sancionar a los responsables, lo que nos lleva a sostener que existe un margen de regulación amplio en esta materia. No obstante, no se puede desconocer las discusiones que al respecto se han dado en los tribunales penales internacionales ad hoc y en la CPI; en general podemos decir que en los tribunales para la ex-Yugoeslavia y para Ruanda, así como del texto del Estatuto de Roma todo se enfoca hacia la pena de encarcelamiento.

Durante las negociaciones del Estatuto de Roma varios Estados presentaron diferentes propuestas para incluir penas diferentes a la privación de la libertad; algunas delegaciones manifestaron su deseo de que el Estatuto contemplara formas alternativas de castigo como el servicio comunitario, lo que provocó la oposición de quienes pensaron que estas otras formas no podían ser aptas tratándose de crímenes graves,<sup>14</sup> el resultado de esta discusión ya lo conocemos. No obstante, es claro que las reglas incluidas en el Estatuto regirán todas

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia del 28.8.2013 – C-579/2013.

<sup>12</sup> Henckaerts/Doswald-Beck, Customary International Law, Vol. I: Rules, 2009, pp. 574-590.

<sup>13</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 25.10.2013 – Serie C, No. 252 (Caso Masacres del Mozote y lugares aledaños v. El Salvador), nm. 29-31.

<sup>14</sup> Schabas, Punishment & Society 2002, 269.

aquellas situaciones y casos en conocimiento de la CPI, pero en ningún momento alteran las normas o procedimientos en los sistemas jurídicos internos de los Estados parte, ni les da obligaciones precisas en relación con la forma de investigar, enjuiciar o sancionar los crímenes internacionales. Todo ello, sin duda, expresión del principio de complementariedad.

Ahora, el texto del Estatuto de Roma deja al descubierto que la voluntad de los Estados era que este instrumento no afectara de ninguna manera su libertad para adoptar en los sistemas jurídicos internos otras sanciones.<sup>15</sup> Esto se manifiesta en la cláusula de salvaguardia dispuesta en el artículo 80 del Estatuto:

“[n]ada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte.”

Así las cosas, las penas dispuestas en el ordenamiento penal de un Estado parte no necesariamente deben ser las mismas a aquellas del Estatuto. Esto abre un abanico de posibilidades como las penas alternativas, más aún cuando de lo que se trata, como sucede con las normas de transición en Colombia, es de extirpar una fuente de violencia generalizada que, de mantenerse, costaría muchas más víctimas, precisamente por la perpetuación del conflicto.

Y así parece entenderlo también la Corte Penal Internacional. Como lo expuso recientemente en Colombia *James Stewart*, Fiscal Adjunto de la Corte, refiriéndose a los fines de las penas por crímenes internacionales:

“Las medidas que han sido tema de discusión en Colombia y que están previstas en el Marco Jurídico para la Paz como posibles rasgos de la justicia transicional en un futuro, abarcan la posibilidad de reducir las penas, suspender su ejecución o imponer penas alternativas. ¿Serían esas condenas compatibles con las disposiciones del Estatuto de Roma en materia de complementariedad? Si bien el Estatuto de Roma contiene disposiciones relativas a las penas en los procesos ante la CPI, no prescribe un tipo o duración específica de las condenas que los Estados deben imponer por crímenes. En materia de penas los Estados tienen amplia discrecionalidad. El derecho interno solamente debe llevar adelante investigaciones, enjuiciamientos y sanciones que apoyen el fin general del sistema de justicia penal internacional del Estatuto de Roma – poner fin a la impunidad por crímenes de atrocidad masiva. Por consiguiente, las sanciones penales efectivas pueden adoptar distintas formas. Sin embargo, deben satisfacer objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores. En el contexto del derecho penal internacional, estos

<sup>15</sup> Sobre la necesidad de respeto máximo a los principios que orientan las penas en los países por parte de la Corte Penal Internacional, *Olásolo Alonso*, Ensayos de derecho penal y procesal internacional, 2011, pp. 192 ss.

objetivos protegen los intereses de las víctimas y reivindican los derechos humanos fundamentales.”<sup>16</sup>

Es evidente que el derecho penal internacional sigue en construcción. Colombia con su ya rica experiencia en justicia transicional y con el modelo diseñado en el acuerdo de Cartagena de Indias respeta sus obligaciones internacionales y contribuye, como ningún otro país, al desarrollo, correcto entendimiento y respeto del nuevo orden penal internacional; un proceso de paz que intenta cumplir en el mayor grado posible con las obligaciones del Estatuto de Roma debe ser entendido como modelo de respeto de juridicidad internacional.

Tendrá la Corte Penal Internacional el gran desafío de abordar el test de admisibilidad del artículo 17 del Estatuto entendiendo cuáles fueron las causas del conflicto armado colombiano, la integralidad del sistema de víctimas adoptado y una realidad palmaria: las tensiones que se presentan entre el proceso de paz y el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por Colombia demandan un ejercicio de ponderación o proporcionalidad, también aplicable a valores liberales internacionales, que permita saber, a ciencia cierta, si se respeta el sentido de justicia internacional<sup>17</sup> (ejercicio no ajeno al derecho penal, piénsese en la figura del estado de necesidad<sup>18</sup>). No se olvide que toda guerra interna es un estado de cosas excepcional, una “anormalidad” donde no hay garantía de derechos individuales, ni sustento cognitivo para el funcionamiento del “normal” derecho. Por ello, la pena simplemente retributiva nunca será suficiente; una restaurativa que signifique más que un simple castigo, como está previsto en el acuerdo, no solo ayudará a construir las bases sólidas de la paz y a mitigar en alguna medida las causas del conflicto, sino que también ayudará a institucionalizar el derecho, a hacer justicia.<sup>19</sup>

De la mano del artículo 53 del Estatuto, la Fiscalía de la CPI puede concluir que si bien, en principio y frente a algunas particularidades del modelo diseñado, pueden existir razones para pensar en la activación de la jurisdicción de la Corte, es posible abstenerse de abrir una investigación por considerar que no se cumple con el requisito de interés de la

<sup>16</sup> Conferencia de *James Stewart*, Fiscal Adjunto de la Corte Penal Internacional: La justicia transicional en Colombia y el papel de la Corte Penal Internacional, 13.5.2015. Consultar en:

<http://www.eltiempo.com/contenido/politica/justicia/ARCHIVO/ARCHIVO-15749076-0.pdf> (7.9.2017).

<sup>17</sup> Reclamando un papel activo del derecho internacional frente a las necesidades de pacificación de las sociedades en conflicto tanto para la consecución de la paz como el posconflicto, *Túregano Mansilla*, en: Túregano Mansilla (ed.), *La justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*, 2012, pp. 47 ss.

<sup>18</sup> En detalles sobre ponderación en el estado de necesidad, *Perdomo Torres*, *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, 2011.

<sup>19</sup> Cfr. *Bautista Pizarro*, *Justicia penal y restablecimiento del derecho en tiempos de guerra*, Conferencia.

justicia,<sup>20</sup> precisamente porque ella termina siendo garantizada en este modelo sui generis. La consecución de la paz a través de la negociación es también un mandato de la justicia<sup>21</sup>.

#### V. Conclusiones

La situación de transición de un conflicto armado hacia la paz no permite a los Estados desconocer las obligaciones internacionales: el derecho a la paz de un pueblo no anula los derechos a la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición de las víctimas. Pero un contexto de transición demanda ingenio para construir un sistema de protección de derechos que atienda dichas obligaciones y que garantice al mismo tiempo la paz. Eso es lo que ha hecho Colombia; después de vivir los desastres y horrores de una guerra interna firmó un tratado de paz donde en materia de víctimas quedó consagrado un sistema integral de protección que no sólo hace efectivos sus derechos en general, sino además que en materia de justicia no conlleva impunidad. Por el contrario, todos los mecanismos judiciales previstos para la solución judicial del conflicto armado reconocen, desarrollan y hacen efectivos los mandatos y compromisos internacionales asumidos por Colombia. Como demostramos, el sistema de justicia transicional colombiano es compatible con la jurisprudencia y prácticas de los tribunales internacionales, pero el gran desafío para terminar de legitimar este proceso es que todo lo acordado pueda ser estrictamente cumplido e implementado.

---

<sup>20</sup> De la mano del artículo 53 del Estatuto de Roma algunos interpretan un espacio para mecanismos alternativos a la persecución penal estricta, *Gil Gil/Maculan*, en: Túregano Mansilla (nota 17), p. 158.

<sup>21</sup> En ese sentido *Kress*, *Frieden statt Recht?*, publicado en el *Süddeutsche Zeitung* del 27.8.2016, p. 5. Consultar en <http://www.sueddeutsche.de/politik/gastkommentar-frieden-statt-recht-1.3137005>.

# La paz a través del Derecho – Pretensiones fundamentales del orden jurídico, significado del Estado y de su soberanía\*

De Prof. Dr. Michael Köhler, Hamburg\*\*

## I. Introducción: reflexiones metodológicas y tesis

El observador externo debe ser precavido al momento de tomar posición frente a la situación interna de un país latinoamericano totalmente ajeno a él. Esto rige especialmente en virtud de las profundas divisiones sociales internas y de las situaciones con connotación de guerra civil que podrían tener sus raíces en el injusto histórico de la colonización violenta por parte de los “descubridores” europeos.<sup>1</sup> Por lo tanto, es aconsejable abstenerse de una valoración del “caso” en toda su complejidad empírica y más bien concentrarse en los argumentos jurídico-conceptuales de la propia tradición, de la historia del pensamiento europea. No obstante, su clarificación también puede ser útil a la hora de alcanzar acuerdos sociales [Selbstverständigung] en otros países: la rueda no tiene que ser inventada dos veces.

Reflexionar sobre “la paz a través del Derecho” [Frieden durch Recht] “en tiempos de transición” requiere por una parte una crisis interna que debe ser superada y por otra le otorga al Derecho una función esencial para ello. Esto implica ver el motivo fundamental del conflicto en un grave injusto o en la ausencia de Derecho, por ejemplo, en la intolerancia religiosa del “absolutismo teológico”, la cual fue posteriormente superada en Europa central en parte por el Derecho constitucional de la paz de Westfalia (1648), o en las diferencias en la distribución de la propiedad, en la “cuestión social” que se encuentra aún abierta en todo el mundo. Desde un punto de vista metodológico, el concepto del Derecho es útil no tanto en el sentido positivístico de Derecho legal vigente (que puede ser injusto), sino sobre todo en su significado prepositivo [vorpositiv], orientado por principios, el cual, dado el caso, también permite valorar de manera normativa las relaciones, los conflictos y las crisis existentes (suponiendo un conocimiento adecuado de la situación empírica). Al respecto se mostrará que la cuestión principal consiste en la regulación productiva de las causas primarias del conflicto básico y en su adecuada implementación por parte del Estado, por ejemplo, en la garantía de la libertad religiosa o en la devolución del territorio apropiado de forma injusta. Por el contrario, la pregunta sobre cómo se deben

“superar” [aufarbeiten] penalmente los delitos cometidos durante la crisis, durante la guerra civil, no se vuelve irrelevante, pero sí se relativiza.<sup>2</sup> Desde un punto de vista histórico, esto puede verse en el hecho que grandes acuerdos de paz (como la paz de Westfalia) contemplaron por lo general una amnistía bastante amplia para los delitos cometidos durante la guerra. El Derecho penal no es, por lo tanto, la materia primaria de un “cambio” duradero.

“La paz a través del Derecho” como guía de las siguientes reflexiones sostiene que la categoría prepositiva del Derecho no solamente posee una capacidad de rendimiento fundamental para la solución de los conflictos básicos, sino que la conecta al mismo tiempo con el concepto de Estado o de la formación del Estado (constitucionalización), siendo “Estado de Derecho” (o “República”) el término con el contenido más profundo. En lo que sigue, esto se analizará de forma breve tomando como punto de referencia sobre todo las teorías del Estado y del Derecho de *Thomas Hobbes* e *Immanuel Kant*. La fórmula de “la paz a través del Derecho” contradice, por lo tanto, cualquier tipo de análisis meramente instrumental. No se trata de una “estabilidad del sistema” coûte que coûte. Por el contrario, poco a poco se va cargando la paz jurídico-normativamente [rechtsnormativ]; en cierta medida se pueden ir viendo los pasos de la superación de la discordia, de la guerra civil. El desarrollo del concepto y de la realidad histórica deja tras de sí el estado negativo de la existencia destruida que es descrito por *Hobbes* como estado de la naturaleza o de guerra, ironizado por parte de *Kant* como un significado de la expresión “paz perpetua”<sup>3</sup> y que presenciamos todavía en la actualidad debido al uso inescrupuloso de armas altamente eficientes, especialmente en el caso de guerras civiles. Pero también debe ser superada la frágil “paz” de un mero armisticio con permanente disposición al combate, cuyo quebrantamiento a voluntad reside en la lógica del estado de guerra que todavía impera. Esto se lleva a cabo, en primer lugar, a través de la categoría jurídica del contrato vinculante de forma incondicional, el cual se ocupa inicialmente de las condiciones de un cese permanente de la violencia y luego de las causas del

\* Traducción de *Hernán Darío Orozco López*. Le agradezco al profesor *Köhler* sus valiosas observaciones y sugerencias respecto de la traducción.

\*\* El autor está muy agradecido con *Hernán Darío Orozco López* por la traducción del texto.

<sup>1</sup> No sin intentos de legitimación desde el punto de vista jurídico y de filosofía moral; vid. *Francisco de Vitoria*, De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in barbaros relectiones, 1539, Vorlesungen über die kürzlich entdeckten Inder und das Recht der Spanier zum Krieg gegen die Barbaren, Siebeck Ausgabe, 1952, quien postula finalmente al Derecho de las misiones religiosas como la palanca del sometimiento; vid. *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, pp. 808 s., con más pruebas.

<sup>2</sup> Sobre la clasificación en la sistemática del delito vid. *Köhler*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, pp. 446 ss., 559 ss.; vid. también *el mismo*, en: Schmidt (ed.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, 1990, pp. 57 ss.

<sup>3</sup> Cfr. la descripción del estado de la naturaleza o de la guerra de *Hobbes*, Leviathan, stw-Ausgabe, 1984, Cap. 13, p. 96: “la vida del hombre es solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta”. Vid. *Kant*, Zum Ewigen Frieden, Kants Werke, Werkausgabe stw, tomo 6, 1964, p. 195: “Inscripción en el letrero de una posada holandesa en el que estaba dibujado un cementerio”; sobre lo que sigue vid. el primer artículo preliminar de la paz perpetua: “Ningún tratado de paz que se haya celebrado con la reserva secreta sobre alguna causa de guerra en el futuro debe considerarse como válido” (p. 196).

conflicto, del déficit de Derecho originario [des ursprünglichen Rechtsmangels]. El reconocimiento recíproco de las partes del conflicto en la regulación vinculante y concertada de la materia del conflicto (por ejemplo la concesión de tolerancia religiosa o la compensación de pretensiones sobre propiedades o sobre el territorio) y la correspondiente prohibición de una salvedad interna (reserva mental) que consista en cuestionar nuevamente de manera arbitraria dicha regulación –esta obligación, en esa medida, incondicional (categórica)– constituyen el contrato y el inicio de la paz a través del Derecho (correcto), de la paz jurídica [Rechtsfrieden] entre las partes (personas, asociaciones, pueblos), empezando por los acuerdos de paz que le ponen fin a la guerra hasta los ordenamientos de paz sistemáticos-constitucionales.

Independientemente del desarrollo más profundo de las condiciones sustanciales de la paz jurídica – de acuerdo con la idea del Derecho humano, de los derechos fundamentales y los deberes básicos, del Derecho privado y de las formas de justicia – el segundo paso fundamental de la superación del conflicto básico es una organización jurídica objetivo-imparcial que logre imponer finalmente también de manera coercitiva la paz jurídica frente al posible arbitrio opuesto de una persona o de una de las partes del conflicto. El Derecho objetivo y el poder coercitivo frente a una manifestación subjetiva que lo contradice están vinculados de forma constitutiva; por ello una paz duradera a través del Derecho requiere también la organización jurídica externa, en primer lugar, en forma del Estado soberano. Apostarle solamente a la buena voluntad no basta, pues siempre hay que contar con diferencias en la interpretación, con intenciones basadas en los propios intereses y con la tendencia de las partes en conflicto a buscar la supremacía. Por otro lado, el significado del Estado soberano como instancia con poder coercitivo no se reduce a una relación instrumental externa. Como organización jurídica, él consiste siempre al mismo tiempo o en primer lugar en la prestación sustancial de superar la razón del conflicto de conformidad con principios jurídicos y de ello depende a la larga su capacidad para hacer cumplir las normas, su poder jurídico. La paz a la fuerza que el príncipe de *Machiavelli* impone a través de métodos extremadamente inescrupulosos para superar la guerra civil no basta por sí sola para superar de manera duradera el conflicto. Solamente con las armas no se puede alcanzar nada a largo plazo, “no es posible sentarse sobre bayonetas”, como comentó un famoso guerrero europeo que también tuvo que experimentarlo. Por consiguiente, *Jean-Jacques Rousseau* critica de forma concluyente el supuesto “derecho del más fuerte”.<sup>4</sup>

“La paz a través del Derecho” le apuesta – de acuerdo con la tesis general – a la fuerza regulativa de la categoría del Derecho orientada sustancialmente por principios prepositivos y a su coherente ejecución en la organización del Estado (soberano), por lo que esta no funge como una mera

fuerza externa, sino como un poder superior [Übermacht] legítimo y, por lo tanto, *à la longue* eficaz.

## II. La teoría de Thomas Hobbes: el Derecho del Estado absoluto

El primer pensador político de la modernidad del cual se pueden aprender las condiciones jurídicas básicas para la superación de guerras civiles devastadoras es *Thomas Hobbes* (1588-1679), nacido el día en que la gran armada española fracasó en su intento de invadir Inglaterra debido a las inclemencias del tiempo y a la agilidad de la flota británica. Con el trasfondo de la transición hacia la modernidad europea – el advenimiento de las ciencias naturales empírico-matemáticas y de un concepto de subjetividad empírica, referida completamente a la inmanencia, el cambio en la cosmovisión religiosa (secularización, división de confesiones y comienzos de tolerancia religiosa), las guerras civiles europeas, el descubrimiento y colonización de países no europeos – *Hobbes* formula de conformidad con el ideal empírico una teoría del Estado y del Derecho que parte de forma radical del sujeto empírico-racional. La persecución de la felicidad y del poder por parte de todos los sujetos explica tanto su tendencia al conflicto en el estado de la naturaleza como también la construcción de la paz jurídica por medio del Estado soberano absoluto que se deriva de la voluntad de todos. Con el trasfondo de la experiencia de la guerra civil, su análisis capta sin ningún tipo de ilusiones el egoísmo humano en su potencial negativo y destructivo y con ello también de forma bastante precisa los elementos (requisitos) empírico-racionales de su limitación. El polo opuesto criticado por esta nueva construcción son la teoría tradicional de la sociabilidad natural del ser humano que se remonta a *Aristóteles* y el orden del mundo antiguo interpretado teleológicamente que se basa en ella.<sup>5</sup>

El punto de partida es un derecho subjetivo: el “derecho a todo”<sup>6</sup> en virtud del sujeto empírico, radicalmente egoísta que aspira al bienestar y al poder. En caso de una pluralidad de sujetos de esas mismas características surge consecuentemente un estado de la naturaleza negativo de genuina conflictividad, de guerra “de todos contra todos”, bien sea latente o abierta y de larga duración. Se trata del “Derecho natural” de una sociedad desmoronada en la que cada uno (cada parte) es legislador, juez y ejecutor en propia causa. La paz es un concepto deficiente, definido por la ausencia temporal de conflictos actuales.

El segundo paso del análisis se refiere a la negatividad progresiva de ese estado de la naturaleza para todos los implicados; como sujetos egocéntrico-racionales lo consideran cada vez más como una contradicción, dicho de forma más precisa, como una contradicción colectiva en la búsqueda de la propia felicidad.<sup>7</sup> Precisamente aquí radica una primera forma de consenso que guía sus acciones. En

<sup>4</sup> Cfr. *Rousseau*, Du Contrat Social, I. 3., Oeuvres Complètes, Gallimard Ausgabe, tomo 3, 1964, p. 354: “El más fuerte nunca es bastante fuerte para ser siempre el amo si no transforma su fuerza en Derecho y la obediencia en deber”.

<sup>5</sup> Vid. *Hobbes*, De cive/Vom Bürger, Felix Meiner Ausgabe, 1959, pp. 126 s.; sobre la metodología de *Hobbes* y sobre lo que sigue en profundidad *Köhler* (nota 1), pp. 72 ss., 701 ss.

<sup>6</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 82 ss.

<sup>7</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 84 s.

virtud de un interés común y de una valoración racional arriban a normas contractualmente consentidas y abstractas para la búsqueda y aseguramiento de la paz. *Hobbes* las denomina con el término tradicional “ley natural” (*lex naturalis*)<sup>8</sup>. Desde un punto de vista sistemático se trata todavía de reglas previstas en el estado de la naturaleza (segundo nivel) por la racionalidad (*recta ratio*) común que tienen un contenido fundamental para la coexistencia de los diversos proyectos de vida: el considerarse mutuamente como el fundamento de la relación negativa, la renuncia al derecho a todo y la autolimitación recíproca, desde la concesión mutua de derechos hasta las primeras instituciones (resolución de conflictos de manera judicial-imparcial). La forma contractual se vuelve fundamental; sin embargo, todavía reducida a una fundamentación estratégico-racional, no como una obligación categóricamente incondicional (como luego en *Kant*).<sup>9</sup>

Finalmente, la reflexión motivada por el miedo considera que la determinación, valoración y aplicación privada del Derecho que aún queda en el estado de la naturaleza constituye una permanente contradicción (interna) vinculada con todo tipo de inseguridades, por lo que las relaciones pueden recaer una y otra vez en el estado de guerra. Por lo tanto, la *ratio* común reclama una voluntad uniforme de todos respecto de los “medios necesarios para alcanzar la paz y la propia defensa”, en consecuencia, un acto de voluntad colectivo (formulado como un contrato de sometimiento y de constitución estatal). En él todos renuncian a la determinación privada del Derecho así como a su ejecución arbitraria y autorizan un centro de voluntad [Willenszentrum] llamado “Estado”, una persona jurídica, representado por un Parlamento o un monarca, de tal caso que su “voluntad vale por la voluntad de todos los individuos, siempre que él decida sobre lo que es necesario para alcanzar la paz común”. De ahí que el Estado venga definido como “una persona, cuya voluntad es considerada en virtud del contrato de varios individuos como la voluntad de todos ellos, por lo que ella puede utilizar las fuerzas y capacidades de cada uno de ellos para la paz y protección comunes”.<sup>10</sup> Esto sucede principalmente a través de leyes públicas (civiles), en las cuales se formulan de manera vinculante las condiciones de la paz general en concretización de las leyes naturales. Al Estado, puesto que él tiene su origen en la renuncia y transmisión del poder jurídico de todos los individuos, le corresponde en relación con todos ellos el poder jurídico más grande, absoluto y completo (soberanía).<sup>11</sup> El concepto de soberanía es retomado en su significado originario en el Derecho romano y que *Bodin* transpuso posteriormente a la monarquía moderna, el cual consiste en formular el poder general de la paz jurídica [*allgemeine Rechtsfriedensmacht*]

<sup>8</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 85 ss.; traducir el siguiente concepto de la “*recta ratio*” con “razón” es confuso; mejor sería “entendimiento”.

<sup>9</sup> Cfr. con profundidad *Köhler* (nota 1), pp. 430 ss.

<sup>10</sup> Cfr. *Hobbes* (nota 5), pp. 124 ss., 128 s.

<sup>11</sup> Al respecto *Hobbes* (nota 5), p. 129; sobre ello en profundidad *Köhler* (nota 1), pp. 704 ss., 745 ss.

frente a la usurpación particular (privada) del Derecho. Así que aquí no entran en consideración cuestiones de la diferenciación interna (división del poder), del sujeto de la soberanía, de su delimitación internacional, sino aquel significado central de la concentración del poder y de la voluntad jurídica en el Estado que permite superar el estado de la naturaleza. Por lo tanto, el concepto abarca sobre todo las funciones fundamentales de la determinación objetiva del Derecho (legislativo), la aplicación en el caso concreto (ejecutivo) y la valoración en caso de controversias (poder judicial), finalmente también con la facultad de darle validez coercitivamente (por medio de la fuerza) frente al comportamiento delictivo.

¿Qué es lo que perdura de esta teoría especialmente para la superación de crisis internas tipo guerras civiles: “paz a través del Derecho”?

*Hobbes* analiza las condiciones empírico-rationales del tránsito de la decadencia persistente en el estado de la naturaleza hacia la búsqueda de la paz, lo que es explicado desde el mismo punto de vista de los intereses, sólo que ampliado estratégicamente por la autorreflexión. A pesar de que la antropología empirista resultará demasiado estrecha, el método analítico-constructivo ya determina elementos necesarios de la constitución del Estado y del Derecho que también deben ser observados para sacar a un ente estatal ya existente de la crisis de una guerra civil y reconstruir, ya sea también a un nivel reformado, la organización jurídica.

De acuerdo con *Hobbes*, esto solamente puede ser posible si finalmente se crea o se restablece un centro de voluntad “Estado” con soberanía (poder jurídico absoluto). Sin embargo, ello requiere que *todos* los sujetos, especialmente todas las partes relevantes de la guerra civil, renuncien incondicionalmente al poder jurídico privado, que lo hagan todos y de manera completa. Los pactos particulares no son suficientes;<sup>12</sup> en el mejor de los casos ellos pueden ser constelaciones de transición todavía en el estado de la naturaleza. Ese carácter absoluto es ineludiblemente necesario para la paz de todos, pues de otra manera una de las partes se reservaría el derecho de retornar al estado de la naturaleza, mientras los otros renuncian a ello; se trataría de una contradicción elemental y adicionalmente de un riesgo inaceptable para los que renuncian unilateralmente, a saber: el riesgo de ser sometidos o eliminados de acuerdo con la lógica maquiavélica, *Hobbes* diría incluso que sería una estupidez. De *Hobbes* se puede aprender igualmente el requisito de la convergencia empírica de intereses hacia la paz, hacia la renuncia común al poder que corresponde finalmente al hastío de la guerra por parte de todos los involucrados.

Este lado externo de la renuncia motivada empírico-rationalemente a favor del Estado soberano tiene, no obstante, requisitos de contenido que ya se manifiestan en la fórmula del Estado y que tienen que ser establecidos desde la fundamentación expuesta. Dicho de manera resumida, el Estado, sus leyes tienen que garantizar la protección personal y de la propiedad, el bienestar (“bien común”) para todos,

<sup>12</sup> Cfr. *Hobbes* (nota 5), pp. 125 s., 128.

esto es, igualdad jurídica. En esta medida *Hobbes* puede ser considerado como un precursor del Estado de Derecho y de un Estado comprometido con el bienestar social.<sup>13</sup>

La concepción de *Hobbes* se comporta por lo tanto de manera crítica no sólo frente a las antiguas identificaciones metafísicas, sobre todo teológicas, y a la pretensión política de carácter universal de la iglesia romana, la cual es rechazada por tratarse de una especie de “Estado dentro del Estado” que pone en peligro la paz y que por lo tanto debe cederle el puesto al régimen religioso del Estado. Dicho planteamiento implica también una crítica profunda a las desigualdades entre las clases sociales, dirigida contra las oligarquías y su instrumentalización del “Derecho” y del Estado,<sup>14</sup> puesto que al basarse en el sujeto individual que racionalmente aspira a la realización personal, en esta medida en un sujeto básicamente igual, se llega con cierta naturalidad a la función del Estado y del Derecho de garantizar las condiciones generales para la subsistencia, también desde el punto de vista de que las desigualdades no sean demasiado grandes, ya que ellas podrían poner en peligro la estabilidad.<sup>15</sup> Desde un punto de vista histórico, esta teoría corresponde con la praxis estatal de monarcas excepcionales de la época de la ilustración que estaba dirigida a la seguridad jurídica general en sentido vasto, marcando el ejemplo a seguir el rey Enrique IV de Francia, quien le prohibió a los nobles, bajo la amenaza de una fuerte pena, causarle daño arbitrariamente a la gente común y cuya política económica generó, por lo menos de manera modesta, una prosperidad general.

*Hobbes* ha sido fuertemente criticado debido a su absolutismo. En efecto, su concepción no es la última palabra en el ámbito de la teoría del Estado, la cual finalmente tiene que volver al principio de la libertad subjetiva, general (autonomía). Pero aquí importa su aporte perdurable, sobre todo porque puede ser integrado de manera productiva en soluciones más amplias. *Hobbes* no enseña tiranía o despotismo, tampoco la ontología de un “sistema” carente de sujeto como la actual teoría de los sistemas. Por el contrario, el sujeto humano en su búsqueda de inmanente realización personal es el principio y las condiciones de su posibilidad de

realización sobre todo en las relaciones intersubjetivas, las reglas jurídicas y finalmente el Estado soberano son los criterios de la estabilidad interna. Sin embargo, *Hobbes* considera, de manera similar a *Spinoza* sin caer en ilusiones,<sup>16</sup> que los seres humanos “así como ellos son” necesitarían de un marco estatal-autoritario de leyes jurídicas externas para poder contener su egoísmo y su tendencia al conflicto. Él concluye que debido a la persecución de los propios intereses ellos no podrían darse al mismo tiempo las leyes, por lo que tendrían que transferir de manera irrevocable su facultad para juzgar y su poder a los representantes del Estado. El Estado absoluto, autorizado de manera unilateral (obligado sólo moralmente), debe estar facultado en virtud de la seguridad general a intervenir de manera discrecional en la libertad de expresión, en las relaciones de propiedad y debe decidir sobre todo en cuestiones de religión. Esto tendrá que ser corregido en la base desde el concepto ampliado del sujeto libre que constituye las propias leyes. No obstante, su reducido concepto del ser humano como un análisis realista es válido no solamente para su propia época, sino que se vuelve actual una y otra vez en los casos de una recaída en el estado de la naturaleza de situaciones internas de crisis, cuando dominan el egoísmo, la maldad y la búsqueda de la supremacía. Por ello *Hobbes* acentúa el momento del poder [Machtseite] del Estado y del Derecho.

En todo caso permanece válida la soberanía del Estado como el poder jurídico superior, absoluto para asegurar la paz general, puesto que la voluntad privada, la voluntad particular de personas y asociaciones (grupos religiosos, de intereses afines etc.), no puede conservar la facultad de legislar o de ejercer poder, sino que tiene que ser relativizada de igual manera y en forma general. Este elemento negativo es indiscutible; es adoptado por *Rousseau* y por *Kant* como ineludible. En este sentido la soberanía está ligada de forma indisoluble con el Derecho y el Estado como organización jurídica objetiva. Quien quiera negarlo, tiene que negar la necesidad racional de la coacción frente al injusto, con lo que, no obstante, termina sucumbiendo a ilusiones respecto de una organizabilidad de las sociedades pragmática o ético-moral, libre de la fuerza (coactiva) externa.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> El Capítulo XIII de *De cive* (nota 5), pp. 204 ss., sobre los deberes (morales) del soberano es pasado por alto en gran medida. Partiendo del “bien común” dicho capítulo contiene una sistemática de amplias medidas jurídico-administrativas para la protección de las condiciones de vida.

<sup>14</sup> Ironizando sobre todo la crítica a las desigualdades en la propiedad y su garantía por parte del Estado, vid. *Rousseau*, *Discours sur l'inégalité/Diskurs über die Ungleichheit*, Segunda Parte, Ausgabe Schöningh UTB, 3. ed. 1993, pp. 214 s.: “unámonos”, le dicen los propietarios a los desposeídos; vid. también crítico frente al latifundio (desde su propia perspectiva) *Kant*, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, Werke (nota 3), pp. 151 s., una crítica que correspondía a los esfuerzos contemporáneos de una reforma agraria en el marco de la emancipación de los campesinos.

<sup>15</sup> Vid. *Hobbes* (nota 5), pp. 205 s., 210.

<sup>16</sup> Cfr. *Spinoza*, *Tractatus politicus/Politischer Traktat*, Cap. II, §§ 1 y ss., 17, Wolfgang Bartuschat (ed.), 2. ed. 2010, p. 13 ss., 29 (construyendo el Derecho radicalmente primero desde la perspectiva del poder; al respecto aclaradora la introducción crítica de *Bartuschat* pp. XVII ss.).

<sup>17</sup> Así el libro, en sí meritorio, de *Loick*, *Kritik der Souveränität*, 2012, pp. 310 ss. (“teoría crítica sin soberanía”), quien reduce la soberanía a la coacción estatal, finalmente con ayuda de la teoría del discurso de *Habermas*, pero yendo aún más lejos quiere separar del todo al Derecho del necesario momento coactivo. Esto conduce a una (dicho con respeto: ingenua) invocación del cumplimiento voluntario, pero inseguro de los resultados del discurso. Además se desconoce el carácter fundamental prediscursivo del Derecho de la libertad exterior. Si bien es cierto que la mayoría de los ciudadanos respetan en amplios ámbitos el

Desde un punto de vista constructivo, el tránsito hacia la organización jurídica Estado y su soberanía es entonces necesario para la superación del estado de la naturaleza en el que las voluntades particulares están en conflicto. Igualmente necesario es que el sometimiento bajo la soberanía estatal se lleve a cabo de forma general e igual para todos, pues en caso contrario perdura el estado de la naturaleza, la contradicción elemental, con la tendencia a generalizarse nuevamente de manera negativa: quien no fue tan “estúpido” de entregar unilateralmente las armas, puede desempolvarlas en cualquier instante.

Este concepto tiene una capacidad de rendimiento analítica considerable. Ya clarificada la condición principal de la paz interna duradera, el Estado, la situación puede ser diferente en los procesos históricos concretos. De los extremos de un Estado soberano perfecto y de un caótico estado de la naturaleza de voluntades particulares opuestas se diferencia una transición en la que luego de desigualdades temporales se va construyendo la soberanía paso a paso. La construcción de una paz jurídica requiere por lo menos que el proceso histórico esté orientado a una renuncia general e igual del poder jurídico a favor del Estado soberano así como una posibilidad de realización concreta. Sobre todo en el caso de graves crisis internas de una sociedad, en las guerras civiles, está abierta al principio la cuestión de la soberanía. Así por ejemplo, en la guerra de los treinta años se trataba fundamentalmente también de la pregunta si al final se llegaría a una monarquía universal (católica) o a un sistema de Estados soberanos y especialmente de cómo debería estar constituido el antiguo Imperio Alemán en Europa central. De la mano de la metodología hobbesiana se podrían continuar averiguando los fundamentos empíricos del proceso de formación de soberanía estatal o de su restablecimiento luego de una crisis. Aquí se concluye sólo con la tesis que la soberanía es un concepto existencial del poder decisorio que se impone fácticamente<sup>18</sup> [des machtvoll-faktisch sich durchsetzenden Entscheidens]. Desde el punto de vista empírico-político esto es sin lugar a dudas un elemento esencial de una fundamentación que, sin embargo, no puede ser reducida a ello.

Con lo anterior también se hace visible el déficit de la metodología empirista (o decisionista). A la pregunta sobre

---

ordenamiento desarrollado y culto de un Estado de Derecho por rectitud, por convergencia de intereses y por lo tanto libres de coacción inmediata. Sin embargo, ello no excluye aún en el mejor de los Estados el arbitrio contrario a las normas estatales hasta llegar al comportamiento delictivo como una posibilidad vinculada al ser-humano y ni que decir de la dificultosa constitución jurídica desde el estado de la naturaleza (el tema de *Hobbes* aquí tratado). – Sobre la integración categórica de Derecho y poder coactivo frente al injusto en virtud de la contradicción externa de las acciones vid. *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, tomo 8, Werkausgabe-stw, 1997, Rechtslehre, Einl. §§ D, E, pp. 338 ss.; vid. también *Köhler* (nota 1), pp. 108 ss., 158 ss.

<sup>18</sup> Cfr. extremadamente reduccionista *Schmitt*, *Politische Theologie*, 2. ed. 1934.

las condiciones de contenido de la paz jurídica general, de la organización jurídica Estado y su soberanía, *Hobbes* no da una respuesta completa con la fórmula general del contrato estatal. Sin embargo, ello es necesario para un adecuado análisis de la posibilidad de alcanzar la paz en el caso de una guerra civil. Si por ejemplo las relaciones anteriores en un “Estado” estaban dominadas por una oligarquía de latifundistas que oprimían a los pequeños campesinos y a los antiguos esclavos o siervos, todavía está por construirse un verdadero Estado que les garantice a todos igual libertad y autonomía privada. Precisamente esa condición fundamental no se puede garantizar con la mera renuncia al poder como momento negativo. La reducción empirista a la renuncia y concentración de poder yerra, por lo tanto, la base jurídico-categorial de la soberanía. ¿Por qué razón debe integrarse la voluntad particular en la voluntad general? Sin una respuesta a esta pregunta no hay prácticamente ningún buen motivo para hacerlo y más allá de una descripción empírica de procesos históricos no es posible hacer una valoración o señalar un camino, por ejemplo si los campesinos que han sido oprimidos y se han rebelado no tienen ningún motivo para retornar a un Estado que sigue siendo oligárquico o si ellos lo hacen solamente de manera forzada o como consecuencia de una violencia brutal (como en el caso de las guerras de los campesinos en Europa), es decir, sin que exista una verdadera estabilidad duradera. La pregunta conduce entonces más allá de *Hobbes* hasta el principio del Estado de Derecho y su soberanía que se constituye y estabiliza a partir de criterios jurídico-liberales sustanciales.

### III. El principio jurídico liberal: el Estado de Derecho y su soberanía

El desarrollo jurídico-liberal continúa desde el punto de vista de la teoría de las ideas e histórico-práctico, a saber unido a una válida crítica de *Hobbes* por parte de *Spinoza*, *Rousseau* y *Kant*. Este último culmina el desarrollo de la ilustración europea al tiempo de las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII. A continuación se pondrán de relieve los avances en relación con la concepción de *Hobbes*.

La idea fundamental elaborada con base en una crítica también de *Hobbes* es la siguiente: el concepto empirista del sujeto preocupado únicamente por sí mismo, por su bienestar inmanente, es demasiado unidimensional para captar de manera adecuada el ser humano y en cierta medida también para concebir las condiciones de la búsqueda de la felicidad, sobre todo en el marco de su relación con los demás sujetos en el mundo. Por el contrario, al ser humano le es inherente desde el principio un vínculo espiritual con el todo de la existencia, lo cual comprende la consideración de la subjetividad ajena y de las condiciones naturales de la existencia humana, independientemente de los propios intereses. De manera crítica frente a *Hobbes*, *Rousseau* resaltó en su antropología este aspecto en el marco del sentimiento moral de la compasión,<sup>19</sup> considerándolo como

---

<sup>19</sup> Cfr. *Rousseau* (nota 14), Primera Parte, pp. 141 s.: *Hobbes* no habría notado otro principio (opuesto al egoísmo): “la aversión innata a ver sufrir el prójimo [...] compasión”.

una forma primitiva de los deberes de auxilio en el caso de necesidad existencial ajena. *Kant* desarrolla finalmente en las “críticas de la razón” una lógica de máximas y principios de acción prácticos que supera la reducción racional-empirista, formula el vínculo originario con el todo de la existencia racional de la humanidad en el imperativo categórico y determina con ello la base desde la cual se fundamenta y limita la búsqueda de la felicidad por parte de los sujetos en forma de pretensiones jurídicas frente a los demás. Esta ampliación crítica de la fundamentación es bastante significativa, pues ella se opone a la reducción empirista (utilitarista), hasta nuestros días ampliamente difusa, de la orientación del ser humano en el mundo y de las relaciones intersubjetivas: lo bueno éticamente y el Derecho no pueden ser confundidos con el interés.

Aquí no se puede explicar en detalle la fundamentación kantiana con todas sus necesarias ampliaciones.<sup>20</sup> Su fuerza se muestra en un concepto del Derecho diferente de la ética del bien que puede ser fundamentado como un postulado incondicional de la razón, como un imperativo categórico. La ley jurídica requiere que los sujetos sean en igual medida centros de voluntad autónomos (libres) que puedan perseguir de manera autónoma sus propias concepciones del bienestar, sus proyectos de vida éticos y sus convicciones religiosas. Pero como ellos no coinciden por sí mismos en el espacio externo e interpersonal de su accionar se hace necesario un principio objetivo que regule, abra y limite – independientemente de los contenidos éticos y pragmáticos – el ámbito del comportamiento externo de conformidad con formas del ejercicio de la libertad recíproco-generales e iguales: el Derecho.<sup>21</sup>

De su desarrollo sistemático se desprende un orden de derechos de libertad generales que son al mismo tiempo derechos de igualdad y a los que corresponden deberes básicos (de la autoafirmación como persona, del respeto de los demás, del tránsito hacia una organización jurídica, en especial hacia el Estado). Se pueden nombrar el derecho humano de una libertad de acción general de conformidad con leyes co-constituidas por los propios sujetos, diferenciado de acuerdo con la propiedad sobre sí mismo [Selbstbesitz] (vida, integridad corporal, libertad de acción) y las libertades de expresión de la personalidad, también el derecho privado de las formas recíproco-generales de posesión y apropiación (por cierto en un tono crítico frente al injusto de la acumulación histórica unilateral en detrimento de los menos favorecidos). Esto no puede y tampoco necesita ser analizado aquí de forma extensa. En una comparación sistemática con *Hobbes* se debe resaltar que la relación preestatal entre las personas y (al interior de) las asociaciones ya está estructurada de acuerdo con principios con contenido

jurídico, en principio incluso de naturaleza liberal-general. A diferencia de *Hobbes*, el estado de la naturaleza es, por lo tanto, un estado de juridicidad en el que, sin embargo, el Derecho aún no está lo suficientemente desarrollado y asegurado.

Lo importante para el problema aquí analizado es lo que resulta de ello – en la idea crítico-normativa – para el concepto de Estado como organización jurídica. Él se define, ya sea en una forma aún deficiente, como Estado de Derecho, dicho con las palabras de *Kant*, como una “unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas”.<sup>22</sup> En contra de *Hobbes*, con ello se pone de relieve que los derechos subjetivos fundamentales como la libertad de expresión y la propiedad de la persona sobre sí misma están fundamentados de forma recíproco-general y ya antes del Estado, por lo que lo obligan como organización jurídica. La prestación del Estado, por lo tanto, no se encuentra definida completamente por una “estabilidad del sistema” general bajo la cual se podría subordinar a discreción (“ponderando”) el estatus del individuo. Por el contrario, en la idea del Derecho está otorgarle a cada quien su derecho y no actuar injustamente frente a nadie. Por ello *Hobbes* estaría equivocado al sostener que el Estado no estaría obligado frente a sus ciudadanos por los derechos de libertad naturales y, por consiguiente, no podría inflingirles ningún tipo de injusto (de lo cual hay que diferenciar la pregunta adicional si, en qué sentido y bajo cuáles requisitos a las personas les asiste en contra del injusto estatal, más allá de la protesta, un derecho a la resistencia violenta).

La profundización de la fundamentación, el significado fundamental del concepto liberal del Derecho para la organización jurídica Estado, penetra también en la fórmula de la fundación del Estado. La unión bajo leyes jurídicas es necesaria para superar las inseguridades y faltas de claridad presentes en el estado de la naturaleza caracterizado por la determinación particular del Derecho, para superar entonces una contradicción de la razón con múltiples causas negativas en el ámbito práctico-fáctico. El acto fundacional consiste formalmente en dos elementos, en principio de igual manera en *Hobbes*, *Rousseau* y *Kant*. De forma negativa se requiere la renuncia completa a la determinación del Derecho y al poder de carácter privado-particular. A ello corresponde, de forma afirmativa, la fundación de un centro de voluntad que a diferencia de *Hobbes* no es otro sujeto y tampoco está autorizado a actuar independientemente de la voluntad jurídica de los sujetos/ciudadanos. Con *Rousseau* es más bien la voluntad general-unida de todos como instancia de leyes

<sup>20</sup> Al respecto vid. *Wolff*, en: Hassemer (ed.), *Strafrechtspolitik*, 1987, pp. 137 ss.; *Zaczyk*, *Selbstsein und Recht*, 2014, pp. 27 ss., 62 ss.; *Köhler* (nota 1), Cap. 1-5.

<sup>21</sup> Vid. la definición de *Kant* (nota 17), p. 337: “El Derecho es [...] el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser conciliado con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad”.

<sup>22</sup> Vid. *Kant* (nota 17), p. 431; sobre la idea de la justicia legal perfecta vid. p. 432 (“sencillamente no actúa injustamente en contra de nadie”). En relación con la siguiente crítica a *Hobbes* vid. de nuevo expresamente el escrito “Über den Gemeinspruch” (nota 14), pp. 161 ss. Vid. *Spinoza* (nota 16), p. 65, quien superando en parte el empirismo concibe la finalidad del Estado desde el derecho del individuo como una determinación racional, aunque no del todo libre de contradicciones (al respecto *Bartuschat* [nota 16], pp. XXIII ss).

generales, las cuales se dan los mismos sujetos y solamente por ello tienen un carácter vinculante incondicional, lo que puede sellar de manera productiva la superación del estado de la naturaleza.<sup>23</sup> En cuanto al contenido, la voluntad jurídica general está vinculada (de forma más clara de lo que enseña *Rousseau*) a los sujetos como instancias del Derecho de acuerdo con sus calidades prepositivas y jurídico-liberales, especialmente al derecho humano, los derechos fundamentales de libertad e igualdad, los cuales le indican por lo tanto el sentido a la voluntad general legisladora (independientemente de la forma estatal o de representación): el Estado es voluntad jurídica “unida” de hombres libres.

El progreso frente a *Hobbes* es notable. La pregunta del para qué de la superación del estado de la naturaleza por medio de la organización jurídica Estado es respondida frente a cada sujeto con un contenido jurídico-liberal. La necesaria renuncia general al poder privado se fundamenta, en relación sistemática con el cese general de la determinación particular del Derecho, en la constitución de una voluntad general legisladora y constituyente en la que cada uno participa tanto en sus requisitos categoriales como también en el acto de la formación concreta de la voluntad jurídica general. La exigencia básica de abandonar el estado de la naturaleza en el que domina la arrogación privada (despótica) del Derecho sólo es fundamentable y a la larga realizable en razón del aumento cualitativo y de la garantía de los derechos de libertad generales. La perspectiva central del poder y su unificación desarrollada por *Hobbes* y *Spinoza* es finalmente redondeada por esta fundamentación orientada por los Derechos subjetivos: la renuncia al poder por parte de los individuos y la supremacía del Estado se basan en su realidad, la cual consiste en garantizarle a cada uno sus derechos subjetivos por medio de la voluntad jurídica unida y, por lo tanto, reunir en sí el poder de todos los individuos.

En relación con la situación actual se debe poner especialmente de relieve que *Kant* (al igual que *John Locke*, sin embargo, sobre una base metódica poco convincente) también incluye en este proceso de superación o legitimación las relaciones de propiedad del Derecho privado, por lo que critica fuertemente el latifundio y el colonialismo.<sup>24</sup> No debe

considerarse que la apropiación originaria ya está históricamente concluida, sino que tiene que ser corregida de conformidad con el principio de la originaria propiedad común de la tierra y sus bienes por parte de la humanidad. En ello radica finalmente la idea de una legitimidad de la adquisición y de un orden justo en el que todos tengan acceso a la sustancia productiva; de esta independencia jurídico-privada y al mismo tiempo civil resulta la capacidad para legislar independientemente de la voluntad ajena, la posibilidad de la república democrático-representativa.

#### IV. Conclusión: ¿Qué significa “la paz a través del Derecho”?

De las anteriores consideraciones sobre las condiciones de una “paz a través del Derecho” con la que se supera una grave crisis interna, una guerra civil, se desprende que la fundamentación jurídico-estatal ha ampliado la base. Por lo tanto, los criterios de análisis están fundamentados no solamente empírico-funcionalmente, sino también jurídico-categorialmente.

Las guerras civiles o las graves crisis internas de naturaleza similar surgen típicamente como consecuencia de déficits estructurales básicos que pueden ser definidos como defectos jurídicos, como contradicciones básicas del ordenamiento jurídico (especialmente por ejemplo desigualdades en la propiedad). Con ello corresponde un funcionamiento deficiente de la organización jurídica Estado como por ejemplo el despotismo, el gobierno de una clase social o la oligarquía. En el caso de guerras civiles ello se manifiesta como una pérdida de soberanía más o menos amplia.

Si el restablecimiento de la paz interna requiere la reconstrucción de la soberanía estatal, de acuerdo con la metodología contractualista de la fundamentación del Estado esto significa, como primera medida, que todos los centros de poder que entran en consideración, todas las partes del conflicto, deben renunciar de igual manera a la determinación particular del Derecho y someterse al orden legal estatal o, por lo menos, que el proceso de paz debe estar dirigido a ello. Por el contrario, el sometimiento y desarme de una sola de las partes es una profunda contradicción que hace probable la recaída en el estado de guerra, sobre todo cuando esa asimetría no es solamente un paso táctico de carácter intermedio para llegar finalmente a un sometimiento general, sino que persiste en el tiempo. Desde un punto de vista empírico, la reconstrucción del Estado puede entonces variar de forma de conformidad con la situación específica, al principio puede estar marcada incluso por un régimen autoritario.

Sin embargo, una verdadera “paz a través del Derecho” requiere, más allá de ello, que se subsanen los déficits fundamentales del ordenamiento jurídico-estatal que constituyen las causas estructurales de la división interna. En consideración entran especialmente desigualdades socio-

en cuenta a sus habitantes para nada”. – Sobre la fundamentación kantiana del Derecho privado y de la teoría de la justicia vid. en detalle *Köhler* (nota 1), Cap. 5 y 6.

<sup>23</sup> Cfr. *Rousseau* (nota 4), p. 361: En el instante del Pacte social entra en lugar de las diversas personas una colectividad (jurídica) compuesta por sus miembros, la cual obtiene a través del acto de asociación su unidad, su yo común, su vida, su voluntad. – Vid. luego *Kant* (nota 17), p. 434: el acto constitutivo del Estado es, de acuerdo con la idea, el contrato originario, “según el cual todos en el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla inmediatamente como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado”; en lugar de la libertad carente de leyes en el estado de la naturaleza entra la libertad (sin merma) de conformidad con leyes que surgen de la propia voluntad legisladora; sobre la consecuencia de la soberanía popular, p. 432.

<sup>24</sup> Sobre la crítica vid. *Kant* (nota 14) así como *el mismo*, (nota 3), pp. 214 s., sobre la injusticia de la colonización de otros países por parte de los Estados europeos: “no tomaron

económicas elementales y una distribución inequitativa de la propiedad con una indignante miseria de la gran mayoría, sobre todo en antiguas colonias. Sin la reparación de esas asimetrías en la estructura básica, por ejemplo el latifundio por un lado y una miseria en masa por el otro con la correspondiente forma estatal oligárquica, no será posible una reconstrucción con carácter duradero. El país en cuestión continúa siendo, por lo menos en algunas regiones, un polvorín de injusticias y violencia cotidianas que coinciden con la ausencia o corrupción de un Estado obligado en sí a la realización del Derecho.

Los elementos liberales y jurídico-estatales (republicanos) del ordenamiento jurídico que promueven de manera profunda la superación del estado injusto en tiempos de crisis se encuentran finalmente en una estrecha relación con el momento del poder estatal y sus posibilidades de ejecución. Entre más coherente se desarrolle este lado categorial-liberal será también más grande el poder estatal en virtud de la renuncia por parte de los ciudadanos y/o partes del conflicto que conciben el Derecho legal republicano como una condición general del desarrollo individual de la libertad en condiciones de seguridad. Por consiguiente, no basta apelar de forma abstracta al deber, sin duda fundado, de abandonar el estado de la naturaleza, sobre todo cuando ello proviene de actores que son partidarios de una concepción despótica del Estado.

La pacificación duradera de una guerra civil requiere entonces una renuncia general de todas las partes a favor del poder soberano del Estado, el cual tiene su fundamento en las relaciones garantizadas de manera categórica-jurídica, es decir, en la reparación coherente de los déficits estructurales básicos causantes del conflicto. Este círculo de condiciones jurídicas y de poder entrecruzadas hace especialmente difícil superar a través de reformas los defectos jurídicos o los aspectos injustos de las estructuras estatales existentes hasta ese momento así como el deslumbramiento ideológico de las partes en conflicto que sostienen dichas estructuras. La ardua crisis interna, la guerra civil, es también un colectivo “descenso al infierno del autoconocimiento”.<sup>25</sup> Para alcanzar la paz a través del Derecho se necesitan políticos especialmente capaces que se caractericen por comprender adecuadamente el contexto en el que convergen la justicia y la técnica del poder.

---

<sup>25</sup> Cfr. *Kant* (nota 17), p. 576.

# Problemas jurídico-penales fundamentales de la Justicia de Transición\*

De Prof. Dr. Dres. h.c. **Ulfrid Neumann**, Frankfurt a.M.

## I. Cambio de sistema y “sociedad posconflicto”

El derecho penal funciona “normalmente” al interior de un sistema social<sup>1</sup>, caracterizado por la homogeneidad de sus normas sociales. El delincuente infringe por lo general no sólo normas vigentes jurídicamente, sino concertadas socialmente. Esto no cambia la circunstancia, de que normas penales por un lado, y normas sociales concertadas por otro, también en este caso normal no tengan que coincidir completamente. Particularmente, la legitimidad de tipos penales ubicados fuera del ámbito esencial del respectivo sistema jurídico penal, puede ser controvertida.

Este tipo de controversias puede signalizar medidas legislativas para la despenalización en este ámbito – un ejemplo histórico en Alemania sería la reforma del derecho penal que regula los delitos sexuales en las últimas décadas del siglo 20, la cual consideró la extensa crítica hecha a un derecho penal de los delitos sexuales cuyo “bien jurídico” estaba orientado por la “moralidad”<sup>2</sup> Incluso en este caso, la cuestionada norma penal será percibida como parte de un orden jurídico y social legítimo y en este sentido reconocida como norma vinculante, en tanto ella no haya sido formalmente derogada. En efecto el infractor penal no se comprende a sí mismo como víctima de un orden jurídico que se le ha impuesto, sino como alguien a quien se le hizo justicia, y a lo mucho se ve como alguien que ha tenido la mala suerte de ser atrapado en sus actividades criminales. El derecho penal se apoya, normalmente, en una base social estable.

El derecho penal carece de esa base social estable, allí donde se trata de castigar personas que han actuado dentro de un sistema social (o en un subsistema) con un orden social desviado, y probablemente también un sistema jurídico desviado. Aquí se presentan problemas específicos de la legitimidad y también de la funcionalidad del castigo.

Tipológicamente hay que diferenciar aquí por una parte, la constelación de un cambio de sistema político<sup>3</sup> y por otra, la terminación de un conflicto violento al interior del mismo sistema político. En este último caso no se trata de sustituir el sistema político, sino de terminar un enfrentamiento armado muy próximo a una guerra civil. La literatura emplea aquí el

concepto de “sociedades posconflicto”.<sup>4</sup> Discutible es sin embargo, si se trata aquí de un concepto que se refiere exclusivamente a especificidades fácticas, o si de la situación fáctica particular se desprenden también consecuencias específicas con respecto al enfrentamiento jurídico con el pasado. Los mejores argumentos deberían considerar, que las diferencias en el ámbito de la facticidad social suelen tener normalmente también consecuencias para la posibilidad del enfrentamiento jurídico con el pasado.

Evidentemente se trata por una parte de asuntos de poder real. Si el cambio de sistema político es radical y absolutamente eficaz, entonces no existe necesidad por razones políticas y tácticas, de tener consideración con los representantes del sistema pasado. Ese fue la situación de la República Federal de Alemania después de la desaparición de la antigua República Democrática Alemana (RDA) y su anexión a la República Federal. La total impotencia de la antigua élite de la RDA hizo posible el uso del instrumento del derecho penal sin tener en cuenta posibles reacciones en contra.

Sin embargo el tratado de reunificación contemplaba un límite a la justicia penal a través del derecho penal material de la antigua RDA.<sup>5</sup> Sólo podían llegar a ser castigadas aquellas vulneraciones de bienes jurídicos por representantes del sistema de la RDA, que al momento de la comisión de los hechos ya eran castigables conforme al derecho vigente de la RDA. Probablemente los representantes de la RDA tampoco habrían aprobado otra regulación. Pero la práctica parecía diferente. Los códigos penales y otras normas penales jurídicamente relevantes de la RDA fueron reinterpretados por la justicia de la República Federal. En este sentido fueron castigados en la República Federal antiguos ciudadanos de la RDA por conductas, por las que habían recibido condecoraciones y otras distinciones en tiempos de la RDA. Sobre esto y otros aspectos volveré más adelante. La protesta de los involucrados se redujo fundamentalmente al contexto político, y en parte a publicaciones autobiográficas.<sup>6</sup> Para reacciones en contra efectivas faltaba el poder político.

Otra es la situación, cuando no se trata de un sometimiento incondicionado del viejo sistema, sino de una transición sobre la base de un acuerdo que debe ser pagado por ambas partes con concesiones. Con frecuencia ese es el caso de la sustitución de una dictadura militar por un gobierno civil con transición – o retorno – a unas condiciones democráticas. Aquí el precio de una renuncia al poder por

\* Traducción del alemán al español: *Dr. Franceline Delgado Ariza* (LL.M.), Goethe-Universität Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> El texto original emplea los calificativos “gesellschaftlich” y “sozial” de forma diferenciada. Debido a que en el español tal tratamiento diferenciado no existe, nos referiremos de manera indistinta a ambos, bajo el calificativo “social”.

<sup>2</sup> Fundamental en su tiempo *Jäger*, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, 1957; *Hanack*, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968.

<sup>3</sup> Desde una perspectiva teórico penal véase *Neumann*, *ZStW* 109 (1997), 1.

<sup>4</sup> Véase por ejemplo *Arnold*, en: *Eser/Sieber/Arnold* (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*, 2012, p. 34 (67); *Kastner*, *Transitional Justice in der Weltgesellschaft*, 2015, p. 1124.

<sup>5</sup> “Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands” – Einigungsvertrag del 18. del Septiembre de 1990, Art. 315.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo *Krenz*, *Gefängnis-Notizen*, 2009, pp. 35 ss.; *el mismo*, *Widerworte*, 2. ed. 2006, pp. 488 ss.

parte de los militares puede consistir en una renuncia completa o parcial al castigo de los crímenes de la dictadura militar.

Esta situación de *restricción* del derecho penal por las estructuras de poder se constata también en “sociedades posconflicto”, en tanto el conflicto no fue terminado por la victoria militar total de una de las partes, sino a través de un acuerdo de paz que obliga a ambas partes a hacer compromisos. En estos casos el derecho penal, por razones de estabilidad del sistema, tiene que hacer concesiones, que pueden conducir a una renuncia total al castigo y con ello a una amnistía general de las dos partes implicadas. Frente a la pregunta, en qué medida el derecho penal debe ser empleado y puede ser empleado, después del final de una confrontación armada de décadas entre el Estado, los rebeldes y los paramilitares, se encuentra Colombia luego del acuerdo de paz entre las partes en conflicto.<sup>7</sup>

## II. Conveniencia y Justicia

El problema sobre la adecuada reacción penal del Estado en la sociedad posconflicto (así como después de un cambio de sistema) conduce a la pregunta, hasta qué punto la decisión sobre el castigo o la ausencia de castigo para masivas violaciones de bienes jurídicos, puede seguirse dejando al cálculo político. La respuesta dependerá por supuesto, de si se interprete la institución de la pena deontológicamente o consecuencialmente.

Si se sigue un planteamiento consecuencialista, entonces el problema radica simplemente en la conveniencia. La pregunta sería entonces, si las mejores condiciones sociales se pueden lograr recurriendo o renunciando al instrumentalario penal.

La respuesta a esa pregunta depende de un sinnúmero de condiciones, que en la respectiva sociedad en transición pueden ser extremadamente distintas; y ella tiene que ser respondida caso por caso y con diferenciaciones considerables. Por supuesto, algunos factores importantes aquí son por una parte, la intensidad de la demanda de castigo por parte de las víctimas; y por otra, el peligro de una desestabilización del sistema debido a masivas reacciones en contra de aquellos responsables amenazados con una pena. Se incluyen también las posibles alternativas como el establecimiento de Comisiones de Verdad, probablemente junto con una renuncia condicional a la pena (en caso de cooperación con la comisión de la verdad) como en el caso de Sudáfrica.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Sobre la génesis y estructura del conflicto en Colombia es de resaltar entre las publicaciones en idioma alemán *Deißler*, *Eigendynamische Bürgerkriege, Von der Persistenz und Endlichkeit innerstaatlicher Gewaltkonflikte*, 2015 (particularmente pp. 263 ss.).

<sup>8</sup> Sobre el modelo de las comisiones de la verdad (también en relación con Sudáfrica) *González Cueva*, en: Reátegui Carrillo (ed.), *Transitional Justice, Handbook for Latin America*, 2011, p. 315. Exhaustivo sobre la función de las comisiones de la verdad en el contexto de una amnistía penal en Sudáfrica *du Bois-Pedain*, *Transitional Amnesty in South*

Distinto resulta si se sigue una interpretación deontológica de la pena. En este caso, si bien ante la decisión sobre el uso del derecho penal consideraciones sobre las consecuencias políticas no pueden dejarse a un lado, estas consideraciones tienen que enfrentarse a las exigencias de una justicia penal. Esto es así sobre todo frente a la renuncia a una pena, que conforme a las reglas generales de la teoría de la imputación penal estaría necesariamente justificada.

Por otro lado, la pregunta complementaria, si por razones de estabilización de la sociedad podría también imponerse una pena “injusta” se ha discutido muy poco. La razón podría estar en que el sólo planteamiento de la cuestión parece escandaloso. Según la opinión casi generalizada, las penas injustas tampoco son justificables, aún cuando con ellas podrían evitarse conflictos sociales masivos. El ejemplo más claro es la detención consciente de un inocente, para evitar el linchamiento frente a una multitud de sospechosos.<sup>9</sup>

La pregunta es entonces, si una justicia transicional no puede propender por un ajuste de las reglas de la imputación de la responsabilidad penal de tal forma, que se posibilite o se facilite el castigo de los representantes del sistema superado. Esto también debe llegar a tratarse en relación con la interpretación del principio *nulla poena sine lege*.

## III. Justicia penal frente a la víctima – Satisfacción y Solidaridad

La pregunta, si el castigo del injusto cometido puede verse como exigencia de justicia, no puede hoy responderse más con referencia a premisas religiosas o metafísicas. Se trata de un problema de filosofía práctica, de filosofía moral, y no un asunto de la metafísica o la religión. Eso significa: La justicia de un castigo se tiene que dejar justificar como exigencia de una justicia interpersonal (y no: como una justicia trascendental). El prototipo sería una justicia inmanente al modelo de condena por indemnización por daños y perjuicios. La justicia de la pena sería comprensible en el sentido de una función compensatoria de la pena. Ella implica: se tiene que llegar a evidenciar, que al *perjuicio* que se le causa al infractor, le corresponda del lado del agraviado un *beneficio*, y que este beneficio legitime la imposición del perjuicio.<sup>10</sup>

Esta argumentación no puede aportarse, si se atiende exclusivamente a los daños materiales que han surgido con el

Africa, 2007. Sobre la pregunta, en qué medida la realización de procesos penales pueden servir a la búsqueda de la verdad y si dado el caso (esta función puede legitimarlos) véase *Schroeder*, en: Nußberger/v. Gall (eds.), *Bewusstes Erinnern und bewusstes Vergessen*, 2011, p. 339 (341 ss.). Sobre la pregunta por un “derecho fundamental a la verdad” véase los aportes en Brunner/Stahl (eds.), *Recht auf Wahrheit, Zur Genese eines neuen Menschenrechts*, 2016.

<sup>9</sup> Sobre el problema de un “castigo” completamente conveniente para un inocente *Neumann*, en: Simester/du Bois-Pedain/Neumann (eds.), *Liberal Criminal Theory, Essays for Andreas von Hirsch*, 2014, p. 67.

<sup>10</sup> Al respecto *Neumann*, en: Liu/Neumann (eds.), *Gerechtigkeit – Theorie und Praxis*, 2011, p. 117.

delito. Pues contrario al asunto de la indemnización por daños y perjuicios, en relación con la pena no se trata de una justa distribución de cargas *existentes*. Más bien al infractor se le impone un agravio que en el caso de una sentencia condenatoria a nadie beneficia. Luego no se trata entonces de una *distribución* de perjuicios, sino de una causación arbitraria de un daño adicional, que debe llegar a “compensar” los daños causados por el infractor. El cómo podría un daño llegar a ser compensado con la causación de un daño *adicional*, no se evidencia más allá de premisas metafísicas. El mal de este mundo no puede neutralizarse con la causación de males adicionales.

### 1. Satisfacción

La perspectiva cambia, si no se parte de una compensación material, sino *inmaterial*, que el infractor le debe a la víctima (y quizás a la sociedad en general). Ese punto de vista ha sido introducido en la discusión desde hace tiempo bajo el término “satisfacción para la víctima”. En los últimos años y décadas éste ha ganado una importancia mayor.<sup>11</sup> De manera simple, este concepto formula, que con el castigo del infractor se le hace justicia y se le tienen que hacer justicia a la víctima.<sup>12</sup>

Sin lugar a dudas, esta idea tiene profundas raíces psicológicas. De todas formas, frente a crímenes graves que lesionan la integridad personal, las *víctimas* experimentan el castigo del infractor como un acto de justicia. Esto es particularmente aplicable en el contexto de graves crímenes estatales, es decir de violaciones considerables a los derechos humanos. Por supuesto se puede hablar aquí de una simple *exigencia de venganza*. Pero con ello se le daría a la necesidad de la víctima de minimizar el dolor que se le ha causado, una valoración negativa, que sería difícil de justificar debido a la evidente universalidad de esa necesidad.<sup>13</sup> La comunidad de naciones reconoce esa necesidad como un interés legítimo. La creación de una Corte Penal Internacional (CPI), la institucionalización de otros tribunales internacionales sirven también al objetivo, de satisfacer a las víctimas y sus familiares y permitirles que sus voces sean escuchadas.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Sobre esto véase por ejemplo *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, Gesetz und Gerechtigkeit, 2002 (particularmente pp. 112-137); *Hörnle*, JZ 2006, 950 (955 ss.); *Roxin*, GA 2015, 185 (200); críticamente véase por ejemplo *Jahn/Bung*, StV 2012, 754 (760 ss.).

<sup>12</sup> Escéptico frente a esta función de la justicia transicional *Palermo*, ZStW 125 (2013), 379 (397 ss.).

<sup>13</sup> Con esto no se está afirmando, que esa necesidad es intrínseca sin excepción a toda víctima individual. Sobre la posibilidad de elaborar el dolor inflingido a través del perdón véase por ejemplo: *Kor*, Die Macht des Vergebens, 2016; *Kodalle*, Verzeihen denken, 2013; *Flaßpöhler*, Verzeihen – Vom Umgang mit Schuld, 2016.

<sup>14</sup> Detallado sobre este punto de vista y las consecuencias procedimentales que de él se desprenden *Trüg*, ZStW 125 (2013), p. 34.

### 2. Confirmación del rol de víctima

Pero no se trata solamente de satisfacción para la víctima, sino asimismo de confirmar que ella es efectivamente “víctima”, es decir: que ha sido víctima de un crimen.<sup>15</sup> Esta confirmación es particularmente importante en relación con actos violentos resultantes de sistemas injustos constituídos por el Estado. Pues en relación con estos actos violentos conformes a un sistema, la distribución de los roles víctima y victimario, no es en modo alguno tan indiscutida, como (normalmente) en relación con crímenes, que al interior del sistema mismo son condenados como actos criminales. Y no siempre se da un cambio de perspectiva de manera paralela con un cambio del sistema político.

En este sentido, durante las primeras décadas después de la segunda guerra mundial fueron reconocidos como legítimos fallos de la jurisdicción militar del “Tercer Reich” – incluyendo condenas que habían impuesto la pena de muerte por “degradación de la integridad militar” (que sería una traducción aproximada de: “Wehrkraftzersetzung”).<sup>16</sup> Apenas en 1998 se logró paso a paso la rehabilitación de las víctimas de la justicia militar de la dictadura nazi.<sup>17</sup> Los fallos de los denominados “Tribunales de salud hereditaria” (que sería una traducción aproximada de: “Erbgesundheitsgerichte”), en el tiempo del nacionalsocialismo, en los cuales era ordenada la esterilización obligatoria del afectado, valían como fallos conformes a Derecho en la República Federal Alemana. Sólo a partir de 1988 el Parlamento alemán declaró, que en relación con estos fallos se había tratado específicamente de crímenes del nacionalsocialismo.<sup>18</sup> Sin embargo una persecución penal de los jueces militares y de los jueces de los Tribunales de salud hereditaria no tuvo lugar. Ésta le hubiera dado un peso esencialmente mayor al mensaje, de que los condenados por dichas jurisdicciones habían sido víctimas de un crimen.

### IV. Significado para la sociedad

La tarea del derecho penal de la justicia transicional de reafirmar su Derecho a la víctima de crímenes estatales, tiene así mismo una dimensión social. Luego también bajo este punto de vista, al derecho penal le corresponde una importante función en la superación de la criminalidad de sistema de un régimen dictatorial pasado. Pues el derecho penal es un significativo canal de comunicación social-

<sup>15</sup> Sobre este punto véase *Hörnle*, Straftheorien, 2011, pp. 37 ss.

<sup>16</sup> *Saathoff*, en: Perels/Wette (eds.), Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011, p. 297 (303).

<sup>17</sup> “Gesetz zur Aufhebung der nationalsozialistischen Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege“ (NS-AufhG), BGBl. I 1998, p. 2501, así como también las leyes modificatorias de ésta de 2002 y 2009 (BGBl. I 2002 p. 2714 y BGBl. I 2009 p. 3159). Sobre esto *Saathoff* (nota 16), p. 311.

<sup>18</sup> *Tümmers*, Anerkennungskämpfe, Die Nachgeschichte der nationalsozialistischen Zwangssterilisationen in der Bundesrepublik, 2011, p. 304.

aspecto que ha ganado importancia en la discusión teórico penal actual.<sup>19</sup> Los procesos penales transmiten a la sociedad mensajes sobre la valoración de determinadas conductas y hacen de esta forma un aporte fundamental para la fijación y la corrección de patrones de pensamiento sociales.<sup>20</sup>

Precisamente de esto se trata la superación de un régimen dictatorial pasado, de la destrucción de patrones de pensamiento de ese sistema injusto, que están enquistados. Una tarea social central en el enfrentamiento crítico con los sistemas injustos es la destrucción de las ideologías, con las que fueron legitimados en su momento los crímenes de ese régimen.<sup>21</sup> El derecho penal como el instrumento más represivo de desaprobación social, deja claro que esas ideologías no sirven para justificar los crímenes cometidos.

Para una elucidación de esta tarea, un ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al que en este contexto se ha recurrido numerosas veces en la literatura: En el año 2010 el Tribunal tuvo que decidir un recurso interpuesto por un ex-partisano que en el año 1944 atacó por sorpresa un poblado lituano y habiendo asesinado allí – en parte de forma extremadamente cruel – a un grupo de civiles.<sup>22</sup> El motivo: Meses antes habitantes del pueblo habían delatado ante la ocupación alemana a otro grupo de partisanos; los miembros de este grupo de partisanos fueron entonces asesinados por soldados. Después de finalizado el sistema comunista, el infractor fue condenado a pena de prisión por un tribunal lituano.

El TEDH rechazó en ambas instancias el recurso interpuesto por el sentenciado contra el fallo. Los medios ruzos reaccionaron a esta decisión en parte con clara indignación. La consigna era: “El TEDH condena el delito de un antifacista”.<sup>23</sup> Aquí se evidencia el patrón de pensamiento, de cuya corrección (o subsistencia) se trata en este tipo de procesos penales: Si el presunto sistema de coordenadas está formado por la antítesis: “Fascismo-Antifascismo”, entonces todas las conductas que se dirijan contra el “fascismo”, serán tendencialmente justificadas, incluso cuando se trate del homicidio cruel de civiles.

No se tiene que insistir en que este sistema de coordenadas se deja reemplazar por muchos otros – como el de “comunismo” y “patriotismo” o el de “ortodoxia” y “herejía”. La tarea del derecho penal aquí consiste en destruir estos sistemas de coordenadas y los patrones de pensamiento

que se orientan por ellos. El derecho penal también tiene la función de demoler ideologías que fueron empleadas bajo el régimen anterior para legitimar crímenes conformes al sistema.

La tarea que desde la teoría de la “prevención general positiva” se le ha adjudicado al derecho penal, tiene aquí que completarse con otro elemento. Según la teoría de la prevención general positiva, al derecho penal le corresponde la tarea de estabilizar normas sociales reconocidas, cuando estas han sido puestas en duda por un delito.<sup>24</sup> Esta tarea se extiende aquí a la función de permitir el reconocimiento o la rehabilitación de normas que habían sido suprimidas o sobrepuestas por el sistema dictatorial.

El ejemplo evidencia al mismo tiempo los límites del derecho penal en la consecución de dicha tarea. Pues allí donde antiguas formas de pensamiento son en gran medida estables, el uso del derecho penal no aporta a los necesarios procesos de aprendizaje social, sino que provoca en los grupos afectados rechazo y probablemente indignación y oposición. Este efecto se puede apreciar principalmente en el ámbito del derecho penal supranacional.

En Europa éste se muestra particularmente drástico en relación con el tratamiento jurídico penal de la guerra civil en la antigua Yugoslavia. El factor referido al origen étnico determina aún las diferentes reacciones frente a un fallo del Tribunal competente. Aquí, el derecho penal tiende a profundizar la brecha entre los diversos grupos involucrados, en vez de cerrarla. Bajo el punto de vista del aporte del derecho penal a la reconciliación social, el derecho penal es un arma de doble filo.

## V. Justicia frente a los infractores

Lo mismo vale bajo el aspecto de la justicia penal. Pues la justicia frente a las víctimas amenaza con llegar a ser injusticia frente a los victimarios. Por esto, es de oponerse a todos los intentos de negarle a los infractores calificados como “criminalidad fortalecida por el Estado”,<sup>25</sup> las garantías jurídicas reconocidas. Pues incluso frente a criminales implicados en un “injusto de sistema” consolidado, tienen que aplicarse fundamentalmente todos los principios que son constitutivos de un derecho penal ajustado al Estado constitucional de Derecho.

En primer lugar están aquí el principio de culpabilidad, de presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo. En procedimientos penales que se ocupan de delitos conformes al sistema, se trata sobre todo del principio jurídico “no hay

<sup>19</sup> Sobre las teorías “expresivas” de la pena que reafirman su función comunicativa véase la presentación de Hörnle (nota 15), pp. 29 ss.

<sup>20</sup> Sobre esto y también sobre lo siguiente Neumann, en: Neumann/Prittowitz/Abrao/Swensson/Torelli (eds.), *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangheitsbewältigung*, 2013, p. 39 (42 ss.).

<sup>21</sup> Para una reflexión de esas ideologías en las convicciones morales y jurídicas del infractor véase por ejemplo Fritze, *Täter mit gutem Gewissen, Über menschliches Versagen im diktatorischen Sozialismus*, 1998.

<sup>22</sup> TEDH, Decisión del 17.5.2010 – 36376/04 (Kononov v. Lettland). Sobre esto detallado Schroeder (nota 8), p. 339.

<sup>23</sup> Véase Schroeder (nota 8) p. 340.

<sup>24</sup> Hassemer, en: Schünemann/v. Hirsch/Jareborg (eds.), *Positive Generalprävention*, 1998, p. 29. Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. ed. 2008, pp. 111 ss. quien prefiere el concepto de “geltungserhaltenden“ Generalprävention. (véase Jakobs, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 15). Resumen Hörnle (nota 15), pp. 25 ss.

<sup>25</sup> El concepto en Naucke, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996. Véase también Gierhake, *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre*, 2005, pp. 181 ss.

pena sin ley” (nulla poena sine lege). En lo que sigue, nos concentraremos en este problema.

El problema no se presenta cuando la conducta ya estaba amenazada con una pena al momento de la comisión de los hechos, es decir incluso conforme al derecho válido del “sistema de injusto”. Por el contrario, si el hecho al momento de su comisión y conforme a la legislación no estaba penado, entonces existe el peligro de una colisión con la prohibición jurídica elemental de crear, así como aplicar leyes penales retroactivamente.

En esta situación hay tres posibilidades. Por una parte, en acatamiento estricto de la prohibición de retroactividad se puede renunciar al castigo del infractor. En segundo lugar, en consideración a la monstruosidad de los hechos de los que se trata, se puede desconocer abiertamente por medio de medidas legislativas, la prohibición de retroactividad. Y en tercer lugar, se puede intentar definir el problema más allá por medio de una argumentación jurídico filosófica, en tanto a determinadas leyes del sistema jurídico pasado se les niegue un valor jurídico.

Esta última alternativa promete viabilizar un castigo “justo”, sin tener que aceptar una restricción a la prohibición de retroactividad. Este fue el camino que tomaron los Tribunales en Alemania, tanto después del Sistema Nazi, así como después de la reunificación de los dos Estados alemanes.<sup>26</sup> Incluso en la discusión internacional la pregunta sigue teniendo importancia. Así, la amplia investigación del Instituto Max-Planck de Freiburg en muchos de sus informes por país, sobre “Derecho penal en reacción al injusto de sistema”, constata un llamamiento al Derecho natural.<sup>27</sup> En relación con Brasil, esta pregunta es discutida detalladamente en un trabajo reciente sobre “Justicia Transicional”.<sup>28</sup>

## VI. La “Fórmula Radbruch” – un camino jurídico filosófico para la punibilidad?

### 1. Moralismo jurídico vs. positivismo jurídico

Desde un punto de vista filosófico-jurídico se trata aquí de una discusión entre el *positivismo jurídico* y el *moralismo jurídico*. Una colisión con la prohibición de retroactividad se presenta sólo cuando la conducta no estaba penalizada al momento de su comisión respecto de la situación jurídica existente. Frente a este punto hay consenso. Como es sabido, la pregunta, qué era o qué es Derecho válido en el “Sistema de injusto”, es respondida por los positivistas jurídicos de manera diferente a como responden los representantes del moralismo jurídico.

Mientras que los *positivistas jurídicos* equiparan la antigua situación jurídica con la antigua legislación, los *moralistas jurídicos* instalan un filtro en la legislación y

situación jurídica que impide que leyes gravemente injustas puedan y hayan podido llegar a ser jurídicamente vinculantes. La corrección jurídico moral entonces, no solo debe tener validez frente al sistema jurídico actual, sino también frente a sistemas jurídicos pasados.

La consecuencia: Por medio de una argumentación jurídico moral es posible romper con normas del “sistema de injusto” pasado, de las cuales resultó una justificación de las violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, Torturas). La pregunta es si con esto se resuelve el problema de la prohibición de retroactividad, o si se le esquiva de una forma contraria al Estado de Derecho?

En la clásica discusión sobre esta pregunta, se encuentran los nombres de *Gustav Radbruch* y *H.L.A. Hart*.<sup>29</sup> El Tribunal Supremo Federal alemán<sup>30</sup> y el Tribunal Constitucional alemán<sup>31</sup> se remiten explícitamente a *Radbruch* en relación con las decisiones sobre el “Injusto de Sistema” Nazi y del – no comparable en sus dimensiones – “Injusto de Sistema” de la RDA. El punto de partida de *Radbruch*: Incluso la ley injusta es básicamente vista como vinculante; el principio de la seguridad jurídica prohíbe negarle valor a cualquier ley “injusta”. Sin embargo, en caso de una *vulneración intolerable* contra principios de justicia, la ley, como “Derecho injusto”, debe perder su validez – la denominada “Fórmula de la intolerancia”. Lo mismo debe aplicarse, cuando con la ley ni siquiera se aspira a la justicia – la denominada “Fórmula de la negación”. En este segundo caso no se trata sólo de “Derecho injusto”, sino que más bien la ley carece totalmente de naturaleza jurídica.<sup>32</sup>

*Hart* realiza una serie de objeciones a la posición de *Radbruch*,<sup>33</sup> que en este aparte no pueden ser discutidas detalladamente.<sup>34</sup> El argumento relevante se refiere expresamente al problema de la relación entre la Fórmula de *Radbruch* y la prohibición de retroactividad. El argumento dice: Si a una norma que contiene una causal de justificación penal y que ha sido promulgada en el ordenamiento jurídico anterior, se le niega ex post su efecto jurídico, entonces se esconde y se evade el problema de la aplicación retroactiva de las normas en las que se basa la punibilidad.<sup>35</sup>

*Hart* no excluye de forma general la admisibilidad jurídica de un efecto retroactivo de normas penales, pero insiste en que los casos específicos sean por consiguiente

<sup>29</sup> Sobre esta discusión finalmente *Renzikowski*, en: Borowski/Paulson (eds.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, 2015, p. 75.

<sup>30</sup> De forma ejemplar en la compilación oficial tomo 39, p. 1 decisión publicada (BGHSt 39, 1).

<sup>31</sup> De forma ejemplar en la compilación oficial tomo 95, p. 96 decisión publicada (BVerfGE 95, 96).

<sup>32</sup> *Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946, en: Kaufmann (ed.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA)*, tomo 3, 1987, p. 87 (89).

<sup>33</sup> *Hart*, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, 1958, en: Hoerster (ed.), *Hart, Recht und Moral, Drei Aufsätze*, 1971, p. 14 (39 ss.).

<sup>34</sup> Más al respecto *Neumann* (nota 26), p. 203 (205 ss.).

<sup>35</sup> *Hart* (nota 33), pp. 43 ss.

<sup>26</sup> Más al respecto y sobre lo que sigue *Neumann*, en: *Neumann, Recht als Struktur und Argumentation*, 2008, p. 163.

<sup>27</sup> Véase *Arnold* (nota 4), p. 63.

<sup>28</sup> *Swensson*, *Vor dem Gesetz, Transitional Justice in Brasilien und die Problematik der strafrechtlichen Verantwortung für Straftaten der Militärdiktatur*, 2015, pp. 241 ss.

definidos. Un caso de penalización retroactiva “no debe parecerse a la penalización habitual de una conducta ilícita al momento de su comisión”.<sup>36</sup> Otras opiniones en la discusión advierten que debido a los problemas con la retroactividad que van ligados a la fórmula de Radbruch, se debe hacer un uso cauteloso de esta “afilada espada”.<sup>37</sup> Esto sugiere la pregunta, de si esta espada tiene un lugar legítimo en el derecho penal del Estado de Derecho. De forma directa y clara se puede preguntar: vulnera la fórmula de Radbruch la prohibición jurídica de retroactividad, en su aplicación frente a las causales de justificación penal?

Es posible contestar a esta pregunta negativamente por razones lógicas. Pues precisamente la idea fundamental del modelo de pensamiento iusnaturalista, reside en negarle ab initio la fuerza vinculante a la ley contraria al derecho natural. La argumentación iusnaturalista, según se concluye evidentemente, hace valer la situación jurídica, que ya existía en su momento en el orden jurídico. Con la aplicación de la fórmula de Radbruch por lo tanto, no se cambiaría retroactivamente la situación jurídica, sino que solamente se constataría, cómo había sido realmente esa situación jurídica en aquel entonces.<sup>38</sup> Bajo esta perspectiva, la fórmula de Radbruch se presenta no como una *ruptura*, sino como una *garantía* de la prohibición de retroactividad.

No hay que dudar que esta interpretación corresponde a las intenciones de Radbruch. Pues para Radbruch se trataba de constatar que, conforme a este modelo, “partes completas del derecho nacionalsocialista jamás hubieran alcanzado la dignidad de ser derecho válido”.<sup>39</sup> Siguiendo este enfoque, no se presenta entonces un problema de retroactividad desde la perspectiva teórico jurídica. Por lo tanto se puede reflexionar, si por razones de Estado de Derecho se debe renunciar a aplicar contra el infractor la situación jurídica “real” de entonces.

Aquí se presenta la posibilidad de acudir a la legislación<sup>40</sup> o a la praxis jurídica de entonces, en vez de recurrir a la situación jurídica de aquellos tiempos. El principio de confianza legítima se puede atender por medio de una concesión amplia de un error de prohibición invencible, o a través de una exculpación en ciertos casos de la “obediencia debida”. Los problemas prácticos de la aceptación ab initio de la invalidez de normas justificantes injustas se pueden superar con reglas complementarias.

<sup>36</sup> Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, pp. 291 ss.

<sup>37</sup> Dreier, en: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (eds.), *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1983, pp. 57 (69).

<sup>38</sup> Fundamental en este sentido Alexy, *Mauerschützen, Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, p. 33: “Con el uso de la Fórmula de Radbruch [...] no se cambia de forma retroactiva la situación jurídica, sino que solamente se constata, cómo era la situación jurídica al momento del hecho.”

<sup>39</sup> Radbruch (nota 32), p. 89.

<sup>40</sup> Detalladamente Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, 1995, pp. 36 ss.

## 2. La problemática de un moralismo jurídico “retroactivo”

El problema central reside en la pretensión de la filosofía, de constatar, qué había sido derecho válido en un orden jurídico pasado. Pueden el criterio filosófico-jurídico, la alternativa del positivismo jurídico y el moralismo jurídico realmente decidir, cómo era el orden jurídico de un Estado pasado? Yo creo que no. Pues el objeto del que trata la controversia entre el positivismo jurídico y el moralismo jurídico no es la descripción exacta de una situación jurídica existente, sino de orientaciones. El debate no pertenece al campo de la filosofía teórica, sino de la filosofía práctica.

El moralismo jurídico reclama Tribunales y ciudadanos que se rehúsen a seguir normas del derecho positivo extremadamente injustas. La tesis, de que estas normas no serían derecho válido, no formula ninguna afirmación sobre la existencia de esas normas, sino demanda que en la praxis de los Tribunales, éstas sean tratadas como no vinculantes.

Lo mismo se aplica en sentido inverso a la postura del positivismo jurídico. Ninguna de las posiciones ofrece una descripción del orden jurídico existente, sino que formulan orientaciones, que se refieren a la observancia e inobservancia de las normas del derecho positivo. Eso significa, que posturas jurídico morales (iusnaturalistas) no resultan aplicables en la reconstrucción de un sistema jurídico pasado.

## 3. Moralismo jurídico oculto

Esto tiene validez no sólo para el moralismo jurídico evidente, que en el sentido de la fórmula de Radbruch corrige según el derecho natural la ley existente, mitigando el principio “nullum crimen sine lege” al precepto “nullum crimen sine jure”. También se aplica a los intentos de fundamentar según el derecho positivo – es decir, no conforme al derecho natural –, la punibilidad de un comportamiento conforme al sistema, no reconocida al momento de los hechos.

En la literatura se ha acuñado para dichos intentos el término “moralismo jurídico oculto”.<sup>41</sup> Las manifestaciones de este moralismo jurídico oculto son variadas. En este sentido, el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof, BGH) intentó demostrar a los Tribunales de la antigua RDA, que ellos habían interpretado de manera errónea las leyes de su propio Estado. De la Constitución de la RDA se dedujo en parte, que las disposiciones legales, que en casos específicos permitían los disparos mortales en la frontera, ya eran inválidas conforme al derecho positivo de la RDA.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Swensson, (nota 28), pp. 168 ss.

<sup>42</sup> Ejemplar BGHSt 39, 1; 16, 22 (Con el argumento de que la garantía de las salidas libres, asegurada en el Art. 12 del “Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos” del 19.12.1996, conforme al Art. 51 de la Constitución de la RDA, pese a una falta de implementación en el derecho interno, había sido parte integrante del orden jurídico de la RDA – Una comprensión de la que, según se sabe, no hay ni

En la discusión en Brasil se hace alusión a los intentos de tratar de tal forma el término de prescripción de los delitos de homicidio de la dictadura militar, que en casos de una muerte no totalmente probada se parta del delito continuado del secuestro – con la consecuencia de que el término de prescripción no habría comenzado aún.<sup>43</sup> En parte, se argumenta abiertamente en Brasil, que la ley de amnistía expedida durante la dictadura no tendría validez jurídica, en razón a un déficit de legitimación democrática del legislador de entonces<sup>44</sup> – lo que en aras de la coherencia, tendría que haber tenido como resultado, que todos los actos legislativos de la dictadura se hubieran considerado inválidos.

En estos casos de un moralismo jurídico “oculto” de lo que se trata es de intentar evitar el empleo cuestionable del derecho natural para fundamentar la punibilidad y servirse solamente de los instrumentos de la dogmática del derecho positivo y de la metodología jurídica. Pero a estos intentos se les hace la objeción de que con ello se estaría abusando de dichos instrumentos. El empeño por adjudicarle al legislador de un sistema pasado por vía interpretativa, un contenido que no fue reconocido e incluso pudo haber sido negado de manera expresa por los Tribunales competentes de ese entonces, constituye un ejemplo de ello.

#### 4. Interpretación retroactiva

Este esfuerzo desconoce la diferencia entre la función productiva de la dogmática jurídica por una parte, y la función descriptiva de la historia contemporánea del derecho, por otra. En términos de Radbruch: lo que se desconoce es la diferencia entre la jurisprudencia por una parte, y la teoría social del Derecho, por otra. Mientras la jurisprudencia como dogmática del Derecho válido, tiene la tarea de procesar para su empleo ese derecho válido por medio de la interpretación de las leyes, el objeto de la teoría social del Derecho es el Derecho como hecho, como fenómeno social.<sup>45</sup>

Por consiguiente, la jurisprudencia tiene que ver con el deber, y la teoría social con el ser del Derecho. Del deber sólo se puede hablar en relación con un orden jurídico actual y vinculante. Tan pronto como una ley es derogada, deja de ser objeto de la dogmática jurídica y pasa a ser objeto de la ciencia social. Pues el objeto del trabajo dogmático sería preparar al Derecho para su empleo.

En la condensada formulación de Jellinek: “En el pasado no hay deber ser”.<sup>46</sup> El ocuparse de órdenes jurídicos pasados así como de órdenes jurídicos extranjeros, no pertenece al ámbito de la dogmática jurídica, sino al de la ciencia de los

hechos.<sup>47</sup> Los Tribunales de la República Federal en el enfrentamiento jurídico penal con el Injusto de la RDA hicieron exactamente lo que Radbruch y Jellinek exponían como inviable: aquellos pretendieron interpretar por sí mismos las leyes de la desaparecida RDA y probar a la práctica jurídica de la RDA, que ésta había interpretado y usado de manera errónea las leyes de su propio Estado.<sup>48</sup>

En este punto hay que resaltar, que la crítica a la extralimitación de la dogmática jurídica frente a un orden jurídico pasado sólo tiene efectos donde realmente ha tenido lugar un cambio de orden jurídico. Si se trata de cambios legislativos al interior del mismo orden jurídico, entonces las cosas son esencialmente más complicadas. Si las mismas leyes del mismo orden jurídico han sido aplicadas bajo el dominio de un régimen autoritario de forma más estricta que en los tiempos liberales en los que dichas leyes fueron expedidas, entonces, luego de un retorno a esas condiciones liberales, se puede plantear la pregunta, de si esa interpretación “severa” fue acertada o en todo caso justificable.

Desde el punto de vista del Estado de Derecho a esto se une el problema de si una conducta no punible bajo la jurisprudencia anterior en razón a un cambio de jurisprudencia puede llegar a ser castigable. Por ejemplo: Durante el dominio autoritario ciertas restricciones a los derechos civiles eran consideradas legales; Luego de un regreso a las condiciones liberales y con una legislación incambiable, los Tribunales las califican como ilegales. Este problema parece haberse presentado también en la práctica de la justicia brasilera.<sup>49</sup> Para Colombia esto resulta relevante a lo sumo en relación con conductas de los militares o los paramilitares – sin embargo es un asunto que escapa a una valoración “desde afuera”.

#### VII. Alternativa: Limitación a la prohibición de retroactividad

El resultado de estas reflexiones es, que para justificar la punibilidad de actos conformes a un sistema en el marco de la justicia transicional no se puede recurrir ni a un moralismo jurídico evidente, ni a uno oculto. Así quedó planteado, sobre todo a partir de consideraciones teórico jurídicas. Pero también aquí se puede remitir a argumentos ético jurídicos. Sería difícilmente sostenible justificar la responsabilidad penal de personas que actuaron conforme a las leyes y la práctica jurídica de su tiempo, con el argumento de que la situación jurídica de entonces “en verdad” había sido

---

en la práctica jurídica, ni en la ciencia jurídica de la RDA ninguna prueba).

<sup>43</sup> Swensson (nota 28), pp. 186 ss.

<sup>44</sup> Swensson (nota 28), pp. 191 ss.

<sup>45</sup> Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, en: Kaufmann (ed.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), tomo 2, 1993, pp. 9 ss., 175 ss.

<sup>46</sup> Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. ed. 1914, p. 52 (con alusión a Radbruch y Kantorowicz).

---

<sup>47</sup> Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung, 1906, en: Kaufmann (ed.), Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), tomo 1, 1987, pp. 409, 420.

<sup>48</sup> Véase BGHSt 40, 241 (249 ss., sobre los métodos de interpretación que – desde la perspectiva del BGH – estaban disponibles conforme al Derecho de la RDA). Crítico frente a la pretensión de imponer la propia “interpretación” a un orden jurídico pasado, sin referencia a Radbruch y Jellinek, Neumann (nota 26), pp. 163 ss.

<sup>49</sup> Swensson (nota 28), pp. 171 ss.

completamente diferente a como ésta fue asumida por lo general en el propio sistema.

Esto conduciría a una ficción errada. La fundamentación de la punibilidad es, que al tener que valorar estas conductas “conformes al sistema” como injusticias graves, se justificaría aquí una excepción a la prohibición jurídico estatal de retroactividad.<sup>50</sup> Esta argumentación se corresponde con el estatus “prepositivista” de los Derechos Fundamentales, de cuya violación se trata por lo general en este tipo de conductas.<sup>51</sup> Así como los Derechos Fundamentales no requieren para su validez jurídica un reconocimiento legal, el castigo de violaciones elementales a esos Derechos Humanos, tampoco requiere una norma válida al momento de los hechos. En el derecho penal internacional esto es hoy ampliamente reconocido. Aquí, bajo ciertas condiciones previas, es suficiente una punibilidad conforme a la costumbre internacional.<sup>52</sup> El derecho penal nacional codificado tiene que definir legalmente la punibilidad, pero no está vinculado de manera estricta a la prohibición de retroactividad.<sup>53</sup>

Queda sin resolverse la pregunta intrincada, dónde se deben establecer exactamente los límites entre una prohibición de retroactividad de leyes penales admisible y una inadmisibles. Aquí sirven de pauta, sólo los principios reconocidos por las naciones civilizadas en cada época. La Convención Europea de Derechos Humanos apela expresamente a estos principios, allí donde permite excepciones a la prohibición de retroactividad penal.<sup>54</sup> La relativización histórica que esto conlleva es inevitable. La tortura de los detenidos, conforme a esos principios, es hoy inequívocamente punible, independientemente de la legislación del respectivo Estado. Sin embargo, esto no siempre ha sido reconocido. El que en el futuro lo siga siendo, dependerá, de que hoy hagamos un empleo del

Derecho Penal consecuente contra la tortura y otras violaciones graves a los Derechos Fundamentales.

### VIII. Error de Prohibición

Un problema dogmático penal que se presenta en el contexto de la justicia transicional, es el del error de prohibición. Además de las particularidades que resultan de las diferencias en las regulaciones legales, hay también elementos estructurales que son previos a las leyes estatales.

A esos problemas estructurales pertenece la diferenciación por una parte entre el delincuente por convicción y por otra el infractor que actúa bajo un error de prohibición. La distinción se da desde diferentes puntos de referencia. El punto de referencia del error de prohibición es una norma del Derecho positivo vigente.<sup>55</sup> Por el contrario, el delincuente por convicción se orienta por normas y objetivos de una moral, que desde su perspectiva, legitima la conducta ilegal. En tanto se trate de conductas inmersas en una lucha contra un orden existente, se considera el error de prohibición por tanto sólo como contingente, como desconocimiento accidental de normas de un orden jurídico existente.

Esto también es válido para el delincuente por motivos de conciencia, quien en relación con sus actos, no sólo se siente autorizado, sino también obligado. Incluso cuando esté convencido de la idea de que determinadas normas del Derecho positivo serán derogadas por un derecho divino superior, el conocimiento de dichas normas justifica la conciencia del injusto y en este sentido excluye un error de prohibición.<sup>56</sup>

Mucho más complicado resulta la cuestión de valorar el error de prohibición de infractores que han cometido sus hechos como parte de la estructura organizativa del sistema de injusto estatal. Por lo general, un error sobre la licitud de una orden militar o una disposición similar, se valora de forma más suave que un error de prohibición “normal”. Así, el código alemán de Derecho Penal Internacional (en alemán: Völkerstrafgesetzbuch, VStGB) niega el comportamiento culposo en caso de la comisión de crímenes de guerra, cuando el subordinado no conozca la licitud del mandato y ésta no es evidente.<sup>57</sup> Por el contrario, la regla general del error de prohibición es considerablemente más severa, porque la culpa sólo se excluye en caso de la “inevitabilidad” del error.<sup>58</sup>

Sin embargo, para los casos de genocidio y crímenes contra la humanidad no se aplica la regla del § 3 del VStGB. Esto responde en gran parte a las normas para el procedimiento ante la Corte Penal Internacional (CPI, ICC). Aquí el infractor no puede invocar un error de prohibición (“mistake of law”) con el efecto de eximir su

<sup>50</sup> De forma distinta *Naucke*, para quien el castigo de la “criminalidad de Estado”, la cual fue legalizada en tiempo del sistema injusto, sólo adopta un aparente efecto retroactivo, pues la prohibición de retroactividad está al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no al servicio de la impunidad de la “criminalidad fortalecida por el Estado”. “La infracción real [del principio de retroactividad, U.N.] está al servicio del aumento de poder; la infracción aparente está al servicio de la disminución de poder” (*Naucke*, en: Kardas/Sroka/Wróbel (Hrsg.), *Pánstwo prawa i prawo karne*, Festschrift für Andrzej Zoll, 2012, p. 477 (484). Véase también *Naucke* (nota 25).

<sup>51</sup> Detalladamente sobre esto – con argumentos adicionales para una suspensión parcial de la prohibición de retroactividad en el caso del castigo de graves injustos de sistema – *Martins*, en: Neumann/Prittowitz/Abrao/Swensson/Torelli (nota 18), p. 207 (223 ss.).

<sup>52</sup> *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 4. ed. 2014, § 5 nm. 6; *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. ed. 2016, § 12 nm. 5.

<sup>53</sup> *Ambos* (nota 52), § 1 nm. 12.

<sup>54</sup> Art. 7 párrafo 2 CEDH.

<sup>55</sup> Más al respecto *Neumann*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafrecht*, tomo 1, 5. ed. 2017, § 17 nm. 20 ss.

<sup>56</sup> Al respecto *Neumann* (nota 55), § 17 nm. 40 ss.

<sup>57</sup> § 3 VStGB.

<sup>58</sup> § 17 StGB.

responsabilidad.<sup>59</sup> Algo diferente se da, cuando como consecuencia del error, falta un elemento subjetivo necesario (“mental element”).<sup>60</sup> En caso de actuar en cumplimiento de una orden, de conformidad con la regla del § 3 VStGB, la responsabilidad penal es excluida, cuando el infractor no conocía la ilicitud de la orden y ésta no fuera manifiesta.<sup>61</sup> Las órdenes para cometer genocidio o crímenes contra la humanidad se consideran en este sentido siempre manifiestamente ilícitas.<sup>62</sup>

En el contexto de la justicia transicional al problema del error de prohibición le antecede la pregunta por la validez formal de normas jurídicas correctamente establecidas, pero gravemente injustas. Aquí se trata de la decisión entre un concepto de Derecho “positivista” y uno “moral jurídico” (iusnaturalista), en aplicación a los órdenes jurídicos pasados, que fue tematizado bajo el punto de vista del principio “nulla poena sine lege”.<sup>63</sup> La decisión sobre las condiciones previas de un error de prohibición exculpatario es accesoria, frente a esta pregunta precedente. Si se trata de la responsabilidad de los infractores conforme a los tipos penales del orden jurídico positivo, es conveniente exigir para la conciencia de ilicitud, el conocimiento de esas prohibiciones jurídico-positivas. En caso de que la responsabilidad penal se fundamente en normas iusnaturalistas tendrá que depender decisivamente, de si el infractor podía comprender las valoraciones a partir de las cuales, conforme al modelo iusnaturalista (jurídico moral), resulta la invalidez de las cuestionadas normas del derecho positivo.

Así, si se parte de la Fórmula de *Radbruch*, se tiene que preguntar si el infractor era consciente ó (en los casos del error de prohibición evitable) podía ser consciente de que las normas del Derecho positivo conforme a las cuales su comportamiento estaba justificado, contrariaban de forma grave (“intolerable”) la Justicia. Por el contrario, no se necesita establecer si el infractor, partiendo del sentido de la Fórmula de *Radbruch*, dedujo de la grave injusticia de las normas, su invalidez. La conciencia de ilicitud no es una función de la orientación jurídico filosófica del infractor. Así como el fanático religioso que reconoce como vinculantes sólo preceptos divinos conforme a su modelo iusnaturalista, no actúa bajo un error de prohibición,<sup>64</sup> tampoco lo hace el infractor que según su modelo jurídico positivista radical (reconocido como tal), considera como intolerablemente injustas, normas del derecho válido.

Cuando se argumenta la responsabilidad penal del infractor y la injusticia de su comportamiento objetivamente, con que la norma del Derecho positivo que justifica su comportamiento no tenía validez debido a una injusticia intolerable, entonces no se puede exigir para la conciencia del injusto más que la conciencia de esa injusticia intolerable. Remitirse aquí al conocimiento del Derecho positivo (ya sea

el de las leyes, o el de la práctica), conduciría a una construcción híbrida de un modelo de imputación iusnaturalista-positivista. En este sentido es coherente, cuando el BGH en la “jurisprudencia de los guardianes del muro” considera suficiente para la conciencia de ilicitud, la conciencia de la antijuricidad “material”.<sup>65</sup>

#### IX. Moralismo jurídico ex post y ex ante

Conforme a la opinión aquí defendida, resulta problemático querer definir el contenido de órdenes jurídicos pasados recurriendo para ello a criterios jurídico morales.<sup>66</sup> De todas maneras habría que resaltar, que el rechazo al procedimiento de excluir de un orden jurídico anterior una norma positiva con base en una argumentación jurídico moral ex post, no se opone a que se asuma un punto de referencia jurídico moral en relación con el orden jurídico actual. El rechazo de un esquema de interpretación iusnaturalista (jurídico moral) en la reconstrucción de un orden jurídico pasado no implica, que también para la interpretación del Derecho vigente una posición iusnaturalista (jurídico moral) esté excluida. Aquí se trata de otra cuestión.

En relación con el orden jurídico vigente, las posturas del iusnaturalismo así como las del positivismo tienen un carácter prescriptivo: Estas se refieren a la cuestión, de si conforme a lo que está establecido en el Derecho, los juristas también deben aplicar normas gravemente injustas. Esta es una pregunta normativa, razonable e importante desde el punto de vista práctico, sobre la que pueden tenerse diversas posiciones sin argumentos metafísicos. Sin embargo, frente a órdenes jurídicos pasados no se tienen en cuenta una postura por naturaleza prescriptiva. Por esto, quien haga uso del esquema de interpretación iusnaturalista frente a órdenes jurídicos pasados está obligado a asumir la controversia entre positivismo y iusnaturalismo no como una pregunta normativa y práctica, sino como una pregunta cognitiva. Esto quiere decir: Él está forzado a aceptar la “validez jurídica” como una entidad ideal, en cuya comprensión acertada rivalizan iusnaturalismo y positivismo.

No obstante, se teme que con esta limitación del ámbito de aplicación del iusnaturalismo al orden jurídico actual, éste termine llegando siempre demasiado tarde cuando se trata de reconstruir las verdaderas relaciones de poder. Pensar que la justicia de un sistema dictatorial podría declarar nula la legalización de graves violaciones a los Derechos en esa dictadura, por ser estas contrarias al derecho natural, sería una ilusión. Sin embargo no puede funcionar, el declarar ex post después de un cambio de sistema, nula la legalización de esas violaciones a los Derechos con base en una argumentación iusnaturalista y con esto fundamentar la punibilidad de conductas que en su momento fueron legales.

No se trata aquí de construcciones teórico-jurídicas, sino de valoraciones ético-jurídicas y de decisiones jurídico-políticas. Cuando se quieren castigar graves violaciones a los

<sup>59</sup> Art. 32 párrafo 2 inc. 1 Estatuto-CPI.

<sup>60</sup> Art. 32 párrafo 2 inc. 2 Estatuto-CPI.

<sup>61</sup> Art. 33 párrafo 1 Estatuto-CPI.

<sup>62</sup> Art. 33 párrafo 2 Estatuto-CPI.

<sup>63</sup> Véase punto V.

<sup>64</sup> *Neumann* (nota 55), § 17 nm. 40.

<sup>65</sup> Decisiones del Tribunal Supremo Federal en asuntos penales (BGHSt) 39, 1, (15 ss.); 39, 168 (183 ss.); 40, 241 (244).

<sup>66</sup> Al respecto mirar arriba.

Derechos Humanos que fueron legalizados por una dictadura ya superada, y para ello hay buenas razones, entonces se tiene (y se puede!) hacer abiertamente caso omiso de la prohibición de una fundamentación retroactiva de la punibilidad. Esa prohibición no es un dogma, sino un principio que como cualquier otro principio jurídico, tiene que ser ponderado con otros principios jurídicos. En este caso con el principio de la justicia penal, que no está obligada frente a una idea metafísica de compensación de la culpa, sino frente a las necesidades legítimas de las víctimas de las más graves violaciones a los Derechos.

# Pena y amnistía en tiempos de fragilidad estatal

## El significado del concepto liberal del derecho para la justicia transicional en el caso del proceso de paz colombiano\*

Por Prof. Dr. Katrin Gierhake, LL.M., Regensburg

### I. Enfoque de las siguientes reflexiones

El derecho positivo de Colombia – como tal vez también el derecho de todos los Estados del mundo – no está y no fue concebido para cumplir con la tarea fundamental de superar el injusto tras una guerra civil de décadas.<sup>1</sup> El Acuerdo de Paz<sup>2</sup> entre las FARC-EP y el Gobierno colombiano ha previsto una serie de medidas especiales que buscan esclarecer y superar los delitos cometidos – por ambas partes – durante el conflicto armado y que, en parte, difieren considerablemente de los mecanismos propios de la justicia penal ordinaria.<sup>3</sup>

Para el caso de los delitos políticos (y aquellos que les son “conexos”) debe reconocerse una amnistía amplia, mientras que para los delitos que son relevantes para el Derecho internacional penal, así como los hechos de injusto individuales, como, por ejemplo, el desplazamiento forzado,

la desaparición de personas, la tortura y la violencia sexual, no está prevista la amnistía.<sup>4</sup>

Asimismo, debe crearse una “Jurisdicción Especial para la Paz”, la cual se ocupará del conflicto.<sup>5</sup> Como mecanismo complementario de esta jurisdicción especial se erigirá una Comisión de la Verdad que operará independientemente al tratamiento judicial.<sup>6</sup>

Tres formas de sanciones están previstas en el Acuerdo de Paz: las llamadas “sanciones propias”, las “sanciones alternativas” y las “sanciones ordinarias”.<sup>7</sup>

Las primeras se dirigen a los inculpados por hechos de injusto penal de importancia pero que reconocen en un comienzo la “verdad y responsabilidad” y, además, cooperan, igualmente, con la sección competente de la Jurisdicción Especial para la Paz<sup>8</sup> en el esclarecimiento de la verdad, informando de forma precisa, detallada y completa lo que saben. Las así llamadas “sanciones alternativas” están previstas para aquellos inculpados que en un momento procesal posterior (ante la “Sección de enjuiciamiento”) cooperen con la justicia. En estas dos formas de sanción la cooperación voluntaria y la ayuda al esclarecimiento de la verdad son el fundamento para una reducción de la pena: Los inculpados pueden contar con un marco punitivo claramente reducido hasta de ocho años, si se compara con la punición ordinaria;<sup>9</sup> además, la sanción en el caso de las “sanciones propias” no está concebida como una pena común de prisión, sino para cumplir especialmente con trabajos de utilidad pública que se desarrollarán en el marco de los proyectos que buscan estabilizar la paz.

Quien, por el contrario, desconozca la “verdad y responsabilidad” y no coopere con la justicia para la paz,

---

\* Traducido por: *Dr. Nathalia Bautista Pizarro*, Coordinadora, docente e investigadora del Centro de Investigación en Filosofía y Derecho de la Universidad Externado de Colombia.

<sup>1</sup> Sobre la situación política de Colombia ver, en primer lugar, *Ambos*, Guest Post: “Colombia – How much Justice can Peace take?”, disponible en:

<http://opiniojuris.org/2015/10/08/guest-post-colombia-how-much-justice-can-the-peace-take/> (7.9.2017); *Ambos/Zuluaga*, “Kolumbiens Krieg verstehen”, *Entwicklung und Zusammenarbeit (E+Z)*, 2015, p. 34 s. disponible en:

[http://www.academia.edu/13585062/Zusammen\\_mit\\_Kai\\_Ambos\\_Kolumbiens\\_Krieg\\_Verstehen\\_Understanding\\_Colombia\\_s\\_war\\_in\\_Entwicklung\\_und\\_Zusammenarbeit\\_E\\_Z\\_2015\\_07\\_p\\_3435\\_Development\\_and\\_Cooperation\\_D\\_C\\_2015\\_7\\_p\\_34-35](http://www.academia.edu/13585062/Zusammen_mit_Kai_Ambos_Kolumbiens_Krieg_Verstehen_Understanding_Colombia_s_war_in_Entwicklung_und_Zusammenarbeit_E_Z_2015_07_p_3435_Development_and_Cooperation_D_C_2015_7_p_34-35) (7.9.2017); *Schreiber*, “Kein Frieden ohne Wahrheit und Gerechtigkeit” disponible en:

<https://www.amnesty.de/journal/2014/juni/kein-frieden-ohne-wahrheit-und-gerechtigkeit> (7.9.2017).

<sup>2</sup> Nuevo Acuerdo de Paz disponible en:

<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf> (7.9.2017). Información sobre el primer Acuerdo de Paz:

<http://www.eafit.edu.co/escuelas/humanidades/departamento-gobierno-ciencias-politicas/publicaciones/SiteAssets/Paginas/libros/Cuadernos%20de%20Trabajo%20EAFIT%20-%20204.pdf> (7.9.2017, los dos en español).

<sup>3</sup> Cfr. al respecto especialmente el Punto Nr. 5 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016 (Acuerdo sobre las Víctimas del Conflicto: Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición – SIVJRNR).

---

<sup>4</sup> Cfr. 5.1.2. párrafos 25, 38, 39, 40, 41 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016; ver además la Ley de Amnistía, Indulto y Tratamientos Penales Especiales (en el anexo del Acuerdo de Paz).

<sup>5</sup> Cfr. 5.1., especialmente 5.1.2. del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

<sup>6</sup> Ver 5.1. lit. b (Componentes) y 5.1.1. (pp. 130 ss.) del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

<sup>7</sup> Ver 5.1.2. párrafo 60 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

<sup>8</sup> Cfr. 5.1.2. párrafo 48 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

<sup>9</sup> Agradezco al señor *Hernán Darío Orozco López* por indicarme en una conversación que la graduación de estas medidas de la pena en caso de cooperar con el esclarecimiento de los hechos en el proceso (por ejemplo, con confesiones) por parte del inculpad no es, en lo demás, algo extraño para el derecho procesal colombiano.

debe contar, en caso de ser juzgado por delitos graves, con una pena de prisión de 15 a 20 años.<sup>10</sup>

En la implementación del Acuerdo de Paz debe, por lo tanto, crearse un nuevo derecho y unas nuevas instituciones, la justicia debe cumplir, desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, con algo excepcional y el cumplimiento de las penas tendrá que ser, en parte, definido nuevamente (especialmente en el caso de las “sanciones propias” para el que no se ha previsto pena de prisión alguna, sino “otra forma de restricción de la libertad”).

El vacío legislativo y jurisprudencial existente en esa situación empírica compleja y en el estado jurídico de inseguridad permite que los cuestionamientos de principio surjan de inmediato y se tornen decisivos para la superación del conflicto. Se pregunta qué papel pueden cumplir frente a la superación legítima del injusto la persecución penal, pero también y en parte, la renuncia a la persecución penal en el marco de la amnistía, así como las penas especiales en el marco de la Jurisdicción Especial para la Paz. El problema de la violencia que se ejecuta de forma masiva en un estado de guerra civil, en el que se confunden los delitos políticos y otros, y en el que gran parte de la población está involucrada en el conflicto, es ciertamente un caso especial de la justicia penal.

Para ser justos en un sentido intelectual con esta constelación especial es necesario

1. primero, advertir sobre los principios que en realidad identifican a la pena como institución jurídica. Cómo puede aportar la persecución penal y la punición del injusto criminal al restablecimiento o, incluso, a la creación de relaciones jurídico-pacíficas, es algo que también requiere de fundamentación dentro de una comunidad que ya ha sido organizada jurídicamente – y

<sup>10</sup> Esta medida de la pena es relativamente leve, en comparación con el derecho penal regular en Colombia, que, por su parte, prevé una pena privativa de la libertad hasta de 60 años. Problemático es, en relación con la Jurisdicción Especial para la Paz, la ejecución real de las penas. El órgano directivo de las FARC en el transcurso de los diálogos hizo varias veces énfasis en que una pena privativa de la libertad común en los establecimientos carcelarios judiciales comunes no entra para ellos en consideración. Con el Acuerdo de Paz se determinó la siguiente solución: Aquellos que confiesen los hechos, recibirán la pena más leve de 5 a 8 años, no obstante, la ejecución de la pena depende de si los hechos son confesados de forma inmediata o en un momento “posterior” (ver supra en el texto). En el primer caso, la ejecución de la pena debe darse bajo “circunstancias especiales” (“sanciones propias”), en el segundo caso bajo “circunstancias normales” (pena privativa de la libertad). Igualmente, se encarcelará conforme a las últimas circunstancias, la pena privativa de la libertad, a quienes se nieguen a cooperar y, por eso, deben contar con una pena hasta de 20 años. Cfr. también todo parágrafo 28 del Nuevo Acuerdo de Paz, en el que la forma de tratamiento judicial depende del grado de cooperación con el esclarecimiento de la verdad.

esto, tomando como punto de partida un concepto de derecho suprapositivo que tiene por fundamento la libertad del sujeto (al respecto II.).

2. En segundo lugar, el cuestionamiento sobre la función de la pena en una comunidad que ha sido constituida jurídicamente y que se encuentra en una situación grave de desconcierto, que está dividida y que ha sido vulnerada, se puede responder de forma válida, asimismo, sólo mediante el recurso a una comprensión del derecho previa al derecho positivo y fundada sobre la libertad. Deben entonces integrarse unas circunstancias especiales en el contexto de reflexión, como, por ejemplo, el fenómeno de la criminalidad masiva y habitual, de los sistemas de injusto y el problema de la distancia fáctica del Estado (infra III.).
3. en tercer lugar, consideraciones sobre la legitimidad de formas “alternativas” de la superación del injusto, especialmente, de la amnistía o de las formas especiales de las sanciones y de las “instituciones de reconciliación”. Si éstas pueden ser integradas en el contexto de la fundamentación de la pena y, de este modo, conseguir ser identificadas como modelos legítimos de superación del injusto, es algo que no se puede explicar válidamente, para el caso de la pena, a través de una argumentación teleológica y pragmática. Esto lleva a formular la pregunta de si se puede calificar como legítimas a la luz de la fundamentación de la pena las formas concretas de la amnistía parcial, de las particularidades respecto del cumplimiento de la pena y del “anzuelo”, como lo son las rebajas por las confesiones y la disposición a cooperar (IV.).

## II. Pena como institución jurídica

### 1. Pretensión de la capacidad de fundamentación

La pena estatal, cuando no debe ser determinada como un simple acto de violencia de una instancia que es, en un sentido externo, superior al condenado, debe fundamentarse como un instituto del derecho. En la pena existe una disminución individual del estatus de la libertad que, en una comunidad de ciudadanos libres e iguales, no puede afectar al individuo obedeciendo a los intereses y necesidades de los demás.<sup>11</sup> – “El beneficio de muchos no concede ningún derecho que se dirija en contra de uno” – tal como lo dijo *Kant* acertadamente.<sup>12</sup> El individuo debe poder comprender la pena, más bien, como algo que ha sido fundado precisamente respecto de él mismo conforme a una ley de la libertad.<sup>13</sup> De

<sup>11</sup> Esta afirmación aplica para los interrogantes acerca del derecho en un sentido general y, también, para los métodos que posteriormente serán discutidos en el texto sobre los métodos “alternativos” de superación del injusto.

<sup>12</sup> *Kant*, Reflexion zur Moralphilosophie, Nr. 6586, edición Akademieausgabe, tomo 19, Manuscrito póstumo, p. 97.

<sup>13</sup> “Aquella pretensión de legitimación caracteriza una comunidad que no está organizada en un orden de la justicia, en una mera relación del poder de la fuerza” (nota al pie por fuera de texto, *Köhler*, Bewußte Fahrlässigkeit, 1982, p. 134).

este modo, se descartan los enfoques de fundamentación que sitúan al individuo sencillamente en un sentido funcional respecto del aseguramiento de un estado o en la evolución reciente de una sociedad concreta. Esto rige en absoluto también para el caso en que las relaciones empíricas anhelan ante todo el orden. El enfoque hobbesiano ha fallado, en principio, al respecto: Una violencia que se procesa simplemente conforme a reglas de la prudencia y que mantiene a los seres humanos en orden, puede que se deba a la desesperación,<sup>14</sup> no obstante, no puede perdurar – por el mero hecho de que en ella no existe ningún principio que impida que una violencia opuesta surja también como producto de la prudencia y asuma el poder, justificado en ese caso de forma aparente.<sup>15</sup> Si se pregunta por una fundamentación jurídica, entonces el pensamiento funcional no puede ayudar más.<sup>16</sup>

## 2. Advertencia sobre el proceso de fundamentación<sup>17</sup>

El origen del proceso de fundamentación es el sujeto libre, quien gracias al don de la razón reconoce la necesidad de configurar la vida en común con los demás en un sentido jurídico, esto es, se concibe a sí mismo siempre puesto en relaciones jurídicas con otros sujetos de la misma especie.<sup>18</sup>

---

Ver sobre la pretensión de legitimación también *el mismo*, Der Begriff der Strafe, 1986, p. 16 s.; también *Dierksmeier*, en: Ottmann (ed.), Kants Lehre von Staat und Frieden, 2009, p. 42 (48) y *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre Fichtes, 1981, pp. 14 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *Kant*, Sobre el lema común: Esto puede ser correcto para la teoría, pero no sirve para la praxis, 1793, A 269, 270, quien habla de un “salto desesperado (salto mortal)”.

<sup>15</sup> Aquí yace igualmente el punto débil del fundamento principal de *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, 3. ed. 2008, pp. 23 ss. Sobre el debate con *Hobbes* cfr. *Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, pp. 56-71.

<sup>16</sup> Ver también *Murmann*, en: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (eds.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, pp. 189 ss., y *Gierhake*, en: Brunhöber (ed.), Strafrecht im Präventionsstaat, 2014, pp. 131 ss.; en español: “Crítica al derecho penal funcional-preventivo. A su vez un aporte a la prevención del terrorismo en un Estado de Derecho” en: Falcone/Polaino-Orts/Eckstein/Cancho Espinal/Saad-Diniz (eds.), Autores detrás del autor. Homenaje a Friedrich-Christian Schroeder en sus 80 años, 2017 (en imprenta).

<sup>17</sup> La deducción que se sigue ahora (hasta el desarrollo de la sección III. 2.) se ha impreso en sus partes más importantes también en *Gierhake*, ZRPh 2017 (en publicación).

<sup>18</sup> Cfr. al respecto *Zaczyk*, en: Gitter/Söllner/Waltermann/Giesen/Ricken (eds.), Gedächtnisschrift Meinhard Heinze, 2005, p. 1111 (1113 ss.); *el mismo*, en: Hoffmann (ed.), Das Recht als Form der “Gemeinschaft freier Wesen als solcher”, Fichtes Rechtsphilosophie in ihren aktuellen Bezügen, 2014, pp. 25 ss. Una visión de fundamentos *Fichte*, en: Medicus (ed.), Ausgewählte Werke in sechs Bänden, tomo 2, 1796: Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissen-

Que el orden de igualdad fundamental propio de la perspectiva de la razón sea accesible y planteado en su origen como algo equivalente a la libertad natural y que de ahí se produzca el requisito a priori de la entrada conjunta a un estadio jurídico, lo desarrolló *Kant* en un sentido universal.<sup>19</sup> Por ello, una comunidad jurídica constituida se comprende correctamente, en principio, sólo como una unidad de sujetos individuales de derecho que se fundamenta por sí misma:<sup>20</sup> la unión de una cantidad de seres humanos bajo leyes jurídicas que se puede determinar por sí mismas en sus relaciones externas a través de la voluntad general unificada.<sup>21</sup> Las leyes jurídicas son ahí aquellas que posibilitan y realizan la vida en común conforme al principio de la libertad.<sup>22</sup> Las relaciones jurídicas se concretan y se forman en ellas, no obstante, se sustentan además en la capacidad fundamental de reconocimiento de la razón de los sujetos particulares, que reafirma, por regla, una y otra vez la validez de la ley mediante el actuar ajustado a derecho y, con ello, también, la validez del principio de la libertad;<sup>23</sup> los sujetos permanecen, en cierto modo, “en sí mismos”, actúan, de hecho, en concordancia con la razón propia y con la que es dada universalmente.

Este “estar en sentido puro” consigo mismo encuentra, sin embargo, un final cuando el sujeto mediante el paso al injusto se pone así mismo en contradicción con el derecho que él mismo lleva, que ha sido confundido por él mismo, esto exactamente también en la forma del estadio jurídico concreto. Esto puede tener diversas causas, – corrupción de sí mismo, debilidades respecto de las inclinaciones, pero también respecto de las circunstancias externas que aparentan con ser superiores y ante las que el sujeto se encuentra desamparado. En todo caso, la decisión propia de lesionar el derecho es un momento decisivo de la relación consigo mismo del sujeto y, al mismo tiempo, en su relación con los demás: Con su actuar sale aparentemente de la comunidad de los seres racionales, niega la base del derecho, el principio de la libertad. El actuar del injusto es, en este sentido, un quebrantamiento externo del derecho y, asimismo, una perversión en el sujeto, que consigue que su relación con los demás sea quebrantada, en el caso del injusto criminal, que sea lesionada en su fundamento.<sup>24</sup>

---

schaftslehre, §§ 3 y 4, pp. 34 y ss. *Hoffmann* calificó al Derecho en este contexto, de manera acertada, como el “ordenamiento de coexistencia ajustada a la razón de los seres racionales finitos” (en: Hoffmann [Op. cit.], p. 13).

<sup>19</sup> Cfr. *Kant*, Metaphysik der Sitten, 1. ed. 1797, 2. ed. 1798, citado aquí conforme a la obra editada por Weischedel, tomo 8, Einteilung der Rechtslehre (AB 45) y §§ 41 ss. (A 154 ss., B 154 ss.).

<sup>20</sup> Cfr. *Kant* (nota 19), § 47, A 169, B 199.

<sup>21</sup> Cfr. *Kant* (nota 19), §§ 45-49, A 164 ss., B 194 ss.

<sup>22</sup> Cfr. *Wolff*, en: Hassemer (ed.), Strafrechtspolitik, 1987, p. 137 (199 s.).

<sup>23</sup> Cfr. *Zaczyk*, Das Unrecht der versuchten Tat, 1989, p. 165.

<sup>24</sup> Cfr. sobre la deducción, fundamentación y más evidencias ver *Gierhake*, Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der Kantischen Rechtslehre, 2005, pp. 108 ss., de

La característica esencial del injusto penalmente relevante consiste en que la desfiguración propia del sujeto que actúa y lesiona la relación interpersonal con otros tal que la importancia de ser igual que el otro y, con ella, la validez del principio jurídico universal de la libertad para todos se cuestiona – y esto por parte de un co-sujeto que en principio es capaz de razonar y es mayor de edad. El sujeto hace de la lesión externa de la libertad una máxima de la acción irracional, afirma, por tanto, lo irracional como si fuera la razón. El derecho vigente es atacado mediante este hecho de dos formas: Primero, como derecho del individuo al reconocimiento de su estatus de libertad, segundo, como derecho de todos los que han generalizado la idea del reconocimiento y han erigido, desarrollado y asegurado un ordenamiento jurídico sobre esta base.<sup>25</sup>

El injusto penal no puede ser correctamente definido, por lo tanto, como una mera lesión al bien jurídico,<sup>26</sup> tampoco como

---

forma resumida pp. 121-123. En cuanto a los fundamentos Wolff (nota 22), pp. 211 ss.

<sup>25</sup> Ver sobre este planteamiento – principalmente *hegeliano* – desarrollado ya en Köhler, en: Küper/Puppe/Tenckhoff (eds.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, p. 11 (17 ss.). Ver en total sobre la filosofía del derecho penal de Hegel: Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821, edición Werkausgabe stw, tomo 7, 5. ed. 1996, §§ 90 ss., 218 und 220. Al respecto Gierhake (nota 24), pp. 110-123 y 135-141; Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts, 1987, pp. 57 ss.; Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, 1991; Köhler (Op. cit.), pp. 11 ss.; Luf, en: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (eds.), Strafe – Warum?, Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, 2011, pp. 111 ss.; Mayer, en: Bockelmann/Kaufmann/Klug (eds.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, pp. 54 ss.; Ramb, Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer, 2005, pp. 16 ss.; Schild, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht 29 (1978), 5; *el mismo*, en: Heintel (ed.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens, 1979, pp. 199 ss.; *el mismo*, en: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Op. cit.), pp. 97 ss.; Seelmann, JuS 1979, 687; *el mismo*, ARSP 79 (1993), 228; Stübinger, Das “idealisierte” Strafrecht, 2008, pp. 288 ss.; Zabel, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, pp. 117 ss.

<sup>26</sup> En este sentido, sobre todo, los defensores de la “doctrina de los bienes jurídicos”, ver, por ejemplo, Hassemer/Neumann, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, tomo 1, 4. ed. 2013, Vor § 1 nm. 108 ss.; Rudolphi/Jäger, en: Wolter (ed.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 1, 8. ed., Vor § 1 nm. 1-12; Naucke, Strafrecht, Eine Einführung 10. ed. 2002, § 6 nm. 63; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo 1, 4. ed. 2006, § 2 nm. 2-96; Marx, Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”, 1972. Presentación con muchas evidencias en Gierhake, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe, 2013, pp. 216 ss. y Swoboda, ZStW 122 (2010), 24. Cfr. sobre las raíces del concepto del bien jurídico en la teoría

una simple defraudación de la norma,<sup>27</sup> y menos como lesión a un deber de cooperar en un estado de liberalidad por sí misma.<sup>28</sup> Si bien, la lesión al bien jurídico es la forma de lesión al reconocimiento que se puede reconocer externamente; y, de este modo, el hecho de que la acción provenga de un ser racional, hace que exista en ella, en efecto, también un ataque a la validez (universal) del derecho. Lo es de suyo, igualmente, también la forma consolidada externamente de la juridicidad liberal, el estado del derecho – como forma de existencia de la libertad que se ha institucionalizado – y que es lesionado a través del injusto criminal. Pero, por qué existe en el comportamiento externo de quien lesiona al mismo tiempo una lesión de la vigencia de la norma, es algo que se puede explicar solamente cuando la decisión interna hacia el injusto es entendida también como la decisión sobre el desprestigio de los demás y, con ello, como contradicción (a sí mismo) en contra de las relaciones de libertad.<sup>29</sup>

El comportamiento que lesiona la libertad en la relación autor-víctima es, por ello, de importancia universal, puesto que la relación jurídica en un comienzo íntegra (ilesa) de los dos sujetos de la razón configura el núcleo del ámbito común del derecho y el principio de su integridad, por lo tanto, el reconocer de la libertad ajena dado de manera universal es lo que constituye el fundamento de la validez del derecho.<sup>30</sup> Quien ataque, por lo tanto, los elementos concretos de la libertad<sup>31</sup> de otro, por ejemplo, a través de una lesión personal, un homicidio, coacción, privación de la libertad, hurto, etc. cambia el núcleo del derecho por un núcleo del injusto y se orienta, con ello, si ponemos en términos más generales la idea, también en contra del principio del derecho que es fundamental para todo el contexto (en Hegel:

---

de la violación del bien jurídico de Feuerbach y sobre el desarrollo histórico del concepto (iniciado con Birnbaum, 1834) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, pp. 28 ss. Ver también el debate crítico con el concepto de derecho de Binding en Wolff (nota 22), pp. 145-149.

<sup>27</sup> Sobre este último aspecto ver Jakobs, en: Yu-hsiu Hsu (ed.), Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure – An Anthology in Memory of Professor Fu-Tsung Hung, 2003, p. 41 (42); teniendo en cuenta ya este tema *el mismo*, en: Isensee (ed.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, 1992, pp. 37 ss. De forma más detallada respecto del planteamiento de Jakobs ver seguidamente en el texto.

<sup>28</sup> En este sentido Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, pp. 90 ss. (ver, no obstante, al respecto posteriormente en el texto). En posición similar desarrollado ya en Schild, en: Zaczyk/Köhler/Kahlo (eds.), Festschrift für E. A. Wolff, 1998, pp. 429 ss.

<sup>29</sup> Con mayor precisión respecto de esta comprensión del injusto ver Gierhake (nota 15), pp. 247-256.

<sup>30</sup> Cfr. al respecto también Zaczyk, (nota 18), pp. 36 ss.

<sup>31</sup> Zaczyk (nota 23), pp. 165 ss., lo denominó acertadamente “elementos de existencia de la libertad”.

“capacidad jurídica”) en realidad.<sup>32</sup> La autodeterminación (jurídica) del sujeto fracasa, con ello, fundamentalmente – sobre el plano de la relación consigo mismo (en el “Yo” del autor – siempre pensado como algo que se integra con lo universal) así como en la relación de interpersonalidad inmediata (entre el autor y la víctima), como también y en absoluto sobre el plano de las relaciones jurídicas constituidas, institucionalizadas (universalidad jurídica, Estado).

La pena reacciona compensando esa lesión del derecho y contiene a partir de esa idea de compensación su legitimación. Ella opera en la relación interpersonal entre el autor y la víctima, así como en la relación de la universalidad restituyendo la validez del derecho.<sup>33</sup> La capacidad de errar del sujeto, su desprecio respecto del otro y su negación del derecho por la que ha de responder dado que tiene origen en su voluntad,<sup>34</sup> no pueden existir como lo irracional que se ha vuelto real, no puede pretender validez alguna. Se superan por sí mismas conforme a su sentido; la pena hace “real” esta autosuperación.

### III. Pena en un estado de inseguridad del derecho

Las reflexiones realizadas hasta el momento han dejado a un lado el problema sobre qué significado tendrían las estructuras jurídicas, que han sido constituidas de una forma concreta, esto es, el Estado, para la fundamentación de la pena. Si bien también el plano de la lesión de la juridicidad concreta que trae consigo el delito, ya ha sido mencionada en el Estado; para referirse, no obstante, a las dificultades que se producen para la fundamentación de la pena cuando las relaciones estatales entran en crisis, esto es, cuando la realidad del derecho se encuentra en un momento de inseguridad fundamental, las relaciones de paz jurídica que se han consolidado se muestran frágiles de forma generalizada y una vida en injusto pareciera ser la regla, tienen entonces que integrarse estos planos precisamente en el proceso de fundamentación.

La atención se centra, por lo tanto, en las situaciones de crisis estatales.<sup>35</sup> Bien sea en un estado de guerra civil,<sup>36</sup> o, en

<sup>32</sup> Cfr. *Hegel* (nota 25), § 95, p. 181. Al respecto *Köhler* (nota 25), pp. 17-20.

<sup>33</sup> Cfr. sobre esta fundamentación de la pena nuevamente en las referencias de la nota al pie 25.

<sup>34</sup> Aquí se halla el núcleo del concepto de culpabilidad como la “decisión (proceso de decisión) libre y (autodeterminada) por la máxima del injusto, esto es, por la violación del derecho ‘como derecho’ en cierta forma típica (culpabilidad con voluntad – ‘Willensschuld’)”, *Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, p. 348. Ver también *Zaczyk*, en: *Dannecker/Langer/Ranft* (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007*, 2007, p. 191 (195 ss.).

<sup>35</sup> “Situaciones de cambios radicales” existen en múltiples formas; en este caso, en atención al proceso de paz colombiano, se deben tener presentes aquellas situaciones que se han dado conflictos internos de muchos años de duración, como guerras civiles. No hacen parte del enfoque de la siguiente intervención – y al tiempo del contexto

la desintegración de las estructuras del Estado, no es precisamente la juridicidad constituida, sino la inseguridad que se asemeja al estado de naturaleza<sup>37</sup> lo que caracteriza el panorama de la comunidad jurídica: un pueblo que está dividido internamente, un Estado<sup>38</sup> cuyas instituciones amenazan con quedarse sin poder, leyes que son ineficaces, regiones que en su totalidad no se encuentran ya bajo el dominio estatal. A esto se le suman relaciones sociales que

intelectual – los cambios típicos de régimen (de “injusto de sistema al Estado de derecho”) y los conflictos interestatales. Sobre el concepto y las formas típicas de la “justicia transicional” ver, en primer lugar, *Form*, en: *Kuretsidis-Haider/Garscha* (eds.), *Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg*, 2010, pp. 15 ss.; *Palmer/Clark/Granville* (eds.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, 2012; *Werle*, en: *Muñoz Conde/Vormbaum* (eds.), *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, 2008, pp. 15 ss.

<sup>36</sup> “Guerra civil” no es un concepto de derecho que se haya determinado de manera definitiva. En el derecho internacional vigente se habla, en su lugar, de “conflictos armados no-internacionales”, en los que existen igualmente dificultades con una definición unitaria (ver, por ejemplo, *Sager*, *Voraussetzungen der Strafbarkeit von Kriegsverbrechen in nicht-internationalen bewaffneten Konflikten*, 2011, pp. 38 ss. [con evidencias] también *Zischg*, *Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt und Völkerrecht*, 1996, pp. 26 ss.); los elementos de definición que se deben aplicar son, al parecer, los siguientes: Se debe tratar de una “violencia armada prolongada” (“protracted armed violence”) entre las “autoridades gubernamentales y grupos armados, o, entre dichos grupos con un Estado” (“governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”) – las partes del conflicto tienen, por lo tanto, que mostrar un cierto grado de organización interna (ver también al respecto *Sager* [Op. cit.], con referencia a la evolución conceptual mediante tribunales ad hoc y con la Corte Penal Internacional, así como al trabajo de *Cullen*, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Criminal Law*, 2010; cfr. sobre diversos rasgos y manifestaciones de la “guerra civil”, primeramente, *Lombardi*, *Bürgerkrieg und Völkerrecht*, 1976, §§ 1 y 2; sobre la historia de la normativización del derecho internacional hasta el Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949 ver *Moir*, *The Law of Internal Armed Conflict*, 2002, pp. 1-29.

<sup>37</sup> Aquí se ha mencionado ya que con “estado de naturaleza” se está haciendo una referencia no en el sentido de *Hobbes*, del estado sin un derecho en absoluto, sino en el sentido de un estado inseguro del derecho en el sentido de *Kant*. Cfr. al respecto, primeramente, *Kant* (nota 19), §§ 41 y 42, A 154 ss., B 154 ss. Cfr., además, las referencias en la nota al pie 46.

<sup>38</sup> *Kant* lo delimita de forma ilustrativa como un “pueblo que lucha con su enfermedad interna” (*Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, 1796, edición Werkausgabe stw, tomo 11, Artículo 5 preliminar, BA 12).

tiene la potencialidad de generar conflictos, como lo son, la extensa pobreza, la carencia de oportunidades de educación y la violencia cotidiana.

Estas circunstancias tienen un significado esencial tanto para el estado jurídico que se ha logrado constituir de forma concreta, así como para la autopercepción y la interioridad de los sujetos que viven en ella; dos elementos esenciales de la realización del derecho (constitución del Estado y la fundamentación subjetiva del derecho) y de la justicia penal vinculada con ella se ven, por lo tanto, afectadas de este modo.

Que se trata de un estado que se supera a partir de los argumentos de la razón, es indudable: La incertidumbre jurídica no es compatible con la coexistencia de seres libres; estos deben anhelar, en virtud de su capacidad de comprender la razón, la creación de relaciones en las que puedan gozar su derecho. Su vida ha sido designada para que crean y garanticen las condiciones que los lleve a la realización de una vida libre, esto es, que generen un estado jurídico en el que tenga cabida entonces también la justicia penal.

No obstante, es también necesario aclarar si a partir de la inseguridad y de la suspensión parcial y fáctica del estado jurídico se sigue que reacciones limitantes de la libertad, “que castigan” y responden al injusto interpersonal más grave (por ejemplo, homicidio, lesiones personales o violaciones sexuales)<sup>39</sup> se encuentran por fuera de un contexto jurídico determinable, para perder, por su parte, su legitimación y degenerar en mera violencia o venganza. Es igualmente necesario explicar qué significado tiene para la justicia penal la inseguridad subjetiva de los sujetos de derecho que se da mediante circunstancias de crisis.

Existen muchos enfoques argumentativos para estos problemas que permiten presumir que la pena legítima está vinculada con la constitucionalidad estatal, o bien, con el cumplimiento “real” de la norma, esto es, con la validez “real” de la norma, tal que tendría que negarse, por consiguiente, una justificación de la pena para los casos de crisis del tipo ya mencionado, esto, en todo caso, si no se puede hablar más y en absoluto de una constitución jurídica y de una validez jurídica, por lo tanto, cuando la sociedad – hablando en un sentido teórico-estatal – ha recaído en el estado de naturaleza.

### 1. Constitución del Estado como condición de la pena: estado de naturaleza y estado jurídico en Immanuel Kant – Significado para la pena

El primer enfoque de argumentación podría considerarse en tanto que para la pena como institución jurídica se presupone un estado jurídico que existe, un Estado constituido.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Un problema adicional se da cuando los hechos de injusto alcanzan, como “delitos políticos”, otra cualidad tal que se dirijan en contra del poder establecido del Estado. Esto debe reflexionarse de manera profunda especialmente en la pregunta por la legitimación de la amnistía.

<sup>40</sup> Así e.o. Zaczyk (nota 23), pp. 187, 188, 196, 200, 201; Schild (nota 28), p. 431: “De este modo sólo puede darse un derecho penal dentro de la formación del Estado [...]”; *el*

### a) El estado jurídico

En la doctrina del derecho de Immanuel Kant se hace mención al derecho penal sólo después hacer una introducción a toda la estructura de la condición jurídica del Estado. Kant define el derecho penal como el “derecho que tiene el soberano, con respecto de aquél que le está sometido, de imponerle una pena (“Schmerz”) por su delito”<sup>41</sup>.

Esto presupone en la doctrina kantiana del derecho una estructura jurídica en la que la voluntad general ha tomado forma mediante una constitución, y la autodeterminación del pueblo, así constituido, se ejerce a través de tres poderes estatales (la legislación, el poder ejecutivo y la jurisprudencia).<sup>42</sup> Un estado como tal es, según Kant, el “estado jurídico”, esto es, el “estado del derecho público”.<sup>43</sup>

En el “estado del derecho privado o de naturaleza” (no constituido) hay, por el contrario, una carencia de esta estructura de la justicia pública; cada forma de adquisición del derecho es aquí solo casual y provisoria; esta será jurídica y definitiva solo cuando domine la voluntad general racional en lugar de la voluntad subjetiva y particular.<sup>44</sup>

Los individuos en un pueblo son, primero, en el tránsito al estado jurídico y como ciudadanos de un poder externo de legislación pública, súbditos – en este sentido “sumisos” – y han abandonado, de este modo, el estado con ausencia de ley, el estado de amenaza permanente.<sup>45</sup>

De no existir las estructuras estatales, no habría, no obstante, un estado de injusticia como tal, pero sí un estado de ausencia del derecho en tanto que a falta de un poder público no es posible producir un ordenamiento legal de las esferas de la libertad, un ejercicio del derecho que corresponda con la voluntad general y, sobre todo, jamás podría darse un vínculo definitivo dentro de las relaciones jurídicas dada la ausencia del poder judicial.<sup>46</sup> El concepto

*mismo*, ARSP (70) 1984, 71 (79 s.): “Derecho penal existe sólo en el estado burgués, en el Estado [...], y sólo como derecho público, esto es, como suma de leyes, ‘que requieren de una promulgación general para producir un estado jurídico’” (cfr. también p. 81 s.); *el mismo*, en: Heinze/Schmitt (eds.), Festschrift für Wolfgang Gitter zum 65. Geburtstag, 1995, p. 831 (836 s.). *Oberer*, en: Brandt (ed.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, p. 399 (407 s.).

<sup>41</sup> Kant (nota 19), Rechtslehre, Allgemeine Anmerkung E (A 195, B 196), N. d. T.: La transcripción de la cita corresponde a la traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho a La Metafísica de las Costumbres, 4. ed. 2008, pp. 165 y s.

<sup>42</sup> Cfr. al respecto Kant (nota 19), Rechtslehre, § 43-49, A 161-172, B 191-202.

<sup>43</sup> Kant (nota 19), Rechtslehre, § 41, A 154 ss., B 154 ss.

<sup>44</sup> Cfr. Jacob, Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung, 2010, p. 62.

<sup>45</sup> Cfr. sobre esta expresión Kant (nota 38), Zweiter Abschnitt, \*-Anm., BA 19.

<sup>46</sup> Ver Kant (nota 19), Rechtslehre, § 44, A 163 s., B 193 s. Ver en total sobre la transición del derecho privado al derecho público en Kant: Bartuschat, Philosophisches Jahrbuch

del derecho es por sí mismo, por lo tanto, el que impulsa su propia realización a través del establecimiento de estructuras e instituciones jurídicas. – Esto es a lo que *Kant* se refiere cuando explica que a partir del derecho privado en el estado de naturaleza surge el postulado del derecho público.<sup>47</sup>

*b) Justicia penal*

Esta cooperación conjunta de la legislación, del poder ejecutivo y de la jurisprudencia como forma de la autodeterminación de un pueblo es también necesaria para la determinación, la aplicación y el establecimiento del carácter vinculante de las leyes penales, para poder afirmar que el derecho tanto del pueblo, como del ciudadano que comete el hecho punible, será real. En el Estado existe un contexto de legitimación entre el ciudadano que se convierte en delincuente, el derecho que él quebranta, el ejecutivo que ejerce el derecho respecto de él y el juez que dicta el fallo.

Si se trata, por el contrario, de un “estado de naturaleza”, la pena no puede, por ello, tener realidad jurídica, puesto que ni siquiera se ha establecido, qué derecho debe aplicarse (las leyes positivas no existen) y quién puede ser un juez legítimo. Ambos aspectos no pueden presentarse a la comunidad jurídica, por ejemplo, como algo “externo”, sino que deben estar vinculados, como parte de la estructura de la división de poderes, con la voluntad del pueblo que se constituye así mismo.<sup>48</sup> Una “representación” en la legislación, así como en el ejercicio del poder judicial, es imposible: Debe tratarse igualmente del derecho de aquél ciudadano que lo quebranta, y la judicatura está sujeta a la ley del derecho (que proviene de la voluntad general).

El derecho penal presupone, en este contexto, no sólo y en absoluto que el derecho sea quebrantado en la relación interpersonal – esto podría pensarse también ya en el estado de naturaleza –, sino, más bien, que un derecho dado por medio de la voluntad general del pueblo sea lesionado; asimismo, existe sólo en el Estado las estructuras de persecución penal y ejecución de la pena necesarias y refrendadas por el pueblo, esto es, un ejecutivo y, ante todo, una jurisprudencia que pueda generar fallos válidos.<sup>49</sup>

94 (1987), 24 (33 ss.); *Fulda*, Jahrbuch für Recht und Ethik 5 (1997), 267; *Herb/Ludwig*, Kant-Studien 84 (1993), 283; *Jacob*, Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung, 2010, pp. 42-45 y 53-64; *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, 1993, pp. 325 ss.; *Niebling*, Das Staatsrecht in der Rechtslehre Kants, 2005, pp. 62-94; *Unruh*, Die Herrschaft der Vernunft, 1993, pp. 85-106; *Wawrzinek*, Die “wahre Republik” und das “Bündel von Kompromissen”: Die Staatsphilosophie Immanuel Kants im Vergleich mit der Theorie des amerikanischen Federalist, 2009, 87 ss.

<sup>47</sup> *Kant* (nota 19), Rechtslehre, § 42, A 157, B 156.

<sup>48</sup> *Kant* (nota 19), Rechtslehre, § 45, A 165, B 195. Cfr. al respecto también *Köhler*, en: Dreckrath/Willoweit/Biskup (eds.), Rechtsprechung und Justizhoheit, Festschrift für Götz Landwehr zum 80. Geburtstag, 2015, pp. 393 ss.

<sup>49</sup> El derecho penal como “derecho” requiere de “una base de comunidad constituida [...] que primero funda independencia

*c) Resultado parcial*

Si un pueblo que se ha constituido estatalmente se llega a encontrar en un estado de crisis, se desintegra la estructura constitucional y la comunidad jurídica cae en un estado de ausencia de Estado, necesitará, en primer lugar, una nueva constitución del pueblo, la creación de una justicia pública. El derecho penal puede llegar a ser nuevamente (real) como parte de una voluntad general constituida. La pena no es, según esto, algo así como un medio para la reconstitución, sino que está condicionada por ella.

Mientras que, no obstante, la constitución del Estado exista, esto es, mientras que un Estado sea real, también el derecho penal puede y debe, en principio, tener realidad en su funcionamiento como parte de la realización de la libertad.

Para poder fundamentar un derecho penal estatal aún en “situaciones de crisis”, debe el Estado al menos existir por sí mismo. De ser así, es esencialmente un acto de la estimación de la situación empírica y un acto de subsunción bajo el concepto fundamental del Estado. En un estado de “ausencia del Estado” hacen falta, en un sentido práctico, no sólo los actores de la persecución penal (policía, fiscalía, juez etc.), sino también el contexto de legitimación que se produce a través de la constitución. La pena no puede “traerse” a este contexto desde un punto de vista externo.

*2. Pena en diversos niveles de la realización del derecho en Hegel*

En el proceso de fundamentación advertido anteriormente (II. 2.) se ha realizado ya una introducción a los tres elementos de la fundamentación hegeliana de la pena: Primero, la fundamentación abstracta y jurídico-racional (relación conceptual derecho-injusto-delito-pena), segundo, el lado de la interioridad del autor (“culpa” – “Verschulden”) y, tercero, la conexión con cada estado de paz jurídico

y sobre ello descansa, por lo tanto, el derecho penal, visto tanto a partir de su presupuesto (el injusto) como de su consecuencia (la pena). El derecho penal presupone una comunidad estatal ya existente junto con el “autor” como ciudadano, esta es perturbada a través del hecho (y, esto es: en el nivel subordinado de su existencia como libre) y, por consiguiente, se restablece por medio de la pena” (*Zaczyk* [nota 23], pp. 187 s.). Es más: La violación tendría “una calidad adicional tal que los bienes jurídicos de la comunidad jurídica sean reconocidos y esta comunidad [el Estado] garantiza también su mantenimiento. [...] El injusto [tiene], por ello, también siempre un significado general: la confianza del individuo en una existencia en libertad se dirige, en una comunidad estatal constituida, no solo hacia el otro y a cada uno de los que trate, sino también hacia la comunidad como un todo. Cuando también la violación sucede de forma inmediata por parte del individuo, entonces el restablecimiento del estado jurídico es, en efecto mediante aquel lado general, una tarea que sólo puede darse bajo la cooperación del Estado”. (*Zaczyk* [nota 23], pp. 200 s.). Sobre esta idea en el contexto de la filosofía del derecho de *Hegel*: *Zabel* (nota 25), p. 119.

(estatal) que se haya concretado.<sup>50</sup> Sólo la unidad de todos los momentos es lo que, según *Hegel*, constituye la realidad de la justicia penal, en sus palabras: La “reconciliación verdadera del Derecho consigo mismo”.<sup>51</sup>

En este lugar, deben revisarse con mayor detalle dos aspectos del proceso de reflexión que sólo han sido mencionados en las consideraciones que se han realizado hasta el momento, que, no obstante, son decisivas para el cuestionamiento de la fundamentación de la pena en las relaciones de la sociedad que se encuentran en crisis:

Primero, la manera de poder fallar que se encuentra en el sujeto (el aspecto subjetivo del delito, a continuación infra a) y, segundo, el significado de una comunidad estatal que se ha constituido de forma concreta (aspecto objetivo del delito b) para el proceso de fundamentación.

*Hegel* escribe, primero, que el derecho, cuya lesión es el delito, en tanto es “lo universal” adquiere más formas<sup>52</sup> que desarrolla en las etapas de la moralidad y la eticidad.<sup>53</sup> El derecho, el delito y, también, la pena, tiene, por lo tanto, una definición conceptual y abstracta, vigente (en el “derecho abstracto”), que, no obstante, no asimila aún todos los aspectos del concepto del derecho, si no se tienen en cuenta, al tiempo, la moralidad y la eticidad.<sup>54</sup>

#### a) El lado subjetivo del delito

En la moralidad<sup>55</sup> se muestra el lado subjetivo del proceso de la voluntad y de la culpa (“Verschulden”) del sujeto individual.<sup>56</sup> La voluntad del delincuente está centrada en “hacer predominar la propia particularidad sobre lo universal y [en] realizarla por medio de su actuar.”<sup>57</sup> La interioridad del sujeto se dirige, por lo tanto, en contra de la (razón de la) universalidad, la cual no le es ajena – no se opone a ella –, sino que se debe esencialmente a él como un ser racional. El

sujeto disfraza de universal con su acto de voluntad su propia particularidad. Él configura algo como debido, aunque es consciente de que para él es también algo “no debido”. La “nulidad-en sí (auto-negación) del delito se fundamenta en la conciencia subjetiva de la rectitud, o bien, del derecho, del autor mismo”.<sup>58</sup> La superación de esta alteración en el sujeto con voluntad es el lado moral de la pena; la necesidad de mantenerse verdaderamente conforme a la universalidad es también comprensible en el mismo sujeto que actúa; y la contradicción señalada no puede existir, puesto que el sujeto no puede fingir a largo plazo su razón. En la decisión por el delito se ha puesto, por lo tanto, ya la razón de la solución a la contradicción: Ningún ser racional puede mantener a largo plazo la tensión que surge por llevar una vida en contra de la voz de la propia conciencia. Esta contradicción propia es la esencia de la pena en la moralidad, el núcleo del proceso subjetivo de la culpa y de la superación por medio de la pena.<sup>59</sup>

La universalidad que es “reemplazada” por la particularidad de la voluntad criminal es en el estado de las estructuras jurídicas constituidas una realización de la libertad que se consolida mediante instituciones: La sociedad burguesa tiene una estructura liberal ordenada,<sup>60</sup> el Estado está pensado como lo “ideal”, como realidad de la voluntad sustancial, como la realización de la libertad en un sentido absoluto.<sup>61</sup>

Que la libertad tenga una realidad, que las estructuras del aseguramiento de la libertad existan y que esas estructuras estén vinculadas también al individuo en la conciencia de la libertad, tiene importancia también para la interioridad del sujeto: No se le ha señalado que deba realizar por sí mismo en cada acción de la vida cotidiana la reflexión que le sea posible sobre lo jurídicamente correcto, sino que él se encuentra, más bien, rodeado de un actuar jurídico cotidiano; mediante una conciencia universal de la validez del derecho, en la cual puede ser ubicado el sujeto, se encuentra un sustento.

Por el contrario, se puede demostrar que una caída en crisis de dichas estructuras a largo plazo puede tener efectos sobre el sujeto.<sup>62</sup> Si bien, su identidad liberal es independiente de circunstancias externas; sigue siendo un ser libre con capacidad de comprender la razón y, de este modo, también, de ser un sujeto de imputación. No obstante, para el proceso de culpa es también relevante el hecho de que el mundo, el derecho, que rodea al sujeto amenace con colapsar, que viva dentro de relaciones en las que ya no pueda confiar más en la “realidad de la libertad” o que, según las circunstancias, nunca haya conocido dichas relaciones.

<sup>50</sup> *Kleszczewski* (nota 25), p. 285 lo expresa así: “Principio fundamental de la pena”. Ver al respecto también *Zabel* (nota 25), p. 106.

<sup>51</sup> *Hegel* (nota 25), § 220.

<sup>52</sup> *Hegel* (nota 25), § 95, Anm.

<sup>53</sup> Cfr. al respecto una sinopsis en § 33 de sus Principios.

<sup>54</sup> Cfr. en este sentido ya *Schild* (nota 25 – Tradition), p. 199 (208 s.). Una sinopsis en *Luf* (nota 25), p. 111 ss.

<sup>55</sup> *Hegel* (nota 25), §§ 105-141.

<sup>56</sup> Al respecto *Köhler*, (nota 25), pp. 20-25, en un sentido de fundamentación *el mismo* (nota 13), pp. 206 ss.; *Kleszczewski* (nota 25), pp. 78-137.

<sup>57</sup> *Hegel* (nota 25), § 139; N. d. T.: La cita ha sido tomada de la traducción de *Juan Luis Vermaal – Hegel*, Principios de la Filosofía del Derecho, 2005 – y adaptada para esta traducción. La oración completa en el texto de *Hegel* traducido por *Vermaal* es la siguiente: “§ 139. Al establecer la vanidad de todas las demás determinaciones vigentes y permanecer en la pura interioridad de la voluntad, la autoconciencia es posibilidad de convertir en principio tanto lo en y por sí universal como el arbitrio, de hacer predominar la propia particularidad sobre lo universal, y de realizarla por medio de su actuar; en otras palabras, tiene la posibilidad de ser mala”.

<sup>58</sup> *Köhler* (nota 25), p. 20.

<sup>59</sup> Cfr. al respecto también *Köhler* (nota 13 – Strafe), pp. 63 s.

<sup>60</sup> *Hegel* (nota 25), § 188, p. 346.

<sup>61</sup> *Hegel* (nota 25), § 258, p. 399 y el apéndice a § 258, p. 403.

<sup>62</sup> Ver al respecto también el análisis riguroso de las “Consecuencias de la crisis social” para el delito en la sociedad burguesa en *Kleszczewski* (nota 25), pp. 219 ss.

La necesidad de la validez real del derecho está relacionada con que el desarrollo de un “mantenimiento” jurídico tenga que ser sostenido también bajo circunstancias reales. Los sujetos en un entorno jurídico-liberal tienen que tener la oportunidad de desarrollar<sup>63</sup> una acción correspondiente y poder ver en la vida cotidiana que su confianza en la validez del derecho es reafirmada. Si decae dicho contexto o generaciones completas crecen sin un sostén jurídico<sup>64</sup> entonces el sujeto no puede en absoluto desarrollarse plenamente. Esto muestra que también la formación hacia la libertad en el contexto de la vida cotidiana juega un papel importante para la realización de las relaciones liberales.<sup>65</sup> El niño debe, por consiguiente, ser primero puesto en una situación para desarrollar una conciencia del derecho y el sujeto libre debe verse fortalecido y ratificado en su conciencia en el momento de llevar a cabo su vida cotidiana.

Si faltan las respectivas condiciones, entonces puede llegarse a una escisión para este caso típica en el sujeto:

La capacidad de autopuesta racional y la comprensión de la necesidad de las relaciones jurídicas que se vincula con ello son independientes de las dificultades externas, empíricas: la voluntad libre tampoco se excluye por medio de condiciones de existencia: El proceso de la culpa (“Verschulden”) que ha sido expuesto como algo jurídico-abstracto y moral sigue existiendo; la conciencia, como instancia de la libertad en el sujeto, es independiente a lo empírico.<sup>66</sup>

De otra parte, la “regresión a la realidad de la razón”<sup>67</sup> tiene efecto en las relaciones jurídicas a través de la caída de una sociedad y la pérdida de estabilidad de tal forma que la orientación en lo referido a lo correcto para el derecho se hace difícil. El sujeto tiene que demostrar una cierta fortaleza interna para poder reflexionar acerca de su propia razón también en contraposición con las debilidades de la razón que dominan en su entorno. La autocomprensión del trato de los unos con los otros, que se da en las relaciones que han sido constituidas jurídicamente, puede ser cubierta, en caso extremo, por una apariencia antijurídica de la violencia y del arbitrio (por lo tanto, por una “aparición universal de la validez del derecho”), tal que el sujeto crea que debe encajar en dicha apariencia del derecho vigente con un quebrantamiento del derecho. Esto hace que la contradicción que se halla en el delito, sea, empero, cognoscible, que el injusto, no obstante, pueda encajar en el contexto de la falsa apariencia y, por ello, ya no sea del todo manifiesto. En un sentido subjetivo, esto significa para el delincuente que la auto-corrupción que existe en cada delito (“Yo me aparto excepcionalmente de lo universal, porque [...]”) es

simplificada (“Yo hago simplemente lo que todos hacen”).<sup>68</sup> Esto debe considerarse como un atenuante en el marco de la graduación de la culpabilidad y la pena.

#### b) El lado objetivo del delito

En la Eticidad – lo que *Hegel* comprende, entre otros, como la sociedad burguesa y el Estado – se encuentra la mediación de los componentes subjetivos y objetivos en el contexto social concreto.

En cuanto a lo último, el delito contiene en una sociedad en la que las posiciones de la libertad tienen reconocimiento y validez legales el significado de lesionar la “cosa universal” traída ahora en las formas concretas del derecho, esto es, la afianzada y fuerte unidad del derecho.<sup>69</sup> Aquí se demuestra que el delito y la pena deben ser comprendidos no en su plena abstracción, sino siempre en relación con un derecho que es vigente para una comunidad jurídica, en un derecho ya positivizado y con las estructuras concretas de su constitución.<sup>70</sup> Las estructuras racionales de la sociedad que tienen fundamento, de un lado, en el sujeto racional, son reafirmadas, de otro, en el diario y en la conciencia del individuo con cada contacto que se da entre seres humanos.<sup>71</sup> La libertad consciente se hace, de este modo, real.<sup>72</sup>

Por esta razón no es una contracción si, para una fundamentación de la pena que se basa sobre la libertad, se

<sup>68</sup> En un sentido similar respecto del sistema de injusto del nacionalsocialismo *Jakobs* (nota 27 – *Vergangenheitsbewältigung*), p. 41.

<sup>69</sup> Cfr. *Hegel* (nota 25), § 218. Esta unidad se caracteriza por la legislación positiva, la actividad judicial, así como la institución de la policía como “poder asegurador de lo universal”. Ver al respecto los párrafos §§ 215 ss., 219 ss., 230 ss. de los Principios. Cfr. también *Zaczyk*, en: *Landwehr* (ed.), *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit*, 1999, p. 73 (81), quien ve fundado el mismo pensamiento ya en *Kant*. Ver también *el mismo*, en: *Kugelstadt* (ed.), *Kant-Lektionen, Zur Philosophie Kants und zu Aspekten seiner Wirkungsgeschichte* 2008, p. 241 (249 ss.).

<sup>70</sup> Esto no quiere decir que se introduzca ahora un cambio de perspectiva entre el procedimiento de fundamentación y el procedimiento descriptivo. Las estructuras concretas como estructuras jurídicas están siempre vinculadas con la razón, pueden, no obstante, también estar configuradas de distinta manera por la variedad de lo empírico. Si existen estructuras constituidas, estas serían, de un lado, el producto de origen histórico, de otro, sin embargo, como obra humana, siempre accesibles a la razón. Esto se pasa por alto quien lea a *Hegel* en este punto, primeramente en un sentido “socio-jurídico”. Así *Jakobs*, en: *Karras/Courakis/Mylonopoulos/Kotsalis/Giannidis* (eds.), *Festschrift für Nikolaos K. Androulakis*, 2003, p. 252 (262 ss.); cfr. también *el mismo*, *ARSP Beiheft* 74 (2000), 57 (sin referencias explícitas a *Hegel*). Acertadamente en contra *Zabel* (nota 25), p. 107. Sobre la comprensión de *Hegel* según *Jakobs*. Cfr. también (en un sentido crítico) *Stübinger* (nota 25), pp. 175 ss.

<sup>71</sup> Cfr. al respecto ya en *Gierhake* (nota 24), pp. 123 ss.

<sup>72</sup> Cfr. *Hegel* (nota 25), § 210.

<sup>63</sup> Observado correctamente por *Jakobs* (nota 27), p. 39.

<sup>64</sup> En un sentido profundo sobre el problema de la inconstancia habitual *Kleszczewski* (nota 25), pp. 105-137, 186 ss.

<sup>65</sup> Cfr. al respecto también *Zabel* (nota 25), p. 110.

<sup>66</sup> En ese sentido también *Köhler* (nota 34), pp. 361 s.

<sup>67</sup> Expresión de *Kleszczewski* (nota 25), p. 226.

recurra, de una parte, al pensamiento abstracto de la alteración del derecho contradictoria por sí misma y de su superación y, de otra, se conciba al ordenamiento jurídico en concreto como algo que es lesionado por el injusto criminal y la pena como medio de la restitución de la validez precisamente de ese estado jurídico en concreto. Los niveles de fundamentación se refieren entre ellos.

Esta comprensión se basa en la observación al párrafo § 218 de la filosofía del derecho hegeliana: La mirada a la sociedad concreta, real cambia la naturaleza del delito no según su concepto, sino según el aspecto de la existencia exterior: Se lesiona no solo la existencia del lesionado inmediato, sino también “la representación y la conciencia de la sociedad burguesa” – representación y conciencia están ahora refiriéndose a la validez de las leyes.<sup>73</sup> El peligro para la validez de las leyes es una de las definiciones cualitativas del concepto del delito y define también su importancia para la sociedad afectada: de ser así la calidad y gravedad del delito, y de aquí también depende la pena, depende del correspondiente estado de la sociedad.<sup>74</sup>

Hegel ha demostrado que ahí donde la estructura de la sociedad como estructura del derecho esté asegurada, cuando el derecho haya conseguido ser sólido, no puede tambalear tan fácilmente ante un hecho individual. De ser así, se reduce el significado de un hecho delictivo cuanto más sólida sea la cohesión de la comunidad afectada.

Esto significa, por el contrario, que en las estructuras inseguras del derecho cada hecho de injusto criminal conduce a una destrucción adicional de la libertad concreta o, en todo caso, puede conducir a ello, por lo tanto, agrava el estado de injusto y hace difícil fundar nuevamente un estado jurídico a partir de ello.<sup>75</sup> Como consecuencia, el delito adquiere una mayor importancia – no por su significado como quebrantamiento parcial del derecho en la relación de reconocimiento primaria, sino por su efecto ruinoso para el estado total de la comunidad liberal.

Que un delito individual se incorpore en un contexto en el que la apariencia de la juridicidad amenaza con extenderse y la constitución jurídica verdadera es cada vez más frágil, conduce a que la sociedad, con cada delito que no sea

contradicho, amenace con hundirse en dirección a un estado de naturaleza contrario a la razón. Esta es la “peligrosidad” del delito para la sociedad burguesa, como Hegel lo escribe, representa una definición de la magnitud del delito, esto es, una de sus definiciones cualitativas.<sup>76</sup> Cuanto más frágil sea el estado jurídico, más “peligroso” es, por lo tanto, el delito, más importancia tiene.

### c) Resultado parcial

El examen más preciso de los niveles hegelianos de la realización de la libertad con su significado correspondiente para la pena ha demostrado lo siguiente:

Las relaciones inseguras, esto es, en crisis, dentro de la sociedad burguesa pueden, de un lado, reducir el grado subjetivo de culpa en un delito que encaja en la crisis. Una “exculpación” total no está, no obstante, fundada, pues la conciencia de la libertad y, con ello, la conciencia del injusto sigue, en principio, intacta. La pena es, por lo tanto, legítima como reacción a esa culpa, sin embargo, debe considerar en su medida las circunstancias que para el sujeto en el caso concreto agravan un “actuar jurídico”.

De otra parte, la totalidad de las circunstancias de crisis elevan el injusto objetivo del hecho. Siempre que estas circunstancias se comprendan a partir del sujeto individual, esto es, cuando se abarcan a partir de su voluntad (reconoce las estructuras que son cada vez más frágiles a través de sus acciones), ello tiene que considerarse igualmente en la pena – como una compensación adecuada del injusto y de la culpabilidad (aquí entonces: como incremento de la pena).

En suma, se produce una medida de la pena que ha de ser determinada conforme al grado de injusto y de culpabilidad:<sup>77</sup> Ahí deben considerarse todas las tres fases del injusto: Primero, el injusto primario en la relación interpersonal (la lesión a la relación jurídica, por ejemplo, mediante un homicidio, una lesión personal, un abuso sexual, daño en bien ajeno etc.), segundo, un significado para la constitución jurídica de la sociedad (el grado de la inseguridad del derecho que se ocasiona con el hecho), tercero, la medida de la contradicción a sí mismo interna.

### 3. ¿Cumplimiento generalizado, fáctico de la norma como presupuesto de la pena?

#### a) Günther Jakobs

Un planteamiento que se centra en la realidad de la norma en el sentido de la realidad fáctica del cumplimiento de la norma es defendido en el contexto que nos interesa (la justicia transicional) por Günther Jakobs. Como medida de valoración de si el derecho “vigente” es quebrantado a través del hecho, se puede encontrar en él un enfoque sobre el “ordenamiento real”,<sup>78</sup> sobre la “constitución que se ha vivido realmente”.<sup>79</sup> Un “ordenamiento real” como tal puede

<sup>73</sup> Hegel (nota 25), §§ 210, 211.

<sup>74</sup> Este pensamiento se generaliza si se concibe solamente la sociedad y la forma en que ella tiene empirismo como objeto de protección del derecho penal, esto es, si se ve el fin de la pena en la “garantía de la identidad normativa” de la sociedad. Así Jakobs, ZStW 107 (1995), 843 y *el mismo*, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 452/453 (1976), p. 3. Expresado de forma clara: “La punibilidad es un hijo del derecho positivo y con ello, también, de la respectiva constitución que se vive y de la práctica de un Estado”. (*el mismo* [nota 27 – Vergangenheitsbewältigung], p. 45). Sobre el “cambio de forma” del delito en la sociedad burguesa en Hegel: Kleszczewski (nota 25), pp. 166 ss. (en resumen p. 175). Ver también Zabel (nota 25), pp. 119 ss., quien amplía la idea del procedimiento penal público.

<sup>75</sup> Cfr. al respecto también el apéndice al párrafo § 218 (Hegel [nota 25], p. 373).

<sup>76</sup> Hegel (nota 25), Observación al párrafo § 218, p. 372.

<sup>77</sup> Esto no es, por lo demás, una característica de un estado jurídico “inseguro”.

<sup>78</sup> Jakobs, GA 1994, 1 (5).

<sup>79</sup> Jakobs (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), p. 44.

apartarse del tenor literal de la ley, este debe representar en la cotidianeidad solamente la realización de aquello que es decisivo a grandes rasgos para la orientación de los miembros de la sociedad.<sup>80</sup>

En un pasaje que es central para esa afirmación,<sup>81</sup> *Jakobs* hace una referencia a la relación entre “validez y eficacia”, como lo desarrolló *Hans Kelsen* en su “Teoría pura del derecho”. Ahí se afirma: “Mientras que la constitución, y esto significa, el ordenamiento jurídico que ha sido dado sobre su fundamento, pierda como un todo su eficacia, pierden el ordenamiento jurídico y, con ello, cada una de sus normas individuales su validez [...]. Un ordenamiento jurídico es reconocido como válido, cuando sus normas sean eficaces a grandes rasgos, esto es, sean cumplidas y aplicadas realmente [...]. Y en efecto puede una norma jurídica, en tanto no sea aplicada o cumplida permanentemente, esto quiere decir, mediante el así llamado desuetudo, perder su validez. Desuetudo es ciertamente una costumbre negativa, cuya función esencial consiste en derogar la validez de una norma existente. Si la costumbre es realmente un tipo que crea derecho, entonces el derecho dado puede también ser derogado por la costumbre.”<sup>82</sup>

Se puede pensar en un estado social que, si bien, se mantiene a través de una constitución jurídico-positiva, no obstante, en él el derecho positivo casi no tiene importancia o no la tiene en absoluto para la realidad cotidiana de los miembros de la sociedad, puesto que es desobedecida a gran escala, ignorada o “reemplazada” por otras normas.

*Jakobs* (en concordancia con *Kelsen*) concluye entonces que en dicho estado el derecho positivo (ya) no es “vigente”, porque es ineficaz dada la carencia de la realidad cotidiana; en cambio, “vigente” es aquello que opera sobre la orientación de la acción.

El momento de la validez del derecho (en el sentido anteriormente expuesto) tiene entonces para *Jakobs* un significado esencial en el marco de su teoría de la pena: En sus propias palabras y resumido brevemente contiene el siguiente contenido esencial:

“[Pena] es la respuesta al hecho que, por su parte, ha de ser entendido como una protesta en contra de la vigencia de

<sup>80</sup> Cfr. nuevamente *Jakobs*, GA 1994, 1 (5) y *el mismo* (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), p. 44.

<sup>81</sup> *Jakobs* (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), p. 44: “Esto significa, con otras palabras, que si no se defiende un normativismo que se desprende de la vida real, sino que se presupone – por ejemplo, a partir de un *Hans Kelsen* que no es ciertamente extraño para un pensamiento sociológico irreflexivo – que sólo un Estado puedes ser aquello que es a grandes rasgos eficaz, esto es, practicable, de tal modo que se puede decidir la pregunta de la eficacia jurídica de la orden del Führer sólo conforme a la Constitución vivida fácticamente en el tiempo del nacionalsocialismo: y desde este punto de vista no debería ser dudarse que conforme a esa Constitución vivida fácticamente podía la orden del Führer suspender el Derecho y crear uno nuevo”. (Con referencia a *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. 1960, pp. 215 ss.).

<sup>82</sup> *Kelsen* (nota 81), pp. 219 s.

la norma, esto es, como protesta en contra de la estructura de la sociedad. La respuesta no busca algo así como una reafirmación mediata de la estructura social, sino que es de suyo ya esa reafirmación no mediada. Cuando la sociedad castiga, se niega, de este modo, a concebir un cambio de su configuración, a saber, el hecho delictivo, como acto con efecto evolutivo, como parte de su posibilidad, se mantiene más bien en contra de la propuesta de cambio en el status quo.”<sup>83</sup>

Si se asocian, por lo tanto, las afirmaciones acerca de la validez del derecho y de la teoría de la pena con las particularidades de un “derecho en crisis”, entonces el proceso reflexivo de *Jakobs* tendría que ser esbozado de la siguiente manera: sin una “vigencia [fáctica] de la norma” – no hay un quebrantamiento de la norma (o una defraudación de la norma) mediante el delito – no hay pena (como media para la estabilización de la norma).

Siendo muy consecuente, *Jakobs*, en su análisis acerca del pasado alemán, se muestra en contra de la punición del “autor” del nacionalsocialismo, o bien, del régimen de la RDA: La pena no es, según él, necesaria para restablecer la “vigencia de la norma” que, si se puede complementar, no existía en la forma restablecedora para el momento del hecho.<sup>84</sup>

En un estado de guerra civil, o bien, de una “debilidad del Estado” manifiesta, en todo caso, no en una parte insignificante del territorio, se podría argumentar conforme a *Jakobs* que la debilidad de la validez del derecho trae consigo y para sí una “defraudación” del ordenamiento normativo, que, por lo tanto, no puede ser más “defraudado” mediante un delito en concreto.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> *Jakobs*, ARSP Beiheft 74 (2000), 57 (59, Texto resaltado por la autora). Cfr. también *el mismo*, ZStW 107 (1995), 843 (844): “El aporte del derecho penal consiste en contradecir, por su parte, la contradicción en contra de las normas que definen la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por lo tanto, la identidad de la sociedad”. *Jakobs* se apoya aquí sobre una cierta comprensión de la teoría de la pena de *Hegel* – que se aparta de lo que se ha esbozado anteriormente en un punto importante – Cfr. al respecto *Jakobs*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, G 390, 2004, p. 5 (24 ss.); en forma resumida ver también *el mismo*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, pp. 13-15. Sobre el debate respecto de la interpretación de *Hegel* ver *Stübinger* (nota 25), p. 175.

<sup>84</sup> Cfr. *Jakobs* (nota 27 – Vergangenheitsbewältigung), pp. 58 s. Dado que en *Jakobs* es “vigente” aquello que realmente dirige a los miembros de la sociedad, acciones como los hechos de injusto del nacionalsocialismo o de los disparos en el muro en la frontera entre las dos Alemanias serían precisamente confirmaciones de validez del ordenamiento respectivo, no serían contradicciones a la vigencia que deberían ser contradichas por medio de la pena.

<sup>85</sup> El mismo *Jakobs* ha dejado abierta la valoración de esta situación: “Diferente es cuando falta dicho instrumento [que es eficaz a grandes rasgos para mostrarle al orden estatal las

Si deben dominar las circunstancias en las que, por ejemplo, agrupaciones terroristas, o bien, “fuerzas de resistencia”, “rebeldes” y semejantes se hayan tomado fácticamente el poder, es decir, cuando las estructuras estatales son suplantadas por estos actores, el derecho estatal no es aplicado, especialmente, los delitos no son perseguidos, sino que son decretados, de hecho, por la organización y son llevados a cabo por coacción, entonces no existe más en el hecho particular precisamente una contradicción de la validez de la norma en el sentido de *Jakobs*, sino, más bien, una reafirmación del ordenamiento “vigente”. Ahí donde “domine” la violencia, podría decirse en forma abreviada, no es la violencia nada particular en contra de lo general (entendido ello de forma reducida – positivista), sino que es su forma “normal” de expresión.

La pena no se explicaría entonces, en su significado, como contradicción de la contradicción contra de las normas que definen la identidad de la sociedad.

A primera vista, pareciera ello ser una inversión consecuente del proceso reflexivo de *Hegel* que fue expuesto. Pues: Donde ningún derecho no “sea vigente”, el sujeto no puede ponerse en contradicción al derecho y, por consiguiente, no existe negación alguna que deba ser superada por medio de la pena.

Si las circunstancias se encuentran fácticamente de tal forma que las estructuras del Estado con las instituciones correspondientes que realizan la libertad no existan o existan de forma restringida, tal que la vigencia fáctica de las leyes estatales pierdan fuerza al menos en parte del territorio y sean reemplazadas mediante reglas privadas de las estructuras de clanes, tal que el fenómeno del injusto criminal cometido de forma masiva se convierta en la “regla”<sup>86</sup> entonces podría decirse que no hay derecho vigente,<sup>87</sup> que pueda ser lesionado mediante el derecho, esto es, que no hay

---

prácticas contradictorias como algo intrascendente, observación de *Gierhake*]; el Estado no abarca, por lo tanto, ámbitos de la subcultura [o ya no lo hace más], [...]; en tales casos puede tratarse de una mera limitación del ámbito del mismo Estado [...]. [Un] caso [como tal], [...], se encuentra en un estado mafioso de la sociedad o, también en la guerra civil, este último, en todo caso, siempre que los disidentes y el control del Estado no se confundan: No es suficiente para el Estado que en tal caso se reafirme en contra de las fuerzas, que, en todo caso, no son las suyas. Cuánto tiempo podría hablarse de una punibilidad de las disidencias, es algo que puede quedar sin resolver; [...].” (*Jakobs*, GA 1994, 1 [6]).

<sup>86</sup> Las relaciones empíricas concretas deben ser, por supuesto, comprendidas con mayor precisión de la que se presenta en este trabajo. La situación en Colombia es tan compleja que con las siguientes explicaciones sólo se puede llegar a tener una aproximación a la problemática y, ello, sólo conforme a los principios, más no como sugerencias concretar de solución.

<sup>87</sup> “Para poder tratar los crímenes estatales como cualquier otro tipo de comportamiento como injusto, es entonces necesaria una ley positiva o algún otro tipo de regla establecida” (*Jakobs*, GA 1994, 1 [2 s.]).

contradicción de la vigencia de la norma alguna y, de este modo, no hay razón para la pena.

Aquí se entiende bien que el derecho está referido a un reconocimiento fundamental a través de sus sujetos. La libertad debe ser conocida y puesta en vigencia, la realidad del derecho surge precisamente en tanto que tenga existencia como lo “generalmente reconocido, conocido y querido”.<sup>88</sup> Donde esto llegue a faltar, se pone en peligro precisamente la confianza en un trato común y liberal, que debe ser ante todo creado y garantizado mediante la fundación de una comunidad constituida liberalmente. Un hecho de injusto criminal singular tiene – como se explicó –, si bien, la capacidad de reforzar la desconfianza general, no obstante, no se muestra más como una contradicción particular respecto del derecho que por lo demás es evidentemente vigente, sino que se integra en un estado de inseguridad total.

No obstante, aquello a lo que *Hegel* se refiere con la “realidad del derecho”, es abarcado de manera insuficiente, si se hace un énfasis a la validez fáctica de un ordenamiento jurídico concreto, esto es, que se puede encontrar históricamente. *Hegel* piensa al tiempo el derecho de la razón y la realidad de la razón, para él la razón tiene su existencia en el derecho,<sup>89</sup> un “derecho” sin razón no tiene nada que hacer con el concepto de derecho; es como si se intentase pensar el concepto de “globo” sin aire.

Por esta razón, en los ordenamientos jurídicos de irracionalidad manifiesta es sólo una apariencia del derecho que se muestra, su revestimiento externo, su estructura sin núcleo. Tomarla como si fuera el todo, significaría, imponer el vacío como si fuese lo universal – algo, que no concuerda precisamente con el concepto de lo universal. Debido a que ésto es así, nunca se llega, en dicho sistema, a la concordancia de lo “particular” y lo “universal”, la cual presenta *Hegel* en el marco de su Estado como realidad de la libertad concreta.<sup>90</sup> Por consiguiente, la aplicación de “su” teoría de la pena en dicha apariencia del derecho que no tiene en su esencia el contenido de la razón es, por su parte, sólo un espejismo de la fundamentación del derecho.

La congruencia entre lo particular y lo universal (en la eticidad del Estado) sólo debe ser alcanzada por medio del concepto de la razón, el cual une ambas partes entre sí. El reconocimiento principal de la estructura estatal, de su legislación y de sus instituciones mediante los sujetos es aquella que necesita la razón; esto se insinúa cuando *Hegel* se refiere a que es la “realidad objetiva del derecho”, la que, en parte, debe ser “conocida en absoluto”, la que, en parte, debe “tener el poder de la realidad y (ha de) valer y, con ello, debe ser conocida como algo universalmente válido [...]”.<sup>91</sup> Sólo cuando el derecho se entiende de esa manera se puede explicar que existe injusto en su alteración consciente y negación, que debe ser superado a través de la pena.

---

<sup>88</sup> *Hegel* (nota 25), § 209.

<sup>89</sup> Cfr. al respecto *Hoffmann*, *Hegel*, 2. ed. 2012, pp. 427 s.

<sup>90</sup> Cfr. § 260 de *Grundlinien der Philosophie des Rechts*.

<sup>91</sup> *Hegel* (nota 25), § 210, p. 361. Cfr. al respecto también ya en *Gierhake* (nota 15), pp. 128-131.

¿Qué importancia puede tener la inseguridad del derecho para el delito – teniendo en cuenta al sujeto y al estado total de la libertad concreta – ya desarrollado en líneas anteriores?: Esta tiene importancia para el grado del injusto y de la culpabilidad y, con ello, también para la medida de la pena. Que, no obstante, se diga que acciones como el homicidio, las lesiones personales, las violaciones sexuales, etc. puedan llegar a marcar la imagen real en la vida cotidiana de un ordenamiento jurídico que ha sido puesto en situación de inseguridad que no contienen sólo por esta razón una contradicción a la validez de la norma (esto es, un injusto), dado que pueden encajar justamente sin problemas en el “estado de validez real”, denota ya un menosprecio de la razón humana universal, que siempre concibe la relación jurídica fundamental entre los sujetos de la razón como digna de ser conservada.<sup>92</sup>

b) Michael Pawlik

Michael Pawlik entiende el delito como la lesión de un estado de una liberalidad (“Freiheitlichkeit”) concreta y real, que sólo puede lograrse en el Estado: El ciudadano particular tiene el deber de mantener este estado; si viola este deber, la pena es, según él, la respuesta legítima a esa violación del deber.<sup>93</sup>

Pawlik completa y refuerza su planteamiento con la reflexión según la cual la tarea del aseguramiento de la libertad sólo puede ser cumplida cuando el ordenamiento jurídico posee una “fuerza que configura la realidad” (expresión de *Welzel*)<sup>94</sup>; esto presupone, que las expectativas de los ciudadanos respecto de la estabilidad del ordenamiento y del comportamiento de los conciudadanos debe ser asegurada cognitivamente: “Un estado de normalidad jurídica requiere, por lo tanto, más que la existencia de un ordenamiento normativo abstracto: el ciudadano particular debe ‘gozar de su derecho’ en él (cita de *Kant*, cursivas en el texto original), esto es, debe poder estar seguro lo suficientemente acerca del respeto de su posición jurídica por parte de sus conciudadanos; las normas jurídicas requieren de un aseguramiento cognitivo (con referencia a *Jakobs*, observación de K. Gierhake)”<sup>95</sup>.

En Pawlik se conecta una comprensión del Estado que realiza la libertad (entendida desde luego desde el punto de partida de *Kant*)<sup>96</sup> directamente con un planteamiento teórico

referido a la validez y propio de la sociología del derecho – esto es, una combinación de una argumentación que fundamenta el derecho y que es teórico-social.

Pawlik ve en la concepción del derecho de *Kant* el error de no considerar el “presupuesto de estabilidad del derecho no-coercible, no obstante, imprescindible”, esto es, una “convicción de la juridicidad que no es determinada de manera instrumental” de los ciudadanos.<sup>97</sup> Según él, *Hegel* superó este error a través de su concepto de eticidad, en tanto que vio la reciprocidad entre la comunidad liberal fundada en el bienestar y la lealtad de sus ciudadanos. Siguiendo a *Pawlik*, *Kant*, por el contrario, “como consecuencia de su enfoque sobre el fenómeno de la fuerza del derecho” no le dio importancia a la circunstancia de que “un ordenamiento jurídico con poder en la realidad no es sólo un orden de normas – coercibles –, sino un orden de la vida social”; él no conoce una “categoría según la forma de la eticidad política de *Hegel*”<sup>98</sup>.

Pawlik opina, por lo tanto, que este “error” en *Kant* debe ser compensado con una “referencia a la realidad”: Mediante el hecho se ataca un estado jurídico que no sólo se puede comprender como un estado jurídico constituido y como un estado de la libertad, sino al tiempo como identidad social que vive, que se halla en validez real. La violación al deber del ciudadano consiste en el hecho punible en que el deber de cooperación para el mantenimiento del (así entendido) estado jurídico existente no se cumple, esto es, que el ciudadano no se acopla a la expectativa de comportamiento de la sociedad, actúa de manera “ilegal” y, con ello, boicotea precisamente con el actuar propio la reproducción de validez de las leyes. El delito representaría, por tanto, un injusto frente a la comunidad jurídica como un todo.<sup>99</sup>

Como fuente intelectual para asumir esta posición menciona *Pawlik* al *hegeliano* tardío *Hugo Hälschner*, que escribió lo siguiente: “Sólo en su existencia finita, concreta, en los estados de la vida social que han sido ordenados por él es el derecho realmente accesible al delito, y es violación al derecho en tanto se dirige en contra de una justificación concreta, en contra de un bien jurídico concreto como su objeto”<sup>100</sup>.

El mensaje principal de *Pawlik*, según el cual un estado de liberalidad concreta es lo que se quebranta con el delito, ha de tener razón también teniendo en cuenta el trasfondo de la interpretación de *Hegel* que se realizó anteriormente y que, no obstante, no debe concebirse como un giro de *Kant*, sino como su consecuencia intelectual. El “error” que *Pawlik* ha de resolver en *Kant* y que al parecer en *Hegel* es superado mediante el concepto de una “eticidad política”, existe realmente sólo en un *Kant* que ha sido malinterpretado. Es malinterpretado en tanto que precisamente en *Kant* la

primarias de *Kant* existen, no obstante, diferencias importantes respecto de la opinión que aquí se defiende).

<sup>97</sup> *Pawlik* (nota 96), p. 272.

<sup>98</sup> *Pawlik* (nota 95), p. 288 s.

<sup>99</sup> Cfr. *Pawlik* (nota 28), p. 107.

<sup>100</sup> *Hälschner*, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, tomo 1, 1881, p. 561.

<sup>92</sup> Cfr. al respecto también *Köhler* (nota 34), p. 429. No obstante, en *Jakobs* se ha comprendido de forma acertada y desde la perspectiva que aquí se defiende que la pena no puede remontarse a un estado en el que no se pueda hablar más de una juridicidad constituida. Un punto de vista adicional es la prohibición de retroactividad que hace parte de una justicia penal también formal.

<sup>93</sup> Cfr. *Pawlik* (nota 28), pp. 106 s.

<sup>94</sup> Citado en *Pawlik* (nota 28), p. 104.

<sup>95</sup> *Pawlik* (nota 28), p. 105.

<sup>96</sup> En todo caso, esta referencia es realizada por el mismo *Pawlik* (ver, por ejemplo, *Pawlik*, *Jahrbuch für Recht und Ethik* 14 [2006], p. 269 ss.; en la interpretación de las fuentes

perspectiva hacia la universalidad es aquello que caracteriza al ser humano como sujeto de derecho autónomo; sólo aquél ser que siempre produce la relación entre sí mismo y lo universal mediante la razón práctica está en condiciones de crear una comunidad que corresponde con esa universalidad. En ese sentido tomó *Hegel*, en su expresión conforme a la que la voluntad libre se da existencia en el derecho, el pensamiento esencial de *Kant* y lo formuló en su sistema de la eticidad.

El “presupuesto de estabilidad del derecho no-coercible, no obstante, imprescindible”, a saber, la “convicción de la juridicidad que no es determinada de manera instrumental” de los ciudadanos, que *Pawlik* presupone con toda razón para un Estado liberal, no puede pensarse sin *Kant*.

No es solamente la motivación de la acción de cada individuo en el Estado, siempre concreta, infalible, siempre (pre-) existente, la que aquí se está pensando – esto sería entonces un Estado ilusorio de ángeles,<sup>101</sup> al cual *Kant* no se refiere realmente. El hecho de que los individuos son propensos a las inclinaciones egoístas y lo reconocen, es precisamente el argumento para la necesidad de fundar un Estado: Esta perspectiva y la buena organización del Estado existen en la capacidad de los seres humanos; el problema se puede, por lo tanto, resolver cuando sólo la comprensión de la razón se hace válida tal que los individuos tengan que crear algo universal, en el que puedan coexistir pacíficamente. Ellos deben, por lo demás, hacerlo por sí mismos, como acto de su propia razón que se ha convertido en práctica.

Aquí es evidente que se presenta un cambio de perspectiva cuando se busca comprender “el problema del establecimiento del Estado”<sup>102</sup> como problema teórico, en cierto modo, desde un punto de vista externo: siendo así, se pasa de ser un problema de la razón práctica a uno del entendimiento. El observador, que no se concibe como sujeto que obra, sino como sujeto que observa, intenta buscar una solución, una estrategia, intenta ubicar a los seres en un orden tal que, a pesar de sus intereses privados que posiblemente estén en contradicción, puedan ser coordinados en un sentido meramente externo de tal forma que su comportamiento público permanezca dentro del ordenamiento dado.<sup>103</sup> Visto de este modo, se trata de un problema del entendimiento, cuya solución podría darse también en seres sin razón práctica, en demonios con entendimiento.

Este punto es lo que configura la puerta de entrada a una perspectiva meramente teórica de la descripción externa de la “validez”, esto es, “realidad del derecho”; la unión del ordenamiento normativo con la realidad debe ser, por lo tanto, producida artificialmente como una superación teórica entre el ordenamiento normativo que se piensa y la vida social.

Todo esto lleva a recordar un juego en el que se idean, primero, reglas de juego de la prudencia y luego se aplican en una realidad de juego. De este modo, se necesita, en efecto, un aseguramiento cognitivo de las reglas, por ejemplo,

mediante penas, para que todos cumplan con las normas, pues a los jugadores se les ha impuesto de manera externa el reglamento, les es algo ajeno y, ya por esta razón, requiere de una confirmación. Con todo, al jugador le queda siempre la posibilidad de abandonar el juego.

En un concepto del derecho y del Estado de la libertad no es el “juego de la vida”, sino la vida misma lo que se debe regular. El punto fundamental es la práctica humana real, no un rol que se ha ideado para una pieza. Tanto en *Kant* como también en *Hegel* la razón y la realidad encuentran una unidad en el sujeto racional y finito a través de su actuar práctico. Mientras que una comprensión del derecho meramente instrumental conciba la realidad de la vigencia como un elemento adicional, la razón práctico-jurídica es precisamente la que se comprueba por sí misma en la práctica. Es por esto que la “convicción del ciudadano no-instrumental” que busca *Pawlik* siempre ha estado presente en la autoconciencia del individuo. El “presupuesto de estabilidad” es el mismo hombre como ser práctico de la razón, en todo caso, siempre que se pueda encontrar en lo universal, esto es, siempre que la estructura concreta de la constitución del Estado (los “pilares fundamentales de la libertad pública”) sea la forma realizada de la libertad general.<sup>104</sup>

Si se concibe el estado de derecho y de la libertad constituido de esa manera, entonces él es “identidad social vivida, que se encuentra en vigencia real” y se puede decir con razón junto con *Pawlik*, que se presenta (también) una lesión al deber de cooperar en el mantenimiento de un estado jurídico como tal, cuando el ciudadano lesiona con su hecho una parte concreta de esa existencia de la libertad. De este modo se puede hacer una lectura de la definición del delito de *Hülschner* entendido como lesión de una posición concreta de la libertad y con ello al tiempo como lesión de lo universal.

#### 4. Resultado parcial

La justicia penal real está ligada a la existencia de un estado jurídico constituido, o bien, en un sentido contrario: En el estado de naturaleza no puede haber derecho penal.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> *Hegel* (nota 25), § 265, p. 412. Cfr. también § 268, p. 413: La “disposición política” [...], en cuanto certeza que está en la verdad [...] y el querer que ha devenido costumbre – es el resultado de las instituciones que existen en el Estado [...] el lugar en el que la racionalidad está efectivamente presente, racionalidad que recibe su confirmación con el obrar conforme a aquellas instituciones”. N.d.T: La transcripción de la cita corresponde a la traducción de *Juan Luis Verma*, ver nota al pie 57.

<sup>105</sup> Si se echa un vistazo en este punto al derecho internacional penal, entonces es claro que existe un problema de fundamentación: Pues, una generalidad constituida, dividida en poderes, de la voluntad sobre una estructura jurídica que se produce a nivel mundial no existe y no puede existir, en principio, puesto que una forma de la constitución “parecida” a la forma del Estado a nivel mundial puede darse sólo por medio de una federación de los pueblos. Cada medida penal

<sup>101</sup> *Kant* (nota 38), B 60, A 59.

<sup>102</sup> Cfr. *Kant* (nota 38), B 61, A 60.

<sup>103</sup> Paradójicamente la cercanía con *Jakobs* (nota 15), p. 31.

Si las disputas propias de una guerra civil interna tienen por consecuencia que el Estado se desintegre, entonces se hace, ante todo, necesaria una nueva constitución del respectivo pueblo en la que las estructuras de la Constitución y un derecho vigente se deban desarrollar como resultado autónomo de los afectados. Una superación penal de la violencia con efectos retroactivos para el tiempo anterior a la Constitución no se puede, por consiguiente, concebir; en ese sentido, un reinicio de la comunidad jurídica está ligado al reinicio de la justicia. Esta ausencia de confrontación penal podría describirse de manera provisional con el concepto de “amnistía”.<sup>106</sup> Siempre que se pueda hablar de un estadio estatal continuo, esto es, cuando las circunstancias de la inseguridad afectan sólo partes de la estatalidad (“Estado en crisis”), está fundado el derecho penal estatal como reacción restablecedora frente al injusto criminal. Las circunstancias que pueden afectar la seguridad del estado constituido, pueden tener, por consiguiente, influencia sobre el grado objetivo y subjetivo del injusto que se realiza por medio del hecho y la culpabilidad. La pena debe considerar estas particularidades condicionadas por la crisis como parte de la justicia penal concreta. Qué tanto puede ser legitimada la institución de la amnistía dentro de una justicia penal como tal, es algo que requiere más claridad.<sup>107</sup>

que sea impuesta por un tribunal internacional quebranta, por ello, de cierto modo, la estructura externa del Estado. Un contexto genuino de legitimación puede producirse a nivel mundial, en todo caso, en relación con el derecho material, o bien, el injusto, más no en relación con la aplicación jurídico-formal. De este modo, la realización del derecho carece de un elemento parte fundamental que no puede ser producido por medio del, en todo caso, subrogado posible de una federación de los pueblos. (Cfr. al respecto con una opinión aún optimista Gierhake [nota 24], con la crítica acertada de Pawlik, ZIS 2006, 49 [50], quien observó este punto ya en la recensión de este trabajo).

<sup>106</sup> Sobre el problema de la amnistía, no obstante, se abarcará en el texto de forma más precisa. A la luz de estas consideraciones, se explica la afirmación tomada por Kant en relación con el derecho internacional: “que con el acuerdo de paz también la amnistía se encuentra vinculada, hace parte ya del concepto del mismo.” (Kant [nota 19], Rechtslehre, § 58 [al final], A 225, B 255).

<sup>107</sup> En este punto del proceso de reflexión aparece un problema radical del “Acuerdo de Paz” colombiano: Una contracción fundamental en un sentido conceptual existe en el pacto de un “acuerdo” – que se presupone es igualitario – entre el Estado colombiano y la organización de las FARC-EP. Las dos partes del acuerdo no pueden haber sido al tiempo las “partes de la guerra” en una confrontación armada de tipo del estado de naturaleza, pero sí estar en la relación “Estado castigador respecto de una organización criminal o terrorista”. Colombia no puede ser simultáneamente un Estado que es escenario de una guerra civil (en estricto sentido) y un Estado que combate el terrorismo. Las circunstancias concretas en Colombia deben ser, por esta razón, examinadas teniendo en cuenta la posibilidad de decir

#### IV. Formas especiales de superación del injusto, especialmente la institución de la amnistía

Desde el punto de vista de la fundamentación de la pena ya mencionada se pueden ver ahora formas alternativas, o bien, cumulativas de la “superación del injusto” e integrarlas en el contexto de fundamentación.<sup>108</sup> Como lo demuestra el caso de Colombia, en situaciones de cambios radicales del Estado se combinan formas de la así llamada “justicia transicional”, de tal manera que surgen unos sistemas complejos a partir de la persecución penal y del cumplimiento de la pena, de las amnistías y de las comisiones de la verdad, v. gr., de la reconciliación. Para la valoración de la legitimación de dichas combinaciones no es suficiente investigar sobre su “idoneidad” desde un punto de vista pragmático y político referido a la consecución de la paz: es más bien necesario demostrar – o mostrar – de manera concluyente la compatibilidad de dichas formas de la “superación del injusto” con el concepto liberal del derecho y de la fundamentación de la pena que le corresponde, esto es, que esto no es realmente posible.

Esto presupone, en primer lugar, comprender de manera conceptual los mecanismos mencionados; ellos deben incorporarse en el procedimiento de fundamentación de la pena y deben ser estudiados sobre la base de su legitimación. Lo anterior se realizará en este caso a partir de lineamientos generales respecto de la institución de la amnistía.<sup>109</sup>

que las estructuras formalmente constituidas han sido establecidas en todo el territorio aún durante los años de duración de la “guerra civil”, esto es, constatando si existía un poder legislativo, ejecutivo y judicial, o si con la “guerra civil” habían sido destruidos. ¿Se encontraban los ciudadanos del Estado sometidos a un derecho estatal que ellos mismos podían respaldar conjuntamente y de manera legítima incluso en las regiones que fueron sacudidas por las confrontaciones violentas? Si se presupone la continuidad de la unidad del Estado, entonces no se trata de una guerra civil entre dos partes iguales, sino de una lucha interna del Estado en contra de unos ciudadanos rebeldes. Esto quiere decir que el orden estatal ha tenido continuidad, que los hechos de injusto han de calificarse como actos criminales y que, para ello, sólo las circunstancias especiales pueden entrar en consideración en el plano del injusto o la culpabilidad.

<sup>108</sup> Sobre la superación del sistema de injusto cfr. Eser/Sieber/Arnold (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, tomo 14, *Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik*, 2012; Neumann/Prittowitz/Abrão/Swensson Jr./Torelly (eds.), *Transitional Justice, Das Problem gerechter strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, 2013. Sobre las amnistías “en tiempos de agitación” ver también Merten, *Rechtsstaatlichkeit und Gnade*, 1978, pp. 16 ss.

<sup>109</sup> En el marco de la presente publicación se presentarán, ante todo, sólo las opiniones fundamentales. Reflexiones sistemáticas y exhaustivas sobre el indulto y la amnistía deben reservarse en realidad para una publicación posterior.

1. Definición del concepto y enfoque de legitimación de la amnistía en el caso de la justicia transicional

a) Sobre el concepto de amnistía

Mientras que el derecho de gracia se caracteriza por suspender en el caso concreto una sentencia penal jurídicamente válida, la amnistía se describe según una definición común como una medida (legal) en la que se exonera de pena un comportamiento que es en principio penal respecto de un número de casos determinados de forma abstracta.<sup>110</sup>

Las amnistías han ganado una atención especial a nivel mundial cuando se trata de la confrontación de sistemas de injusto, esto es, de conflictos internos;<sup>111</sup> en Alemania se puso en consideración la posibilidad de reconocer una amnistía recientemente también en el contexto de la superación del injusto de la República Democrática de Alemania (RDA).<sup>112</sup>

Un aspecto común a las instituciones de la gracia y de la amnistía consiste en que conducen en cada caso a “un decreto penal ‘extraordinario’, no previsto por las leyes penales existentes” y, además, en que el ciudadano no tenga una pretensión jurídica sobre esos reglamentos de exención.<sup>113</sup>

Respecto de las dos instituciones se plantea del mismo modo la pregunta acerca de la legitimación de esas suspensiones de la pena, o bien, de los reglamentos de exención que, en constelaciones especiales, se ejecutan en contra del ordenamiento penal legislado de manera general. Si bien el indulto y la amnistía repercuten siempre a favor de los afectados (“gracia como una buena obra”), de tal manera que una necesidad de legitimación no surge en absoluto a primera vista. No obstante, con ellas se provoca una ruptura

de una legislación igualitaria – y ahí existe evidentemente un problema de justicia.<sup>114</sup>

A esto se le suma, no obstante, también una razón más que lleva a la necesidad de fundamentación especial de la amnistía: Con ella se exime de pena un injusto merecedor de castigo en razón de un número de casos que se ha definido en abstracto. Si, teniendo en cuenta la ya evocada tradición teórico penal de *Hegel*, se entiende la sucesión del injusto criminal y de la consecuencia jurídica de la pena como algo apoyado en un sentido intelectualmente necesario dentro del concepto del delito, esto es, la pena como negación del delito y, con ello, como institución del restablecimiento del derecho, entonces es claro que la persecución penal del injusto criminal no puede suspenderse discrecionalmente sin poner en peligro el “derecho en cuanto derecho”.<sup>115</sup> La amnistía representa, visto de este modo, un requisito para la validez igualitaria y regular del derecho en el Estado, un “permitir-en-el-mundo” del injusto en tanto que no se le contradice de manera activa o sólo de una forma restrictiva. Una comunidad jurídica renuncia así al efecto sanador de la pena, tanto en la relación jurídica vulnerada entre el autor y la víctima, así como en el plano general de la validez del derecho. En qué medida esto puede ser asumido por el contexto de legitimación, está por estudiarse de manera más detallada.

La amnistía opera de tal modo que mediante ella la relación del derecho con el injusto, la culpabilidad y la pena no sea fundamentalmente negada, sino que sólo sea excepcionalmente suspendida en su aplicación. Esto es: No se niega, en principio, ni el injusto y tampoco el merecimiento de la pena, pero, dadas las “circunstancias especiales”, no se suspende estrictamente conforme a leyes generales mediante la persecución penal y la imposición de la pena. Es necesario ver, por consiguiente, qué “circunstancias especiales” entran en consideración y si ellas sirven para fundamentar esa ruptura de la legislación general que se exige por sí. En el marco de este estudio no es posible, sin embargo, analizar

<sup>110</sup> Cfr. ya *Schmidt*, en: *Anschütz/Thoma* (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, tomo 2, 1932, § 100, p. 563; también *Mickisch*, *Die Gnade im Rechtsstaat*, 1996, p. 21; *Birkhoff/Müller-Jacobsen*, en: *Widmaier* (ed.), *Münchener Anwalts-handbuch Strafverteidigung*, 2006, Parte D., § 23 nm. 3. Delineación de la gracia a la amnistía ya la precipitación, nm. 9; *Schätzler*, *Handbuch des Gnadenrechts*, 2. ed. 1992, p. 208; *Köhler*, en: *Schmidt* (ed.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, p. 59. Cfr. sobre la dificultad de una definición general de “amnistía”, no obstante, también *Süß*, *Studien zur Amnestiegesetzgebung*, 2001, pp. 74 ss.

<sup>111</sup> Cfr., por ejemplo, los estudios de casos de *Frei* (*Amnestiepolitik in den Anfangsjahren der Bundesrepublik*), *Roniger/Sznajder* (*Menschenrechtsverletzungen in Argentinien*) y *Thomas* (*Südafrika*) en: *Smith/Margalit* (ed.), *Amnestie oder Die Politik der Erinnerung in der Demokratie*, 1997; ver además *O’Shea*, *Amnesty for Crime in International Law and Practice*, 2002. Sobre la historia de Alemania ver *Christoph*, *Die politischen Reichsamnestien 1918-1933*, 1988; *Schätzler* (nota 110), pp. 219 ss. (sobre amnistías en el Imperio alemán).

<sup>112</sup> Cfr. *Schätzler* (nota 110), pp. 253 ss.; *Zielcke*, *KJ* 1990, 460; *Jäger*, *KJ* 1990, 467.

<sup>113</sup> Así *Süß* (nota 110), p. 121.

<sup>114</sup> Cfr. al respecto *Engisch*, en: *Freudenfeld* (ed.), *Schuld und Sühne*, 1960, p. 107 (113) y *Merten* (nota 107), pp. 21-26. Ver sobre la necesidad de fundamentación también *Marxen*, *Rechtliche Grenzen der Amnestie*, 1984, pp. 4-7 y *Köhler* (nota 110), p. 60.

<sup>115</sup> Por esto, no es evidente y necesario de fundamentación cuando *Hegel* deduce el derecho de indulto a partir de la soberanía del monarca ([nota 25], § 282, cfr. aquí la referencia a la esfera de la religión). *Kant* define el derecho de gracia del siguiente modo: el “derecho de gracia [ius aggratiandi] es el más equívoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado” ([nota 19], *Allgemeine Anmerkung E, II, A 206, B 236*). N.d.T.: La transcripción de la cita corresponde a la traducción de *La Metafísica de las Costumbres* de *Kant* por *Adela Cortina Orts* y *Jesús Conill Sancho*, p. 174, ver supra nota al pie 41.

ello en el caso de todas las formas de amnistía que entran en cuestión.<sup>116</sup>

*b) Enfoque de legitimación en el caso de una “amnistía interna de paz”*

Respecto del proceso de paz colombiano, que es de interés del presente escrito, sólo pueden ser tenidas en cuenta aquellas formas de la amnistía que son impuestas en el marco de la justicia transicional, especialmente, aquellas que han sido denominadas por *Frank Süß* como “amnistías de paz internas”,<sup>117</sup> las cuales cuentan como parte del grupo de las “amnistías pacificadoras” (internas).<sup>118</sup> Estas se caracterizan por ser expedidas con ocasión de unos diálogos de paz, esto es, de un acuerdo de paz, que finalizan un conflicto armado no-internacional.<sup>119</sup> Los hechos punibles cometidos son, por lo tanto, típicamente aquellos que han sido realizados con ocasión de acciones recíprocas de guerra (al interior de un Estado).<sup>120</sup> En las amnistías de paz internas es, además, típico que se restrinjan al caso de los “delitos políticos”<sup>121</sup> – como está previsto en el momento también en Colombia.<sup>122</sup>

La particularidad de las situaciones de cambios radicales y de crisis estatal fue ya mencionada en la sección anterior: La inseguridad del estado jurídico es su característica esencial. Con el acuerdo de paz entre las partes del conflicto

<sup>116</sup> *Süß* ha ordenado las amnistías dentro de una rigurosa clasificación ([nota 110], p. 186-259 [con los respectivos ejemplos de casos]) de la siguiente manera: 1. Amnistías de paz entre Estados, 2. “Amnistías de pacificación” interestatales, 3. “Amnistías de recursos” (“Ressourcen-Amnestien”), 4. “Amnistías con privilegio” y 5. “Amnistía de corrección” (“Korrektur-Amnestien”).

<sup>117</sup> *Süß* (nota 110), pp. 210 ss. Ver como limitante la llamada “amnistía de cambios radicales” (“Umbruchamnestien”) pp. 224 ss. Las últimas se expiden con ocasión de la terminación de un debate interno que se caracteriza por la comisión de un sistema de injusto estatal, esto es, por un abuso reiterado del poder estatal. Cfr. al respecto primeramente *Naucke*, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, 1996.

<sup>118</sup> Cfr. al respecto también *Merten* (nota 107), pp. 16 s. con más evidencias.

<sup>119</sup> *Süß* (nota 110), pp. 210 s., así también ahora en Colombia.

<sup>120</sup> Esta forma de amnistía debe diferenciarse de las amnistías de paz entre Estados que acompañan la terminación de conflictos armados internacionales, cfr. nuevamente *Süß* (nota 110), pp. 190 ss.

<sup>121</sup> *Süß* (nota 110), pp. 218 s.

<sup>122</sup> Cfr. al respecto las fuentes en la nota al pie 4. Ahí se mencionan de manera explícita, entre otras: “Rebelión, sedición, la asonada, el porte ilegal de armas, las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario”. Cfr. también Artículo 7 de la Ley de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales: “Serán considerados delitos políticos aquellos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta ilícita es el Estado y su régimen constitucional vigente, cuando sean ejecutados sin ánimo de lucro personal.”

o con el derrumbamiento del régimen dominante se deja el camino libre para crear nuevamente, o, en absoluto, la estatalidad como estatalidad jurídica, esto es, fundar un estado de paz jurídica a partir del derrumbamiento. La transición de las estructuras deterioradas del Estado hacia unas que sean estables es, visto para sí, una necesidad jurídica.<sup>123</sup> Que esos tiempos de crisis sean de importancia también para los delitos que son cometidos en ese marco, se ha dejado ya de manifiesto, no obstante, ahora se aclarará nuevamente para el contexto particular de la “amnistía de paz”:

En situaciones propias de una guerra civil son también injusto los delitos que se cometen en ese “estado de excepción”. La relación interpersonal frente a las víctimas y el principio jurídico universal de la libertad son lesionados en su esencia. El injusto aumenta, de hecho, en su dimensión objetiva en tanto que el estado de inseguridad se hace más profundo con la criminalidad constante y la violencia, el mantenimiento de un estado jurídico de paz se hace difícil.<sup>124</sup> El estado de la incertidumbre jurídica es, sin embargo, tan profundo que repercute sobre la posibilidad de formar una postura libre, y, en este sentido, puede entrar en consideración una disminución de la culpabilidad.<sup>125</sup> – En el caos el comportamiento defectuoso no es “reprochable” de la misma manera, puesto que la confianza en la juridicidad se encuentra quebrantada a nivel general. La conciencia de la validez de las leyes liberales es perturbada, el individuo se incorpora con su delito de cierto modo en ese estado alterado y se pone, con ello, en una contracción propia evidentemente más pequeña que en los tiempos tranquilos de paz jurídica general.

En los así llamados delitos políticos, que normalmente y ahora incluso en Colombia son objeto de amnistías internas de paz, se suman aún los siguientes rasgos:<sup>126</sup> Ellos se caracterizan en tanto son cometidos con una determinada postura política fundamental.<sup>127</sup> Desde la perspectiva del autor deben ser ejecutadas unas metas políticas “buenas” en contra de estructuras establecidas del Estado. El objetivo del ataque verdadero es, por lo tanto, normalmente el Estado dado, sus instituciones y estructuras constituidas. Los delitos políticos se cometen típicamente en asociaciones de personas, por ejemplo, por parte de grupos terroristas o similares (rebeldes). La motivación política misma no puede reducir el grado del injusto de los hechos y la culpabilidad del autor – es demasiado evidente la contradicción de la razón del hecho

<sup>123</sup> Cfr. al respecto en cuanto a los fundamentos, nuevamente, *Kant* (nota 19) y *Köhler*, Recht und Gerechtigkeit, 2017, Cap. 7, especialmente pp. 677-743.

<sup>124</sup> Cfr. al respecto supra III. 2. b).

<sup>125</sup> Al respecto ya supra III. 2. a). Cfr. también *Köhler* (nota 34), p. 365.

<sup>126</sup> Las siguientes reflexiones, especialmente, sobre el derecho de resistencia, no buscan ser exhaustivas, sino que deben sólo mostrar la dirección en la que debe pensarse el problema, para integrar el problema de los “delitos políticos” en el procedimiento de fundamentación.

<sup>127</sup> Ver también al respecto *Köhler* (nota 34), pp. 426 ss.

de violencia; un contexto político puede, no obstante – como se describió anteriormente –, influir de forma masiva en la conciencia del derecho del sujeto particular y crear circunstancias en las que la culpabilidad es relativizada según su grado.

A través de componentes “políticos” los delitos alcanzan, en todo caso, una posición especial, en tanto se manifieste con ellos una “lucha” dentro del Estado que conforme el fundamento para el estado de inseguridad de la sociedad y que deba ser remediado por el “acuerdo de paz” pendiente. Los delitos políticos que deben ser abarcados por la amnistía representan, por consiguiente, típicamente y al tiempo “acciones de lucha” de la agrupación que se dirige en el conflicto interno en contra de la unidad del Estado.

En este momento se puede reconocer el procedimiento de reflexión de aún dos líneas de fundamentación de la “amnistía de paz” que se puede concebir, mirándolo de cerca, sólo como alternativa más no como vías de superación del injusto cumulativas:

#### aa) Justicia penal del Estado

De un lado, la “amnistía” (puesta aquí conscientemente entre comillas) podría ser concebida como parte de la justicia penal si ella busca comprender de manera justa a través de una medida penal correspondiente precisamente la parte del injusto y de la culpabilidad que, en las situaciones mencionadas, tiene, en relación con las situaciones de paz jurídica “sanas”, una medida especial. De este modo, no se trata de una amnistía en estricto sentido, sino de una justicia penal justa que considera las circunstancias especiales en el plano del injusto y de la culpabilidad. Un presupuesto para el ejercicio de la justicia penal es la subsistencia de una unidad constituida jurídicamente – para el Estado. Se trata, por lo tanto, de una superación penal del injusto criminal en y a través del ejercicio del Estado, la cual toma en serio las circunstancias de crisis en el plano del injusto y de la culpabilidad.

La característica de los “delitos políticos” podría consistir, primero, en que ellos son expresión de un derecho de resistencia reconocido en el Estado, por ejemplo, en la forma de una causal de justificación.<sup>128</sup> La dimensión política

<sup>128</sup> Sobre la pregunta de las posibilidades de justificación y de exculpación con base en el derecho de resistencia tendría que encontrarse con más detalle en el contexto del derecho penal. Las primeras reflexiones sobre la causal de justificación del derecho de resistencia conforme al Artículo 20 IV de la Ley Fundamental de Alemania (GG) se pueden ver en *Kühl*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. ed. 2012, § 9 nm. 93 ss. con más evidencias. Para una fundamentación más detallada ver *Köhler* (nota 34), pp. 427 s., quien está a favor de una suspensión del injusto cuando la acción en cuestión se “opone [...] a un principio de injusto ‘estatal’ evidente”, la que afirma cuando la ley [no – observación de *Gierhake*] “está en concordancia con el fin de la razón del derecho en todo su contenido de tal forma que puedan reconocer sus reglas como un debate de las relaciones externas de la libertad aún adecuado a la autonomía del derecho humano” (con más

tendría, en todo caso, sólo bajo ciertos y muy estrictos presupuestos de superación del injusto<sup>129</sup> o en el plano subjetivo (“acto de conciencia”) un efecto de disminución de la culpabilidad. Una “amnistía” en un sentido conceptual real no sería esto, el efecto puede ser, en caso extremo, no obstante, también la exención penal.

Si se trata de la legitimación de una amnistía “real” dentro del Estado para los “delitos políticos”, a saber, de una renuncia general de ley a la pena por una categoría especial del comportamiento que es de suyo merecedor de pena (por ejemplo, homicidios con motivación política de la revolución en contra del Estado), entonces las reflexiones que se mencionaron respecto del procedimiento de fundamentación, dividido en tres niveles, del injusto y de la pena: El concepto de injusto criminal como contradicción de la vigencia del derecho sobre los tres planos de la relación jurídica interpersonal, de lo universal, también del derecho estatal constituido y de la relación consigo mismo del autor tiene per se la necesidad de la superación a través de la pena.

Esto rige, en principio, también en el caso de dichos delitos que se dirigen a través de la realización del injusto interpersonal en contra de la estructura del Estado como un todo. Que la motivación especial en el plano de la relación consigo mismo del autor (“culpabilidad”) pueda llegar a ser considerada y que, en casos extremos, se considere una exclusión del injusto (“justificación”) mediante un derecho de resistencia pre-positivo, ya se ha desarrollado. Dado que, no obstante, el injusto en la relación interpersonal entre el autor y la víctima (por ejemplo, en el caso del homicidio mediante

evidencias en la nota al pie 233). *Köhler* describe esta situación, con mayor detalle, como presunción “‘legal’ de la norma que niega de manera fundamental la dignidad humana de otro”. (Op. cit. también con ejemplos concretos; ver además p. 320). Sobre la fundamentación señala *Köhler* un derecho pre-positivo del ciudadano, de, en caso de la destrucción dada sistemáticamente de la constitución jurídica liberal, un derecho de coacción para la defensa y el restablecimiento de la constitución jurídica. Sobre la problemática de la posibilidad de fundamentación de un derecho de resistencia en absoluto ver, no obstante, en primer lugar, a *Kant* (nota 19), *Rechtslehre*, § 49, *Allgemeine Anmerkung A*, A 173 ss., B 203 ss. y *el mismo*, *Über den Gemeinspruch*, edición *Werkausgabe stw*, tomo 11, A 249 ss. Al respecto *Jacob*, *Das Individuum im Spannungsverhältnis von staatlicher Souveränität und Internationalisierung*, 2010, pp. 91 ss., *Spaemann*, en: *Spaemann* (Hrsg.), *Philosophische Essays*, 1983, p. 151 (159-169) und *Wawrzinek* (nota 46), pp. 241 ss. Ver, no obstante, también *Köhler* (nota 122), p. 298 (con la nota al pie 218) y 692, quien en su reconocimiento de un derecho de resistencia (pre-positivo) no ve contradicción alguna con la crítica de *Kant* hacia “un derecho de resistencia [legal, observación de *Gierhake*] frente al Estado [según] su concepto”.

<sup>129</sup> Debe tratarse de una resistencia en contra de una medida estatal atentadora de la libertad en un sentido trascendental que niega el principio del derecho humano. Cfr. nuevamente *Köhler* (nota 34), pp. 427 s.

la negación total del sujeto de la razón del otro) y la negación del derecho constituido universalmente (a saber, de la legislación universal de la prohibición del homicidio) permanece como fundamento de la pena, una regulación legal universal<sup>130</sup> que permita que ese injusto permanezca, a pesar de su existencia en su irracionalidad manifiesta, es de suyo contradictoria.<sup>131</sup>

Dado que la particularidad de los delitos políticos precisamente consiste en tomar el Estado como un todo en su objetivo de ataque,<sup>132</sup> tendría que reflexionarse, en todo caso, si el Estado, bajo la perspectiva de la afectación exclusivamente propia necesariamente, puede, por consiguiente, prescindir de la sanción penal, cuando el delito “afecte” solamente la estructura del Estado, más no otras víctimas. Se requiere, por lo tanto, de un estudio más profundo que estime en qué consiste exactamente el contenido del injusto del respectivo comportamiento y por qué este no puede ser incluido en el principio legal universal de la superación necesaria por medio de la pena. ¿Qué es lo que caracteriza conceptualmente al “delito político”? Si se ve la enumeración de los “delitos políticos” en el caso colombiano (rebelión, sedición, asonada, porte ilegal de armas, entre otros)<sup>133</sup>, se muestra que las conductas básicas se encuentran junto con una lucha política por el poder, una lucha interna, que en el momento de la valoración debe ser resuelto precisamente (de manera pacífica). Este contexto puede superar el injusto de los hechos – cuyo contenido de injusto criminal en el caso concreto debe, no obstante, y, ante todo, ser determinado de forma válida.<sup>134</sup> Este permanece, de todas formas, en el caso de la actividad violenta, en el injusto principal en contra de la estructura del Estado como forma externa de la libertad constituida. Sin embargo, deberá reconocerse que los autores con su rebelión, etc. se vinculan con un injusto no “sin tener una razón”, sino que con la afirmación de reformas necesarias y un nuevo orden ellos apelan, por su parte, a razones jurídicas. Si el poder jurídico soberano estatal en el transcurso de la superación del conflicto se ocupa de esas razones, reconoce parcialmente su razón de ser, o, de hecho, se apropia de ellas para elaborar

una reforma fundamental (por ejemplo: con la “Reforma rural integral”),<sup>135</sup> entonces se puede decir que se da un reconocimiento de la motivación jurídica de los “rebeldes”, lo cual significa, además, bajo ciertas circunstancias, una asunción (parcial) de los requerimientos y, ligada a ello, una incorporación de los fines políticos en la voluntad general constituida del Estado. El juicio de reproche de culpabilidad se reduce, de este modo, a la implementación violenta y, por ende, atentatoria de la libertad de los deseos de una reforma estatal que son en sí legítimos. Esto puede tener una reducción de la pena o, incluso, la exención – no representa, sin embargo, una “amnistía” en estricto sentido.

Lo anterior no cambia para nada el hecho de que en el momento histórico de una “jurisdicción para la paz” se pueda proponer en un sentido funcional una amnistía como “estímulo” a la disposición al diálogo, la dejación de las armas, en general: al retorno hacia el reconocimiento de la ley universal.

En el caso de Colombia, podrían entenderse las sanciones especiales de la jurisdicción para la paz como aplicación de una justicia penal especial como tal; – aunque la denominación como “sanciones” y, especialmente, su medida, lleven necesariamente a realizar más reflexiones: La medida de la pena de 5 a 8 años que ha sido prevista independientemente de la calidad del delito, esto es, bajo ciertas circunstancias también para el injusto más grave (homicidios, violaciones, secuestros), no es suficiente como restablecimiento justo del derecho (“restablecimiento” en el sentido de *Hegel*)<sup>136</sup> incluso si la posibilidad de reducir la culpabilidad es considerada; por lo demás, lo anterior es una pregunta del caso concreto y no puede ser fijada en un sentido legal-universal.

También la condición para aplicación del sistema especial de sanciones, esto es, la cooperación en el esclarecimiento de los sucesos en la forma especial de la confesión, es puesta en duda atendiendo a su legitimación: Con ella, una conexión improcedente de consideraciones funcionales se encuentra ligada a la idea de la justicia. Además, puede que el tratamiento desigual de quienes quieren cooperar voluntariamente respecto de aquellas personas que no lo quieren hacer, en concreto: la “función de poner el anzuelo” de la pena reducida para el esclarecimiento de los delitos es pertinente en un sentido pragmático, teleológico, no obstante, no tiene nada que ver con la justicia penal.

En el caso de la “amnistía” de delitos políticos, que se ha previsto en el caso del acuerdo de paz colombiano, se debe diferenciar: Si se trata de un injusto criminal en la relación personal que, si bien tiene un motivo político, no obstante, es manifiesto, la amnistía no es justificada. Si se trata de otros delitos políticos que pueden ser concebidos como formas defectuosas de la lucha de opinión, entonces se debe primero determinar su contenido criminal. Si el comportamiento puede concebirse como injusto criminal, entonces una motivación que merece reconocimiento es fundamento de una

<sup>130</sup> Aquí se halla una diferencia importante con los actos de indulto que no pueden constatar frente a su pretensión precisamente un carácter de legislación universal.

<sup>131</sup> Esto corresponde, por ejemplo, a las “muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario” mencionadas en el Acuerdo de Paz y la Ley de Amnistía de Colombia, esto es, las acciones homicidas que se han cometido como parte de las acciones de combate. Dichos delitos, aún cuando han sido cometidos con una motivación política, no son objeto legítimo de amnistía.

<sup>132</sup> Cfr. sobre “derecho penal político” las referencias en *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. ed. 2016, Vor § 80 nm. 3; cfr. sobre los delitos de protección del Estado en su totalidad *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/ Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch*, tomo 2, 4. ed. 2013, Vor §§ 80 bis 101a.

<sup>133</sup> Cfr. al respecto nota al pie 122.

<sup>134</sup> Esta definición no puede desarrollarse más en este punto.

<sup>135</sup> Cfr. el Punto Nr. 1 del Nuevo Acuerdo de Paz del 24.11.2016.

<sup>136</sup> *Hegel* (nota 25), § 101.

disminución de la culpabilidad y la pena, hasta de la exención de la pena, dado el grado de insignificancia. Una amnistía en estricto sentido, no lo es tampoco.

*bb) Amnistía interna de paz en sentido estricto*

De otra parte, se debe concebir por sí misma la amnistía, bajo ciertas circunstancias, como medida que construye una paz jurídica, cuando con ella “se dan por terminadas” las acciones de combate del pasado.<sup>137</sup> El acuerdo de paz presupone que la violencia recíproca se termine y que la confianza fundamental perturbada se restablezca paso a paso, que la sociedad se encuentre nuevamente como una comunidad jurídica, se constituya y se someta bajo un derecho común. Ahí, “lo pasado” puede concebirse, según las circunstancias (por ejemplo, en el caso de la guerra civil, más no de la violencia unilateral por medio del abuso del poder del Estado frente a los rebeldes) como un progreso infinito de violencia y respuesta a la violencia, el cual se ha desarrollado en condiciones similares al estado de naturaleza y, en la transición a condiciones jurídico-pacíficas, debe en efecto terminar de manera definitiva, para poder incorporar a quienes en un comienzo eran “enemigos” nuevamente en una relación de reconocimiento recíproco.<sup>138</sup> La amnistía tiene, por lo tanto, el significado de ser una “condición negativa” de la paz.

Esta comprensión de la amnistía después de una guerra civil en estricto sentido presupone, no obstante, que realmente dos “partes de la guerra” estén en confrontación (en un pueblo internamente dividido). Lo cual debe, en principio, diferenciarse de un Estado que, si bien lucha contra la rebelión, existe (aún) como unidad. Dentro de una unidad estatal los actos de resistencia violenta no son más que actos de injusto motivados de forma especial que, como tales, están cobijados por la justicia penal.<sup>139</sup> Los rebeldes pueden alcanzar una posición del mismo rango del Estado sólo si la unidad del Estado se rompe y las agrupaciones reunidas alcanzan un estatus independiente frente al Estado original.<sup>140</sup>

<sup>137</sup> El que con el “acuerdo” de paz esté vinculada, en ese sentido, también la amnistía, sería algo que se encuentra realmente ya en su concepto, como *Kant* lo constató para el “derecho después de la guerra” en el plano del derecho internacional sin una fundamentación adicional. *Kant* (nota 19), *Rechtslehre*, § 58, A 223, B 253.

<sup>138</sup> Ver también reflexiones similares en *Köhler* (nota 110), p. 73.

<sup>139</sup> Al respecto también infra IV. 1. b) aa).

<sup>140</sup> El derecho internacional conoce este fenómeno como el aspecto del “reconocimiento de la parte que conduce la guerra”; este reconocimiento fue, en un comienzo, presupuesto para que las reglas jurídicas de la guerra fuesen aplicables sobre el conflicto. Un ejemplo ampliamente reconocido en el derecho internacional para un caso como tal es la guerra civil americana (1861-1865). Cfr. por completo *Bothe*, en: Graf Vitzthum/Proelß (eds.), *Völkerrecht*, 6. ed. 2013, Sección 8 nm. 121. Ver además *Wienrich*, *Das Selbstbestimmungsrecht im Bürgerkrieg*, 1995, p. 28 con más evidencias.

Entonces un acuerdo de paz (el concepto de “acuerdo” hace referencia a la igualdad de rango entre las “partes”, lo cual no se puede dar en la relación entre el Estado y las agrupaciones terroristas) puede fundamentar el cese a las hostilidades, una consolidación de la relación jurídica recíproca y, finalmente, una nueva constitución de la unidad del Estado.

En una constelación como tal, el “perdonar y olvidar” recíproco no puede ser sólo el pilar fundamental para la confianza base, necesaria para el Estado, en la racionalidad de los co-sujetos; es, incluso, el único medio para la “superación del injusto”, pues una instancia penal legítima puede crearse sólo con la nueva constitución de un pueblo ahora unificado.

Los “delitos políticos” en estricto sentido sólo pueden existir en un Estado; si bien, las hostilidades en una “guerra civil” tienen, según la circunstancia, una fenomenología similar (homicidio en combate, actos violentos subversivos de todo tipo, “asonada”), ellas son, en un sentido cualitativo, actos de disputa violenta parecidos a las hostilidades de la guerra en el contexto internacional.

*2. Consecuencias para Colombia*

En el “Acuerdo de Paz” colombiano están previstas las amnistías para delitos políticos; estas no serán parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, sino que se consideran de suyo como exentas de pena. Estas regulaciones de la amnistía aparecen junto con las regulaciones especiales (judiciales) sobre sanciones por delitos que fueron cometidos en el contexto con el conflicto armado interno de las últimas décadas.

Esta solución es conceptualmente contradictoria. Las dos formas de confrontación del injusto (justicia penal y la amnistía de paz “genuina”) se deben comprender estrictamente de manera alternativa, más no cumulativa; estas no pueden unirse en un mismo sistema de confrontación del injusto. La confrontación penal en el Estado y la supresión intencionada de un estado de conflicto propio del estado de naturaleza entre dos “partes” – en igualdad – mediante un “Acuerdo de Paz” se excluyen conceptualmente: La sociedad se encuentra, o bien, en un estado de guerra no constituido entre dos “partes”, o, en la unidad de un estado estatal constituido.

# Imputación en Derecho Penal Internacional\*

De Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg\*\*

*Una de las principales características de los crímenes internacionales es que las conductas individuales [“Einzeltaten”], mediante las cuales éstos se cometen, se consuman en medio de un contexto amplio, el cual va más allá de la conducta individualmente considerada [“ein übergeordneter Begehungszusammenhang”]. Por esta razón, los tribunales penales nacionales e internacionales se ven enfrentados al reto de identificar y valorar, en medio de procesos colectivos, contribuciones individuales que fundamenten la responsabilidad penal. Varios han sido los enfoques desarrollados ante esta situación. Desde la penalización de la simple pertenencia a un grupo, pasando por la doctrina de la “empresa criminal común” (ECC) o joint criminal enterprise y la teoría del dominio de la organización, hasta llegar incluso a un concepto extendido de complicidad. Estos enfoques tienen en común que complementan la teoría tradicional de la imputación con un elemento “sistémico” al establecer la relación entre conducta y resultado mediante la referencia a un colectivo o grupo. Una imputación extendida – a pesar del paradigma individual estricto que va ligado a ella – de esta manera puede llegar a ser necesaria y conveniente, con el fin de tener en cuenta la dimensión colectiva del comportamiento individual. Asimismo, la inclusión de esta dimensión hace necesario acudir a criterios normativos para valorar los aportes individuales. En este sentido, la posición jerárquica del sujeto en el sistema o grupo objeto de la imputación, así como el grado de influencia que va ligado a dicha posición son especialmente relevantes. Además, una condición fundamental de un modelo sistémico de imputación es la separación estricta entre hechos punibles internacionales y puramente nacionales, lo cual supone una interpretación restrictiva del elemento contextual incluido en la definición de los primeros.*

## I. Introducción: Responsabilidad individual en contextos criminales colectivos

Uno de los logros más importantes del Tribunal Penal Militar (TPM),<sup>1</sup> instaurado por los Aliados al finalizar la Segunda

Guerra Mundial, fue el reconocimiento sin reservas de la responsabilidad penal individual a nivel internacional. Un pasaje famoso de la sentencia del TPM de Núremberg dice en este sentido: “Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas; solamente mediante el castigo de los individuos se puede hacer prevalecer el Derecho Internacional”.<sup>2</sup> Dicho fragmento fue adoptado en 1950 de manera modificada como primer principio en los denominados “Principios de Núremberg” por la Comisión de Derecho Internacional [“International Law Commission”; ILC], creada por las Naciones Unidas<sup>3</sup> en 1947: “Toda persona que cometa un acto que constituya un crimen según el Derecho Internacional es responsable por ello y puede ser castigada”.<sup>4</sup> Debe destacarse que aquí la atención se centra en el individuo y su aporte, a pesar de que el Derecho Internacional – es decir el área del Derecho de la cual proviene la norma primaria transgredida<sup>5</sup> – tradicionalmente se dirigía solo a los Estados.<sup>6</sup> La fundamentación de la responsabilidad individual con base en la transgresión del Derecho Internacional exige por consiguiente superar la visión clásica centrada en los Estados y aceptar que el individuo puede ser sujeto de Derecho Internacional, como potencial destinatario de las normas internacionales.<sup>7</sup> Así, en los estatutos de todos los tribunales

Procesos contra Criminales de Guerra de la misma universidad.

<sup>1</sup> Ver Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg del 8.8.1945 (Estatuto del TPM de Núremberg), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (ed.), *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg*, 14.11.1945-1.10.1946, tomo 1, 1947, pp. 10 ss.

<sup>2</sup> [“Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Personen begangen, nicht von abstrakten Einheiten, und nur durch Bestrafung von Einzelpersonen kann internationales Recht durchgesetzt werden”] IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (nota 1), p. 249.

<sup>3</sup> Asamblea General Res. 174 (III) del 21.11.1947.

<sup>4</sup> [“Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment”] United Nations (ed.), *Yearbook of the International Law Commission (YBILC)*, tomo 2, 1950, pp. 374 ss.

<sup>5</sup> Sobre el Derecho Penal Internacional como combinación de principios del Derecho Penal y del Derecho Internacional ver *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 4. ed. 2014, § 5 nm. 1; en general sobre el Derecho Penal como ordenamiento de normas secundario ver *Freund*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2009, § 1 nm. 12 ss.

<sup>6</sup> Ver, por ejemplo, *Herdegen*, *Völkerrecht*, 15. ed. 2016, § 7 nm. 3; *Epping*, en: Ipsen (ed.), *Völkerrecht*, 6. ed. 2014, § 5 nm. vor 1.

<sup>7</sup> *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. ed. 2016, nm. 2; también *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, 2013, p. 83;

\* Traducción del alemán por *Gustavo Emilio Cote Barco*, LL.M. y doctorando de la Georg-August-Universität de la ciudad de Gotinga (Alemania) y profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). La versión original con el título “Zurechnung im Völkerstrafrecht” está disponible en ZIS 2017, 410. Nota del traductor: las citas textuales tanto en alemán como en inglés también han sido traducidas al español, pero la versión original se encuentra entre corchetes. Igualmente, en el texto principal se han transcrito entre corchetes algunas expresiones que no tienen traducción literal exacta en español.

\*\* Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal de la Philipps-Universität de la ciudad de Marburgo (Alemania) y directora del Centro de Investigación y Documentación sobre

penales internacionales y mixtos instaurados con posterioridad se encuentran disposiciones en este mismo sentido.<sup>8</sup> Sin embargo, a pesar de que el principio de la responsabilidad individual actualmente pertenece a los cánones indiscutidos del Derecho Penal Internacional (DPI), su concretización impone, ahora al igual que antes, tanto a la academia como a la práctica retos considerables.

Lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con la estructura especial de los crímenes internacionales.<sup>9</sup> El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra<sup>10</sup> son (generalmente)<sup>11</sup> resultado o hacen parte de

---

*Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. ed. 2016, § 12 nm. 10 s.

<sup>8</sup> Ver art. 25 ER de la CPI, A/CONF.183/9 del 17.7.1998, complementado en la Conferencia de Revisión llevada a cabo en Kampala del 3.5.-11.6.2010, C.N.651.2010.TREATIES-8; art. 7 (1) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, S/RES/827 del 25.5.1993 (Estatuto del TPIY); art. (1) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/RES/955 del 8.11.1994 (Estatuto del TPIR); art. 6 (1) Estatuto del Tribunal Penal Especial para Sierra Leona del 16.1.2002 (Estatuto de TPESL); art. 29 (1) Ley sobre el establecimiento de las cámaras extraordinarias en las cortes de Cambodia, Acuerdo del 6.1.2003 (Estatuto de las CECC).

<sup>9</sup> Ver *Ambos* (nota 7), p. 84.

<sup>10</sup> Entre los crímenes internacionales nucleares se encuentra también el crimen de agresión, art. 8<sup>bis</sup> ER. Sin embargo, éste ha sido formulado como un “crimen de liderazgo”, el cual solo puede ser cometido por una persona “que realmente esté en capacidad de controlar o manejar el actuar político o militar de un Estado” [“die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken”]. Lo mismo aplica para los partícipes (art. 25 [3<sup>bis</sup>] ER). Debido a que por esta razón el número de potenciales responsables es limitado, el problema de la individualización de las contribuciones individuales no es tan relevante – al menos no en el plano de la aplicación del Derecho – como ocurre con delitos que pueden ser cometidos por cualquiera. De ahí que las consideraciones siguientes se limiten al genocidio, a los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

<sup>11</sup> Una cierta reserva se debe hacer con relación al crimen de genocidio, el cual en teoría puede ser cometido también por autores individuales, *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law, Volume II: The Crimes and Sentencing*, 2014, p. 17; *Werle/Jeffberger* (nota 7), nm. 860; *Kreß*, en: *Joecks/Miebach* (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 8, 2. ed. 2013, § 6 VStGB nm. 13; también ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 94. Aunque, el comportamiento individual que constituye genocidio por lo menos se debe inscribir en un contexto colectivo, al respecto *Bock*, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 124 ss. para más referencias. Sobre el enfoque de la CPI ver más adelante nota 21.

procesos colectivos.<sup>12</sup> A diferencia de lo que sucede con la mayoría de hechos punibles cotidianos o puramente nacionales, los crímenes internacionales no suponen solamente la contraposición entre un autor y una víctima. Cuando se trata de crímenes internacionales, el comportamiento lesivo individual no es un suceso aislado, sino parte de un contexto antijurídico más amplio [“ein übergeordneter Unrechtskontext”], el cual la mayoría de la veces es expresión de un conflicto social generalizado.<sup>13</sup> Como ejemplo es posible mencionar el genocidio ocurrido en Ruanda en 1994, en desarrollo del cual fueron asesinadas entre 500.000 y 1.000.000 de personas.<sup>14</sup> En estos casos los hechos suelen tener una dimensión política y se caracterizan por la intervención directa o indirecta del Estado (o de organizaciones similares), que inicia, promueve o por lo menos tolera el conflicto.<sup>15</sup> Por esta razón, los crímenes internacionales constituyen formas de macrocriminalidad. Se trata, en el sentido expuesto por *Jäger*, de comportamientos conformes con el sistema dentro de un contexto en el que se actúa de forma colectiva [“ein kollektiver Aktionszusammenhang”], el cual a su turno constituye una condición sin la cual no se puede explicar la conducta individual.<sup>16</sup>

Un DPI respetuoso del principio de culpabilidad<sup>17</sup> debe, por consiguiente, encontrar un camino para identificar y

---

<sup>12</sup> Ver *Seelmann*, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, 2002, p. 8.

<sup>13</sup> *Jäger*, *Makrocriminalität – Studien zur Kriminologie von Gewalt*, 1989, p. 12; *Bock* (nota 11), p. 166; también *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof, Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, p. 240.

<sup>14</sup> Ver *Hankel*, *Ruanda – Leben und Neuaufbau nach dem Völkermord*, 2016, p. 16.

<sup>15</sup> Ver *Jäger*, en: *Lüderssen* (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, tomo 3, 1998, p. 121; *Möller* (nota 13), p. 243; *Kelmann*, en: *Nollkaemper/van der Wilt* (ed.), *System Criminality in International Law*, 2009, p. 29; *Ambos* (nota 7), p. 84.

<sup>16</sup> *Jäger* (nota 13), p. 12; *el mismo* (nota 15), p. 134.

<sup>17</sup> Reconocido desde IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (nota 1), p. 287 (“Uno de los principios del Derecho más importantes consiste en que la culpabilidad jurídicopenal es personal y que las sanciones en masa se deben evitar.”) [“Einer der wichtigsten Rechtsgrundsätze besteht darin, daß eine strafrechtliche Schuld eine persönliche ist, und daß Massenbestrafungen vermieden werden sollen”]; ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 186 (“La suposición básica debe ser que en el Derecho Internacional, así como en los sistemas nacionales, el fundamento de la responsabilidad criminal es el principio de la culpabilidad personal: nadie debe ser declarado responsable por actos o transacciones en los que no se ha visto comprometido personalmente o ha participado de alguna otra manera [...]”) [“The basic assumption must be that in international law as much as in national systems, the foundation of criminal responsibility is the principle of per-

valorar, en medio de procesos colectivos de consumación, aportes individuales que sirvan de base para fundamentar la responsabilidad penal individual.<sup>18</sup> Se trata entonces de una pregunta fundamental para el DPI: ¿bajo cuáles condiciones es posible imputar a una persona en particular un resultado jurídicopenalmente relevante producido en un contexto antijurídico sistémico? El presente texto no puede dar una respuesta definitiva a este interrogante. De todas maneras se intentarán ilustrar diferentes niveles relacionados con el problema de la imputación y se explorarán varias posibilidades para mostrar cómo dichos niveles pueden ser tenidos en cuenta, dado el caso mediante el desarrollo de modelos de imputación específicos para el DPI.

## II. Nivel 1: Elemento contextual

La dimensión colectiva de los crímenes internacionales, de la cual se desprende su contenido antijurídico específico, surge de la conexión entre el hecho individual y el hecho global.<sup>19</sup> Dicha dimensión se manifiesta desde el punto de vista jurídico en el elemento contextual, el cual permite diferenciar los crímenes internacionales de aquellos crímenes que deben ser juzgados solamente conforme al Derecho nacional.<sup>20</sup> De este modo, la Corte Penal Internacional (CPI) solo persigue conductas que corresponden al tipo penal de genocidio cuando éstas tienen lugar “en el contexto de una pauta

---

sonal culpability: nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has not personally engaged or in some other way participated [...]”]; ver también Bock, *Utrecht Law Review* 9 (2013), 184 (185 s.).

<sup>18</sup> Ver también *Seelmann* (nota 12), p. 8; similar *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (543); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (136); *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (70, 73).

<sup>19</sup> Bock (nota 10), pp. 80 ss. (119) para más referencias. En este sentido justificó el Gobierno Federal alemán la expedición del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB), BGBl. I 2002, p. 2254, modificado recientemente por el § 1 de la Ley para reforma del VStGB [*Gesetzes zur Änderung des VStGB*], BGBl. I 2016, p. 3150, entre otros con el fin de tener en cuenta el contenido antijurídico específico de los crímenes internacionales, el cual radica en su naturaleza colectiva y en la relación funcional entre hecho individual y hecho global, Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (Bundesratsvorlage del 18.1.2002), en: Lüder/Vormbaum (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, 2003, p. 23; ver también ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunrac/Kovac/Vukovic), nm. 58.

<sup>20</sup> Ver solo *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395; *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1116); *Werle/Jeffberger* (nota 7), nm. 110 ss.; *Cottier*, en: *Ambos/Triffterer* (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3. ed. 2016, Art. 8, nm. 37 así como ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunrac/Kovac/Vukovic), nm. 58.

manifiesta de conducta similar”.<sup>21</sup> De igual forma, los crímenes de lesa humanidad se caracterizan porque los hechos individuales – como por ejemplo un asesinato o una violación – se cometen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”,<sup>22</sup> mientras que en los crímenes de guerra debe existir una relación entre el comportamiento lesivo individual y el conflicto armado respectivo entendido como un todo.<sup>23</sup>

Los tribunales internacionales han interpretado el elemento contextual de manera más o menos amplia.<sup>24</sup> Así, en concordancia con la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, la Cámara de Juzgamiento del caso Katanga de la CPI, afirmó que, cuando se trata de crímenes de guerra, en principio es necesario que la acción típica se relacione estrechamente con las hostilidades, sin que el conflicto armado necesariamente sea “la raíz” de la conducta [“the root”] y ésta haya tenido lugar en medio de los enfrentamientos. Según esta jurisprudencia, es suficiente con que el conflicto armado haya jugado un papel importante en la decisión del autor con relación a la realización de la conducta, en su capacidad para cometerla o en la forma como

---

<sup>21</sup> [“The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct [...]”] Art. 6 (a) No. 4, 6 (b) No. 4, 6 (c) No. 5, 6 (c) No. 5, 6 (e) No. 7 *Elements of Crimes*, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10.9.2002, ICC-ASP/1/3, complementado en el Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 3.5.-11.6.2010, por resolución RC/Res.6, Annex II. Sobre la compatibilidad de esta limitación con el ER, la cual podría excluir la consumación por parte de un autor individual (ver aquí también nota 11), IStGH-Statut ICC, Decisión del 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-2 (Prosecutor v. Al Bashir), nm. 125 ss.; *Ambos* (nota 11), p. 18 con más referencias.

<sup>22</sup> Ver por ejemplo art. 7 (1) ER; § 7 (1) VStGB.

<sup>23</sup> Esto constituye jurisprudencia permanente de los tribunales internacionales, ver ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1357; ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1176; ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), nm. 58; ICTY, Sentencia del 8.4.2015 – IT-05-88/2-A (Prosecutor v. Tolimir), nm. 616; ICTY, Sentencia del 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), nm. 573; ICTY, Sentencia del 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al.), nm. 109; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 442; ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 185 ss.; ICTR, Sentencia del 25.2.2004 – ICTR-99-46-T (Prosecutor v. Ntagerura et al.), nm. 766; SLSGH, Sentencia del 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), nm. 566; ECCC, Sentencia del 26.7.2010 – 001-18-07-2007/ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch), nm. 416.

<sup>24</sup> Ver también *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125); *Ambos* (nota 11), p. 141.

se cometió.<sup>25</sup> Adicionalmente, para establecer la relación de imputación, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) ha hecho referencia a las siguientes circunstancias: “el hecho de que el perpetrador es un combatiente; el hecho de que la víctima no es un combatiente; el hecho de que la víctima es miembro de la parte enemiga; el hecho de que es posible afirmar que la acción sirve al objetivo final de una campaña militar; y el hecho de que el crimen es cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador”.<sup>26</sup>

Esta interpretación amplia, con relación a los crímenes de guerra, puede hacer que el elemento contextual no cumpla con la función de delimitación entre crímenes internacionales y crímenes nacionales ya mencionada.<sup>27</sup> Aspectos característicos de situaciones de guerra (civil), tales como situaciones de violencia generalizada, el incremento en la disponibilidad de armas y el debilitamiento de los sistemas estatales de control,<sup>28</sup> crean de forma especial oportunidades<sup>29</sup> para consumir crímenes y facilitan ataques a la esfera jurídica de terceros. Por esta razón, es fácil llegar a la conclusión de que un conflicto armado y las circunstancias a las que éste da lugar influyen de manera decisiva la

consumación de una conducta criminal.<sup>30</sup> Si, además, es posible fundamentar la relación de imputación únicamente en que el autor ostenta un estatus relevante desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la diferencia entre hechos punibles nacionales e internacionales fácilmente puede desaparecer del todo.<sup>31</sup> De esta manera, por ejemplo, un soldado que en tiempos de guerra mata al amante de su esposa, quien casualmente es un civil, no solamente consumaría un homicidio, sino también un crimen de guerra, a pesar de que su conducta no presenta ningún tipo de relación interna con un contexto de acción colectivo.<sup>32</sup>

Por esta razón, se hace aconsejable la adopción de una interpretación restrictiva del elemento contextual, con el fin de captar jurídicamente el injusto que caracteriza a los crímenes internacionales, el cual radica precisamente en su dimensión colectiva.<sup>33</sup> Dicha interpretación constituye, además, un fundamento necesario para construir una teoría de la imputación propia del DPI.<sup>34</sup> Antes de establecer la responsabilidad penal individual en contextos colectivos de consumación, se debe (poder) enmarcar el comportamiento lesivo concreto en un suceso antijurídico global. Este es un primer paso necesario para limitar la punibilidad. De esta manera, para efectos de establecer la responsabilidad penal de un superior militar es diferente si uno de sus subordinados tortura a un prisionero de guerra con el fin de obtener información relevante desde el punto de vista táctico a sí – como en el ejemplo mencionado arriba – el subordinado mata al amante de su esposa. En el primer caso, el hecho es parte de un todo más amplio que involucra varios comportamientos, a cuya realización ha contribuido el superior, mientras que en el segundo caso se está en presencia de un conflicto puramente interpersonal entre el autor y la víctima.<sup>35</sup>

<sup>25</sup> Ver ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1176; confirmado en ICC, Sentencia del 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 142; vgl. también ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 287; ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), nm. 58; ICTY, Sentencia del 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), nm. 573; ICTY, Sentencia del 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), nm. 123; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 442; ICTR, Sentencia del 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), nm. 517.

<sup>26</sup> [“the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties”] ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), nm. 59; ver también ICC, Sentencia del 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 143.

<sup>27</sup> Ver en este sentido también *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125).

<sup>28</sup> Ver. *Bock* (nota 11), p. 167, 289.

<sup>29</sup> En este sentido ICTR, Sentencia del 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), nm. 518, en donde la Cámara de Juzgamiento afirmó que “el conflicto armado en curso [...] creó la situación y proporcionó el pretexto para los asesinatos masivos” (cursivas por fuera del texto original) [„the ongoing armed conflict [...] both created the situation and provided a pretext for the extensive killings”]; ver también *Zimmermann/Geiß*, en: Joecks/Miebach (nota 11), § 8 VStGB nm. 121; *Cottier* (nota 20), art. 8 nm. 43.

<sup>30</sup> Ver *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125). *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397) sostiene igualmente que no es suficiente con que el conflicto cree la oportunidad para que el crimen sea cometido.

<sup>31</sup> Crítico en este sentido también *Zimmermann/Geiß* (nota 29), § 8 VStGB nm. 120.

<sup>32</sup> Para más ejemplos ver *Ambos* (nota 11), p. 142. El ejemplo sería diferente si el amante de la mujer fuera un prisionero de guerra, pues aquí la situación de riesgo en la que se encuentra la víctima se vería agravada de forma significativa por el conflicto mismo, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 6 nm. 143; *Werle/Jeßberger* (nota 7), nm. 1169.

<sup>33</sup> Igualmente con relación a la seguridad jurídica que se puede alcanzar de esta manera *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1124 ss.).

<sup>34</sup> Ver también el modelo de imputación desarrollado por *Marxen*, en: Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, tomo 3, 1998, p. 220 (231) así como *Vest*, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, 2011, pp. 414 ss.

<sup>35</sup> Ver *Bothe*, en: Cassese/Gaeta/Jones (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, tomo 1, 2002, p. 379 (388).

La pregunta, hasta qué punto la participación en contextos colectivos de acción puede fundamentar la responsabilidad penal, surge solo con relación a hechos que se incorporan en un contexto de esta naturaleza. De ahí que el elemento contextual y su función de diferenciación también deban ser tomados en serio con miras a una teoría de la imputación. Los crímenes internacionales se deben diferenciar claramente de hechos que han sido consumados solamente con ocasión u oportunidad de un suceso antijurídico global. Por consiguiente, es necesario que exista una conexión funcional estrecha entre el hecho individual y el hecho global. En este sentido, cuando se trata de crímenes de guerra, se debe exigir que el comportamiento relevante esté relacionado con una campaña militar,<sup>36</sup> que el autor sea miembro de uno de los grupos organizados militarmente y que están enfrentados o que por lo menos sea cercano a ellos,<sup>37</sup> y que tenga a su disposición los típicos medios y métodos de guerra.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Ver *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397); en este sentido también IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (nota 1), p. 265, (“[...] estos crímenes eran parte de un plan, el cual estaba dirigido a eliminar la población local por medio de su expulsión y destrucción”) [“waren diese Verbrechen Teil eines Planes, der darauf abzielte, die ganze einheimische Bevölkerung durch Austreibung und Vernichtung zu beseitigen”]; US Military Tribunal, Sentencia del 19.7.1947, Case No. 1 (United States of America v. Karl Brandt et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (ed.), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Octubre 1946-Abril 1949, tomo 2, 1997, p. 181 (“Estos experimentos no estaban [...] aislados ni eran actos casuales [...], sino que eran el producto de una política coordinada y planeada en altos niveles gubernamentales, militares y del partido Nazi, llevados a cabo como parte integral del esfuerzo por hacer una guerra total”) [„These experiments were not [...] isolated and casual acts [...], but were the product of coordinated policy-making and planning at high governmental, military and Nazi Party levels, conducted as an integral part of the total war effort”]; *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1128).

<sup>37</sup> En este sentido también ICTR, Sentencia del 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), nm. 630 (“La categoría de personas que deben ser responsables [por crímenes de guerra] estaría limitada entonces en la mayoría de los casos a comandantes, combatientes y otros miembros de las fuerzas armadas.”) [“The category of persons to be held accountable [for war crimes] then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces”]; similar ICTY, Sentencia del 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 57; restrictivo ICTR, Sentencia del 1.6.2001 – ICTR-96-4-A (Prosecutor v. Akayesu), nm. 444 (“Este nexo entre las violaciones y el conflicto armado implica que, en la mayoría de los casos, el perpetrador del crimen probablemente tendrá una relación especial con una de las partes del conflicto. Sin embargo, dicha relación no es una condición necesaria [...]”) [“This

### III. Nivel 2: Enfoques para la fundamentación de la responsabilidad penal individual en contextos colectivos de consumación

Cuando el hecho individual se enmarca en un contexto colectivo de acción se forma una asociación antijurídica global [“ein Gesamtunrechtsverband”], al interior de la cual se deben identificar, como segundo paso, los aportes específicos que pueden fundamentar la responsabilidad penal individual. Debido al gran número de intervinientes y a la limitación de los recursos de la justicia, la reacción penal frente a crímenes internacionales, necesariamente, es selectiva.<sup>39</sup> En consecuencia, al menos los fiscales de los tribunales penales internacionales se centran principalmente en la persecución de los más responsables [“persons most responsible”].<sup>40</sup> Entre ellos, se encuentran especialmente

nexus between violations and the armed conflict implies that, in most cases, the perpetrator of the crime will probably have a special relationship with one party to the conflict. However, such a special relationship is not a condition precedent [...]”]; más cauteloso *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1404), el cual solamente supone que es más fácil de probar el elemento contextual cuando el autor es cercano a una de las partes del conflicto. Aún más restrictivo *Zimmermann*, GA 2010, 507 (520), quien ve los crímenes de guerra como un Derecho Penal especial dirigido a quienes están autorizados en un conflicto armado a causar daños, de manera que en principio no pueden ser cometidos por civiles.

<sup>38</sup> En este sentido *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1127); de acuerdo *Ambos* (nota 11), p. 143.

<sup>39</sup> Al respecto *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure*, 2016, pp. 376 ss. con más referencias; crítico sobre la base de la teoría de la pena de *Kant, Hall*, en: *Bergsmo* (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes*, 2010, pp. 171 ss.

<sup>40</sup> Ver *Situation in the Republic of Kenya*, ICC, Decisión del 31.3.2010 – ICC-01/09-19 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya), nm. 188; art. 1 (1) Estatuto de TPESL (“para procesar a las personas que tienen la mayor responsabilidad”) [“to prosecute persons, who bear the greatest responsibility”]; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15.9.2016), nm. 42 ss., en donde al mismo tiempo se muestra en el sentido de un “enfoque bottom-up” que la persecución de los más responsables puede exigir un fundamento probatorio que debe ser obtenido a través de procesos en contra de autores de menor jerarquía; art. 1 Estatuto de las CECC (“llevar a juicio los líderes [...] y aquellos que fueron más responsables por los crímenes”) [“bring to trial senior leaders [...] and those who were most responsible for the crimes”]; igualmente el art. 1 Estatuto del TPM de Núremberg (“juicio y castigo de los principales criminales de guerra”) [“trial and punishment of the major war criminals”]; ver también la presentación general que hace *de Vlaming*, en: *Reydams/Wouters/Ryngaert* (ed.), *International Prosecutors*, 2012, p. 542.

líderes militares y políticos de mayor jerarquía<sup>41</sup> que cumplen un papel decisivo al planear, iniciar o decidir sobre el suceso global, pero que usualmente permanecen ocultos con relación a la consumación del hecho individual. De ahí que, para identificar los aportes individuales también se deban tener en cuenta las estructuras jerárquicas, así como las cadenas de mando y responsabilidad que surgen de ellas.<sup>42</sup> En lo que sigue, se estudiarán entonces algunos modelos de imputación que se han seleccionado y que se orientan en especial medida al entendimiento de contextos colectivos de acción.

### 1. Penalización de la pertenencia a un determinado tipo de grupo

Un posible enfoque, con un alcance amplio para la fundamentación de la responsabilidad penal, consiste en la penalización de la pertenencia, por sí sola, a un determinado tipo de grupo, independientemente del aporte individual a un resultado específico. Un enfoque similar se puede encontrar en el art. 9 del Estatuto del TPM de Núremberg, el cual, lo autorizaba para calificar como criminales grupos u organizaciones a los que pertenecieran las personas juzgadas y condenadas en este contexto. A través de esta disposición, no se estableció la posibilidad de decretar la responsabilidad penal del grupo u organización como tal, su objetivo, era más bien facilitar la realización de procesos penales subsiguientes en contra de personas naturales.<sup>43</sup> Es por ello que, el art. 10 del Estatuto del TPM garantizaba el derecho de los países signatarios de la Carta de Londres a adelantar procesos penales con fundamento en la pertenencia del acusado a una organización criminal. Para esto, el carácter criminal de la organización podía darse por probado mediante la sentencia del TPM de Núremberg, sin que dicho carácter pudiera ser cuestionado de nuevo. Una disposición, de este tipo, se puede encontrar también, en el art. II (1) (d) de la Ley No. 10 del Consejo de Control de los Países Aliados.<sup>44</sup>

El delito de organización,<sup>45</sup> así establecido, conduce en últimas a una responsabilidad penal individual ampliada.<sup>46</sup> La

incorporación en la organización constituye entonces el elemento que fundamenta la imputación y como consecuencia no es necesario probar una conexión adicional entre el miembro de la organización y los hechos punibles consumados o planeados como parte del objetivo de esta última. En este sentido, *Jung* habla de una “imputación participativa” [“eine partizipatorische Zurechnung”].<sup>47</sup> Sin embargo, el TPM de Núremberg reconoció que este tipo de imputación es problemático, si como base de la responsabilidad penal se acepta un principio de culpabilidad fundado en los aportes individuales.<sup>48</sup> De hecho, el TPM resaltó en su sentencia, que uno de los principios del Derecho más importantes es, precisamente, que la culpabilidad penal es individual y por ello deben evitarse las sanciones colectivas. Por esto, la decisión sobre el carácter criminal de una organización se debía tomar de manera que, en la medida de lo posible, personas inocentes no fueran condenadas.<sup>49</sup> Al mismo tiempo, el Tribunal limitó la punibilidad de la pertenencia a un grupo por encima del tenor literal del art. 10 de su Estatuto<sup>50</sup> y, en este sentido, afirmó en su sentencia:

---

Rissing-van Saan/Tiedemann (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo 5, 12. ed. 2009, § 129 nm. 5; *Ostendorf*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (ed.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 4. ed. 2013, § 129 nm. 10; *Schäfer*, en: Joecks/Miebach (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 3, 3. ed. 2017, § 129 nm. 16 ss.

<sup>46</sup> *Vest* (nota 34), p. 281.

<sup>47</sup> *Jung*, en: Eser (ed.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, p. 175 (184).

<sup>48</sup> *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (81): “Los individuos deben ser procesados por sus actos no por sus asociaciones; hacerlo de otra manera es comprometerse en la culpabilidad por asociación” [“Individuals must be prosecuted for their actions, nor for their associations; to do otherwise is to engage in guilt by association”]; también *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94 s.). Con relación a los tipos penales (alemanes) §§ 129, 129a, 129b StGB *Cobler*, KJ 1984, 407 (411): una institucional “renuncia a la prueba individual de la culpabilidad en favor de una responsabilidad colectiva” [verfassungsrechtlich unzulässiger “Verzicht auf einen individuellen Schuld nachweis zugunsten einer kollektiven Haftung”]; *Günther/Prittwitz*, en: Herzog/Neumann (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, 331 (349): una “responsabilidad individual atenuada” [“verdünnt[e] individuelle Verantwortlichkeit”].

<sup>49</sup> IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (nota 1), p. 287. Esta restricción que el Tribunal se impuso a sí mismo se refleja en su sentencia. El Tribunal solamente declaró como criminales a la cúpula del NSDAP (partido Nacional Socialista), a la Gestapo, a la SS y su servicio de seguridad, pero no al Gobierno del “Reich” ni al alto mando de las fuerzas armadas alemanas (Wehrmacht), a pesar de que así se exigió en la acusación, IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (nota 1), p. 310 s.

<sup>50</sup> *Ambos* (nota 7), p. 111; al respecto también *Danner/Martinez*, *California Law Review* 93 (2005), 75 (114).

<sup>41</sup> ICC, Decisión del 9.3.2006 – ICC-01/04-01/06-8 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 63; también *International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* del 15.9.2016, nm. 43.

<sup>42</sup> Ver también *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (407); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (135); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 así como BGHSt 40, 218 (237).

<sup>43</sup> Ver también *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94).

<sup>44</sup> El Boletín Oficial del Consejo de Control en Alemania No. 1 del 29.10.1945 dice: “Cada uno de los siguientes tipos penales constituye un crimen: [...] Pertenencia a ciertas categorías de asociaciones criminales u organizaciones, cuyo carácter criminal ha sido establecido por el Tribunal Militar Internacional” [“Jeder der folgenden Tatbestände stellt ein Verbrechen dar: [...] Zugehörigkeit zu gewissen Kategorien von Verbrechervereinigungen oder Organisationen, deren verbrecherischer Charakter vom Internationalen Militärgerichtshof festgestellt worden ist”].

<sup>45</sup> Así, sobre los tipos penales estructuralmente comparables del StGB (§§ 129, 129a, 129b StGB); *Krauß*, en: *Laufhütte*

“Debido a que [...] la declaración con relación a las organizaciones y grupos determinará el carácter criminal de sus miembros, dicha declaración debe excluir a aquellos que no tenían conocimiento sobre sus fines y actos criminales, así como a quienes se convirtieron en miembros de dichas organizaciones por decisión del Estado, a no ser que hayan tomado parte personalmente en hechos declarados como criminales a través del art. 6 del Estatuto. La simple pertenencia no es suficiente para ser afectado por dichas declaraciones.”<sup>51</sup>

El Código Penal alemán (StGB por sus siglas en alemán) sigue un enfoque similar al tipificar en los §§ 129, 129a y 129b, entre otros, la pertenencia a una organización terrorista (nacional o extranjera), cuyo objetivo sea o sus actividades estén dirigidas a cometer crímenes internacionales.<sup>52</sup> La “participación como miembro” exige una participación activa en el quehacer de la organización. No es suficiente solo con ser miembro de forma pasiva y sin importancia para su funcionamiento.<sup>53</sup> Pero ello no significa, que el miembro de la organización deba participar como autor o participe en los hechos punibles consumados en el marco de sus fines,<sup>54</sup> puesto que, la conducta típica abarcará “toda actividad que sirve a los intereses de la organización”.<sup>55</sup>

Debido a la amplitud con la que están formulados,<sup>56</sup> los tipos penales de los §§ 129, 129a y 129b StGB adquieren una relevancia práctica especial en casos en los que no se ha podido demostrar que el acusado ha cometido otros delitos. Esto se puede apreciar en el proceso penal adelantado en Stuttgart en contra de algunos líderes del “Forces Démocratiques de Libération du Rwanda”, grupo paramilitar que operó principalmente en la República Democrática del

Congo. Su presidente, Ignace Murwanashyaka, y su representante, Straton Musoni, fueron acusados como superiores militares (§ 4 Código Penal Internacional alemán, VStGB por sus siglas en alemán) responsables por varios crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados, entre otros, asesinato, violación y tráfico de personas.<sup>57</sup> Con relación a Murwanashyaka únicamente se pudo probar su complicidad en cuatro crímenes de guerra, así como su posición de liderazgo en una organización terrorista [“Rädelsführerschaft”]. A su turno, Musoni solamente pudo ser declarado responsable conforme a los §§ 129, 129a y 129b StGB.<sup>58</sup> Los tipos penales relacionados con el terrorismo también adquieren una importancia especial en los procesos que actualmente se adelantan en contra de presuntos miembros del “Estado Islámico” que aparentemente han participado en la guerra civil en Siria.<sup>59</sup> A pesar de que estos tipos penales probablemente se pueden justificar a través de la peligrosidad especial de las organizaciones terroristas y de la dinámica que las caracteriza, la cual impide que sean controlables completamente,<sup>60</sup> no se puede negar que su principal objetivo es superar dificultades probatorias que se pueden presentar al determinar la imputación individual.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Ver al respecto (desde la perspectiva de la defensa) *Groß-Bölting*, en: 36. Strafverteidigertag, Alternativen zur Freiheitsstrafe, 2013, p. 143 (144); (desde la perspectiva de la Fiscalía) *Ritscher*, en: Safferling/Kirsch (ed.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, p. 223 (231 ss.).

<sup>58</sup> <http://www.olgstuttgart.de/pb/Lde/Startseite/Medien/OLG+Stuttgart+verurteilt+Funktionaere+der+FDLR+/?LISTPAGE=3789218> (7.9.2017).

<sup>59</sup> Ver en general <https://www.generalbundesanwalt.de/de/insich.php> (7.9.2017); ver, además, los procesos más recientes contra Anil O. <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themid=19&newsid=684> (7.9.2017), Mukhamadsaid S. <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themid=19&newsid=682> (7.9.2017), Tarik A. <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themid=19&newsid=681> (7.9.2017); Abdulrahman A. A. und Abdalfatah H. A. <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themid=19&newsid=680> (7.9.2017) y Nasser A. <https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?themid=19&newsid=679> (7.9.2017).

<sup>60</sup> En este sentido BGHSt 31, 202 (207); BGHSt 41, 47 (51); *Patzak/Lohse* (nota 53), § 129 nm. 32; *Krauß* (nota 45), § 129 nm. 1; *Ostendorf* (nota 45), § 129 nm. 13; *Schäfer* (nota 45), § 129 nm. 4; al contrario *Cobler*, KJ 1984, 407 (411 ss.), el cual considera los §§ 129 ss. StGB contrarios a la Constitución.

<sup>61</sup> Por esta razón, muy crítico *Cobler*, KJ 1984, 407 (411); ver igualmente *Jung* (nota 47), p. 185. Igualmente con relación al proceso de Núremberg *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94); también crítico *Ostendorf*, JA 1980, 499 (503), el cual advierte sobre el peligro de un Derecho Penal de la consciencia.

<sup>51</sup> [“Da [...] die Erklärung bezüglich der Organisationen und Gruppen den verbrecherischen Charakter ihrer Mitglieder bestimmen wird, so sollte diese Erklärung diejenigen ausschließen, die keine Kenntnis der verbrecherischen Zwecke oder Handlungen der Organisationen hatten, sowie diejenigen die durch den Staat zur Mitgliedschaft eingezogen worden sind, es denn, daß sie sich persönlich an Taten beteiligt haben, die durch den Artikel 6 des Statuts für verbrecherisch erklärt worden sind. Die bloße Mitgliedschaft reicht nicht aus, um von solchen Erklärungen betroffen zu werden”].

<sup>52</sup> En el § 129a Inciso 1 S. 1 StGB se hace referencia solamente al genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra, pero no al crimen de agresión.

<sup>53</sup> BGHSt 29, 288 (294); 46, 349 (356); *Patzak/Lohse*, en: Satzger/Schluckebier/Widmaier (ed.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. ed. 2014, § 129 nm. 32; *Krauß* (nota 45), § 129 nm. 107; *Ostendorf* (nota 45), § 129 nm. 18; *Schäfer* (nota 45), § 129 nm. 85.

<sup>54</sup> *Patzak/Lohse* (nota 53), § 129 nm. 32; *Krauß* (nota 45), § 129 nm. 108; *Ostendorf* (nota 45), § 129 nm. 18; *Schäfer* (nota 45), § 129 nm. 86; BVerfGE 56, 22 (33); BGHSt 29, 288 (291).

<sup>55</sup> BVerfGE 56, 22 (33); también BGHSt 29, 288 (294); 31, 16 (17).

<sup>56</sup> También BGHSt 31, 16 (17); *Ostendorf*, JA 1980, 499 (503).

2. *Empresa criminal común: Un modelo de imputación sistémico*

Los estatutos de los tribunales penales internacionales contemporáneos no tienen en cuenta – al menos no explícitamente<sup>62</sup> – la pertenencia a una organización. Según el art. 7 (1) del Estatuto del TPIY y 6 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), (solo) es individualmente responsable aquel que ha planeado, ordenado, cometido o instigado la comisión de un crimen mencionado en el Estatuto respectivo o que de alguna otra manera ha ayudado o contribuido a su consumación.<sup>63</sup> La configuración de las formas de participación, enunciadas en este listado, fueron confiadas a la jurisprudencia.<sup>64</sup> En este contexto ocupa un lugar central la figura de la participación en una ECC,<sup>65</sup> desarrollada por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic,<sup>66</sup> la cual puede ser considerada como una forma especial de comisión.<sup>67</sup> Desde el punto de vista objetivo, para esta forma de responsabilidad deben concurrir tres condiciones:<sup>68</sup>

- Una pluralidad de personas, las cuales no necesariamente deben pertenecer a una estructura u organización militar, administrativa o política ni estar todas identificadas con nombres.<sup>69</sup>
- Una objetivo o plan común, el cual no debe ser necesariamente objeto de un acuerdo previo a la comisión de los hechos y puede surgir de la situación concreta durante su consumación.
- La participación en la consecución del objetivo o finalidad común.

De esta última condición se desprende, que de acuerdo con esta forma de imputación, la sola pertenencia a una asociación criminal tampoco<sup>70</sup> puede fundamentar la punibilidad.<sup>71</sup> No obstante, aún no es claro cuáles son los requisitos concretos que implica esta condición. Este es todavía un tema discutido. Mientras algunas cámaras pretenden aceptar cualquier tipo de contribución a la consumación de un crimen, incluso la más insignificante,<sup>72</sup> otras exigen un aporte significativo, aunque éste no tiene que ser sustancial, necesario o imprescindible.<sup>73</sup> De todas maneras, no se exige una participación directa o inmediata en la consumación como tal del crimen.<sup>74</sup> De acuerdo con la Cámara de Apelaciones en el caso Brdanin, ni siquiera es necesario que el autor inmediato pertenezca a la ECC; en principio, es suficiente que uno o varios de los

<sup>62</sup> Ver, sin embargo, sobre la similitud estructural de la doctrina de la ECC con los delitos de organización el pie de página 84 y el texto principal al cual pertenece.

<sup>63</sup> De acuerdo con los art. 7 (1) Estatuto del TPIY y 6 (1) Estatuto del TPIR se considera individualmente responsable la persona que: “[...] planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles [...]”.

<sup>64</sup> También *Ambos/Bock*, en: de Brouwer/Smeulers (ed.), *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2016, p. 202.

<sup>65</sup> Ver, sin embargo, sobre la actitud en principio vacilante del TPIR *Ambos/Bock* (nota 64), pp. 205 s.

<sup>66</sup> ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 224 ss.

<sup>67</sup> Ver por ejemplo ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 188; ICTY, Decisión del 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic/Sainovic/Ojdanic); ICTY, Sentencia del 30.6.2016 – IT-08-91-A (Prosecutor v. Stanisic/Zupljanin), nm. 109; ICTY, Sentencia del 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Krstic), nm. 601; ICTR, Sentencia del 16.12.2013 – ICTR-01-68-A (Ndahimana v. Prosecutor), nm. 201; ICTR, Sentencia del 17.5.2011 – ICTR-00-56-T (Prosecutor v. Ndindiliyimana et al.), nm. 1912.

<sup>68</sup> Fundamental ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 227; confirmado recientemente en ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 560 ss.; con más referencias jurisprudenciales ver *Ambos* (Fn. 7), p. 124 s.; en especial con relación a la jurisprudencia del TPIY ver *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ss.); sobre la jurisprudencia del TPIR ver *Ambos/Bock* (nota 64), p. 207.

<sup>69</sup> ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 430.

<sup>70</sup> Sobre la pertenencia a una organización ver arriba II. 1.

<sup>71</sup> ICTY, Sentencia del 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), nm. 263; ICTR, Sentencia del 2.2.2012 – ICTR-98-44-T (Prosecutor v. Karemera/Ngirumpatse), nm. 1437.

<sup>72</sup> De manera muy amplia ICTR, Sentencia del 11.9.2006 – ICTR-01-65-T (Prosecutor v. Mpambara), nm. 13 (“no hay un estándar mínimo para la relevancia o importancia y el acto no debe ser un crimen independiente” [“there is no minimum threshold of significance or importance and the act need not independently be a crime”]) con referencia a ICTY, Sentencia del 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka et al.), nm. 97 (“no hay un requisito legal específico de que el acusado deba hacer una contribución sustancial a la empresa criminal común” [“there is no specific legal requirement that the accused make a substantial contribution to the joint criminal enterprise”]); también muy amplio ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 100 (“la participación [...] puede tomar la forma de asistencia en, o contribución a, la ejecución del propósito común” [“participation [...] may take the form of assistance in, or contribution to, the execution of the common purpose.”]).

<sup>73</sup> ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 430; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 564; ICTR, Sentencia del 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), nm. 1907.

<sup>74</sup> ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 100; ICTR, Sentencia del 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), nm. 1907.

miembros de una ECC se valgan de una persona externa para la realización del hecho.<sup>75</sup> Como resultado, de esta manera se termina reconociendo una especie de coautoría mediata.<sup>76</sup>

Desde el punto de vista subjetivo, se han diferenciado tres formas de ECC.<sup>77</sup> En la forma básica (ECC I), los participantes actúan conjuntamente con base en un plan común y con dolo común. La segunda forma (ECC II), se dirige a hechos cometidos en campos de concentración o en contextos sistémicos similares. A diferencia de lo que ocurre en la ECC I, aquí no se debe probar que el acusado ha actuado con dolo respecto a los actos concretos. Es suficiente cuando él conoce el sistema de maltrato y actúa con la intención de promover su funcionamiento [“Förderungsvorsatz”]. Incluso, es posible establecer que el acusado ha obrado con dicha intención a partir de su posición jerárquica. La tercera forma (ECC III) permite la imputación de actos que constituyen excesos y que no están comprendidos en el plan o dolo común. Para esto se deben cumplir dos condiciones: (i) el acusado debe haber tenido la intención (dolo) de participar en la ECC y de facilitar la obtención de su propósito criminal; (ii) la consumación de los actos que constituyen excesos debe haber sido previsible. En este sentido, se exige que el acusado haya sido consciente de que la ECC, con un alto grado de probabilidad, produciría un determinado resultado y que él hubiera aceptado dicho riesgo.

La ventaja manifiesta de esta doctrina radica en que ofrece una alternativa simple desde el punto de vista de la técnica probatoria frente a actos colectivos, la cual permite fundamentar la responsabilidad de “hombres de atrás” que no están presentes en la consumación de los hechos.<sup>78</sup> En especial, la acusación no debe probar que entre la conducta del acusado y el hecho concreto consumado existe una conexión directa o inmediata.<sup>79</sup> Desde el punto de vista dogmático se puede afirmar entonces, tal y como lo señaló acertadamente Vogel, que se trata de un “modelo sistémico” [“ein systemisches Modell”], pues a través suyo “la responsabilidad individual se atribuye de acuerdo con la función y aporte del partícipe en un contexto criminal”<sup>80</sup> de

esta clase. En este modelo la estructura colectiva de los hechos se toma en cuenta en la medida en que la responsabilidad penal se fundamenta principalmente “en la participación en una asociación criminal”<sup>81, 82</sup> en el marco de la cual se cometen crímenes (internacionales).<sup>83</sup> Sin embargo, se debe señalar, por un lado, que especialmente la tercera forma se acerca a la penalización de la pertenencia activa a un grupo,<sup>84</sup> debido a que aquella se satisface con la previsibilidad de los hechos y solamente toma en cuenta la pertenencia a la ECC. Pero, por otro lado, una diferencia decisiva consiste en que la figura de la ECC III no solamente comprende la participación como tal en una asociación criminal, sino también la corresponsabilidad, incluso a título de autoría,<sup>85</sup> por los hechos concretos cometidos en el marco de dicha asociación.<sup>86</sup>

El énfasis en la relación que surge entre personas que actúan de forma colectiva y sistémica también conduce, casi inevitablemente, a tensiones con el principio de culpabilidad.<sup>87</sup> Cuando en el contexto de la ECC II se deriva el dolo dirigido a promover la finalidad de la organización automáticamente a partir de la posición jerárquica del acusado, en la práctica se está renunciando a probar formalmente el comportamiento antijurídico de éste.<sup>88</sup> Además, la

<sup>81</sup> [“die Beteiligung an einem kriminellen Zweckverband”] Vogel, ZStW 114 (2002), 403 (421); también Ambos (nota 7), p. 161; *el mismo* (nota 5), § 7 nm. 30.

<sup>82</sup> Ver también ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 191; Gustafson, JICJ 5 (2007), 134 (139).

<sup>83</sup> Vgl. ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 430.

<sup>84</sup> También Danner/Martinez, California Law Review 93 (2005), 75 (117 ss.); Ohlin, JICJ 5 (2007), 69 (81); Ambos (nota 7), p. 173; igualmente para la ECC II *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (97).

<sup>85</sup> Ver Vest (nota 34), p. 289; en detalle Ambos (nota 7), p. 161 s. con más referencias.

<sup>86</sup> Vgl. ICTY, Decisión del 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic et al.), nm. 26: “La responsabilidad penal conforme a la empresa criminal común no es responsabilidad por la mera pertenencia o por conspirar para cometer crímenes, sino una forma de responsabilidad que se ocupa de la participación en la comisión de un crimen como parte de una empresa criminal común” [“Criminal liability pursuant to joint criminal enterprise is not a liability for mere membership or for conspiring to commit crimes, but a form of liability concerned with the participation in the commission of a crime as part of a joint criminal enterprise”]; también *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

<sup>87</sup> En detalle con relación a las críticas formuladas en contra de la ECC en el sentido de que esta forma de responsabilidad fundamenta una especie de culpabilidad colectiva inadmisibles ver Vest (nota 34), pp. 332 ss.; ver también dicha crítica en Fletcher/Ohlin, JICJ 3 (2005), 539 (550).

<sup>88</sup> Ver *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (188); también Haan, ICLR 5 (2005), 167 (199); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

<sup>75</sup> ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 410 ss.; también ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 567.

<sup>76</sup> Ambos (nota 7), p. 125; Ambos/Bock (nota 64), pp. 208 s.

<sup>77</sup> Fundamental ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 220; con más referencias jurisprudenciales Ambos (nota 7), pp. 125 ss.; en especial con relación a la jurisprudencia del TPIY Haan, ICLR 5 (2005), 167 (170 ss.); sobre la jurisprudencia del TPIR Ambos/Bock (nota 64), p. 209.

<sup>78</sup> Gustafson, JICJ 5 (2007), 134 (137, 145); también *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (98).

<sup>79</sup> Ambos (nota 7), p. 175; también *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

<sup>80</sup> [bei dem “individuelle Verantwortlichkeit nach der Funktion des Beteiligten und seines Beitrags im kriminellen Systemzusammenhang zugeschrieben wird”] Vogel, ZStW 114 (2002), 403 (420).

tercera variante de la ECC supone igualmente una reducción importante de las condiciones que normalmente se exigen para probar una acción penalmente relevante, sobre todo porque en la práctica el requisito de la previsibilidad difícilmente puede generar un efecto limitador de la punibilidad.<sup>89</sup> Por esta razón, esta forma de imputación es vista por parte de la literatura, con argumentos importantes, como una especie de responsabilidad objetiva por el resultado, no conciliable con el principio de culpabilidad.<sup>90</sup>

### 3. Estructuras colectivas de consumación y teoría del dominio del hecho

A pesar de que la doctrina de la ECC constituye un modelo de imputación atractivo desde la perspectiva de los funcionarios encargados de acusar, hasta el momento la CPI no ha acudido a ella. En lugar de esto, con el fin de interpretar el art. 25 del Estatuto de Roma (ER),<sup>91</sup> las cámaras de la CPI se han apoyado en la teoría del dominio del hecho,<sup>92</sup> desarrollada principalmente por *Roxin*.<sup>93</sup>

#### a) Coautoría

La coautoría es entendida, en consecuencia, como la actuación conjunta de una pluralidad de personas en la que se

<sup>89</sup> Ver *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550); también la revisión de la jurisprudencia hecha por *Ambos* (nota 7), pp. 126 s.

<sup>90</sup> *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550: “responsabilidad estricta por actos criminales que no fueron parte de un plan común” [“strict liability for criminal acts that were not part of a common plan”]); *Ambos* (nota 7), pp. 174 ss.; crítico también *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (200 s.).

<sup>91</sup> En este sentido es relevante especialmente el art. 25 (3) (a) ER, según el cual es penalmente responsable quien “(a) Cometa [un] crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

<sup>92</sup> Fundamental ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 323 ss.; ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 469; ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 994; ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1389 ss.; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 62; ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 480 ss.; ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 348; ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 296; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), nm. 291; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24; también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

<sup>93</sup> Fundamental *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. ed. 2015, pp. 60 ss.

da una división funcional del trabajo.<sup>94</sup> La imputación recíproca de cada aporte constituye el elemento clave.<sup>95</sup> De esta manera, también la coautoría tiene un elemento sistémico, ya que el individuo es hecho responsable por un resultado que no ha causado él solo, sino en concomitancia con otros, es decir, de forma colectiva.<sup>96</sup> Desde el punto de vista objetivo, las cámaras exigen la existencia de un plan común y un aporte o contribución esencial para la realización del hecho [“essential contribution”].<sup>97</sup> Desde el punto de vista subjetivo se exige (en principio)<sup>98</sup> el dolo en el sentido del art. 30 ER.<sup>99</sup>

<sup>94</sup> ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 342: “El concepto de coautoría basado en el control común sobre los crímenes se basa en el principio de la división de las tareas esenciales para el propósito de cometer un crimen entre dos o más personas que actúan de manera concertada” [“The concept of co-perpetration based on joint control over the crimes is rooted in the principle of the division of essential tasks for the purpose of committing a crime between two or more persons acting in a concerted manner”]; ver también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 62; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24.

<sup>95</sup> Explícito ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 994; ver también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 445; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 65; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24; ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 134.

<sup>96</sup> Siehe *Seelmann* (nota 12), p. 8; comparar también *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, pp. 144 s.

<sup>97</sup> ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 980, 989; ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 343, 346; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 64; ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 350; ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 297; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), nm. 292; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24; también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

<sup>98</sup> Ver, sin embargo, sobre la posible flexibilización del elemento plan común la nota 101 y el texto principal al cual corresponde.

<sup>99</sup> ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 349; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 70; ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein

Al margen de las discusiones que existen con relación a los detalles de esta forma de imputación,<sup>100</sup> ya es posible afirmar que la jurisprudencia ha reconocido para la coautoría un ámbito de aplicación amplio. En este sentido, no es necesario que el plan común esté dirigido específicamente a la consumación de un crimen; por el contrario, es suficiente cuando el plan contiene un “elemento de criminalidad” [“element of criminality”]. Esto se da cuando: (i) los coautores están dispuestos bajo ciertas circunstancias a cometer un crimen para alcanzar un fin no-criminal, o (ii) cuando son conscientes de que la implementación de su plan implica el riesgo de que se cometan crímenes y aceptan esa consecuencia.<sup>101</sup> A pesar de ello, no es claro qué tipo de casos han sido visualizados por las cámaras al formular estos supuestos, pero es posible pensar que el “elemento de criminalidad” se presenta, por ejemplo, cuando los líderes de una milicia, con el fin de fortalecer las unidades bajo su mando (un fin que no es criminal), desarrollan una estrategia de reclutamiento estricta (la cual en sí misma tampoco es criminal) que al implementarse lleva al reclutamiento forzado de menores, lo cual constituye un crimen de guerra según el art. 8 (2) (e) (vii) ER. Si se admite que para la existencia del plan común es suficiente que los líderes de la milicia hayan reconocido dicho riesgo y lo hayan aceptado, probablemente se estaría en presencia de un relajamiento de las condiciones subjetivas generales de la punibilidad establecidas en el ER, puesto que el simple dolo eventual, según la opinión mayoritaria, no cumple con las condiciones del art. 30 de

Ali), nm. 297; también ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 351, en donde se establecen, sin embargo, exigencias más estrictas para el requisito del dolo.

<sup>100</sup> Así, en ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 351, se exige para el dolo, además, que el coautor conozca las circunstancias concretas que le han permitido controlar los hechos conjuntamente con otros, crítico al respecto *Ambos* (nota 7), p. 154. El Juez Fulford se opone en general a la aplicación de la teoría del dominio del hecho y acepta para la coautoría, en principio, todo tipo de aporte (no solamente los aportes esenciales), ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, nm. 12, 15; igualmente ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 6, 41. Para *van den Wyngaert* el elemento “plan común” es puramente subjetivo en el sentido de un dolo común, nm. 32.

<sup>101</sup> ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 344; también ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 399; crítico al respecto *Ambos* (nota 7), p. 152; con una formulación diferente en ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 67.

dicho Estatuto.<sup>102</sup> De esta manera, la coautoría se acercaría a la ECC, debido a que el énfasis del reproche parecería estar dirigido a la participación en una empresa, cuya peligrosidad sería reconocible. No obstante, con relación a los hechos concretos relevantes, las cámaras de la CPI se han adherido de manera irrestricta al estándar subjetivo del art. 30 ER,<sup>103</sup> a pesar de que no es claro, cómo esto es reconciliable con un entendimiento del plan común basado en la aceptación de un riesgo.<sup>104</sup>

A través de la exigencia de una “contribución esencial” [“essential contribution”], se debe delimitar la coautoría frente a la participación.<sup>105, 106</sup> Por lo que, la contribución al hecho en el contexto de la coautoría debe ser más relevante que en la ECC,<sup>107</sup> sobre todo porque con relación a esta última no se reconoce de manera unánime la necesidad de un estándar mínimo.<sup>108</sup> A pesar de ello, las cámaras han seguido un enfoque flexible para la valoración de la contribución al hecho principal, el cual se concreta caso a caso y les abre un amplio margen de decisión.<sup>109</sup> De modo que, no es necesaria la participación directa e inmediata en el hecho.<sup>110</sup> Tampoco

<sup>102</sup> ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1011; ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 360 ss.; *Ambos* (Fn. 5), § 7 nm. 64; *Satzger* (nota 7), § 15 nm. 25; también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 449; *Safferling* (nota 32), § 5 nm. 28.

<sup>103</sup> Claro ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 349.

<sup>104</sup> Ver ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 38. Crítico también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 449, en donde se mantiene, sin embargo, el enfoque de la Cámara de Juzgamiento, puesto que ésta – a pesar de la desafortunada elección de palabras – solamente quiso precisar que el plan común debió ser ejecutado durante un periodo de tiempo más largo y por esta razón los coautores deberían haber anticipado futuros sucesos (nm. 450).

<sup>105</sup> Al respecto ver más adelante apartado III. 4. c).

<sup>106</sup> ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 998; también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 468 s.; crítico al respecto ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 22.

<sup>107</sup> Ver ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 987-989.

<sup>108</sup> Al respecto ver arriba nota 72 y el texto principal correspondiente.

<sup>109</sup> ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1001.

<sup>110</sup> ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 458; ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1003; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 69; otra

se requiere la presencia en el lugar en el que el crimen se cometió, siempre que el acusado haya podido ejercer de otra manera el control necesario sobre la perpetración.<sup>111</sup> En este sentido, la Cámara de Juzgamiento en el caso Lubanga hizo referencia a las personas que planearon los hechos y de esta forma determinaron los actos de quienes cometieron directamente los crímenes.<sup>112</sup> Por consiguiente, de acuerdo con la teoría moderada del dominio del hecho,<sup>113</sup> la Cámara acepta que un crimen puede ser cometido en coautoría si se constata que hubo contribuciones en la etapa de preparación. Como resultado, también aportes lejanos o indirectos con relación a la consumación del hecho pueden fundamentar la responsabilidad penal a título de coautoría, si dichos aportes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, son lo suficientemente relevantes.<sup>114</sup> De ahí que – al margen de la presunción del dolo – no existan diferencias importantes entre la ECC I y II y esta forma de entender la coautoría.

b) *Dominio de la organización*

La CPI ha reconocido en varias decisiones la autoría mediata a través del dominio de una organización.<sup>115</sup> En línea con el enfoque propuesto por *Roxin*,<sup>116</sup> quien domina un aparato de

poder<sup>117</sup> conformado jerárquicamente, de tal manera que puede emitir órdenes a las personas que le están subordinadas,<sup>118</sup> debe ser considerado autor mediato cuando utiliza su autoridad para la realización de hechos punibles. El dominio del hecho se deriva en estos casos del direccionamiento, casi automático, de los actos del ejecutor material que garantiza la estructura de la organización, así como de la fungibilidad de éste. El aparato de poder debe estar estructurado de tal manera que el subordinado, a pesar del dominio que pueda tener en concreto sobre el hecho, representa desde la perspectiva del superior una pieza intercambiable. Es decir, el subordinado puede ser reemplazado inmediatamente si se niega a cumplir con la orden.<sup>119</sup>

Este no es el lugar para repetir las críticas que han sido expuestas en contra de la teoría del dominio de la organización.<sup>120</sup> Simplemente se quiere resaltar que dicha teoría se dirige fundamentalmente a establecer la responsabilidad individual en contextos de acción verticales y jerárquicos.<sup>121</sup> Debido a la idea del direccionamiento automático, esta teoría permite declarar responsables a título de autoría<sup>122</sup> a los hombres de atrás, cuya posibilidad de

opinión ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 44.

<sup>111</sup> ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1005; también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 69.

<sup>112</sup> ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1004; confirmado en ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 469; también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 69.

<sup>113</sup> Al respecto ver *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. ed. 2016, nm. 1226 ss.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2, 2003, § 25 nm. 198 ss. (el cual considera necesaria la contribución durante la etapa de ejecución); en especial con miras al art. 25 (3) (a) ER *Vest* (nota 34), p. 181.

<sup>114</sup> Así, explícitamente ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 134.

<sup>115</sup> El fundamento legal es el art. 25 (3) (a) ER, según el cual la comisión de un crimen por medio de otro es posible, independientemente de si ese otro también es penalmente responsable. Se ha entendido entonces que la autoría mediata no necesariamente supone que quien hace las veces de “herramienta” deba presentar alguna circunstancia que afecte su punibilidad, de manera que los casos de “autor detrás del autor” también quedan aquí comprendidos, ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 496, 499. Crítico al respecto Juez van den Wyngaert, quien no encuentra ningún fundamento en el art. 25 ER para la teoría del dominio de la organización, ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 52.

<sup>116</sup> *Roxin* (nota 93), p. 248.

<sup>117</sup> Al respecto ver ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 511; también ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 297; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 292; ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

<sup>118</sup> Sobre el poder de impartir órdenes también ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 513.

<sup>119</sup> ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 515 ss. con referencia a *Roxin* (nota 93), p. 245; también ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 297; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 292; ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

<sup>120</sup> Desde la perspectiva alemana *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1996, p. 510; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. 1993, Cap. 21. nm. 103; en el contexto del ER ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 52; ver igualmente *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (99 ss.) así como la discusión de los argumentos que se han esgrimido en contra de la teoría del dominio de la organización en *Roxin* (nota 113), § 25 nm. 113 ss.

<sup>121</sup> Ver ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 501; también *Roxin* (nota 93), p. 243.

<sup>122</sup> Usualmente la coautoría fracasa en estos casos, debido a que entre los líderes de un grupo y los autores materiales no

influir desde el punto de vista fáctico en el hecho concreto puede ser limitada debido a que se encuentran alejados del nivel de ejecución,<sup>123</sup> pero que desde el punto de vista normativo pueden ser calificados como “las personas más responsables”<sup>124</sup> [“persons most responsible”].<sup>125</sup>

Se debe mencionar, que en algunas decisiones se han combinado la autoría mediata y la coautoría.<sup>126</sup> En la coautoría mediata [“mittelbare Mittäterschaft”] varias personas que dominan diferentes aparatos de poder actúan de manera conjunta y con base en un plan común utilizan su poder de impartir órdenes en la respectiva organización para la realización de hechos punibles.<sup>127</sup> En cambio, en la coautoría en autoría mediata [“Mittäterschaft in mittelbarer Täterschaft”] varias personas que dominan una misma organización actúan conjuntamente.<sup>128</sup> A través de este enfoque es posible tener en cuenta el hecho de que las personas que participan en crímenes internacionales usualmente están vinculados a organizaciones tanto horizontales (coautoría) como verticales (autoría mediata).<sup>129</sup>

#### 4. Complicidad y contribuciones a hechos grupales

Los modelos de imputación tratados hasta aquí están dirigidos a la fundamentación de la responsabilidad a título de autoría. Pero, en caso de que sus requisitos no se cumplan,

---

hay un plan común, *Roxin* (nota 113), § 25 nm. 121; para otra opinión ver *Jakobs* (nota 120), Cap. 21 nm. 103.

<sup>123</sup> Crítico por esta ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 53; también *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (100).

<sup>124</sup> Ver también arriba nota 40 y texto principal correspondiente.

<sup>125</sup> *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 28; también ver ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 465; BGHSt 40, 218 (237) y *Eidam* (nota 96), p. 157.

<sup>126</sup> Con más detalle *Ambos*, en: Triffterer/Ambos (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, 3. ed. 2016, Art. 25 nm. 14; también *Vest* (nota 35), pp. 433 s.; crítico al respecto ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 61 (“expansión radical del art. 25 (3) (a) del Estatuto” [“radical expansion of Article 25 (3) (a) of the Statute”]).

<sup>127</sup> Ver especialmente ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 548 ss.; también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/ Kosgey/Sang), nm. 292.

<sup>128</sup> Ver ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 136 ss.

<sup>129</sup> Sobre el enfoque comparable del TPIY ver arriba nota 76 así como el texto principal correspondiente.

es posible calificar la participación en un hecho colectivo como complicidad [“aiding and abetting”].<sup>130</sup>

#### a) Jurisprudencia alemana: El requisito (flexibilizado) de una prueba concreta del hecho individual

El Tribunal Federal alemán (BGH por sus siglas en alemán) entiende como “prestación de asistencia” [“Hilfeleistung”], en el sentido del § 27 StGB, fundamentalmente toda acción que objetivamente promueve o facilita la causación de un resultado criminal por parte del autor. No se exige causalidad en el sentido de una *conditio sine qua non*, ya que se puede incluir, en principio, toda contribución al hecho principal.<sup>131</sup> Empero, cuando se trata de crímenes internacionales, para cuya realización actúan conjuntamente varias personas en diferentes niveles jerárquicos y con diferente distancia frente a la conducta típica concreta, adquiere especial relevancia la pregunta sobre el tipo de asistencia (desde un punto de vista cualitativo) que se debe proporcionar para efectos de fundamentar la punibilidad por complicidad.

Al respecto, el BGH siguió, en su primera sentencia sobre Auschwitz en el año 1969, un enfoque restrictivo: “[no] todo aquel que hizo parte del programa de exterminio del campo de concentración Auschwitz y, con ocasión de dicho programa, allí desarrolló algún tipo de actividad, participó desde el punto de visto objetivo en los asesinatos”.<sup>132</sup> De acuerdo con el BGH, la punibilidad por complicidad exige una contribución concreta al hecho principal.<sup>133</sup> Como ejemplos, el BGH menciona la selección de personas en la rampa del campo de concentración y la vigilancia de la introducción del gas venenoso en las cámaras de gas. Dado que al médico del campo de concentración, miembro de la SS, no se le pudieron probar actos de este tipo, dicho médico debía ser absuelto. La sola pertenencia al personal del campo y el conocimiento sobre la finalidad de exterminio que éste tenía no eran suficientes para imputarle las muertes que se causaron en dicho lugar.<sup>134</sup> Para fundamentar esta conclusión

---

<sup>130</sup> Art. 7 (1) Estatuto del TPIY, art. 6 (1) Estatuto del TPIR, art. 25 (1) (c) ER. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales no distinguen entre aiding y abetting y parte de un concepto unificado de complicidad, ver ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 87; al contrario, haciendo diferencia ICTR, Sentencia del 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), nm. 484.

<sup>131</sup> Recientemente la jurisprudencia fue resumida en BGH NSStZ 2017, 158 (159) con varias referencias; sobre la discusión sobre el requisito de la causalidad ver *Joecks*, en: *Joecks/Miebach* (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, 3. ed. 2017, § 27 nm. 24 ss.

<sup>132</sup> [Nicht “jeder der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendetwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, [habe] sich objektiv an den Morden beteiligt”].

<sup>133</sup> BGH NJW 1969, 2056.

<sup>134</sup> BGH NJW 1969, 2056 (2057).

el BGH afirmó que la visión contraria,<sup>135</sup> propuesta principalmente por *Fritz Bauer*, significaría que:

“También debería castigarse un comportamiento que de ninguna manera promovió en concreto el hecho principal. En consecuencia, también sería culpable por complicidad en los asesinatos el médico que había sido asignado al cuidado del equipo de vigilancia y que se limitó estrictamente al cumplimiento de dicha tarea. Lo mismo se aplicaría al médico que trató a los prisioneros enfermos y los salvó. Ni siquiera se vería libre de sanción quien desde su posición puso pequeños obstáculos al programa de exterminio, así fuera de forma subordinada y sin éxito. Esto no es admisible.”<sup>136</sup>

Esta decisión llevó a que, en los años subsiguientes, fueran archivados varios procesos que se adelantaban en contra de antiguos miembros de los campos de concentración, con el argumento de que no había sido posible probar la participación de los acusados en actos concretos mediante los cuales se hubiera causado la muerte de las víctimas.<sup>137</sup> Sin embargo, en el año 2011 el Tribunal de Distrito [“Landgericht”; LG] de Múnich condenó a John Demjanjuk, antiguo guardia de un campo de concentración, por complicidad en asesinato en 28.060 casos.<sup>138</sup> En la motivación de la sentencia, los jueces consideraron que el objetivo principal de este campo (en realidad de exterminio), es decir, la eliminación de la población judía de Europa, también había sido promovido a través de tareas generales de servicios y vigilancia, y que el acusado, por medio de sus actividades había contribuido al funcionamiento adecuado de esta maquinaria de la muerte.<sup>139</sup> Demjanjuk murió antes de que el BGH hubiera resuelto el recurso de revisión presentado por la defensa y por la Fiscalía. En todo caso, el enfoque del Tribunal de Múnich fue confirmado cuatro años

después en el proceso contra Oskar Gröning, el denominado contador de Auschwitz. El Tribunal de Distrito de Luneburgo lo condenó por complicidad en asesinato en 300.000 casos, debido a que, según el Tribunal, al prestar vigilancia y desarrollar actividades administrativas para la reutilización de objetos de valor de las personas deportadas, el acusado apoyó un sistema dirigido a causar la muerte de personas, es decir, el campo de exterminio.<sup>140</sup> El hecho de que las acciones del acusado no estuvieran dirigidas a soportar o promover hechos individuales concretos solo sería relevante desde el punto de vista del concurso de conductas punibles y permitiría aceptar en este caso la unidad de acción.<sup>141</sup>

El BGH confirmó la decisión del Tribunal de Luneburgo. En esta decisión resaltó que no todos los crímenes cometidos por una banda o asociación criminal (pensando probablemente en la pertenencia al personal del campo de concentración) pueden ser imputados automáticamente a cada uno de sus miembros. Al contrario, en cada caso se debe probar, siguiendo criterios generales, si y cómo el miembro respectivo participó en dichos hechos.<sup>142</sup> Esto aplica también para actos “que tienen lugar en el contexto de o con ocasión de crímenes masivos organizados estatalmente”.<sup>143</sup> Aquí, “no se deben dejar de lado las particularidades que desde el punto de vista fáctico se derivan de este tipo de delitos”.<sup>144</sup> Con esto se está haciendo referencia a la incorporación del hecho individual en un contexto colectivo de acción y a la forma masiva de consumación. Sobre esta base, el BGH encuentra una contribución suficiente en el sentido de la complicidad no solamente en el servicio prestado en la rampa, sino también en el hecho de que el acusado, debido al ejercicio general de sus deberes en el campo de concentración, tomó parte en la estructurada y organizada maquinaria industrial nacional-socialista que permitió a los funcionarios de la SS organizar y ejecutar de manera expedita los asesinatos.<sup>145</sup>

Para esto, con fundamento en la teoría del dominio de la organización,<sup>146</sup> el BGH argumenta que la maquinaria nacionalsocialista, cuyo objetivo era matar al mayor número de personas posible, es vista como un aparato organizado de poder, el cual permite calificar como autores mediatos a los hombres de atrás. Debido a que el acusado, en cuanto herramienta fungible, contribuyó a su funcionamiento, actuó como cómplice de los asesinatos cometidos por los hombres

<sup>135</sup> *Bauer*, JZ 1967, 625 (628).

<sup>136</sup> [“auch ein Handeln, das die Haupttat in keiner Weise konkret fördert, bestraft werden müsste. Folgerichtig wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig. Dasselbe gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat. Nicht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straffrei. Dies ist nicht angängig.”] BGH NJW 1969, 2056 (2057); crítico al respecto *Safferling*, JZ 2017, 258 (260), debido a que, según él, el BGH fundamentó una regla de imputación general con base en un caso excepcional y así puso “la dogmática jurídico de cabeza” [die “juristische Dogmatik auf den Kopf” stelle].

<sup>137</sup> Para un resumen instructivo ver *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125); también ver *Rommel*, NJW 2017, 161 (162).

<sup>138</sup> Según el Tribunal de Distrito la complicidad en el asesinato de los judíos de un mismo transporte constituyen un único hecho, LG München, Justiz und NS-Verbrechen (JuNSV), tomo 49, 227 (367 s.); sobre el problema del concurso de conductas punibles también *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127).

<sup>139</sup> LG München, JuNSV, tomo 49, 227 (362).

<sup>140</sup> LG Lüneburg, Sentencia del 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), nm. 56.

<sup>141</sup> LG Lüneburg, Sentencia del 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), nm. 58.

<sup>142</sup> BGH NStZ 2017, 158.

<sup>143</sup> [“die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden.”].

<sup>144</sup> [Dabei “dürften jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben.”] BGH NStZ 2017, 158 (160).

<sup>145</sup> BGH NStZ 2017, 158 (160); sobre esta diferenciación también *Rommel*, NJW 2017, 161.

<sup>146</sup> Ver arriba nota 115 así como el texto principal correspondiente.

de atrás en calidad de autores mediatos.<sup>147</sup> A pesar de que el BGH se esfuerza por conciliar este enfoque con su primera decisión sobre Auschwitz,<sup>148</sup> es posible afirmar, al menos, que el requisito de una prueba concreta con relación al hecho individual se flexibiliza de manera considerable. Por esto, si se deja de lado la referencia argumentativa a la teoría del dominio de la organización, también es posible encontrar semejanzas claras entre este enfoque y la doctrina de la ECC. A Gröning se le imputan los asesinatos cometidos en el campo de concentración de Auschwitz,<sup>149</sup> debido a que él, a través de la prestación de sus servicios, aportó al funcionamiento del campo de concentración (a joint criminal enterprise) y sabía que así creaba, de manera mancomunada con otros, las condiciones necesarias para la ejecución de la campaña de exterminio (dolo dirigido a promover el objetivo de la organización).<sup>150</sup> Esto corresponde – al margen de la presunción del dolo – a la ECC II.<sup>151</sup>

Esta nueva jurisprudencia solamente ha sido aplicada al personal de vigilancia de los campos de concentración.<sup>152</sup> Pero dichos criterios también son aplicables a los trabajadores que desarrollaban tareas administrativas o a otras personas que apoyaron su funcionamiento sin tener una conexión directa con las muertes de los prisioneros.<sup>153</sup> Mediante este tipo de actividades también se contribuyó para que esta maquinaria de la muerte funcionara adecuadamente y así se apoyó la ejecución de los asesinatos. Conforme a la jurisprudencia consolidada del BGH, la (supuesta)<sup>154</sup>

<sup>147</sup> *Safferling*, JZ 2017, 258 (261); también *Rommel*, NJW 2017, 161 (162). De acuerdo con *Roxin* (nota 93), p. 249 las actividades que no son idóneas para poner en funcionamiento el aparato por sí mismas pueden en todo caso fundamentar la responsabilidad penal a título de participación.

<sup>148</sup> BGH NStZ 2017, 158 (161).

<sup>149</sup> La sentencia se limita al reproche por complicidad en los asesinatos cometidos en el marco de la denominada “Acción Hungría” [“Ungarn-Aktion”] (destrucción de la población judía de dicho país), BGH NStZ 2017, 158.

<sup>150</sup> Con relación al aspecto subjetivo ver BGH NStZ 2017, 158 (160).

<sup>151</sup> Ver arriba nota 77 así como el texto principal correspondiente; igualmente *Ambos*, Prosecution of Former Nazi Camp Guards: About Restoring Society’s Trust in Law and Participation in a Criminal Enterprise, EJIL: Talk! del 20.5.2013,

<https://www.ejiltalk.org/prosecution-of-former-nazi-camp-guards-about-restoring-societys-trust-in-law-and-participation-in-a-criminal-enterprise/> (7.9.2017).

<sup>152</sup> Esto aplica también para el caso *Gröning*, el cual no solamente se desempeñó como “administrador” sino que también pertenecía al cuerpo de vigilancia de la SS, también ver *Safferling*, JZ 2017, 258 (261).

<sup>153</sup> Asimismo *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127); también ver *Ambos*, EJIL: Talk! del 20.5.2013 (nota 151).

<sup>154</sup> Parece discutible si en un campo de exterminio puro, cuyo único propósito era el asesinato masivo de personas, podían haber actos “normales”, “cotidianos” o “adecuados profesionalmente” (así ha sido definida la idea de actos

neutralidad de estas actividades no excluye la punibilidad cuando la conducta del autor principal está dirigida exclusivamente a la consumación de un hecho punible y quien le presta ayuda conoce esta circunstancia. En estos casos, la acción de este último pierde su carácter cotidiano al haberse “solidarizado” con el autor principal.<sup>155</sup> Este es el caso, por lo general, de los campos de exterminio puros, cuya única finalidad consistía en el asesinato masivo de personas. Más aún, si quien presta la colaboración considera solamente como posible que su acción será aprovechada para la consumación de un hecho punible, según la jurisprudencia del BGH, se debería aceptar la punibilidad por complicidad, si “el riesgo de que el autor cometiera una conducta punible era lo suficientemente alto, de manera que fuera posible afirmar que el sujeto que realizó el aporte decidió fomentar o auspiciar a quien de manera reconocible se inclinaba por la comisión de un crimen”.<sup>156</sup> En todo caso, los médicos que – según la comparación realizada en la primera decisión sobre Auschwitz – trataron y salvaron prisioneros enfermos, así como las personas que intentaron luchar contra este sistema desde adentro y mitigar su dureza, podrían ser librados de responsabilidad, dado el caso con fundamento en la idea de la disminución del riesgo.<sup>157</sup>

#### *b) Tribunales ad hoc: ¿contribución sustancial y dirigida al objetivo final?*

Los Tribunales ad hoc han acudido a la idea de “aiding and abetting” sobre todo cuando falta el objetivo común o plan necesario para configurar una ECC.<sup>158</sup> Su punto de partida se asemeja, de hecho, al de la jurisprudencia alemana, dado que este concepto abarca todo tipo de asistencia física o psíquica

neutrales por *Kudlich*, en: v. Heintschel-Heinegg (ed.), Beck’scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, estado: 1.12.2016, § 27 nm. 10.

<sup>155</sup> Fundamental BGHSt 46, 107 (112); al respecto en detalle y con relación a la jurisprudencia ver *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, pp. 306 ss.

<sup>156</sup> [das “von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten [...] derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ”], BGHSt 46, 107 (112).

<sup>157</sup> Un resultado penalmente relevante no debe ser imputado debido a consideraciones normativas cuando el actor disminuye un riesgo ya existente para la víctima y así mejora la situación de esta última, ver *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo 1, 4. ed. 2006, § 11 nm. 53; *Heinrich* (nota 113), nm. 247; *Joecks* (nota 131), § 27 nm. 47; *Heine/Weißer*, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. ed. 2014, § 27 nm. 8 así como OLG Stuttgart NJW 1979, 2573. Quienes sostienen la visión contraria proponen solucionar este tipo de casos en el nivel de las causales de justificación (consentimiento/estado de necesidad), *Köhler* (nota 120), pp. 147 s.

<sup>158</sup> Sobre este elemento diferenciador ver ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; también ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102.

al hecho principal<sup>159</sup> y la ayuda no debe constituir una *conditio sine qua non*.<sup>160</sup> Sin embargo, una primera diferencia con la jurisprudencia alemana es que la ayuda debe representar una contribución sustancial para la consumación de un hecho punible por parte de otra persona [“substantial effect”].<sup>161</sup> Una contribución no sería sustancial en este sentido cuando el acusado solamente tenía una posición secundaria en el sistema sin posibilidad de influencia alguna [“a role in the system without influence”].<sup>162</sup> En consecuencia, el técnico que estuvo involucrado en el suministro de gas a Auschwitz no podría ser sancionado como cómplice de asesinato.<sup>163</sup> En cambio, si se siguiera la

jurisprudencia actual del BGH, probablemente se llegaría a otro resultado.<sup>164</sup>

Adicionalmente, algunas cámaras exigen que la conducta (de complicidad) esté dirigida específicamente a promover o a auspiciar un hecho punible determinado [“specifically directed to assist, encourage or lend support to the perpetration of a crime”].<sup>165</sup> A diferencia de lo que ocurre en la ECC, cuando se trata de complicidad no se considera suficiente con que el acusado haya contribuido de cualquier manera a una empresa común,<sup>166</sup> para esto, se exige además una conexión culpable inmediata [“culpable link”] entre la ayuda o contribución y el hecho principal.<sup>167</sup> No obstante, no es claro si este es un elemento objetivo o subjetivo.<sup>168</sup> En todo caso, la función de dicho elemento es limitar la punibilidad de la complicidad,<sup>169</sup> lo cual es especialmente relevante, por ejemplo, para el tratamiento de actos neutrales,<sup>170</sup> así como para aquellos casos en los que la persona que presta la ayuda no está presente en la realización como tal del hecho principal.<sup>171</sup>

Se debe señalar, que incluso al interior de los tribunales ad hoc, el requisito de la contribución esencial específicamente dirigida al objetivo final [“specifically-directed-

<sup>159</sup> ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102; ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 234; ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 1; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 575; ICTR, Sentencia del 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), nm. 33; ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 199 s.; ICTR, Sentencia del 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), nm. 385; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723; ICTR, Sentencia del 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), nm. 1295.

<sup>160</sup> ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233; ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 201; ICTR, Sentencia del 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), nm. 33; también ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 126; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723; SLSGH, Sentencia del 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), nm. 482.

<sup>161</sup> ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102; ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233; ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 126; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 575; ICTR, Sentencia del 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), nm. 33; ICTR, Sentencia del 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), nm. 1294; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723.

<sup>162</sup> ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233; ver también ICTY, Sentencia del 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović et al.), nm. 1637.

<sup>163</sup> ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233 en conexión con nm. 223. Crítico frente al potencial delimitador del criterio “sustancial” *Rackow* (nota 155), p. 502.

<sup>164</sup> Ver arriba nota 152 así como el texto principal correspondiente.

<sup>165</sup> En este sentido ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; ver entre otros también ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102; ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 37; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 575; ICTR, Sentencia del 14.12.2011 – ICTR-05-82-A (Prosecutor v. Ntawukuliyayo) nm. 214; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723.

<sup>166</sup> ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 27.

<sup>167</sup> ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 37; también *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 23.

<sup>168</sup> En detalle sobre la jurisprudencia no unificada *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (804 ss.).

<sup>169</sup> *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (807); *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 23.

<sup>170</sup> Ver ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 44 (“la provisión de asistencia general que puede ser usada tanto para actividades legales como ilegales no es suficiente, por sí misma, para probar que esta ayuda estaba especialmente dirigida a los crímenes de los perpetradores principales” [“the provision of general assistance which could be used for both lawful and unlawful activities will not be sufficient, alone, to prove that this aid was specifically directed to crimes of principal perpetrators”]); también *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 42; *el mismo* (nota 167), Art. 25 nm. 24.

<sup>171</sup> Ver ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 42.

assistance”] es controvertido.<sup>172</sup> Hasta donde se puede apreciar, este requisito obedece a un entendimiento clásico individualista de la complicidad, el cual fija límites más estrechos para la punibilidad del cómplice que la jurisprudencia alemana actual. Pese a ello, la razón para esto parece no estar tanto en cierto escepticismo frente a los modelos de imputación sistémicos, sino más bien en el hecho de que la figura de la ECC ofrece amplias posibilidades para cobijar también contribuciones a las asociaciones criminales que pueden ser indirectas y estar alejadas de la consumación de los crímenes específicos cometidos por ésta.

c) *CPI: Complicidad limitada subjetivamente y otras contribuciones a hechos grupales*

Para determinar la tipicidad objetiva en casos de complicidad, las cámaras de la CPI han seguido en principio la jurisprudencia de los tribunales ad hoc,<sup>173</sup> pero han rechazado en buena medida el requisito del “efecto sustancial” que, según la jurisprudencia de dichos tribunales, deben tener los actos con relación al hecho principal.<sup>174</sup> En todo caso, el art. 25 (3) (c) ER limita desde el punto de vista subjetivo la punibilidad al exigir que el sujeto actúe “[c]on el propósito de facilitar la comisión” de un crimen de competencia de la Corte. A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc,<sup>175</sup> de acuerdo con el ER no es suficiente actuar con dolo simple para que se configure la complicidad. No es suficiente que el cómplice sepa que está realizando un aporte a la consumación de un hecho punible; más allá de esto, la ayuda debe ser proporcionada con el objetivo específico de facilitar o promover la comisión del hecho principal.<sup>176</sup> Así las cosas, con relación a los trabajadores de

un campo de concentración – y dado el caso respecto al personal de vigilancia – que no estuvieron envueltos de manera inmediata en los asesinatos, es posible afirmar que pocas veces se lograría probar dicha intención<sup>177</sup> de facilitar o promover.<sup>178</sup>

El ER complementa, sin embargo, la complicidad clásica mediante la penalización de otro tipo de aportes a hechos grupales. Según el art. 25 (3) (d) ER será considerado penalmente responsable y podrá ser sancionado por un crimen de competencia de la CPI quien “[c]ontribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión [de un] crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. En estos casos el aporte debe ser proporcionado con la finalidad de promover la actividad u objetivo criminal del grupo o sabiendo que el grupo actúa dolosamente con la intención de cometer un crimen. A diferencia de lo que ocurre en la complicidad,<sup>179</sup> en esta segunda variante se renuncia a exigir una intención específica, más allá del dolo simple, dirigida a facilitar o promover un hecho punible concreto. Además, el punto de referencia del dolo es distinto. Mientras que el cómplice debe actuar dolosamente con relación al hecho principal (y por esta razón dicho dolo debe abarcar sus elementos esenciales), el art. 25 (3) (d) solo exige como mínimo el conocimiento de la intención criminal del grupo. En consecuencia, de ello se derivan requisitos menos exigentes para la configuración del elemento subjetivo de la responsabilidad penal.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 43.

<sup>178</sup> Ver también *Rackow* (nota 155), p. 505.

<sup>179</sup> Con relación a la pregunta sobre si con el art. 25 (3) (d) ER está conectada una flexibilización de la conexidad ver *Park*, Rechtsnatur, konkrete Voraussetzungen und Legitimität der Beteiligungsform gemäß Art. 25 Abs. 3 lit (d) IStGH-Statut, 2016, pp. 150 ss. Adicionalmente, alguna Cámaras exigen para el art. 25 (3) (d) ER una “contribución significativa” [“significant contribution”], ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3426 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1632; ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 283. De este requisito se deben derivar exigencias menos estrictas para la contribución en comparación al requisito “contribución sustancial” [“substantial contribution”] en casos de complicidad, ver especialmente ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 260. Sin embargo, aún no es claro cómo se debe delimitar entre un aporte “significativo” y uno “sustancial”, *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 43; con mayor profundidad *Park*, en la obra aquí indicada, pp. 170 ss. En contra de una delimitación a “contribuciones significativas” ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 354; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 27; probablemente también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 158; sobre el estado de la discusión *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 29.

<sup>180</sup> *Park* (nota 179), pp. 188 ss.

<sup>172</sup> Ver especialmente ICTY, Sentencia del 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović et al.), nm. 1617 ss.; también ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 126 con más referencias; SLSGH, Sentencia del 26.9.2013 – SCSL-03-01-A (Prosecutor v. Taylor), nm. 471 ss.; SLSGH, Sentencia del 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), nm. 484.

<sup>173</sup> ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 87 ss.

<sup>174</sup> ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 93; ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 167; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 26; para otra postura ver ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 997; probablemente también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 280; queda abierto en ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 354.

<sup>175</sup> Ver ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), nm. 229 (“el elemento subjetivo requerido es conocimiento” [“the requisite mental element is knowledge”]); también *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 27.

<sup>176</sup> ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 97.

Debido a que el punto de referencia es el actuar de un grupo<sup>181</sup> y a que en comparación con la complicidad el elemento subjetivo es menos exigente, es posible interpretar el art. 25 (3) (d) ER como una forma ampliada de responsabilidad individual, la cual también comprende actos indirectos de apoyo, como por ejemplo la prestación de servicios generales en un campo de concentración. En este sentido existe una semejanza estructural con la ECC,<sup>182</sup> pese a que el art. 25 (3) (d) no fundamenta ningún tipo de responsabilidad a título de autoría.<sup>183</sup> Adicionalmente, la simple previsibilidad del hecho principal no es suficiente, como sí ocurre en la ECC III.<sup>184</sup> A pesar de estas diferencias, estas dos formas de imputación tienen en común que disminuyen las condiciones subjetivas de la punibilidad y de esta manera reducen la carga probatoria del acusador.<sup>185</sup>

#### IV. Análisis comparativo: Elementos fundamentales de una teoría de la imputación para el Derecho Penal Internacional

Las formas de imputación descritas en el apartado III intentan conciliar el principio jurídico penal de la responsabilidad individual con la naturaleza colectiva de los crímenes internacionales. A pesar de que sus puntos de partida (dogmáticos) son diferentes, estos modelos tienen en común que en ellos la relación entre acto y resultado está mediada por un colectivo. La acción en sí misma considerada tiende a enmarcarse<sup>186</sup> en el actuar de una asociación criminal – en una organización, grupo o ECC – y el individuo responde penalmente debido a su colaboración para con dicha asociación, cuando y dado que él ha promovido, aunque sea de forma mediata o indirecta, la consumación de un hecho punible.<sup>187</sup> Incluso, la argumentación del BGH en la reciente

decisión sobre Auschwitz resulta paradigmática, ya que según ésta el acusado apoyó en términos generales a través de la prestación de sus servicios la “maquinaria industrial de la muerte” [“industrielle Tötungsmaschinerie”] operada por “funcionarios líderes de la SS” [“führende SS-Funktionären”].<sup>188</sup>

Esto corresponde en esencia a la teoría del hecho punible desarrollada en 1998 por *Marxen* para el Derecho Penal Internacional [“völkerstrafrechtliche Straftatlehre”], la cual se basa en tres elementos y dos conectores. El primer elemento es el comportamiento concreto del sujeto acusado, el segundo elemento es el contexto criminal supraindividual y el tercero el resultado criminal. Los puntos de conexión de estos tres niveles son entonces (i) la participación del individuo en un plan o diseño común y (ii) la causación del resultado criminal por medio de dicho plan.<sup>189</sup>

Esta forma de complementar las reglas de imputación tradicionales con elementos sistémicos<sup>190</sup> puede ser criticada por alejarse del paradigma individual.<sup>191</sup> Empero, parece ser indispensable para una valoración jurídicopenal adecuada de los crímenes internacionales. Si el elemento constitutivo del injusto en los crímenes internacionales es la conexión del acto individual con el hecho global, la teoría de la imputación debe dar cuenta de ello al apreciar y valorar el comportamiento individual en su dimensión colectiva. El hecho de que el BGH, en su decisión actual sobre la punibilidad de la complicidad de miembros del personal de vigilancia en campos de concentración, haya reconocido esto y ajustado la jurisprudencia nacional conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales<sup>192</sup> constituye por consiguiente un cambio positivo.

No se debe desconocer, sin embargo, que a través de la interconexión de un elemento colectivo, las condiciones objetivas de la imputación se flexibilizan de forma consi-

<sup>181</sup> Aunque el aporte del acusado debe estar siempre conectado con un hecho punible; el fomento de las actividades del grupo en general no es suficiente, ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1632; también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282.

<sup>182</sup> Ver también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282; *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 29 así como la argumentación en ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1625.

<sup>183</sup> Ver también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282; las diferencias con la ECC también son señaladas en ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1619.

<sup>184</sup> Ver también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282; *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 32.

<sup>185</sup> *Park* (nota 179), p. 193.

<sup>186</sup> Ver también *Eidam* (nota 96), p. 294.

<sup>187</sup> Incluso con relación a la coautoría “clásica” es posible argumentar que el hecho es consumado por un colectivo supraindividual, al cual cada uno de los miembros realiza un

aporte, ver *Vest* (nota 34), p. 414; en detalle (y crítico) *Eidam* (nota 96), pp. 145 ss. con más referencias.

<sup>188</sup> BGH NStZ 2017, 158 (160).

<sup>189</sup> *Marxen* (nota 34), pp. 231 s. *Vest* sigue un enfoque similar, según el cual el hecho global constituye un “principio guía” o de “clasificación” [“Leit- und Zuordnungsprinzip”] en una teoría de la imputación propia del DPI en la que se reprocha al individuo su “aporte doloso en la respectiva ‘obra colectiva’ del hecho parcial o global que le es imputable [“seinen vorsätzlich erbrachten Anteil am jeweiligen ‘kollektiven Werk’ der ihm zurechenbaren Teil- oder Gesamttat”], *Vest* (nota 34), p. 415. Con base en la teoría del dominio de la organización, *Vest* desarrolla un modelo escalonado del dominio del hecho compuesto por tres niveles (dirección o liderazgo/planeación y organización/ejecución).

<sup>190</sup> *Vest* (nota 34), p. 416; *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 11; *el mismo* (nota 7), p. 86.

<sup>191</sup> Así *Eidam* (nota 96), p. 332. Crítico con relación a la adaptación de reglas tradicionales de imputación a la naturaleza colectiva de los crímenes internacionales *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (74).

<sup>192</sup> Al respecto ver arriba nota 151 así como el texto principal correspondiente.

derable. Por esta razón, para evitar ampliaciones de la punibilidad que puedan resultar cuestionables o dado el caso imprevisibles, el nivel subjetivo se debe sujetar entonces de manera estricta al requisito del dolo. En consecuencia, se debe rechazar toda reducción de las condiciones subjetivas de la imputación, como sucede por ejemplo en la ECC II y III,<sup>193</sup> así como en la jurisprudencia de la CPI con relación al requisito del plan común en la coautoría.<sup>194</sup>

La necesidad de no dejar desbordar la responsabilidad individual incluso en modelos de imputación sistémicos conduce a la pregunta sobre los requisitos que se deben exigir al aporte individual en un hecho criminal cometido de manera colectiva. En este sentido, la jurisprudencia internacional no es uniforme. Además, la diferencia que se puede encontrar en la jurisprudencia de los tribunales internacionales entre aportes significativos, sustanciales y esenciales no tiene un fundamento dogmático sólido y en la práctica es poco realizable; con mayor razón si se tiene en cuenta que en estructuras colectivas o jerárquicas complejas prácticamente todo partícipe es reemplazable. Si un partícipe se niega a realizar su contribución, otro asume su parte, de manera que el hecho en todo caso se puede realizar incluso sin dilación en el tiempo.<sup>195</sup> En este sentido, la defensa en el caso Lubanga alegó que los niños en cualquier caso hubieran sido reclutados, independientemente del comportamiento del acusado,<sup>196</sup> de tal forma que su contribución no podía ser considerada sustancial ni mucho menos esencial.

La opinión dominante en Alemania probablemente objetaría que los cursos causales hipotéticos no se deben tener en cuenta.<sup>197</sup> Lo decisivo desde esta perspectiva es únicamente que el acusado realmente ha lesionado bienes jurídicos ajenos. El hecho de que una lesión similar fuera

“realmente posible, más o menos probable o con seguridad hubiera tenido lugar en el futuro cercano”, es irrelevante.<sup>198</sup>

Este enfoque conduce normalmente a resultados adecuados cuando se trata de hechos punibles nacionales. Sin embargo, cuando la estructura colectiva de los crímenes es tan pronunciada, de manera que el individuo se convierte en una “rueda” intercambiable, es posible preguntarse, a primera vista, si la supresión general de todos los cursos causales hipotéticos realmente se ajusta a las condiciones reales en las que se comete el crimen respectivo. Puesto que, en el requisito de la causalidad se debe expresar el poder de actuar objetivo por parte del autor con relación al suceso lesivo concreto.<sup>199</sup> ¿Realmente existe dicho poder cuando el sujeto no podía influir desde el punto de vista fáctico sobre la producción del resultado, dado que el bien jurídico afectado también hubiera resultado lesionado (y de manera comparable) así él se hubiera negado a realizar cualquier tipo de aporte, de modo que al final su contribución no hacía ninguna diferencia?<sup>200</sup>

Si esta pregunta se responde de forma negativa, pueden surgir vacíos de punibilidad importantes. Como resultado, la integración del hecho individual en un contexto global sistémico [“ein systemischer Gesamtkontext”] exoneraría también a los ejecutores inmediatos del hecho con solo aducir que habían suficientes personas dispuestas a ocupar su lugar.<sup>201</sup> Esta solución pierde de vista que el individuo se ha incorporado conscientemente en un contexto criminal sistémico y que ha causado el resultado al actuar colectivamente con otros.<sup>202</sup> Empero, si se conecta el reproche jurídicopenal (al menos también) con la participación en una asociación criminal, cuya característica principal y condición de funcionamiento<sup>203</sup> es tener un número elevado de

<sup>193</sup> Al respecto ver arriba nota 77 así como el texto principal correspondiente.

<sup>194</sup> Al respecto ver arriba nota 101 así como el texto principal correspondiente.

<sup>195</sup> *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 habla por esta razón de “atrocidades sobredeterminadas” [“overdetermined atrocities”].

<sup>196</sup> Defence Closing Statements (Open Session), Transkript ICC-01/04-01/06-357 de 26.8.2010, p. 30: “es posible darse cuenta plenamente que Thomas Lubanga no jugó ningún papel en el reclutamiento y uso de soldados del FPLC [...], por la simple razón de que los soldados que lo designaron como líder no lo necesitaban” [“it is possible to fully realise that Thomas Lubanga played no role in the recruitment and use of FPLC soldiers [...], for the simple reason that the soldiers who appointed him as leader did not need him.”]; para un argumento similar en el caso Demjanjuk ver LG München, JuNSV, tomo 49, 227 (363).

<sup>197</sup> Ver en especial con relación a las atrocidades nacionalsocialistas BGHSt 2, 20 (24); LG München, JuNSV, tomo 49, 227 (363); también *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289); en general *Köhler* (nota 120), p. 146; *Freund* (nota 5), § 2 nm. 66; *Heinrich* (nota 113), nm. 85. Dependiendo de las características del caso concreto puede darse también una causalidad alternativa, *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (290).

<sup>198</sup> [“Ob eine ähnliche Verletzung ‘real möglich, mehr oder weniger wahrscheinlich oder gewiß in nächster Zukunft auch geschehen wäre’] *Köhler* (nota 120), p. 146; también *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289).

<sup>199</sup> Ver *Köhler* (nota 120), p. 146; también *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289): “porque lo importante es que el autor específico haya sido capaz de prevenir el resultado” [“because what matters is that the specific offender was able to prevent the result”].

<sup>200</sup> *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189.

<sup>201</sup> Ver por ejemplo *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 (1190 ss.).

<sup>202</sup> Ver también *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 (1216).

<sup>203</sup> Ver al respecto BGH NSTz 2017, 158 (160): “Solo porque una ‘maquinaria industrial de la muerte’ estructurada y organizada de esta forma con subordinados dispuestos y obedientes estaba a su disposición, los dirigentes nacionalsocialistas y los oficiales líderes de la SS estuvieron en capacidad de ordenar y de permitir que la ‘Acción Ungría’ fuera realizada de la manera en que tuvo lugar” [“Nur weil ihnen eine derart strukturierte und organisierte ‘industrielle Tötungsmaschinerie’ mit willigen und gehorsamen Unterbenen zur Verfügung stand, waren die national-sozialistischen Machthaber und die führenden SS-Funktionäre überhaupt in der Lage, die ‘Ungarn-Aktion’ anzuordnen und in der geschehenen Form auch durchführen zu lassen.”].

miembros o colaboradores, los cuales actúan dado el caso al mismo tiempo y paralelamente, la fungibilidad del individuo que necesariamente surge de esta situación no puede tener un efecto exonerador.<sup>204</sup> Por consiguiente, ningún partícipe de un sistema de esta clase debería poder alegar que otro de los miembros de la asociación criminal hubiera reemplazado su aporte.<sup>205</sup> Sobre esta base es posible afirmar, en consecuencia, que el TPIY comete un error al negar que el aporte de un “cómplice” fue sustancial, debido a que éste no tenía posibilidad de influir en el resultado final [“a role in the system without influence”].<sup>206</sup> Que un individuo, considerado aisladamente, no tenga el poder de modificar de forma importante el curso de los hechos ni de evitar la producción del resultado, es típico de hechos colectivos-sistémicos y no altera la circunstancia de que dicho individuo ha participado en un suceso global.

En términos generales, sería posible afirmar que existen razones para prescindir de un estándar mínimo con relación a la calidad del aporte en la complicidad, ya que normalmente los crímenes internacionales son el resultado de una pluralidad de actos individuales, los cuales son (casi) inocuos cuando se miran aisladamente, pero pueden ser graves cuando confluyen. Si bien los tribunales internacionales son al respecto más estrictos, no se debe perder de vista que en este contexto su interés está en la persecución de los más responsables.<sup>207</sup> Eventuales sobrepenalizaciones se pueden evitar, en todo caso, al exigir, siguiendo la teoría de la imputación objetiva, que el cómplice a través de su comportamiento haya creado o aumentado el riesgo de una lesión a un bien jurídico<sup>208</sup> (para lo cual los cursos causales hipotéticos de acuerdo a lo dicho anteriormente se mantienen fuera de consideración). Por otra parte, para actos neutrales, el enfoque subjetivo del BGH<sup>209</sup> ofrece una solución viable. Otra alternativa sería tener en cuenta si la acción “tanto sustancialmente como desde el punto de vista de la forma en la que se realizó o de la finalidad a la que debería servir está en sintonía con el hecho principal”.<sup>210</sup>

La pregunta subsiguiente sería entonces, cómo delimitar la autoría de la participación,<sup>211</sup> lo cual en todo caso supone una valoración de la calidad del aporte. Si bien este problema

solo se pudo abordar brevemente, al respecto es posible afirmar que también en este sentido se deben tener en cuenta las particularidades estructurales de los crímenes internacionales. En consecuencia, es cuestionable que la Cámara de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, para aceptar la responsabilidad penal a título de coautoría, haya exigido que cada autor hubiera podido evitar el hecho al negarse a realizar su aporte.<sup>212</sup> Dado que – como ya se mencionó – la mayoría de aportes son reemplazables sin mayor problema cuando se trata de crímenes internacionales, quienes participan en su consumación carecen normalmente del poder para evitarlos, sin que de esto se desprendan necesariamente conclusiones sobre la relevancia de su aporte frente al suceso global.<sup>213</sup> Por esta razón, además de las posibilidades fácticas de intervención o control, siempre se debe tener en cuenta si el sujeto en cuestión, según criterios normativo-valorativos, se revela como “figura central” [“Zentralgestalt”] del hecho principal.<sup>214</sup> Para esto, y de acuerdo con la teoría del dominio de la organización,<sup>215</sup> se debe atribuir un significado especial a su posición jerárquica en la asociación criminal y a la posición de poder que de allí se desprende.<sup>216</sup>

## V. Resumen

La naturaleza colectiva de los crímenes internacionales y la incorporación del individuo en un contexto de acción colectivo dificulta identificar aportes individuales que puedan fundamentar la responsabilidad penal individual. A pesar de contar con puntos de partida dogmáticos diferentes, los enfoques desarrollados por la jurisprudencia para hacer frente a esta situación, tanto a nivel internacional como en Alemania, tienen en común que complementan la teoría de la imputación tradicional con un elemento sistémico. En este contexto, la relación entre acción y resultado se encuentra mediada por un colectivo. El hecho criminal mismo se atribuye por lo general a una asociación criminal y el individuo responde penalmente debido al aporte que realiza a dicha asociación, ya que de ésta manera él ha promovido la consumación del hecho criminal principal, por lo menos de forma mediata o indirecta.

La imputación ampliada – a pesar del paradigma individual estricto que va ligada a ella – puede llegar a ser necesaria y conveniente, con el fin de tener en cuenta en debida forma la dimensión colectiva del comportamiento individual. La separación estricta entre crímenes internacionales y hechos punibles nacionales puros constituye, en consecuencia, condición fundamental de un modelo de imputación sistémico. Esto exige que el elemento

<sup>204</sup> Ver *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (410), quien señala que en todo modelo de imputación sistémico se debe aplicar el principio según el cual la fungibilidad es irrelevante.

<sup>205</sup> Ver también BGHSt 2, 20 (25).

<sup>206</sup> Ver al respecto arriba nota 162.

<sup>207</sup> Al respecto ver arriba nota 40 así como el texto principal correspondiente.

<sup>208</sup> *Ambos* (nota 7), p. 165; en general *Roxin* (nota 113), § 26 nm. 218 ss.

<sup>209</sup> Al respecto ver arriba nota 155.

<sup>210</sup> [“sowohl substantiell als auch in Machart oder Verwendungszweck auf die Haupttat abgestimmt ist”] *Vest* (nota 34), p. 209.

<sup>211</sup> Con relación a la crítica formulada frente a la ECC, la cual atribuye el hecho a todos los miembros de la ECC por igual sin consideración a las responsabilidades individuales, *Vest* (nota 34), p. 337; *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550).

<sup>212</sup> ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 342.

<sup>213</sup> También crítico al respecto *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 10 con nota 53.

<sup>214</sup> Sobre el autor como “figura central” *Roxin* (nota 113), § 25 nm. 10.

<sup>215</sup> Ver arriba nota 125 así como el texto principal correspondiente.

<sup>216</sup> Ver también el modelo de imputación jerárquico de *Vest* (nota 34), pp. 415 ss. y *Ambos* (nota 7), pp. 86 s.

contextual de los crímenes internacionales sea interpretado de manera restrictiva. Al valorar los aportes individuales al hecho criminal – lo cual necesariamente implica observar criterios normativos – se debe tener en cuenta que en contextos colectivos de consumación los actos de colaboración individuales normalmente son reemplazables. El hecho de que el poder para configurar o evitar el resultado criminal que ostenta quien participa en un sistema específico pueda parecer limitado no permite (por sí mismo) sacar ninguna conclusión respecto al significado o a la importancia de su aporte frente al hecho o suceso global. Para esto, resulta más relevante la posición jerárquica del individuo en la asociación objeto de imputación así como el grado de influencia que se desprende en cada caso de esta circunstancia.

# Sobre las diferencias en la responsabilidad de los intervinientes en el Derecho penal de una sociedad civil y en Derecho penal internacional\*

## Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia

De Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Leipzig

El Derecho penal es, de entrada, una institución estatal que reacciona a lesiones de una persona cometidas por parte de otro en las relaciones jurídicas individuales (en lo que sigue: “microcriminalidad”<sup>1</sup>), en el seno de una sociedad civil, en general, intacta. En cambio, los procesos de paz como el que tiene lugar en Colombia tienen un punto de partida diferente: parten de un estado de guerra (civil) y pretenden superarlo. La cuestión del papel que el Derecho penal puede desempeñar en un proceso de paz como parte de una justicia de transición que se caracteriza por reaccionar a actos violentos colectivos (en lo que sigue: “macrocriminalidad”<sup>2</sup>) es una cuestión polifacética que también atañe en especial a la teoría de la intervención. Para intentar formular una respuesta es preciso dar varios pasos. En primer lugar, quiero aclarar cómo están configurados el “micro Derecho penal” y su teoría de la intervención en una comunidad consolidada de la sociedad civil (I.). A continuación, me dedico a las razones determinantes sistémicas por las cuales una sociedad de tales características puede entrar en una crisis que degenere en estados semejantes a la guerra civil (II.). Por último, abordo la aportación que el Derecho penal internacional puede realizar para la pacificación y extraigo de su naturaleza jurídico-internacional consecuencias para la teoría de la intervención (III.).

### I. El Derecho penal de una comunidad estable de la sociedad civil

Delito y pena han experimentado en la Historia un gran cambio. Hoy en día, la infinidad de codificaciones jurídico-penales también ofrecen un panorama variopinto. Sin embargo, en lo que atañe al presente, es posible deducir, a partir de los fundamentos jurídico-constitucionales, definiciones fundamentales jurídico-internacionales generalizables para la interpretación de delito y pena (1. a) cuya consideración coherente también puede dotar a la teoría de la intervención de contornos más precisos (1. b). Junto a

ello, se puede entender la constitución de organizaciones criminales de manera autónoma como injusto (2.).

#### 1. “Micro Derecho penal” y dogmática de la intervención

a) En los mismos términos que la Ley Fundamental, la Constitución de Colombia de 1991 cuenta en su art. 1 la dignidad humana entre sus valores más elevados. Al igual que muchos Pactos sobre derechos humanos, la Constitución de Colombia garantiza a todo ser humano el reconocimiento de su personalidad en Derecho, art. 14. Con ello se expresa que tal ordenamiento jurídico no se agota en una colección de derechos y bienes,<sup>3</sup> sino que dicho ordenamiento contiene también la pretensión de validez del correspondiente titular de esos derechos y bienes conforme a la cual éstos deben continuar existiendo.<sup>4</sup> Este ordenamiento se ve afectado no sólo incidental sino plenamente cuando un sujeto impone su voluntad a otro mediante la agresión intencionada a sus bienes jurídicos. Con ello, también se llama a una comunidad obligada con la dignidad humana a proteger a la víctima. Ahora bien, la condena a reparar el daño no es suficiente para pacificar el conflicto.<sup>5</sup> A este último pertenece también la arrogación del autor – vinculada con la agresión intencionada, esto es, culpable – conforme a la cual aquél puede (“darf”) lesionar.<sup>6</sup> Para poder restablecer plenamente la relación jurídica es necesario contradecir dicha arrogación.<sup>7</sup> Por ello, del deber de protección del Estado se deriva que este último, por general, tiene que conminar con pena tales quebrantamientos elementales del Derecho, siempre que conste la culpabilidad.

Como se puede deducir de los teoremas del estado de naturaleza de la Edad Moderna, el Derecho tiene su realidad inmediata en la conducta de unas personas con otras.<sup>8</sup> Por consiguiente, es posible identificar un quebrantamiento del Derecho también fuera de una comunidad y de su legislación positiva. Sin embargo, una legislación, la aplicación del Derecho y la reacción al injusto que estén configuradas solamente con base en la autonomía privada son inestables,

\* Conferencia impartida en el Coloquio colombiano-alemán sobre cuestiones fundamentales del Derecho en el cambio, el 21.4.2016 en la Universidad de Regensburg.

<sup>1</sup> El concepto de “microcriminalidad” no ha sido suficientemente aclarado. Con más detalle al respecto: *Kunz*, *Kriminologie*, 6. ed. 2011, § 8 nm. 29; *Krämer*, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, 2015, p. 90, con más referencias. Yo lo concibo en el sentido indicado supra como un hecho que es cometido por un individuo que se encuentra en una relación jurídica con otra persona y que vulnera el deber que le corresponde en virtud de dicha relación.

<sup>2</sup> Fundamentalmente: *Jäger*, *Makrocriminalität*, 1989, pp. 11 ss.; cfr. además *Krämer* (nota 1), pp. 135 ss., con más referencias.

<sup>3</sup> Cfr. *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. 1991, 2/23.

<sup>4</sup> *Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 1 nm. 12.

<sup>5</sup> *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 98 s., citado según la *Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Mickel (eds.), tomo 7, 1975, pp. 185 ss. Sobre la fundamentación de *Hegel* de una teoría del delito y de la pena: *Kleszczewski*, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, pp. 78 ss., pp. 232 ss.

<sup>6</sup> *Hegel* (nota 5), § 99, p. 186.

<sup>7</sup> *Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786 (818 ss.).

<sup>8</sup> *Locke*, *Two Treatises of Government*, II §§ 6 f.; *Kant*, *Metaphysik der Sitten, Anfangsgründe der Rechtslehre*, citado según la *Weischedel Ausgabe*, § 41, 1983, tomo 8, pp. 423 s.; *Hobbes*, *De Cive*, 2. capítulo, 2. sección.

pues en caso de conflicto todos juzgan el Derecho desde su propia perspectiva.<sup>9</sup> Ciertamente, la integración en el mundo natural de la relación jurídica en la que el uno ha lesionado al otro puede ser próxima a una conciliación de mutuo acuerdo. Además, los seres humanos constituyen su sociedad como comunidad en Derecho en la medida en que cooperan unos con otros de forma duradera por el interés recíproco. Ello es así porque en su fundamento, el intercambio de prestaciones no es solamente una realidad económica,<sup>10</sup> sino que, en el trabajo cotidiano de unos para otros, los seres humanos convierten en costumbre también su reconocimiento recíproco y, de este modo, construyen una identidad común como ciudadanos que son libres en la misma medida.<sup>11</sup> Aunque esto otorgue cierta estabilidad a la legislación y restitución del Derecho provenientes de la autonomía privada, sigue cobijando un potencial de conflicto. Por consiguiente, los conflictos profundos solamente se pueden resolver a fondo en una comunidad en la que nadie toma decisiones sobre asuntos propios.<sup>12</sup> En el nivel de la legislación, en ello radica, como mostró *Rousseau*, el verdadero sentido del principio de la soberanía del pueblo: allí donde uno no le dicta al otro las reglas desde su perspectiva, sino que todos los ciudadanos del Estado contribuyen a darse mutuamente preceptos generales-abstractos, sin considerar el caso individual especial,<sup>13</sup> es donde existe la mayor posibilidad de que la materia sea regulada de forma general con el máximo grado de objetividad.

Por tanto, pertenece a los elementos integrales de un Derecho penal del Estado de Derecho que el Derecho penal parafrasee en la ley el injusto jurídico-penal. Ciertamente, existen diferencias entre las tradiciones de los diversos ámbitos jurídicos en lo que atañe a cómo se define el tipo de manera general-abstracta.<sup>14</sup> En los ordenamientos jurídicos pertenecientes al mundo jurídico europeo continental o próximos a este último, es una ley del Parlamento la que debe definir la punibilidad.<sup>15</sup> Con todo, no reina unanimidad sobre con qué precisión tiene que parafrasear el legislador la

conducta punible para satisfacer el mandato de determinación.<sup>16</sup> Pero si uno se da cuenta de que el sentido del mandato de determinación consiste precisamente en designar la “punibilidad”, el tipo legal sí que tiene que perfilar aquellos aspectos que hacen que la conducta sea en concreto “punible”, a saber, que sea una agresión intencionada específica.<sup>17</sup> En general, los tipos concretos que se encuentran en las codificaciones penales de los Estados de Derecho modernos satisfacen esta exigencia. Para el tema de mi trabajo es importante sacar fruto de este aspecto para la teoría de la intervención.

b) La pena hace responder al ser humano personalísimamente. Por ello, los tipos de la Parte Especial de los Códigos penales solamente conminan con pena conductas de individuos. Dichos tipos parten siempre, lo hagan expresamente o no, del autor directo que, como expresa el § 25 apdo. 1 del Código penal alemán (en lo que sigue, CP alemán) “comete [...] él mismo el hecho punible”. Evidentemente, todo Código penal moderno contempla, junto al autor inmediato, otras formas de intervención. El Derecho comparado enseña que al respecto concurren soluciones de autor único y sistemas de participación.<sup>18</sup> En lo que sigo, me voy a limitar a estos últimos, pues un análisis preciso de los modelos de autor único muestra que éstos no salen adelante sin reglas de accesoriedad y, que por ello, son sistemas velados de participación:<sup>19</sup> dentro de los sistemas de autor único rige no solamente en los delitos especiales o en los delitos de propia mano, sino también en los delitos puros de resultado, por lo menos una accesoriedad mínima. Además, en estos sistemas, no es posible dar autonomía al inicio de la tentativa para cada uno de los sujetos que contribuye sin contradecir la fase preparatoria impune, y ello tampoco es compatible con una defensa necesaria que se limita a la agresión actual. Pese a la elevada elasticidad en la elección del marco penal característica de los sistemas de autor unitario, en ellos es posible detectar en los elementos agravantes de la pena referencias a la accesoriedad.

aa) Es característico de la mayor parte de los sistemas de participación no solamente incorporar a la ley, junto al autor directo, con la inducción y la complicidad (figuras de participación), otras formas de autoría, a saber, la autoría mediata y la coautoría. Por consiguiente, hay que desarrollar criterios dogmáticos con los que se pueda diferenciar al autor del partícipe.

bb) Al respecto, en Alemania en la doctrina se ha impuesto predominantemente la teoría del dominio del hecho en la forma en que la desarrolló *Roxin*.<sup>20</sup> Además, dicha

<sup>9</sup> *Kant* (nota 8), § 44, pp. 430 s.; *Locke* (nota 8), II §§ 87, 125.

<sup>10</sup> Sin embargo, así es tendencialmente: *Marx*, en: *Marx/Engels* (eds.), *Werke*, tomo 13, 14. ed. 1983, p. 616. Una visión de conjunto detallada sobre el surgimiento y el cambio de significado del concepto de la sociedad burguesa o sociedad civil la ofrecen los trabajos en: *Schmidt* (ed.), *Zivilgesellschaft*, 2007.

<sup>11</sup> Así *Hegel* (nota 5), § 209, pp. 360 s.

<sup>12</sup> Cfr. *Hobbes* (nota 8), 3. capítulo, 21. sección.

<sup>13</sup> *Rousseau*, *Contrat Social*, tomo 2, 6. capítulo, pp. 68 s.; cfr. además *Kant*, *Streit der Fakultäten*, citado según la *Weischedel-Werkausgabe*, 1983, tomo 11, p. 364; semejante: *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 138, 140, 209 s.

<sup>14</sup> *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed. 1996, § 15 III. 4.

<sup>15</sup> *Dannecker*, en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo 1, 12. ed. 2007, § 1 nm. 42 ss.

<sup>16</sup> Una visión de conjunto en *Kleszczewski* (nota 4), § 1 nm. 20 ss.

<sup>17</sup> *Kleszczewski* (nota 4), § 1 nm. 22, 30.

<sup>18</sup> *Kleszczewski*, en: *Paeffgen* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 613 (616 ss.).

<sup>19</sup> *Kleszczewski* (nota 18), pp. 618 s.

<sup>20</sup> *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9 ed. 2015, pp. 142 ss.

teoría ha influido en la jurisprudencia.<sup>21</sup> Esta teoría, por otra parte, ha sido recibida en una medida considerable tanto por el ámbito jurídico de habla hispana, así como por el Derecho penal internacional.<sup>22</sup> Debido a la importancia de esta doctrina, en lo que sigue quiero concentrarme en la discusión con la teoría del dominio del hecho. Ésta parte de la siguiente definición general: “dominio del hecho es tener en sus manos, siendo esto abarcado por el dolo, el desarrollo del acontecer típico, la posibilidad, de la que es consciente quien actúa, de una dirección final configuradora del tipo. Tiene el dominio del hecho todo aquél que contribuye al hecho que está en la situación, de la que es efectivamente consciente, de poder, según su voluntad, dejar que se produzca la realización del tipo, frenarla o interrumpirla.”<sup>23</sup>

En este contexto, la autoría mediata se construye mediante el dominio de la voluntad y la coautoría, mediante el dominio funcional del hecho en virtud de la realización del hecho en régimen de división del trabajo.<sup>24</sup> Ni el coautor ni el autor mediato tienen que agredir por sí mismos a la víctima, sino que en la coautoría basta únicamente con que uno de los sujetos implicados realice una aportación esencial en la fase ejecutiva<sup>25</sup> (aunque incluso se considera suficiente una aportación esencial en la fase preparatoria<sup>26</sup>). Los actos de vigilancia<sup>27</sup> o las planificaciones del delito<sup>28</sup> se consideran rápidamente coautoría. En la autoría mediata, la distancia respecto a la agresión puesta en marcha por el sujeto en posición de inmediatez respecto hecho es, normalmente, aún mayor. En este caso, se considera decisiva la voluntad de control del hombre de atrás. La concurrencia de tal voluntad no solamente se afirma cuando se aprovecha el estado de falta de culpabilidad del hombre de delante para moverle a realizar el hecho,<sup>29</sup> sino que, además (por lo menos en

determinados grupos de casos) también se considera suficiente que el hombre de atrás, debido a la culpabilidad reducida del hombre de delante, tiene, correspondientemente, una mayor influencia.<sup>30</sup> Sobre esta base, Roxin desarrolló la figura de la autoría mediata en virtud de la utilización de un aparato organizado de poder,<sup>31</sup> la cual ha sido aceptada en gran medida no solamente en la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, sino también en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales.<sup>32</sup> Con base en esta doctrina, es posible considerar, sin dificultad alguna, que las órdenes que los miembros del Estado Mayor Central de las FARC o su Secretariado daban a sus subordinados, para que éstos cometieran los delitos, eran un actuar en autoría mediata.

cc) La teoría del dominio del hecho se apoya de manera decisiva, por una parte, en el concepto finalista de acción. Conforme a este último, el empleo final de fuerzas naturales es equivalente a la dirección de personas.<sup>33</sup> Por otra parte, la decisión del legislador de cuáles de las múltiples diferenciaciones lógico-objetivas previamente dadas toma como base de su regulación depende de las representaciones de valor de dicho legislador.<sup>34</sup> La teoría de la participación debería abordar esto de forma diferenciada.

Contra la teoría del dominio del hecho se argumenta, por una parte, que el elemento de la dirección final no permite diferenciar entre autoría y participación,<sup>35</sup> pues también el inductor y el cómplice actúan dolosamente, esto es, contribuyen de forma final. En segundo lugar, se objeta que el concepto del dominio del hecho o de la dirección final se

---

zip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 76 en otros lugares.

<sup>30</sup> En general: *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 120 ss.; *Joecks* (nota 26), § 25 nm. 93. Referido a los casos del dominio de la voluntad que no son de dominio coactivo, también: *Schünemann* (nota 25), § 25 nm. 62 ss., con más referencias.

<sup>31</sup> *Roxin* (nota 25), § 25 nm. 128 ss.; en contra, *Schünemann* (nota 25), § 25 nm. 122 ss.

<sup>32</sup> BGHSt 40, 218 (236 s.); 45, 270 (296 ss.); 48, 77 (91 s.); 48, 331 (344 ss.); 49, 147 (163 s.); BGH JR 2004, 245 (246); al respect, *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ss.); sobre la jurisprudencia jurídico-penal internacional: *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 25 ss., con más referencias.

<sup>33</sup> *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, § 15 I b), § 15 II. previos 1; *Gallas* (nota 29), pp. 89 ss., se esfuerza por completar el concepto de dominio del hecho con elementos de valoración, pero no se separa sustancialmente de la teoría de *Welzel*. Sobre la crítica: *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, pp. 68 ss., 88 ss.; *Kleszczewski*, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, pp. 112 ss. (online:

<https://strafrecht.jura.uni-leipzig.de/forschung/schriftenverzeichnis> [7.9.2017]).

<sup>34</sup> *Roxin* (nota 20), p. 20.

<sup>35</sup> *Jeschek*, SchwZStr 71 (1956), 225 (234); *Roxin* (nota 20), p. 18.

---

<sup>21</sup> Por ejemplo en BGHSt 35, 347 (351); 40, 218 (236 s.); 49, 147 (163 f.), análisis de la jurisprudencia en *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ss.).

<sup>22</sup> Sobre el primero: *Vasques*, en: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, p. 819 (826 ss.); sobre el segundo, *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. ed. 2014, § 7 nm. 12, 23, 25 ss., 35, 45, 56.

<sup>23</sup> *Maurach*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. ed. 1970, p. 627.

<sup>24</sup> *Roxin* (nota 20), pp. 142 ss., 527 s.

<sup>25</sup> *Schünemann*, en: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (nota 15), § 25 nm. 182, con más referencias; *Roxin*, en: Jähnke/Laufhütte/Odersky (eds.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, tomo 1, 11. ed. 2003, § 25 nm. 154 y en otros lugares.

<sup>26</sup> *Joecks*, en: Joecks/Miebach (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 1, 2. ed. 2011, § 25 nm. 175 s.

<sup>27</sup> *Roxin* (nota 25), § 25 nm. 154.

<sup>28</sup> *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr und Praxiskommentar, tomo 1, 6. ed. 2016, previos a los § 25-31 nm. 36 ss.; de otra opinión, *Schünemann* (nota 25) § 25 nm. 182.

<sup>29</sup> Reduce esencialmente la autoría mediata a estos casos: *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, pp. 78 ss.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prin-

orienta según el modelo de la sobredeterminación consciente de un curso causal ciego,<sup>36</sup> un modelo que se puede trasladar sin más por lo menos al empleo de un instrumento que actúa sin dolo. Ahora bien, por lo demás, se infravalora el poder de acción y la responsabilidad del hombre que está delante. Un tercer punto de crítica es que, en los delitos con elementos subjetivos especiales del injusto, la realización del tipo no se puede explicar únicamente con la dirección final. Por ejemplo: es propio de la violación (por ejemplo, § 177 apdo. 6, núm. 1, cfr. además 7 apdo. 1, lit. g, art. 8 apdo. 2 lit. e Nr. vi Estatuto de la CPI junto a los Elementos de los Crímenes correspondientes) que el autor realice con la víctima el acto carnal. Ciertamente, en esta agresión contra la autodeterminación sexual radica el infligir un gran daño corporal y psíquico. Sin embargo, el autor realiza a la vez una acción sexual. Para él se trata de satisfacer el instinto sexual. Precisamente con esto último, el autor degrada especialmente a la víctima, al convertirla en su objeto sexual. También tiene este interés especial en el acto el violador que ha sido motivado por sus superiores a cometerlo. Quien ordena a otro o le incentiva, por cálculo bélico o terrorista, a cometer violaciones contra mujeres de la población civil, algo que se le reprocha al nivel de mando de las FARC, quiere ciertamente lesionar a las víctimas y, además, alcanzar sus metas políticas. Sin embargo, diferencia de lo que ocurre con quien actúa directamente, quien ordena o incentiva al delito no pretende satisfacer su lujuria. Puesto que sólo esta configuración interna convierte a la violación en la realidad horrible que ésta constituye, el hombre que está detrás, por muy grande que sea el poder que tiene sobre el hombre que está delante, no puede ser considerado violador.<sup>37</sup>

Por último hay que criticar que la afirmación de autoría por el dominio del hecho conduce, por lo menos en el caso de los sujetos que contribuyen al hecho que no atacan directamente a la víctima, a un dilema semejante que ya fue considerado como carencia fundamental de los sistemas de autor único (véase supra b):<sup>38</sup> en la medida en que el hacer del hombre que está detrás se considere sólo punible una vez el instrumento empieza con la ejecución, la punibilidad de aquél se está concibiendo de modo accesorio al injusto del hombre que está delante, esto es, se contempla en términos materiales como participación. En cambio, si se pretende ver el actuar del hombre que está detrás en sí mismo considerado como tentativa en autoría mediata, se incurre en una contradicción valorativa: En tal caso se tendría que formular la tesis de que la víctima puede practicar la defensa necesaria contra la conducta del autor mediato en una fase en la que todavía no estaría autorizada a emplear la defensa necesaria por falta de actividad peligrosa. Esto es, evidentemente, insostenible. Los mismos problemas surgen en el caso de la coautoría.<sup>39</sup>

dd) Pese a estos defectos, el planteamiento de *Roxin*<sup>40</sup> contiene un aspecto que supone un avance. *Roxin* limita el dominio del hecho, como elemento fundamentador de la autoría, a los delitos de dominio, mientras que desarrolla otros criterios de autoría para los delitos especiales y los delitos de propia mano. En estos últimos, la autoría radica en el dominio de la acción por parte del autor directo. De este modo, resulta posible resolver la problemática que se plantea en el caso de la violación que se acaba de exponer: solamente es autor quien realiza (también) el acto carnal no querido por la víctima; los demás sujetos que contribuyen al hecho solamente pueden ser partícipes. En el caso del autor, la infracción de un deber especial genera la fundamentación de la autoría. Esto conduce a que los *extranei* no puedan ser autores, ni siquiera aunque contribuyan al hecho con dominio del hecho. A la inversa, todos los *intranei* que contribuyen al hecho son autores, aunque no tengan dominio del hecho. De este modo, la teoría de los delitos de infracción del deber contiene, como se mostrará, un elemento con el que se puede dar una nueva base a la problemática de la autoría de quienes imparten órdenes en el marco del Derecho penal internacional (véase infra III.).

No obstante, en el planteamiento de *Roxin* se echa de menos una deducción convincente a partir de un principio unificador. El concepto rector de autor como figura central del acontecer tampoco aporta tal principio, pues, como admite el mismo *Roxin*, aquél es un “concepto abierto”<sup>41</sup>, tan vacío como el concepto de la nada en la lógica de *Hegel*.<sup>42</sup> Por debajo de esta fórmula vacía, la teoría de la intervención se descompone en tres conceptos distintos de autoría y de participación, según si se trata de delitos de dominio, delitos de infracción de un deber o delitos de propia mano.<sup>43</sup> La dogmática unitaria se descompone y presenta, en el plano de los principios, rasgos de la teoría normativa de la combinación sostenida por el Tribunal Federal alemán.

c) Tanto en los sistemas de autor único como en el marco de la teoría del dominio del hecho, surgía el dilema de o bien tener que adelantar el inicio de la tentativa del hombre que está detrás o bien tener que construir su responsabilidad de forma accesorio a la actuación del hombre que está delante. Si uno quiere salir de este atolladero, solamente queda una alternativa: se tienen que concebir todas las formas de autoría como agresión contra un bien jurídico.<sup>44</sup> Si toda realización del tipo está caracterizada por una agresión, quien ataca directamente a la víctima se hace responsable personalísimamente frente a esta última. Evidentemente, esto afecta al autor directo que realiza el tipo agrediendo directamente a la víctima. Con ello también se le pueden dar contornos claros a la coautoría: solamente puede ser coautor aquél cuya agresión a la esfera de la víctima contribuye a que se realice un tipo junto con la agresión de otro, por ejemplo,

<sup>36</sup> *Noltenius* (nota 33), pp. 88 ss.

<sup>37</sup> Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 33), pp. 83 s. y en otros lugares.

<sup>38</sup> *Kleszczewski* (nota 18), pp. 616 ss.

<sup>39</sup> *Kleszczewski* (nota 33), pp. 83 s. y en otros lugares.

<sup>40</sup> *Roxin* (nota 20), pp. 524 ss.

<sup>41</sup> *Roxin* (nota 20), pp. 122.

<sup>42</sup> *Roxin* (nota 20), pp. 122 ss., 529.

<sup>43</sup> Crítica en detalle: *Kleszczewski* (nota 33), pp. 127 ss.

<sup>44</sup> Con más detalle: *Kleszczewski*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. 2012, nm. 538 ss.

aguantando a la víctima por los brazos por detrás para que otros puedan acuchillarla. Para el caso de la autoría mediata, la consecuencia de este planteamiento es que la autoría mediata se limita a los casos del empleo de un instrumento no cualificado, que actúa sin intención, sin dolo o justificadamente. Como se ha expuesto detalladamente en otro lugar,<sup>45</sup> sólo en estos casos la actuación del hombre que está detrás tiene en sí la condición de ser una agresión, puesto que él, al crear la situación justificante, impone a la víctima un deber de tolerancia. Este crea, mediante el error de tipo, el peligro para el bien jurídico, permite que a la sustracción le siga la apropiación o no protege, infringiendo su deber de custodia, el bien jurídico contra los peligros que proceden del sujeto que actúa directamente.

En cambio, quien no agrede por sí mismo a la víctima, como ocurre con frecuencia en el caso de quienes dan órdenes, no puede, en un “micro Derecho penal” que parte de las relaciones individuales entre las personas, ser autor, sino “a lo sumo” partícipe, pues su conducta no es, por sí misma, punible, sino que “solamente” puede adquirir este predicado mediante su referencia accesoria a la agresión antijurídica dolosa cometida por otro.

A primera vista, este planteamiento presenta el inconveniente de que a los hombres que están detrás poderosos “solamente” se les puede considerar partícipes. Según este planteamiento, por ejemplo, los miembros del Estado Mayor Central de las FARC o de su Secretariado son “solamente” inductores. Sin embargo, al respecto hay que distinguir dos cosas: por una parte, la definición lógica del tipo y de la autoría según el criterio de la agresión y, por otra, la cuestión de la valoración de las diversas contribuciones al hecho por parte de los autores y los partícipes. En muchas codificaciones modernas, la inducción es conminada con la misma consecuencia jurídica prevista para la autoría. Además, es habitual en el caso concreto castigar menos al hombre que está delante y que solamente comete el hecho debido a la presión intensa que al inductor. Para tratar el prejuicio conforme al cual la inducción o la complicidad conduce incomprensiblemente a un castigo más leve se puede pensar en caracterizar en la ley de manera más precisa las formas cualificadas de participación (por ejemplo, el cabecilla, el hombre que está detrás, como, por ejemplo, en el § 129 apdo. 4, primera media frase del CP alemán). Sin embargo, todo esto no modifica en nada el hecho de que una dogmática de la intervención que sea consistente desde el punto de vista del Estado de Derecho solamente es viable en un “micro Derecho penal” si se define la autoría mediante el elemento de la agresión y todas las demás contribuciones se conciben, “a lo sumo”, como participación.

Ahora bien, en el plano de la elección del marco penal se pueden diferenciar cualitativamente dos grados distintos de inducción.<sup>46</sup> En el caso de quien determina a un autor principal que actúa sin culpabilidad a la realización del hecho, su contribución es equivalente en cuanto a gravedad del injusto a la contribución de un autor. Por consiguiente, a

aquellos mandatarios de las FARC que dieron a niños soldados la orden de realizar una conducta conminada con pena es adecuado castigarlos en el fallo “sólo” como inductores, pero en la consecuencia jurídica castigarlos igual que a un autor. Lo mismo rige para todas las órdenes que son impartidas a subordinados con la indicación de que una desobediencia conduciría a daños para la vida, cuerpo o libertad, pues en este caso el autor principal actúa en una situación de estado de necesidad exculpante. Por tanto, en el lado de la consecuencia jurídica, el planteamiento aquí defendido se aproxima mucho a la figura de *Roxin* de la autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder, sin infringir la construcción conceptual unitaria de autoría y participación en el lado del tipo.

### 2. Sobre el fundamento del castigo de la constitución de una asociación criminal

Junto a la punibilidad por la intervención en un hecho se puede identificar la constitución de una asociación criminal como delito autónomo.

a) Ciertamente, dichas asociaciones adquieren su nombre por el hecho de que sus miembros planean y ejecutan otros delitos, los hechos de referencia. Pero de ello no se deriva que los bienes jurídicos contra los que se dirige dicho delito de organización sean idénticos a los bienes jurídicos de los hechos de referencia. De ello tampoco se deriva que la constitución de tales asociaciones solamente se pueda construir como forma previa especial de intervención en dichos hechos de referencia.<sup>47</sup> Si el merecimiento de pena del delito de organización se derivara únicamente de la punibilidad de los hechos de referencia, el injusto penal se debería basar entonces únicamente en el vínculo de planificación.<sup>48</sup> Esto contradice de manera fundamental el principio del hecho, conforme al cual la conducta merecedora de pena tiene que constituir en sí misma una agresión. *Gierhake* ve en este fundamento poco espacio para la punibilidad de la constitución de una asociación criminal o terrorista. La existencia del grupo en cuanto tal tiene que constituir una agresión contra la comunidad, una agresión que cuestione la confianza básica jurídicamente constituida y la conducta del autor individual tiene que co-configurar de manera esencial la existencia y actividad de la asociación.<sup>49</sup>

b) Si se presta más atención a los efectos que tiene el hecho de la constitución de un grupo conspiratorio sobre la orientación del comportamiento de los sujetos externos, se puede, en mi opinión, fundamentar de manera autónoma el merecimiento de pena.<sup>50</sup> El reconocimiento social como persona se vehicula, como se ha indicado antes (I. 1. a)

<sup>47</sup> Sin embargo, así: *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. ed. 2017, § 129 nm. 2, con más referencias.

<sup>48</sup> *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (771 ss.); cfr. además *Kleszczewski* (nota 4), § 18 nm. 4, 98.

<sup>49</sup> *Gierhake*, Der Zusammenhang zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht, 2013, pp. 275 ss.

<sup>50</sup> Aquí y en las siguientes reflexiones me baso en lo señalado en *Kleszczewski* (nota 4), § 18 nm. 2 ss., 105 ss.

<sup>45</sup> *Kleszczewski* (nota 33), pp. 102 ss., 148 ss., 251 ss.

<sup>46</sup> Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 44), nm. 691 s.

mediante el intercambio recíproco entre los seres humanos. Esto presupone regular la vida en común de común acuerdo, esto es, sobre todo sin violencia. Por tanto, el carácter civil (“Zivilität”) de una sociedad se basa sobre todo en el autodominio practicado y, con ello, en el carácter pacífico en la solución de conflictos que puedan surgir. Al respecto, constituye una especificidad de las sociedades civiles que todo miembro tiene que manejar esencialmente solo su destino.<sup>51</sup> Por esta razón, la asociación de otros con el fin principal de cometer delitos puede generar una aglomeración de fuerzas cuyo desencadenamiento frente a los conciudadanos abandonados a su propia suerte determina que éstos se sientan impotentes.

El fenómeno es algo cotidiano: si, en una reunión, hasta el momento desperdigada, una parte de los reunidos se presenta de repente coordinadamente, este solo hecho modifica la conducta de todos los demás. Esto rige en especial cuando los miembros del grupo incrementan, mediante su cooperación, sus posibilidades de conseguir beneficios. De este modo, fuerzan en todo caso a que los sujetos externos al grupo orienten su conducta claramente a la actuación del grupo. Ahora bien, estos efectos externos de la constitución de un grupo se agravan cuando la actividad del grupo está esencialmente dirigida a cometer delitos. En tal caso, la mera creación de tal asociación expresa la definición de los sujetos externos como víctimas potenciales. Ahora, como hemos visto, el desvalor de un delito radica precisamente en agredir la capacidad en Derecho de la víctima. Si ello es así, entonces la estipulación del fin común de querer cometer determinados delitos contiene la afirmación de negar a los sujetos externos la capacidad en Derecho y provoca las correspondientes medidas de autoprotección.

Ciertamente, la constitución de una asociación para cometer hechos de referencia no significa lo mismo que la comisión de dichos hechos. Ahora bien, la reunión de varios sujetos une las fuerzas de éstos y, de este modo, crea frente al individuo, que en una sociedad civil moderna se encuentra característicamente solo, una superioridad estructural. Si el fin fijado conjuntamente tiene para sus miembros un efecto rector de la actuación, ha empeorado claramente la situación para el sujeto externo como víctima potencial, pues este último tiene que contar con la agresión de un poder superior. Ahora bien, la fijación común de un fin criminal no deviene sin más rectora de la actuación, sino solamente cuando los miembros tienen una inclinación a cometer delitos o cuando en el grupo se han establecido mecanismos de sanción que fuerzan a participar. Si los miembros de un grupo constituido internamente en estos términos se han organizado de tal manera, el dominio es perfecto, por lo que las víctimas potenciales tienen que sufrir impotentes los delitos planeados. Se ha creado un estado de peligro permanente. En ello radica el injusto penal.

c) Puesto que las FARC son una organización dirigida a cometer atentados contra la población civil, secuestros para conseguir financiación, y el deseo de salirse de la

organización va acompañado de sanciones graves, constituyen una asociación criminal, si no incluso terrorista, en el sentido que se acaba de exponer. Por tanto, la pertenencia en el sentido de un tomar parte, se puede concebir como injusto criminal y el ejercicio de funciones de mando, como liderazgo.

### 3. Conclusión provisional

El Derecho penal de un Estado de Derecho es, de entrada, micro Derecho penal y parte de las relaciones en las que unos seres humanos entran directamente con otros. Dicho Derecho penal define los delitos como agresiones contra determinados bienes jurídicos. En consecuencia, en este Derecho penal solamente se puede considerar autor a quien agrede por sí mismo la esfera de la víctima y, de este modo, solo, con otros o mediante otro, realiza el tipo. Todos los demás sujetos que contribuyen al hecho son, a lo sumo, partícipes. Junto a ello, la punibilidad de la constitución de una asociación criminal está plenamente fundamentada.

## II. El Derecho penal de una sociedad civil en la crisis

Sin embargo, las sociedades civiles modernas no permanecen por sí mismas estables.<sup>52</sup> Al igual que en la economía hay coyunturas, también es posible observar altibajos en el grado en que el reconocimiento recíproco se practica en la sociedad (I. 1.). Si una sociedad civil entra en una crisis duradera, su Derecho penal no queda incólume. Esto también tiene consecuencias para la teoría de la participación.

Como se ha expuesto, la solidez de una sociedad civil se basa primariamente en que, en el intercambio recíproco, las prestaciones de reconocimiento se conviertan en algo habitual (v. supra I. 1. a). La garantía de los derechos humanos por el Estado solamente puede construir sobre esta base, no puede de ningún modo sustituirla plenamente. Ahora bien, los seres humanos compiten entre ellos con sus ofertas. Y esta competencia conduce a que algunas partes del mercado ganen, mientras que otras, en cambio, pierdan. Al respecto, hay una multitud de factores que contribuye a que la sociedad, tarde o temprano, se escinda en ricos y pobres y se exponga a la comunidad a una crisis.<sup>53</sup>

Esto produce efectos en la conciencia del injusto y, con ello, en el desarrollo de la criminalidad, pues el proceso de que las prestaciones de reconocimiento se conviertan en algo habitual encaja en el intercambio robusto. Pues bien, si los seres humanos tienen que competir por sus posibilidades en el mercado, el aprecio que se les muestra también se diferencia según la utilidad que ellos significan para otros. En el último peldaño de la escala social, las personas sienten su exclusión de la vida profesional como injusto. Por ello, no pocos de ellos buscarán vías ilegales de participar en el bienestar prometido en general y, de este modo, se convertirán en criminales. En cambio, en el peldaño más alto

<sup>51</sup> Beck, Risikogesellschaft, 1986, pp. 121 ss., en especial: pp. 199 s.

<sup>52</sup> Al respecto y sobre lo que sigue, con más detalle, Kleszczewski, ARSP 1997, suplemento 71, 140 (149 ss.); con detalle: *el mismo* (nota 5), pp. 207 ss.

<sup>53</sup> Hegel (nota 5), §§ 243-245, pp. 389 ss.

de la escala, muchas personas tienden a definir su propio valor solamente mediante su éxito en los negocios y en este nivel no pocos piensan también en vías ilegales para maximizar sus ganancias. Una comunidad constituida en tales términos tiende a distanciar a sus miembros de las relaciones guiadas por el amor y la ayuda.<sup>54</sup> En su lugar aparece una aspiración egocéntrica a la felicidad que se prolonga, con una extensión considerable, también a prestaciones ilegales, drogas, prostitución, juegos de azar. De este modo, surge incluso un mercado en el que hay demanda de criminalidad y en la que ésta se ofrece cada vez más de forma organizada.<sup>55</sup> Por último, la experiencia muestra que históricamente, cuando estas situaciones se han agravado, los elementos comunes en la formación política de la voluntad también se agotan. La consecuencia es, con no poca frecuencia, que las comunidades que se encuentran en tal estado han vivido estados más o menos graves semejantes a los de la guerra civil.

De esta situación social emana ahora reiteradamente la criminalidad como intento de resolver de forma individual las contradicciones mencionadas. De este modo, la criminalidad se convierte en una manifestación permanente de las masas. La consecuencia es que el delito se percibe cada vez más como una verdadera amenaza existencial. La legislación y la justicia penal suelen reaccionar a esta situación con una agravación significativa de las penas.<sup>56</sup> A la vez, tienden a acentuar, en el lado de los presupuestos del delito, en vez de la culpabilidad, cada vez más el aspecto de la peligrosidad del autor. Esto tiene también efectos para la dogmática de la intervención:

Por una parte, la legislación tiende a adelantar la zona de la punibilidad. Esto conduce a criminalizar ya la tentativa de inducción y la mera conspiración para un hecho común en cuanto tales. Un ejemplo: en Alemania se introdujo tanto la punibilidad de la tentativa de inducción (§ 49a CP del Reich) como la del complot para el asesinato (§ 49b CP del Reich) a consecuencia del descubrimiento de planes para cometer atentados políticos.<sup>57</sup>

Las anticipaciones que se acaban de mencionar también tienen repercusiones sobre la dogmática de la intervención en el hecho consumado: si la tentativa de determinar al hecho o la conspiración para cometer el hecho se consideran merecedoras de pena, entonces es evidente que cada una de esas aportaciones al hecho, incluso cuando perduran en la consumación, serán castigadas como comisión igual a la del autor. En mi opinión, la figura de la autoría mediata en virtud

del uso de un aparato organizado de poder también es una manifestación de dicho pensamiento de la prevención, propio de la crisis. Como es sabido, originariamente *Roxin* desarrolló esta figura para poder considerar “autores de escritorio” a los hombres de que estaban detrás en el régimen nacionalsocialista.<sup>58</sup> Por tanto, *Roxin* tenía presente una contribución a delitos en una sociedad en la cual, debido al poder totalitario, los seres humanos estaban embrutecidos o, con frecuencia, ejecutaban por miedo a represalias órdenes que reconocían como inhumanas.

Desde luego, la agravación de las penas en situaciones de crisis es, en parte, legítima desde una perspectiva inmanente al sistema: en la crisis, la agresión contra bienes jurídicos se percibe, con cierta razón, como peligro existencial.<sup>59</sup> Esto incrementa la importancia general del hecho individual, aumenta su injusto y fundamenta una pena más elevada.<sup>60</sup> Pero dicha agravación es al final, en parte, ilegítima, a saber, siempre que la pena en su fundamento o su medida está dominada por aspectos preventivos, de intimidación o neutralización.<sup>61</sup> De esta manera, el Derecho penal muta de manera general convirtiéndose en un medio de lucha del Estado contra el delincuente. En una situación agravada en términos semejantes a los de una guerra civil, el Derecho penal se convierte también en medio de lucha contra la oposición. Por consiguiente, la pena pierde su función de servir de medio de reconciliación.

### III. El “macro Derecho penal” del Derecho penal internacional y las consecuencias para la teoría de la intervención

Si una guerra civil se tiene que superar mediante el acuerdo de paz, ello no puede lograrse si una parte juzga a la otra. Se requiere una comprensión recíproca conforme a la cual el injusto de una parte está co-condicionado por el injusto de la otra. Por ello, los acuerdos de paz requieren, en una parte no pequeña, también regulaciones sobre amnistía.<sup>62</sup> Sin embargo, también en el marco de este modo de ver las cosas sigue habiendo delitos merecedores de pena. Pero éstos no se pueden fundamentar (solamente) con el ordenamiento jurídico de una de las dos partes, pues precisamente este Derecho es objeto de discusión. Para fundamentar la punibilidad es necesario referirse a una parte del Derecho que ambas partes han de reconocer. Esto es el Derecho internacional.

#### 1. Visión de conjunto de los tipos del Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional positivo, como parte del Derecho internacional, es una materia realmente nueva. Hoy en día se comparte generalmente, en cuanto al núcleo, la

<sup>54</sup> *Hegel* (nota 5), § 238, p. 386; respecto a lo que sigue: *Kluszczewski* (nota 5), pp. 207 ss.; *Habermas*, *Theorie kommunikativen Handelns*, tomo 2, 1981, pp. 480, 522, refleja esta evolución empleando la palabra clave de la colonización del mundo natural.

<sup>55</sup> Cfr. *Kerner*, en: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. ed. 1993, Art. *Organisiertes Verbrechen*, p. 377 (379).

<sup>56</sup> *Kluszczewski* (nota 5), pp. 331 ss.

<sup>57</sup> *Frank*, *Das Strafgesetzbuch des deutschen Reiches*, 18. ed. 1931, § 49a comentario 1, § 49b nota \*.

<sup>58</sup> *Roxin* (nota 20), pp. 242 ss.

<sup>59</sup> *Kluszczewski* (nota 5), pp. 219 ss., 333 ss.

<sup>60</sup> *Köhler*, *Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 47 ss.

<sup>61</sup> *Kluszczewski* (nota 5), pp. 341 ss.

<sup>62</sup> Cfr. *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 693.

fundamentación de su legitimación. Sin embargo, dicha fundamentación todavía no se ha aclarado en lo que atañe a algunos de sus tipos de alcance amplio. Por razones de espacio, me permito remitir a los trabajos fundamentales de los que parto.<sup>63</sup>

El delito internacional es definido por el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal internacional (CPI) acertadamente como un hecho que se dirige contra la comunidad internacional. Sus principios del Derecho rectores son el reconocimiento recíproco de la autodeterminación de los pueblos y la prohibición de violencia, art. 2 núm. 1, núm. 4. Carta de Naciones Unidas. Por esta razón, la agresión (art. 8<sup>bis</sup> Estatuto CPI) y el genocidio (art. 6 Estatuto CPI) se pueden identificar sin dificultades como crímenes internacionales. Un deber derivado de la prohibición de violencia es el de no librar la guerra y otros conflictos armados internacionales de tal manera que se haga imposible un posterior tratado de paz.<sup>64</sup> De ahí que se pueden identificar varios tipos de los crímenes de guerra en el marco de conflictos armados internacionales (cfr. art. 8 apdo. 2 lit. a y b Estatuto CPI) como Derecho penal internacional legítimo. Se pueden legitimar como crímenes de lesa humanidad (art. 7 Estatuto CPI) como delitos internacionales aquellos hechos en los cuales la agresión contra la capacidad en Derecho de la víctima concreta significa a la vez colocar en una posición sin derechos de una parte de la población civil.<sup>65</sup> En cambio, hay dificultades para entender como delito internacional las lesiones en el marco de conflictos armados internos (cfr. art. 8 apdo. 2 lit. c-f Estatuto CPI).<sup>66</sup> Ciertamente, el tipo penal se refiere a actos de lesión en el marco de un conflicto armado, pero éste solamente concurre característicamente, en el sentido del Derecho internacional humanitario, cuando las partes que luchan entre ellas son Estados u organizaciones que, por el control que ejercitan en determinados territorios (o sea, insurrectos, secesionistas, movimientos de liberación), son semejantes a un Estado.<sup>67</sup> De este modo, se trata de un conflicto entre formas de dominio que poseen, conforme al Derecho internacional positivo, subjetividad de Derecho internacional:<sup>68</sup> según esto, el conflicto armado interno se aproxima a un estado de guerra entre Estados, de manera que su finalización pacífica lo más rápida posible se convierte en un interés de la comunidad internacional. Por esta razón, mediante hechos que se producen en el marco de un conflicto

armado entendido como interno, *vulgo* en el marco de una guerra civil, la comunidad internacional puede verse perfectamente afectada si dichos hechos llevan consigo el peligro, de manera semejante a lo que ocurre con los crímenes de guerra clásicos, de hacer imposible un acuerdo de paz futuro.

En la dogmática del Derecho penal internacional, esta referencia del hecho individual a la materia del Derecho internacional se aborda, por una parte, como “hecho global”.<sup>69</sup> Esto me parece inadecuado. La figura dogmática del hecho global pretende resolver atribuciones de causalidad que se producen en caso de actuación colectiva.<sup>70</sup> Ciertamente, puede darse la situación en la que no está claro si cada individuo ha puesto una condición, conforme a las leyes de la naturaleza, del resultado. En tal caso es posible fundamentar (por lo menos, con ciertos límites) la imputación de causalidad en el hecho de que cada uno de los compañeros de hecho realiza en todo caso una condición, conforme a las leyes de la naturaleza, del acto de constitución iniciador (tres sujetos se unen para fusilar a una víctima. Esta última muere solamente por una bala).<sup>71</sup> Debido a que y en la medida en que el inicio de los delitos internacionales se produce con frecuencia de manera colectiva, en ellos puede ser relevante hacer valer esta figura de delito para imputar a cada interviniente enteramente como su hecho un hecho individual que es realizado mediante varias condiciones. Ahora bien, esto discurre por las vías, generalmente reconocidas, de la causalidad (condición conforme a las leyes de la naturaleza) y de la dogmática de la intervención (por ejemplo, en este caso: decisión conjunta de cometer el hecho, agresión como contribución propia al hecho) que conocemos del “micro Derecho penal”. Con ello solamente se ha explicado que varias personas responden, en cuanto a intervinientes, del hecho individual. De ello no se deduce sin más el referente jurídico-internacional.

También me resulta poco convincente que haya quien, por otra parte, interpreta el referente jurídico-internacional solamente como “contexto” especial o “contexto de comisión” del hecho individual.<sup>72</sup> Ciertamente, no pocas veces el contexto de un acontecer lesivo o de puesta en peligro también desempeña un papel decisivo en el marco del “micro Derecho penal” para acentuar el carácter merecedor de pena de una conducta. Así, conforme al § 316 CP alemán, la conducción en estado de embriaguez es punible solamente “en el tráfico público”, esto es, en el seno de un contexto de interacción en el que todo usuario de la vía pública depende de que todos los demás puedan conducir sus vehículos de manera segura.<sup>73</sup> Sin embargo, de esta manera tampoco se construye el referente al Derecho internacional. Ello estriba en una diferencia pronunciada respecto al Derecho interno, diferencia que quiero explicar a continuación.

<sup>63</sup> En lo que atañe a la fundamentación del Derecho penal internacional parto de *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der kantianischen Rechtslehre*, 2005, pp. 169 ss.; *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 840 ss.; *Manske*, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*, 2003, pp. 332 ss. Cfr., además, *Kleszczewski*, en: *Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus* (eds.), *Kants Lehre vom richtigen Recht*, 2005, pp. 143 ss.

<sup>64</sup> *Kant* (nota 8), § 57, p. 470.

<sup>65</sup> *Manske* (nota 63), pp. 365 ss.

<sup>66</sup> Crítico: *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 842 s.

<sup>67</sup> Cfr. *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 237.

<sup>68</sup> *Herdegen*, *Völkerrecht*, 16. ed. 2016, § 11 nm. 1 ss.

<sup>69</sup> *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 11 ss., 20, 29, 33, 36, 65.

<sup>70</sup> Fundamentalmente; *Dencker*, *Kausalität und Gesamttat*, 1995, pp. 47 ss., pp. 120 ss.

<sup>71</sup> Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 44), nm. 624 ss.

<sup>72</sup> Cfr. *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 11 ss., 20, 29, 33, 36, 65.

<sup>73</sup> Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 4), § 15 nm. 15 ss.

2. *La actuación para un sujeto de Derecho internacional como elemento originariamente fundamentador de la autoría*

a) El Derecho internacional no se refiere, por lo menos no directamente, a las relaciones entre personas. Aquél se puede definir como el conjunto de reglas jurídico-públicas relativas a las relaciones entre Estados y otros sujetos de Derecho internacional.<sup>74</sup> El núcleo del Derecho internacional sigue estando constituido hoy por la relación entre Estados.<sup>75</sup> Estos últimos son los sujetos originarios de Derecho que poseen la única personalidad en Derecho completa. Junto a ello, formas de dominio con un comando territorial estabilizado y efectivo (insurrectos, secesionistas, movimientos de liberación) han adquirido el estatus de un una subjetividad (limitada) en Derecho internacional.<sup>76</sup> Junto a los sujetos atípicos del Derecho internacional (Santa Sede, Orden de Malta, Comité Internacional de la Cruz Roja)<sup>77</sup> y las organizaciones internacionales,<sup>78</sup> que, en cuanto sujetos de Derecho internacional, podemos dejar de lado en el contexto que es aquí objeto de análisis, la evolución tras la Segunda Guerra Mundial ha conducido a reconocer también al ser humano, en cuanto individuo, subjetividad en Derecho internacional con personalidad en Derecho limitada.<sup>79</sup> A diferencia de los Estados, el estatus de los seres humanos en cuanto sujetos de Derecho internacional depende, según el Derecho internacional positivo, de que su condición de portador precisamente de derechos y deberes de Derecho internacional haya sido reconocida mediante Tratados o la praxis universal de los Estados.<sup>80</sup> En este sentido, su subjetividad en Derecho es, por así decirlo, derivativa.

Si las cosas son así, entonces los deberes de Derecho internacional se dirigen primariamente a los Estados y las formas de dominio equiparadas a éstos. Por tanto, las prohibiciones del *ius cogens* (a saber, la prohibición de la guerra de agresión, del genocidio, de la tortura, de la esclavitud y de la discriminación de razas<sup>81</sup>) se dirigen primariamente a estas dos clases de sujetos de Derecho internacional. Conforme a esto, una conducta solamente cumple el tipo de un delito internacional si dicha conducta es imputable a un Estado.<sup>82</sup> Ahora, el Estado no actúa por sí mismo, sino mediante seres humanos que lo representan o a

los que uno de los órganos competentes del Estado ha encomendado un encargo. El actuar de un ser humano como persona particular no es esencialmente imputable frente a un Estado.<sup>83</sup> Esto implica que dicha conducta no representa, en cuanto tal, un quebrantamiento del Derecho internacional. Las cosas son distintas solamente cuando a la persona le fue encomendado un encargo expresamente por el Estado o cuando la tolerancia de su conducta por parte de instancias estatales tiene el sentido de una conformidad tácita (esto es, de una especie de cuasi-encargo).<sup>84</sup>

b) Ahora bien, el Derecho penal internacional pretende precisamente hacer responsables a individuos por su actuación. Para ello, los tipos concretos del Derecho penal internacional tienen que presentar elementos que establezcan el referente del hecho individual al Derecho internacional. Como se ha expuesto (III. 1. a), la doctrina define este referente de manera más bien objetivista, como “nexo colectivo global”, “hecho global”, “contexto de comisión” o bien como “exigencia de contexto”. Al hacerlo, no logra explicar el actuar como actuar de un sujeto que es siquiera capaz de quebrantar deberes de Derecho internacional. No obstante, es posible mostrar este alineamiento con el actuar de un sujeto originario de Derecho internacional en las interpretaciones de los diversos elementos de los delitos internacionales que deberían establecer la referencia al Derecho internacional:

En los crímenes de agresión conforme al art. 8<sup>bis</sup> apdo. 1 del Estatuto CPI, radica en el hecho de que solamente puede ser autor quien esté efectivamente en condiciones de controlar o dirigir el actuar político o militar de un Estado. En los crímenes de lesa humanidad, radica en el hecho de un ataque extendido o sistemático contra la población civil, esto es, de una conducta que se produce en ejecución de la política de un Estado o de una organización, art. 7 apdo. 1, apdo. 2 lit. a Estatuto CPI.<sup>85</sup> En los crímenes de guerra se alude a dicho elemento, en primer lugar, mediante el hecho del conflicto armado, en segundo lugar, mediante la referencia a las Convenciones de Ginebra, esto es, Tratados de Derecho internacional en los que precisamente los Estados se han obligado y, en tercer lugar, en una adición aclaratoria, según la cual el acto de lesión constituye un crimen de guerra cuando aquél se produce como parte de una política, un plan o una comisión masiva. Por último, este elemento también se puede encontrar en el genocidio. Ciertamente, el tipo de este delito también incluye expresamente la actuación de una persona particular, art. IV Convención del Genocidio. Sin embargo, el tipo exige a la vez también la intención de destruir, por lo menos en parte, uno de los grupos allí mencionados, art. 6 Estatuto CPI. Al respecto, los Elementos de los Crímenes ofrecen la aclaración de que, para poder

<sup>74</sup> *Herdegen* (nota 68), § 1 nm. 4; *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. ed. 2014, § 1 nm. 1.

<sup>75</sup> *Herdegen* (nota 68), § 7 nm. 3; *Ipsen* (nota 74), § 5 previo nm. 1.

<sup>76</sup> *Herdegen* (nota 68), § 11 nm. 1 ff.; *Ipsen* (nota 74), § 9 nm. 13 ff.

<sup>77</sup> *Ipsen* (nota 74), § 9 nm. 1-10; *Herdegen* (nota 68), § 9 nm. 1 ff.

<sup>78</sup> *Ipsen* (nota 74), § 6; *Herdegen* (nota 68), § 10.

<sup>79</sup> *Ipsen* (nota 74), § 7 nm. 9 ss.; *Ambos*, *Völkerstrafrecht*, 4. ed. 2014, § 7 nm. 10; *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. ed. 2016, nm. 2 ff.

<sup>80</sup> *Ipsen* (nota 74), § 7 nm. 6; *Herdegen* (nota 68), § 13 nm. 2.

<sup>81</sup> Cfr. *Herdegen* (nota 68), § 16 nm. 14; *Ipsen* (nota 74), § 16 nm. 37 ss.

<sup>82</sup> *Herdegen* (nota 68), § 58 nm. 1, 5 s.; *Ipsen* (nota 74), § 29 nm. 2; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 142.

<sup>83</sup> *Herdegen* (nota 68), § 58 nm. 6; *Ipsen* (nota 74), § 29 nm. 29 ss.; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 142 s.

<sup>84</sup> *Herdegen* (nota 68), § 58 nm. 5 s.; *Ipsen* (nota 74), § 29 nm. 29 ss.

<sup>85</sup> Näher dazu: *Werle/Burchards*, en: Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 8, 2. ed. 2013, § 7 VStGB nm. 14 ss.

hablar de dicha intención, el hecho individual tiene que acontecer siempre vinculado a una pauta evidente de conductas semejantes. El Tribunal regional superior de Düsseldorf (OLG) ha interpretado esto entendiendo que el genocidio requiere una dirección estructuralmente organizada.<sup>86</sup> La CPI, en su sentencia relativa al proceso contra Al Bashir, en la prueba de la intención del acusado, empleó un gran esfuerzo para explicar que éste había actuado, solo o junto con otros individuos de la misma orientación, precisamente como miembro del Gobierno de Sudán. Puesto que la destrucción de un grupo prácticamente solo se puede realizar mediante la colaboración organizada de varias personas y solamente se puede hablar con sentido de dicha intención de destrucción cuando la intención es realista, aquella interpretación queda cubierta por la interpretación teleológica.<sup>87</sup>

Seguro que hay detalles en la interpretación de los diversos tipos del Derecho internacional positivo que todavía no se han aclarado definitivamente.<sup>88</sup> Sin embargo, se puede establecer como elemento estructural unitario del hecho colectivo, por lo menos como forma común, lo siguiente: éste no se agota en un acontecer objetivo, como parecen sugerir las denominaciones “exigencia de contexto” o “nexo global”, sino que lo característico es que el acontecer global se tiene que poder imputar a un Estado o a una forma de dominio equiparada a este último. Esto resulta evidente en el caso de la agresión. Y algo semejante ocurre en los crímenes de lesa humanidad, por lo menos en lo que atañe a la variante que exige un ataque contra la población civil como elemento de la política de un Estado. Pero esto también es válido para la segunda variante, la del ataque como expresión de la política de una organización. Ciertamente, el concepto de organización en el sentido del art. 7 apdo. 1, apdo. 2 lit. a Estatuto de Roma no se ha aclarado definitivamente.<sup>89</sup> Por lo menos, en partes de la jurisprudencia se reconoce que con organización solamente se hace referencia a formas de dominio que gozan de un cierto control sobre un territorio.<sup>90</sup> Si esto se entiende en estos términos, en tal caso aparece, junto a la imputación a un Estado, la imputación a una forma de dominio semejante al Estado (insurrectos, secesionistas, movimientos de liberación) que son, por su parte, portadores de derechos y deberes de Derecho internacional. La exigencia de imputación también se da en el elemento del hecho

colectivo de los crímenes de guerra. Solamente concurre un conflicto armado en el sentido del Derecho internacional humanitario si las partes que luchan entre ellas son Estados o precisamente organizaciones con un control territorial.<sup>91</sup> Por último, en el genocidio, la interpretación que hace la jurisprudencia de la intención de destruir un grupo también tiende a poner el centro de atención en la cumbre del gobierno o en cualquier otro control central.

Por tanto, acentuando las cosas, se puede hacer, plausiblemente, lo siguiente: el delito internacional, en cuanto hecho individual, está referido a un hecho colectivo. Este último no es simplemente un acontecer objetivo, sino un tipo de injusto que se puede imputar a un Estado o a una forma de dominio equiparada a aquél, un delito de Derecho internacional (“macrocriminalidad”). Solamente por el hecho de que tal sujeto de Derecho internacional comete tal delito penal internacional es posible reprochar el hecho individual, que es cometido culpablemente por un ser humano en cuanto individuo como parte de la colectividad, a dicho individuo precisamente (también) como delito internacional. En mi opinión, ello tiene consecuencias para la teoría de la intervención en Derecho penal internacional.

c) Si el deber del individuo de omitir una determinada conducta lesiva se deriva del deber del Estado o de un sujeto de Derecho internacional equiparado al Estado de no quebrantar el Derecho internacional, la posición de deber del individuo es, en su origen, un deber especial. Un individuo lo infringe solamente cuando ha asumido dicho deber. En este caso, concurre una estructura semejante a la del § 14 CP alemán.<sup>92</sup> En dicho precepto, la infracción de un deber especial que, conforme al Derecho civil o el Derecho público, pesa sobre una asociación directamente, solamente será imputada a un ser humano cuando éste ocupa el órgano con representación general de la asociación o parte de dicho órgano o cuando dicho órgano le ha encomendado una tarea de dirigir en responsabilidad general un ámbito parcial de la asociación. Si se toma este modelo de la traslación de deberes como modelo para la interpretación del elemento del hecho colectivo del delito internacional, de ello se deriva que: primariamente solamente es autor de un delito internacional quien, por sí mismo en este sentido como representante general o como encargado general de un Estado o de una forma de dominio equiparada, realiza el tipo de un delito internacional. Este nexo aparece en el crimen de agresión del art. 8<sup>bis</sup> apdo. 1 Estatuto CPI de manera muy clara. El § 13 apdo. 4 del CP Internacional alemán (en lo que sigue, CP Int alemán) agudiza esto aún más cuando dispone que solamente pueden ser partícipes en el crimen de la guerra de agresión quienes poseen poder político o militar. Debido a la semejanza estructural del elemento del hecho colectivo en otros delitos internacionales, la autoría (en sentido primario) se ha de construir en éstos en los mismos términos. Por tanto,

<sup>86</sup> OLG Düsseldorf, Sentencia del 26.9.1997 – IV 26/96; igualmente: BVerfG NJW 2001, 1850. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, Tribunal penal internacional para la Antigua Yugoslavia y del Tribunal penal internacional para Ruanda no se refiere siempre a esta exigencia.

<sup>87</sup> *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 140; *Kreß*, en: Joecks/Miebach (nota 85), § 6 nm. 13 ss.

<sup>88</sup> *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 122, 177 ss., 229; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 814, 1082, 1504.

<sup>89</sup> *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 188; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 951 ss.

<sup>90</sup> Cfr. *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 188, con más referencias, quien pretende renunciar al elemento del control territorial.

<sup>91</sup> *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 237.

<sup>92</sup> Sobre la dogmática del actuar por otros a propósito del ejemplo del § 9 OWiG, casi idéntico en cuanto a su contenido: *Kleszczewski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. ed. 2016, nm. 529 ss.

es autor de un crimen en el sentido originario mencionado solamente quien como representante general o encargado general de un Estado o de una forma de dominio equiparada dirige, solo o junto a otros, un ataque armado contra la población civil o imparte a otros la orden de hacerlo. Además, solamente es autor de un crimen de guerra, en este sentido, quien es, en este papel, representante general o encargado general de una de las partes del conflicto, la cual realiza una acción de ataque o de defensa en cuyo curso se produce (sistemática o extendidamente) la realización de uno de los tipos del crimen de guerra. Por último, es, en este sentido originario, autor del genocidio solamente quien actúa con la intención de, precisamente como representante general o encargado general de un Estado o de una forma de dominio equiparada, destruir solo, por instrucciones de otros, o junto con otros, un grupo.

En cambio, quienes no son representantes generales o encargados generales de un Estado o una forma de dominio equiparada solamente pueden ser considerados autores en sentido secundario. Aquéllos solamente pueden ser considerados autores cuando cualquier otro contribuye, en su condición de representante general o encargado general, al hecho colectivo y ellos, por sí mismos, mediante otro o en común con otro, realizan el tipo del hecho individual. En este punto tiene lugar una duplicación dentro del concepto de autor que ya conocemos de los sistemas de autor único. Así, el § 14 apdo. 1, s. 2 de la OWiG alemana<sup>93</sup> considera también autor (en dicha ley, es denominado interviniente) a quien no posee un elemento personal especial como, por ejemplo, ser titular de un deber especial, pero actúa conscientemente con otro que sí posee este elemento personal. Ahora bien, esto no significa que siempre se tenga que probar la responsabilidad de un autor originario concreto para poder juzgar a un autor secundario, pues, para la punibilidad de este último conforme al Derecho penal internacional, puede quedar sin determinar quién exactamente ha contribuido como representante general o encargado general, siempre que se explique que ha tenido lugar una contribución de tales características en el nivel de la dirección.

Este escalonamiento dentro del concepto de autoría, que presenta cierta semejanza con determinadas estructuras que se encuentran en el seno de los sistemas de Derecho penal con autor unitario (funcional),<sup>94</sup> conduce ciertamente a una valoración distinta de las contribuciones al hecho realizadas a título de autoría. A quien es autor originario le corresponde la pena regular prevista en el Derecho penal internacional positivo, mientras que para quien solamente es autor secundario rige la idea jurídica plasmada en el § 28 apdo. 1 CP Int alemán: puesto que éste no ha asumido, en cuanto representante general o encargado general, el deber especial, tampoco cumple con el elemento personal especial fundamentador de la pena. En consecuencia, su injusto es menor, de manera que corresponde aplicar una atenuación de

la pena en los que determina el § 28 apdo. 1 CP alemán, conforme al § 49 apdo. 1 del mismo Código. Por último, a quien no realiza el hecho individual, sino que, sin ser obligado especial, solamente participa en aquel hecho, se le ha de aplicar una atenuación adicional de la pena.

De este modo, en el seno del Derecho penal internacional, caracterizado por ser “macro Derecho penal”, se puede retomar y reformular la idea del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder: en ésta, no es sólo el poder sobre otras personas lo que conduce a considerar al hombre que está detrás como una figura central del acontecer, sino que lo que convierte a quien da la orden originariamente en autor es la asunción, fundada en la representación general o encargo general, de un deber especial de no abusar de este poder.

d) De esto se deduce para los hechos que se han de juzgar conforme al Derecho penal internacional en el marco de un proceso de paz este esquema: puesto que y en la medida en que las FARC, debido al control de un territorio, son, en cuanto forma de dominio semejante al Estado, un sujeto de Derecho internacional, en todo caso los miembros del Estado Mayor Central de las FARC o su Secretariado, en cuanto representantes generales, entran en la posición de deber jurídico-internacional. En la medida en que contribuyen a un hecho individual de Derecho penal internacional, se deberían considerar esencialmente autores en sentido originario, si tuvieran que ser juzgados conforme al Derecho penal internacional. Lo mismo se puede decir de los sujetos a quienes aquéllos encargaron liderar unidades sectoriales de las FARC. Todos los demás son autores solamente en un sentido secundario si cumplen, solos o en actuación conjunta planeada, el tipo de un delito individual de Derecho penal internacional. Debido a la falta de asunción de un deber especial, a éstos se les debe conceder una atenuación de la pena. Por último, a los partícipes se les debe aplicar una pena aún menor.

#### IV. Conclusión

El Derecho penal de una sociedad civil es “micro Derecho penal”. Aquél parte del actuar de personas individuales en la relación inmediata de unos con otros. En este Derecho penal, los delitos son agresiones a determinados bienes jurídicos, por tanto, es autor quien solo o junto con otros agrede a la víctima; partícipe, quien contribuye a ello de otra manera. En cambio, el Derecho penal internacional es “macro Derecho penal”. En cuanto parte del Derecho internacional, presupone relaciones jurídicas entre Estados o formas de dominio equiparadas a los Estados. El delito de Derecho internacional consiste en la traslación de un deber fundamentado en tales términos. Tal delito solamente concurre cuando un quebrantamiento del Derecho puede ser imputado a uno de los sujetos de Derecho internacional mencionados. Ciertamente, el Derecho penal internacional hace responsables a seres humanos, pero a éstos se les puede imputar un quebrantamiento de deber jurídico-internacional solamente de manera directa cuando actúan como representantes generales o encargados generales de un Estado o forma de dominio equiparada. En ello radica el verdadero

<sup>93</sup> Sobre la dogmática de esta norma de intervención: *Kluszczewski* (nota 92), nm. 486 ss.

<sup>94</sup> Con más detalle al respecto: *Kluszczewski* (nota 33), pp. 26 ss.

sentido del elemento del hecho colectivo del Derecho penal internacional, que se revela como forma especial de un delito de infracción de deber especial. Quien no es ni representante general ni encargado general solamente puede ser autor en un sentido secundario. Ello permite realizar, ya en el plano del castigo de los autores, distinciones en cuanto al marco penal.

# Die Strafbarkeit des Aufbaus von Botnetzen

Von Akad. Mitarbeiter Dr. Fabian Stam, Potsdam

## I. Einleitung

Mit dem Fortschreiten der Digitalisierung zeigen sich die mit ihr verbundenen Gefahren immer deutlicher: Die Häufung sogenannter „Denial of Service“-Angriffe, mit denen durch massenweise Anfragen an Internetseiten deren Erreichbarkeit gestört wird, sowie gezielter Angriffe auf Netzwerke von Unternehmen, aber etwa auch des Deutschen Bundestags 2015, lässt erahnen, mit welchen (kriminellen oder terroristischen) Bedrohungen in Zukunft zu rechnen ist. Derartige Angriffe werden regelmäßig mit Hilfe sogenannter Botnetze ausgeführt. Der Beitrag stellt kurz die technischen Grundlagen dieser Netze dar und untersucht sodann, inwiefern der Aufbau von Botnetzen (das heißt die unerwünschte Installation eines Bot-Programms auf einem fremden Computer<sup>1</sup>) nach geltendem Recht strafbar ist. Zentrale Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der bislang kaum beachteten Frage zu, wann es sich bei einer Zugangssicherung i.S.d. § 202a StGB um eine „besondere“ handelt.<sup>2</sup> Abschließend stellt sich die Frage, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

## II. Technische Grundlagen

### 1. Bots und Botnetze

Botnetze (von engl. robot = Roboter, wiederum von tschechisch Robota = Arbeit) sind Verbünde infizierter Computer, die von einem zentralen sog. „Command & Control-Server“ ferngesteuert werden.<sup>3</sup> Ein Bot ist ein Computerprogramm, das vom Angreifer üblicherweise über andere Schadprogramme verbreitet wird und der Vernetzung der Computer dient. Darüber hinaus können Bots weitere – hier nicht näher untersuchte – Funktionen aufweisen, z.B. als Keylogger agieren, d.h. sämtliche Tastatureingaben des Nutzers speichern

und (z.B. zwecks Identitätsdiebstahls) an einen anderen Rechner schicken.

Ziel des Aufbaus eines Botnetzes ist es, die Rechenleistung und Bandbreite tausender, hunderttausender oder gar Millionen von Computern<sup>4</sup> und Internetzugängen kombiniert zu nutzen.<sup>5</sup> Neben dem Einsatz für „Denial of Service“-Angriffe ist eine Vielzahl anderer Einsatzmöglichkeiten denkbar. So nutzten die Täter in einem jüngst vom BGH entschiedenen Fall<sup>6</sup> ein Botnetz, um mit Hilfe der kombinierten Rechenleistung Bitcoins – eine digitale Währung<sup>7</sup> – zu erzeugen. Hierfür wird der Bot auf den (dann infizierten) Computer installiert und dessen Startroutine dahingehend verändert, dass das Bot-Programm bei jedem Start unbemerkt mit ausgeführt wird. Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) geht für 2016 von täglich bis zu 39.000 Neuinfektionen aus.<sup>8</sup>

### 2. Verbreitungswege von Bot-Programmen

Bot-Programme können grob gesagt über drei Wege verbreitet werden: mittels eines Trojanischen Pferds, eines Drive-By-Downloads oder eines gezielten Angriffs auf den betroffenen Rechner (Advanced Persistent Threat – APT), wobei letztere aufgrund des wesentlich höheren Aufwands deutlich seltener sind<sup>9</sup> und deshalb im Folgenden nicht näher untersucht werden.

#### a) Trojanisches Pferd

Der Begriff des Trojanischen Pferds (kurz und im Folgenden: Trojaner<sup>10</sup>) knüpft an die Sage vom Kampf um Troja an, in dessen Verlauf die sich scheinbar zurückziehenden Griechen

<sup>1</sup> Wenn im Folgenden von Computern gesprochen wird, umfasst dies sämtliche mit dem Internet verbundenen Geräte wie Smartphones, Tablet-PCs, Smart-TVs usw.

<sup>2</sup> Keine Ausführungen etwa bei *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2017, Rn. 733 ff.; *ders.*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, § 6 Rn. 8 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, Rn. 92 ff.; *Krey/Heinrich/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2012, Rn. 609 ff.; *Hilgendorf*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 202a Rn. 29 ff.; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 202a Rn. 14 ff.; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 202a Rn. 9 ff.; *Graf*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 202a Rn. 35 ff.; *Heger*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 202a Rn. 4; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 202a Rn. 8 ff.

<sup>3</sup> Bezüglich des gesamten folgenden Absatzes *Eckert*, IT-Sicherheit, 9. Aufl. 2014, S. 77-79.

<sup>4</sup> Das mit 30 Millionen Geräten bislang größte bekannte Botnetz war laut dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Hrsg.), Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2016, 2016, S. 26, „Bredolab“ im Jahr 2012.

<sup>5</sup> Dem Prinzip nach ganz ähnlich – jedoch mit Zustimmung des jeweiligen Computernutzers – funktioniert das sog. „Volunteer Computing“, bei dem durch das Herunterladen und Ausführen eines Computerprogramms die Rechenleistung des eigenen Computers anderen zur Verfügung gestellt wird. Ein Beispiel hierfür ist das Projekt „SETI@home“ (Search for Extra-Terrestrial Intelligence at home) der Universität Berkeley, das auf diese Weise bei der Suche nach außerirdischer Intelligenz unterstützt werden kann, siehe dazu <https://setiathome.berkeley.edu> (23.7.2017).

<sup>6</sup> BGH NSZ 2016, 339.

<sup>7</sup> Näher zu Bitcoins *Kuhlmann*, CR 2014, 691.

<sup>8</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Fn. 4), S. 26.

<sup>9</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Fn. 4), S. 22 f.

<sup>10</sup> Auch wenn es sich bei dem mythischen Holzpferd selbstverständlich nicht um einen Trojaner handelt, wird (da diese Bezeichnung inzwischen üblich ist) im Folgenden der Begriff „Trojaner“ als Synonym für „Trojanisches Pferd“ verwendet.

den Bewohnern Trojas ein hölzernes Pferd schenkten, in dem sich griechische Soldaten versteckt hatten, die in der Nacht aus dem Pferd kletterten und den Griechen von innen die Stadttore öffneten.<sup>11</sup> Es handelt sich dabei um Computerprogramme, die eine hilfreiche Funktion vortäuschen, jedoch Schadsoftware, z.B. Bot-Programme, enthalten.<sup>12</sup> Der Trojaner entspricht dabei dem hölzernen Pferd der Sage, das Bot-Programm den griechischen Soldaten. Trojaner können (wie auch andere Schadsoftware wie Viren und Würmer) über verschiedene Wege verbreitet werden. Häufig werden sie in zum Download angebotenen Dateien versteckt oder per E-Mail verbreitet. Letztere werden in der Regel selbst von Bot-Programmen (z.B. an alle im elektronischen Adressbuch eines infizierten Computers enthaltenen E-Mail-Adressen) versandt; die beigefügten Datei-Anhänge (z.B. Dokumente oder Bild-Dateien), zu deren Öffnen der Empfänger scheinbar von einer ihm bekannten Person aufgefordert wird, enthalten die Schadsoftware. Darüber hinaus ist eine Verbreitung über physische Datenträger (z.B. USB-Sticks oder DVDs) möglich.<sup>13</sup>

#### b) Drive-By-Downloads

Immer weitere Verbreitung finden sog. „Drive-By-Downloads“ (von engl. drive-by = im Vorbeifahren).<sup>14</sup> Dabei lädt der Computer Schadsoftware herunter, ohne dass der Nutzer dies aktiv initiiert hat oder auch nur bemerkt. Hierfür kann bereits das Besuchen einer entsprechend präparierten bzw. infizierten (oftmals im Übrigen seriösen) Internetseite oder das Öffnen einer E-Mail genügen. Möglich ist diese Art des Angriffs durch das Ausnutzen von Schwachstellen in Browser- und anderen Programmen (insbesondere Adobe Flash Player<sup>15</sup>). 2015 gingen Drive-By-Angriffe laut BSI von 1-2 % aller Internetseiten in Deutschland aus (wobei hierin auch Verweisungen auf andere Seiten, insbesondere durch Werbebanner, enthalten sind).<sup>16</sup>

#### 3. Schutzmöglichkeiten

Antivirenprogramme können bekannte Trojaner oder die in ihnen enthaltene Schadsoftware erkennen, bieten aufgrund der ständigen technischen Entwicklung aber keinen zuverlässigen Schutz. Von zentraler Bedeutung ist zudem vorsichtiges Verhalten des Computernutzers, indem z.B. Datei-Anhänge von unbekanntem E-Mail-Absendern nicht geöffnet werden. Firewalls bieten gegen das Einschleusen von Schadsoftware keinen Schutz. Sie fungieren – stark vereinfacht –

lediglich im Sinne eines Torwächters, der darüber entscheidet, welche auf dem Computer installierten Programme Internetzugriff erhalten und welche nicht.<sup>17</sup> Insofern kann eine restriktiv eingestellte Firewall unter Umständen verhindern, dass ein einmal installiertes Bot-Programm auf das Internet zugreift. Die Installation selbst kann sie jedoch nicht verhindern, da der Inhalt der transportierten Daten durch sie in aller Regel nicht geprüft wird.<sup>18</sup> Anderes mag gelten, wenn die Firewall mit einem Antiviren-Programm kombiniert wird, das alle eingehenden Daten untersucht. Den Schutz vermittelt dann jedoch in erster Linie dieses Programm, nicht hingegen die Firewall selbst. Gegen Drive-By-Downloads können allein eine restriktive Konfiguration des Internet-Browsers, die fortlaufende Software-Aktualisierung und der restriktive Umgang mit Scriptsprachen (z.B. JavaScript) schützen.<sup>19</sup>

### III. Rechtliche Würdigung

#### 1. Strafbarkeit nach § 202a StGB

Nach bislang wohl einhelliger Meinung soll die Installation eines Bot-Programms mittels Trojaners oder Drive-By-Downloads von 202a StGB erfasst sein.<sup>20</sup> Danach ist strafbar, „wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft“.

#### a) „Zugang zu Daten verschaffen“

Einen Zugang zu Daten verschafft sich, wer in eine Position gelangt, in der er auf sie zugreifen kann.<sup>21</sup> Auf den tatsächlichen Zugriff kommt es dagegen nach einhelliger Meinung nicht an, während dies nach der Gesetzesfassung bis 2007 umstritten war.<sup>22</sup> Mit der Änderung von 2007 wollte der Gesetzgeber das schlichte Hacking, also das Eindringen in fremde Netze, ohne dass auf Daten zugegriffen wird, anders als noch bei Einführung des § 202a StGB im Jahr 1986, wo dies ausdrücklich straflos bleiben sollte,<sup>23</sup> von § 202a StGB erfasst wissen.<sup>24</sup>

<sup>11</sup> Homer, *Odyssee*, 8. Gesang, 492-520.

<sup>12</sup> Eckert (Fn. 3), S. 73-77.

<sup>13</sup> Zum technisch identischen Verbreitungsweg von Computerviren Eckert (Fn. 3), S. 58-65.

<sup>14</sup> Bezüglich des gesamten folgenden Absatzes Eckert (Fn. 3), S. 159.

<sup>15</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Fn. 4), S. 29.

<sup>16</sup> Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Hrsg.), *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2015*, 2015, S. 32.

<sup>17</sup> Eingehend zur Technik von Firewalls Eckert (Fn. 3), S. 728-760.

<sup>18</sup> Eckert (Fn. 3), S. 757.

<sup>19</sup> Eckert (Fn. 3), S. 159.

<sup>20</sup> Buermeyer/Golla, *K&R* 2017, 14 (15); wohl auch Mavany, *ZRP* 2016, 221 (223); ders., *KriPoZ* 2016, 106 (109); siehe ferner die Erklärung der Bundesregierung, BT-Drs. 18/10182, S. 19.

<sup>21</sup> Hilgendorf (Fn. 2), § 202a Rn. 16; Kargl (Fn. 2), § 202a Rn. 12; Graf (Fn. 2), § 202a Rn. 56; Heger (Fn. 2), § 202a Rn. 5; Fischer (Fn. 2), § 202a Rn. 10; jeweils m.w.N.

<sup>22</sup> Siehe zu diesem Streit Graf (Fn. 2), § 202a Rn. 50-55 m.w.N.

<sup>23</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 28.

<sup>24</sup> So ausdrücklich die Entwurfsbegründung zu § 202a StGB n.F. von 2006, BT-Drs. 16/3565, S. 9.

b) „Zugangssicherung“

aa) Ausgangspunkt

Geht man davon aus, dass der Täter durch die Installation des Bot-Programms Zugriff auf den infizierten Computer und damit Zugang zu den dort gespeicherten Daten erlangt, hängt die Strafbarkeit davon ab, dass diese Daten „besonders gegen unberechtigten Zugang gesichert“ waren und der Täter diese Sicherung überwunden hat. Nach der Entwurfsbegründung von 1986 sollen „nicht alle Daten [...], sondern nur diejenigen, die ‚besonders gesichert‘ sind, d.h. solche, bei denen der Verfügungsberechtigte durch seine Sicherung sein Interesse an der ‚Geheimhaltung‘ dokumentiert“ hat, dem Tatbestand unterfallen.<sup>25</sup> Dementsprechend liegt eine besondere Zugangssicherung vor, wenn der Berechtigte Vorkehrungen getroffen hat, die objektiv geeignet und subjektiv dazu bestimmt sind, den Zugriff auf Daten zu verhindern oder zumindest nicht unerheblich zu erschweren, wobei sich in der Sicherung sein Interesse an der Geheimhaltung (als geschütztes Rechtsgut) manifestieren muss.<sup>26</sup> Die bloße Manifestation, etwa durch einen Hinweis, die Daten geheim halten zu wollen, genügt hingegen nicht.<sup>27</sup> Der Schutz vor unbefugtem Zugriff braucht indes nicht alleiniger Zweck der Maßnahme zu sein; allgemeine Sicherungen, die die Daten lediglich reflexartig vor unbefugtem Zugang schützen, wie etwa die abgeschlossene Wohnungstür, genügen jedoch nicht.<sup>28</sup> Zwar wird kein hoher Sicherungsgrad (schon gar keine Unüberwindbarkeit) gefordert, eine für jeden Interessierten ohne großen Aufwand überwindbare Sicherung erfüllt die Anforderungen aber nicht.<sup>29</sup> Aus dem Begriff der Sicherung ergibt sich, dass sie zum Tatzeitpunkt wirklich bestehen muss.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 29.

<sup>26</sup> *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), § 202a Rn. 14; ferner *Fischer* (Fn. 2), § 202a Rn. 8; *Kargl* (Fn. 2), § 202a Rn. 9; *Graf* (Fn. 2), § 202a Rn. 32; *Heger* (Fn. 2), § 202a Rn. 4; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 546; *Schultz*, DuD 2006, 778 (780).

<sup>27</sup> *Kargl* (Fn. 2), § 202a Rn. 9; *Hilgendorf* (Fn. 2), § 202a Rn. 29; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), Rn. 546; *Ernst*, NJW 2003, 3233 (3236); *Schmachtenberg*, DuD 1998, 7.

<sup>28</sup> *Fischer* (Fn. 2), § 202a Rn. 9; *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), § 202a Rn. 14; *Graf* (Fn. 2), § 202a Rn. 35; *Hilgendorf* (Fn. 2), § 202a Rn. 30; *Schmitz*, JA 1995, 478 (482); *Krutisch*, Strafbarkeit des unberechtigten Zugangs zu Computerdaten und -systemen, 2004, S. 111 f.

<sup>29</sup> *Fischer* (Fn. 2), § 202a Rn. 9; *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), § 202a Rn. 14; *Kargl* (Fn. 2), § 202a Rn. 9; *Graf* (Fn. 2), § 202a Rn. 32; *Hilgendorf* (Fn. 2), § 202a Rn. 32; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), Rn. 550; *Eisele* (Fn. 2 – Computer- und Medienstrafrecht), § 6 Rn. 17; *Hilgendorf*, JuS 1996, 702; *Schmachtenberg*, DuD 1998, 7. Dagegen stellt *Schultz* (DuD 2006, 778 [780]) maßgebend darauf ab, ob „der Berechtigte den Zugang zu seinen Daten dergestalt behindert, dass für den Verkehr objektiv ersichtlich ist, dass ein regulärer Zugriff vom Willen des Berechtigten abhängig sein soll“, und überbetont damit die Manifestation des entgegenstehenden Willens; der Sicherung kommt nach dieser Sichtweise

bb) Erforderliche Schutzrichtung der „Zugangssicherung“

Bislang nicht geklärt ist indes die Frage, ob lediglich irgendeine das Geheimhaltungsinteresse manifestierende Sicherung bestehen oder ob sich diese gegen die spezifische Angriffsart richten muss. Auf den ersten Blick mag erstere Deutungsweise naheliegen, da eine Sicherung gegen sämtliche Angriffsarten schlicht unmöglich ist. Dann könnte etwa der Einsatz einer Firewall eine besondere Zugangssicherung sein, obwohl sie keinen Schutz gegen die Installation eines Bot-Programms bietet. Lässt man indes auch solche Schutzmaßnahmen genügen, die zwar in gewisser Weise Schutz bieten, den konkreten Angriff aber überhaupt nicht abwehren können, reduziert man die Zugangssicherung auf einen bloß symbolischen Akt, der nach einhelliger Meinung jedoch gerade nicht genügt. Plausibler ist es daher zu fordern, dass die Zugangssicherung die Daten gerade vor Angriffen wie dem konkret vorgenommenen schützen soll.<sup>31</sup>

Der Einsatz von Firewalls stellt demnach grundsätzlich keine Zugangssicherung i.S.d. § 202a StGB dar.<sup>32</sup> Da das Risiko der Infektion durch Drive-By-Downloads lediglich durch individuelle Vorsichtsmaßnahmen verringert werden kann (oben II. 3.), handelt es sich bei einer Infektion auf diesem Weg nicht um die Überwindung einer Zugangssicherung im Sinne des § 202a StGB.<sup>33</sup> Dient ein Antiviren-Programm auch dem Schutz vor Trojanern und der Installation von Bots, handelt es sich dagegen hiernach um eine Zugangssicherung.<sup>34</sup>

cc) Das „Besondere“ der „Zugangssicherung“

§ 202a StGB lässt jedoch nicht jede, sondern allein eine besondere Zugangssicherung zur Begründung der Strafbarkeit genügen. Die Bedeutung dieses Merkmals wurde in der Literatur bislang indes kaum erörtert. Nach *Hilgendorf/Valerius* verdeutlicht das Merkmal lediglich, dass die Sicherheitsvor-

gerade keine Sicherungs-, sondern lediglich eine Symbolfunktion zu.

<sup>30</sup> *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), § 202a Rn. 8; *Graf* (Fn. 2), § 202a Rn. 32; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 2), § 29 Rn. 102; v. *Gravenreuth*, NSTz 1989, 201 (206).

<sup>31</sup> So wohl auch *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), § 202a Rn. 14; *Dietrich*, Das Erfordernis der besonderen Sicherung im StGB am Beispiel des Ausspäehens von Daten, § 202a StGB, 2009, S. 384.

<sup>32</sup> So (ohne Begründung) auch BGH NSTz 2016, 339 (340).

<sup>33</sup> A.A. *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (15), die ohne weitere Begründung (entgegen dem oben Gesagten) davon ausgehen, dass es sich bei der Ausnutzung von Sicherheitslücken um die Überwindung einer Zugangssicherung handle. Das kann aber allenfalls in Bezug auf Sicherheitslücken in z.B. Virenschutzprogrammen, nicht aber bezüglich Internetbrowsern gelten.

<sup>34</sup> Lediglich erwähnt sei in diesem Zusammenhang, dass auf (inzwischen weit verbreiteten) Apple-Computern in der Regel überhaupt keine Antiviren-Programme installiert sind, dort also häufig schon deshalb keine Zugangssicherung vorliegen wird.

kehrung geeignet sein muss, „den Zugriff Unbefugter auszuschließen oder zumindest erheblich zu erschweren.“<sup>35</sup> Nach *Jessen* soll eine besondere Sicherung vorliegen, wenn „ein Außenstehender dem Rechtsgutsträger bestätigt, sorgfältig gehandelt zu haben“. Hierfür müssten die Maßnahmen „nicht dem neuesten Stand der Technik entsprechen“, sondern „nach objektiven und für alle gleichermaßen geltenden Maßstäben sorgfältig ausgesucht, installiert und betrieben werden.“<sup>36</sup> Gegen beide Ansätze spricht indes, dass nach ihrer Lesart das Wort „besonders“ keine eigenständige Bedeutung hat, sondern in der Zugangssicherung aufgeht. Denn eine Sicherung, die Unbefugte nicht ausschließt oder ihren Zugriff erschwert, also auch nicht sorgfältig ausgewählt wurde, ist bereits keine Sicherung, sondern allenfalls der Versuch einer Sicherung. Die Art der Sicherung entscheidet deshalb nicht darüber, ob es sich um eine besondere, sondern darüber, ob es sich überhaupt um eine Sicherung handelt.

Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend handelt es sich bei einer besonderen Zugangssicherung um ein „Mehr“ gegenüber einer allgemeinen, d.h. der Datenverfügungsberechtigte muss einen höheren als den „normalen“ Schutz herstellen. Das korrespondiert mit dem Erfordernis, dass die Zugangssicherung das Geheimhaltungsinteresse des Verfügungsberechtigten manifestieren muss. Nur wenn das Schutzniveau erhöht wird (sei es durch erstmalige Einrichtung einer Zugangssicherung oder Verbesserung einer vorhandenen), kann eine solche Manifestation und damit eine besondere Zugangssicherung angenommen werden.

Daraus folgt für den Schutz vor Bot-Programmen durch Virens Scanner ein Problem: Regelmäßig ist auf neu gekauften Computern bereits ein solches Programm vorinstalliert, d.h. der Nutzer muss nichts unternehmen, um eine Zugangssicherung im Sinne des § 202a StGB einzurichten, manifestiert seinen Geheimhaltungswillen also gerade nicht. Es handelt sich deshalb in der Regel nicht um eine besondere Zugangssicherung, und § 202a StGB ist deshalb, folgt man der hiesigen Norminterpretation, in diesen Fällen nicht erfüllt. Anderes gilt in der Regel nur, wenn er das Programm selbst installiert, beim erstmaligen Einschalten gefragt wird, ob er das Programm verwenden will oder er (z.B. nach Ablauf einer Testversion) aktiv tätig wird, um den Schutz zu verlängern. Kauft der Nutzer hingegen einen Computer ohne Virenschutz und installiert das (unter Umständen identische) Antiviren-Programm selbst, liegt eine besondere Zugangssicherung dagegen unproblematisch vor. Ein Antiviren-Programm ist somit nur dann eine besondere Zugangssicherung, wenn der Nutzer aktiv dafür gesorgt hat, dass es auf dem Computer läuft. Dennoch kann eine besondere Zugangssicherung auch dann vorliegen, wenn der Nutzer einen werkseitig mit einem (u.U. besonders guten) Antiviren-Programm ausgestatteten Computer gekauft hat, zu dessen Aktivierung er nicht weiter tätig werden muss. Hat er das Gerät nämlich gerade wegen des Programms gekauft, ist bereits in dem Kauf die Manifestation des Geheimhaltungswillens bezüglich der später gespeicherten Daten zu erblicken. Hat er den Computer dagegen ohne Rücksicht auf das vorinstallierte Programm gekauft, handelt es sich bei diesem nicht um eine besondere Zugangssicherung. Hiergegen mag man einwenden, dass es widersprüchlich sei, dasselbe Computerprogramm je nach der Vorstellung des Nutzers einmal als besondere Zugangssicherung anzusehen und einmal nicht. Dies ist jedoch kein Einwand gegen die hier entwickelte Ansicht, sondern ein grundsätzlicherer gegen das dem Gesetz zugrundeliegende und von der herrschenden Meinung konsentiertere Begriffsverständnis der besonderen Zugangssicherung, nach dem die Manifestation des (subjektiven) Geheimhaltungswillens erforderlich ist.

tion des Geheimhaltungswillens bezüglich der später gespeicherten Daten zu erblicken. Hat er den Computer dagegen ohne Rücksicht auf das vorinstallierte Programm gekauft, handelt es sich bei diesem nicht um eine besondere Zugangssicherung. Hiergegen mag man einwenden, dass es widersprüchlich sei, dasselbe Computerprogramm je nach der Vorstellung des Nutzers einmal als besondere Zugangssicherung anzusehen und einmal nicht. Dies ist jedoch kein Einwand gegen die hier entwickelte Ansicht, sondern ein grundsätzlicherer gegen das dem Gesetz zugrundeliegende und von der herrschenden Meinung konsentiertere Begriffsverständnis der besonderen Zugangssicherung, nach dem die Manifestation des (subjektiven) Geheimhaltungswillens erforderlich ist.

#### dd) Rechtspraktische Probleme

Aus diesem Erfordernis der „besonderen Zugangssicherung“ ergibt sich, dass im Strafverfahren festzustellen ist, wie ein Antiviren-Programm auf dem Computer installiert oder mit welcher Intention ein werkseitig geschützter Computer gekauft wurde, wobei eine große Zahl von Nutzern dies nach Jahren des Gebrauchs vermutlich selbst nicht mehr rekonstruieren und wiedergeben kann. Lässt sich die Frage nicht aufklären, ist in dubio pro reo davon auszugehen, dass die Software bereits vorinstalliert war und der Nutzer den Computer nicht gerade wegen der Software gekauft hat. Aber selbst wenn man nicht dem hier vertretenen Verständnis der besonderen Zugangssicherung folgen will, dürfte es regelmäßig ganz erhebliche Probleme bereiten festzustellen, ob der Virenschutz zur Zeit der Infektion überhaupt aktiv war oder (etwa infolge manuellen Ausschaltens oder eines Programmfehlers) nicht.<sup>37</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass das Einschleusen von Bot-Programmen auf fremde Computer aus verschiedenen Gründen häufig nicht § 202a StGB unterfällt. Selbst wenn dies jedoch der Fall ist, stellt der Tatbestand Gerichte vor schwierige Beweisprobleme, sodass im Ergebnis ein Großteil von Taten nach dieser Vorschrift straflos bleibt.

#### 2. Strafbarkeit nach § 303a StGB

Denkbar ist jedoch eine Strafbarkeit nach § 303a StGB, wonach sich strafbar macht, „wer rechtswidrig Daten (§ 202a Abs. 2) löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert“. Die Vorschrift soll nach der Entwurfsbegründung<sup>38</sup> und ganz herrschender Auffassung<sup>39</sup> als Daten dargestellte Infor-

<sup>35</sup> *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), Rn. 550.

<sup>36</sup> *Jessen*, Zugangsberechtigung und besondere Sicherung im Sinne von § 202a StGB, 1994, S. 120; so auch *Krutisch* (Fn. 28), S. 109 f.

<sup>37</sup> Fehlende entsprechende Feststellungen bemängelt BGH NStZ 2016, 339 (340).

<sup>38</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 34.

<sup>39</sup> *Stree/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 303a Rn. 1; *Wieck-Noodt*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 303a Rn. 2; *Heger* (Fn. 2), § 303a Rn. 1; *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 303a Rn. 3; *Fischer* (Fn. 2), § 303a Rn. 2; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonde-

mationen gegen die Beeinträchtigung oder Beseitigung ihrer Verwendbarkeit und damit das Interesse des Berechtigten an der unversehrten Verwendbarkeit der gespeicherten Daten schützen. Davon ausgehend werden Daten verändert, wenn ihr Informationsgehalt umgestaltet wird und hierdurch die ursprüngliche Funktion und damit wiederum der ursprüngliche Verwendungszweck beeinträchtigt wird;<sup>40</sup> ob die Veränderung zu einer Verbesserung führt, soll dabei irrelevant sein.<sup>41</sup> Wird das Bot-Programm auf den Computer geschleust, werden hierdurch in der Regel Daten verändert, wird z.B. die Startroutine dahingehend geändert, dass das Bot-Programm bei jedem Start ausgeführt wird. Die unbemerkte Installation eines Bot-Programms realisiert daher in der Regel § 303a StGB.<sup>42</sup>

#### IV. Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

Nachdem also feststeht, dass das Einschleusen von Bot-Programmen in der Regel zwar nicht § 202a StGB unterfällt, jedoch nach § 303a StGB strafbar ist, stellt sich die Frage, ob gleichwohl gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Während dies nach Auffassung des Bundesrats der Fall ist,<sup>43</sup> verneint die Bundesregierung dies. So „bestehen nach Ansicht der Bundesregierung dabei jedenfalls keine gravierenden Strafbarkeitslücken. Nahezu sämtliche Aktivitäten beim Aufbau [...] eines Botnetzes unterfallen bereits nach geltendem Recht Straftatbeständen des Strafgesetzbuches. [...] Der Aufbau eines Botnetzes mit Hilfe von Schadprogrammen ist in aller Regel als Ausspähen von Daten (§ 202a StGB) strafbar. Soweit die Schadsoftware Daten verändert, liegt der

rer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 369; *Eisele* (Fn. 2 – BT I), Rn. 501; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), Rn. 587; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 44; BayObLG JR 1994, 476; *Hilgendorf*, JR 1994, 478; a.A. *Haft*, NStZ 1987, 10: Vermögen in seiner spezialisierten Ausprägung in Daten.

<sup>40</sup> *Stree/Hecker* (Fn. 39), § 303a Rn. 8; *Wieck-Noodt* (Fn. 39), § 303a Rn. 15; *Zaczyk* (Fn. 39), § 303a Rn. 10; *Fischer* (Fn. 2), § 303a Rn. 12; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 303a Rn. 11; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 39), § 12 Rn. 49; *Eisele* (Fn. 2 – BT I), Rn. 506; *Wolff*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 303a Rn. 27; *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), Rn. 594.

<sup>41</sup> *Stree/Hecker* (Fn. 39), § 303a Rn. 8; *Wieck-Noodt* (Fn. 39), § 303a Rn. 15; *Zaczyk* (Fn. 39), § 303a Rn. 10; *Fischer* (Fn. 2), § 303a Rn. 12; *Hoyer* (Fn. 40), § 303a Rn. 11; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Fn. 39), § 12 Rn. 49; *Wolff* (Fn. 40), § 303a Rn. 28.

<sup>42</sup> So auch *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (15); *Mavany*, KriPoZ 2016, 106 (109). Insofern liegt der Sachverhalt bei *Hilgendorf/Valerius* (Fn. 26), Rn. 597, anders, da diese von einem Programm ausgehen, dass mit dem Trojaner gemeinsam auf Veranlassung des Nutzers gestartet wird. Dann liegt tatsächlich keine Datenveränderung vor. In der Regel wird die Schadsoftware indes selbsttätig gestartet.

<sup>43</sup> BR-Drs. 338/16.

Straftatbestand der Datenveränderung (§ 303a StGB) vor.“<sup>44</sup>

Während nach dem oben Gesagten eine Bestrafung nach § 202a StGB in der Regel nicht erfolgen kann, ist der Bundesregierung zuzustimmen, dass eine Strafbarkeit nach § 303a StGB in der Regel vorliegen wird. Das Postulat eines gesetzgeberischen Handlungsbedarfs muss sich daher zwei naheliegenden Einwänden stellen.

#### 1. Einwand vorrangig prozessualer und praktischer Probleme

Erstens lässt eine materiell-rechtliche Lösung (also die Schaffung eines neuen Straftatbestands) ein erhebliches Problem ungelöst. Denn eine Strafverfolgung ist in der Praxis regelmäßig überhaupt nicht oder nur mit größten Schwierigkeiten möglich. Das liegt zum einen an den von Tätern eingesetzten Verschleierungstaktiken und -techniken (z.B. durch Nutzung fremder Internetzugänge, Einsatz von Proxy-Servern, Datenverschlüsselung<sup>45</sup>) und daran, dass es praktisch niemals zu direkten Kontakten zwischen Tätern und Opfern kommt.<sup>46</sup> Zum anderen erweist sich die Verfolgung der Täter jedoch selbst dann häufig als kaum oder gar nicht durchführbar, wenn eine Identifizierung möglich ist, weil diese nicht selten aus dem (außereuropäischen) Ausland operieren, der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden also neben praktischen auch rechtliche Hürden gesetzt sind. Doch darf die materiell-rechtliche Frage der Strafbarkeit einer Handlung nicht mit der formell-rechtlichen ihrer Verfolgbarkeit vermengt werden, zumal die Entdeckung der Täter nicht stets ausgeschlossen ist – wie der jüngst vom BGH entschiedene Fall zeigt.<sup>47</sup> Praktische Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung stellen damit kein taugliches Argument gegen die Forderung einer materiell-rechtlichen Änderung dar.

#### 2. Einwand symbolischer Strafrechtspolitik

Der zweite (gewichtigere) Einwand ist indes der naheliegende, die Forderung nach einem neuen Straftatbestand habe rein symbolischen Charakter. Der Begriff des symbolischen Strafrechts bezeichnet – so *Roxin* – „Strafvorschriften [...], die nicht in erster Linie konkrete Schutzwirkungen entfalten, sondern die durch Bekenntnis zu bestimmten Werten oder Perhorreszierung für schädlich erachteter Haltungen der Selbstdarstellung politischer oder Weltanschaulicher Gruppen dienen sollen.“<sup>48</sup> Die Legitimität einer Strafvorschrift hängt danach „davon ab, ob eine Vorschrift [...] auch zum realen Schutz eines friedlichen Zusammenlebens nötig ist.“<sup>49</sup>

Der Einwand rein symbolischen Strafrechts kann indes nur verfangen, wenn das Unrecht der Tat in dem verwirklich-

<sup>44</sup> Erklärung der Bundesregierung zum Entwurf des Bundesrats, BT-Drs. 18/10182, S. 19.

<sup>45</sup> Hierzu m.w.N. *Dalby*, Grundlagen der Strafverfolgung im Internet und in der Cloud, 2016, S. 234-238; ferner *Sieber*, Gutachten C zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, C 35-39.

<sup>46</sup> *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (16).

<sup>47</sup> BGH NStZ 2016, 339.

<sup>48</sup> *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 37.

<sup>49</sup> *Roxin* (Fn. 48), § 2 Rn. 39.

ten Straftatbestand bereits ausreichend zum Ausdruck kommt, es zum Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts also keines neuen Straftatbestands bedarf. Nicht ausreichen kann dagegen der schlichte Verweis darauf, dass die Handlung bereits irgendeinen Straftatbestand erfüllt. Es ist also zunächst zu fragen, ob der Unrechtsgehalt des Einschleusens eines Bot-Programms in der Strafbarkeit nach § 303a StGB hinreichend zum Ausdruck kommt. Hierbei sind vor allem die unterschiedlichen Schutzgüter der §§ 202a ff. StGB und des § 303a StGB zu beachten: Während das geschützte Rechtsgut der §§ 202a ff. StGB nach herrschender Meinung das formelle Datengeheimnis, d.h. die Verfügungsbefugnis des Berechtigten ist,<sup>50</sup> schützt § 303a StGB nach herrschender Meinung das Interesse an der unversehrten Verwendbarkeit von Daten.<sup>51</sup> § 303a StGB umfasst also lediglich das durch die „Sachbeschädigung an Daten“ verwirklichte Unrecht.

Hierin erschöpft sich das Unrecht des Aufbaus von Botnetzen jedoch nicht. Neben dem Schutzgut des § 303a StGB wird durch die Tat vielmehr auch dasjenige der §§ 202a ff. StGB – d.h. das formelle Datengeheimnis – verletzt, wobei letzteres nach geltendem Recht jedoch unberücksichtigt bleibt. Unberücksichtigt bleiben zudem die Beeinträchtigung der Sicherheit des Internetverkehrs durch die Möglichkeit (bzw. in der Regel die Absicht) des Einsatzes dieser Programme zu äußerst sozialschädlichem (bis hin zu möglicherweise terroristischem) Verhalten und die damit verbundene hinter dem Einsatz von Bot-Programmen stehende erhebliche kriminelle Energie. All dies wird durch das geltende Recht nicht erfasst – daher besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Insofern wäre die Schaffung einer neuen Strafvorschrift zwar auch symbolisch – wie auch jede andere Strafvorschrift in ihrer positiv-generalpräventiven Funktion Symbolcharakter hat<sup>52</sup> –, jedoch nicht nur symbolisch.<sup>53</sup>

## V. Ausblick

Die Installation von Bot-Programmen auf fremden Computern unterfällt in der Regel lediglich § 303a StGB. Eine Strafbarkeit nach § 202a StGB scheidet dagegen in der Regel am Fehlen einer besonderen Zugangssicherung. Da § 303a StGB dem Unrechtsgehalt und den mit der Errichtung von Botnet-

zen einhergehenden Gefahren nicht gerecht wird, besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Obgleich Gegenstand dieses Beitrags die Bestandsaufnahme und nicht die Ausarbeitung eines Gesetzesvorschlags sein soll, sei abschließend im Folgenden in aller Kürze eine Lösungsmöglichkeit skizziert. Der Vorschlag des Bundesrats zur Schaffung eines neuen § 202e StGB<sup>54</sup> erscheint zur Lösung des aufgezeigten Problems nicht sinnvoll. Zwar würde die Installation eines Bot-Programms auf einem fremdem Rechner dem Tatbestand unterfallen, doch ist der Wortlaut des Gesetzesvorschlags derart weit, dass er zu einer extremen Ausdehnung der Strafbarkeit auch auf ganz offensichtlich nicht strafwürdige Fälle führen würde.<sup>55</sup> Sinnvoll ist es dagegen, den Vorschlag von *Buermeyer/Golla* aufzugreifen, wonach bestraft werden soll, „wer eine Straftat vorbereitet, indem er Programmcode auf ein informationstechnisches System ohne Einwilligung des Berechtigten in der Absicht aufbringt, diesen ausführen zu lassen.“<sup>56</sup> Dabei sollte der Strafrahmen indes nicht – wie dort gefordert – dem des § 202c StGB (bis zu zwei Jahre Freiheitsstrafe) entsprechen, sondern höher sein, da das Aufbringen des Programmcodes bereits erheblich in die Sphäre des Computernutzers eingreift und einen solchen Eingriff nicht (wie § 202c StGB) bloß vorbereitet. Insofern bietet sich eher die Orientierung an § 202a StGB (bis zu drei Jahre Freiheitsstrafe) an.

<sup>54</sup> BR-Drs. 338/16 – Anlage, S. 2.

„§ 202e – Unbefugte Benutzung informationstechnischer Systeme

(1) Wer unbefugt

1. sich oder einem Dritten den Zugang zu einem informationstechnischen System verschafft,

2. ein informationstechnisches System in Gebrauch nimmt oder

3. einen Datenverarbeitungsvorgang oder einen informationstechnischen Ablauf auf einem informationstechnischen System beeinflusst oder in Gang setzt, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Die Tat nach Satz 1 ist nur strafbar, wenn sie geeignet ist, berechnigte Interessen eines anderen zu beeinträchtigen.

(2) Mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer eine in Absatz 1 bezeichnete Handlung

1. gegen Entgelt oder

2. in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern oder einen Dritten zu schädigen,

begeht, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

[...]

(7) [...]“

<sup>55</sup> Instrukтив und mit absurden Beispielen *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (16 f.); ferner *Mavany*, ZRP 2016, 221 (223); kritisch zum Entwurf auch *Tassi*, DuD 2017, 175.

<sup>56</sup> *Buermeyer/Golla*, K&R 2017, 14 (18).

<sup>50</sup> Statt vieler etwa *Heger* (Fn. 2), § 202a Rn. 1, sowie § 202b Rn. 1; *Graf* (Fn. 2), § 202a Rn. 2, sowie § 202b Rn. 2; *Lenckner/Eisele* (Fn. 2), § 202a Rn. 1, sowie § 202b Rn. 1; *Kargl* (Fn. 2), § 202a Rn. 3, sowie § 202b Rn. 3; jeweils m.w.N. In Bezug auf § 202d StGB kritisch *Stam*, StV 2017, 488 (489), m.w.N. (nicht formelles Datengeheimnis, sondern gespeicherte Information).

<sup>51</sup> *Heger* (Fn. 2), § 303a Rn. 1; *Wieck-Noodt* (Fn. 39), § 303a Rn. 2; *Stree/Hecker* (Fn. 39), § 303a Rn. 1; *Zaczyk* (Fn. 2), § 303a Rn. 2; jeweils m.w.N.

<sup>52</sup> *Roxin* (Fn. 48), § 2 Rn. 37.

<sup>53</sup> *Hassemer*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 1001 (1011), unterscheidet insofern überzeugend zwischen (nur) symbolischem und „kommunikativem“ Strafrecht.

# Erneute Novellierung des italienischen Steuerstrafrechts – zwischen Effektivierung und Depotenzierung?

Von Rechtsanwalt Dr. Markus Rübenthal, Mag. iur., Frankfurt am Main

*Der italienische Gesetzgeber hat das Steuerstrafrecht mit Wirkung vom 22.10.2015 erneut – nach der hier (ZIS 2013, 10) ausführlich beschriebenen Reform von 2011 – weitreichend novelliert. Anders als mit dem Reformvorhaben von 2011, welches insgesamt im Zeichen der Verschärfung des Steuerstrafrechts stand, setzte die Reform von 2015 uneinheitliche Akzente. Während seine Vorschriften zum einen besonders strafwürdiges Steuerunrecht in verschärfter Weise strafrechtlich ahnden, offenbaren andere Änderungsvorschriften des Artikelgesetzes eine entkriminalisierende Tendenz. Es handelt sich im Wesentlichen um den Versuch, der durch die Wirtschaftskrise ab 2008 hart getroffenen italienischen Wirtschaft und den italienischen Bürgern entgegenzukommen. Nach der Auffassung des Gesetzgebers soll nicht jedes (gegebenenfalls aus wirtschaftlicher Not erfolgte) Steuerunrecht, insbesondere solches unterhalb einer gewissen wirtschaftlichen Relevanzschwelle, strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.<sup>1</sup>*

## I. Zu den wesentlichen Änderungen des italienischen Steuerstrafrechts im Legislativdekret Nr. 74/2000 zum 22.10.2015 gegenüber der vorherigen Fassung von 2011

### 1. Allgemeiner Teil und Definitionen und Vorschriften des Allgemeinen Teils

Die Reform durch das „decreto legislativo“ (d. lgs. bzw. Legislativdekret) Nr. 158 vom 24.9.2015 (Legislativdekret Nr. 158/2015), in Kraft getreten am 22.10.2015, hat den allgemeinen Teil des Steuerstrafgesetzes (Legislativdekret Nr. 74/2000; hier „Dekret“ oder „Steuerstrafgesetz“) im Wesentlichen intakt gelassen.<sup>2</sup> Jedoch kam es zu einigen Änderungen und Ergänzungen der Legaldefinitionen des Steuerstrafrechts in Art. 1 Legislativdekret Nr. 74/2000.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Zur Intention des Gesetzgebers und den allgemeinen Wesenszügen der Reform siehe *Compagnone*, in: Borrelli/Capolupo/Compagnone/Vinciguerra, *La revisione del sistema penale tributario*, 2016, S. 24 ff., 28 ff.; *De Mita*, in: Giarda/Perini/Varraso (Hrsg.), *La nuova giustizia penale tributaria*, 2016, S. 177 ff.; *Giarda*, in: Giarda/Perini/Varraso (Hrsg.), *La nuova giustizia penale tributaria*, 2016, S. 181 ff.; knapp *Nocerino/Putinati*, in: *Nocerino/Putinati* (Hrsg.), *La riforma dei reati tributari*, 2015, S. XVIII.

<sup>2</sup> *Perini*, in: Giarda/Perini/Varraso (Fn. 1), S. 186; das vorgenannte Legislativdekret der italienischen Regierung beruht auf der Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 8 (Ermächtigungs-) Gesetz Nr. 23 vom 11.3.2014, indem das Parlament den Rahmen der Reform vorgegeben hatte.

<sup>3</sup> Art. ohne weitere Angaben sind in der Folge solche des italienischen Steuerstrafgesetzes Legislativdekret Nr. 74/2000; die Vorschriften des Legislativdekrets Nr. 158/2015, durch die die Änderungen herbeigeführt wurden, werden mangels praktischer Relevanz nicht aufgeführt.

### a) Definitionen, Art. 1

In Art. 1 lit. c des Dekrets hat der Gesetzgeber ergänzt, dass unter Steuererklärungen auch solche des Steuerentrichtungspflichtigen („sostituto d'imposta“)<sup>4</sup> zu verstehen sind, sofern dieser eine gesetzliche Erklärungspflicht hat. Dies wird in der Zusammenschau mit der gleichzeitig erfolgten Erweiterung der Unterlassungsstrafbarkeit gemäß Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> des Steuerstrafgesetzes auf diesen Personenkreis nachvollziehbar (s.u.). Andernfalls ginge diese neue Strafvorschrift auf Basis des bisherigen Begriffsverständnisses mangels geeignetem Täter und Tatobjekt ins Leere.<sup>5</sup>

Zudem ist die Definition des Art. 1 lit. f bzgl. der verkürzten Steuer („imposta evasa“) dahingehend ergänzt worden, dass als relevante Verkürzung im Sinne des Steuerstrafgesetzes keine anzusehen ist, die rein theoretischer Natur ist, weil sie nur eine Verringerung der Verluste oder eine Erhöhung der nutzbaren Verluste bewirkt. Bisher war strittig, ob die Erhöhung steuerlicher Verluste durch tatbestandliche Handlungen im Sinne des Dekrets den tatbestandlichen Erfolg einer Steuerverkürzung begründen kann. Nach neuem Rechtsstand dürfte dies auszuschließen sein.<sup>6</sup>

Weiter hat der Gesetzgeber die Einfügung eines klarstellenden neuen Art. 1 lit. g<sup>bis</sup> vorgesehen, wonach objektiv oder subjektiv simulierte bzw. vorgetäuschte Transaktionen – im Sinne des Steuerbetrugstatbestands gem. Art. 3 des Steuerstrafgesetzes<sup>7</sup> – definiert sind als scheinbare Transaktionen, die nicht solche im Sinne des Art. 10<sup>bis</sup> des Gesetzes Nr. 212/2000 sind. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit dem Willen verwirklicht werden, sie ganz oder teilweise nicht zu realisieren oder dass die Transaktionen sich auf fiktiv zwischengeschaltete Personen beziehen.

Schließlich hat die Regierung durch die Novelle im Rahmen des Art. 1 lit. g<sup>ter</sup> eine (neue) – sehr allgemein gehaltene – Legaldefinition des Begriffes betrügerische Mittel („mezzi fraudolenti“) im Sinne des Art. 3 des Steuerstrafgesetzes eingeführt. Unter betrügerischen Mitteln („mezzi fraudolenti“) hat man danach künstliche („artificioso“), aktive Verhaltensweisen sowie Unterlassungen, die unter Verstoß gegen eine spezifische Rechtspflicht zum Handeln erfolgen zu verstehen, wenn diese eine unzutreffende Darstellung der Realität verursachen.

### b) Sonstige allgemeine Vorschriften

Ersatzlos gestrichen durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 wurde die bisherige Vorschrift des Art. 7 des Steuerstrafge-

<sup>4</sup> Es handelt sich insbesondere um den Arbeitgeber als Entrichtungsschuldner des italienischen Äquivalents der Lohnsteuer („ritenuta“), vgl. *Perini* (Fn. 2), S. 187.

<sup>5</sup> *Corucci*, in: Giarda/Perini/Varraso (Fn. 1), S. 313 f.

<sup>6</sup> Corte di Cassazione, Urt. v. 6.11.2015 – 44644 = *Il Fisco* 2015, 4570; *Lunghini*, in: *Nocerino/Putinati* (Fn. 1), S. 18; *Perini* (Fn. 2), S. 187.

<sup>7</sup> *Perini* (Fn. 2), S. 188.

setzes. Die Vorschrift regelte bisher, dass Straftaten nach Art. 3 und 4 des Dekrets nur ausnahmsweise – und unter den beschriebenen Voraussetzungen – aufgrund von Schätzungs- und bilanziellen Bewertungsfehlern angenommen werden durften.

*aa) Einführung einer Spezialvorschrift zum Verfall bei Steuerstraftaten („confisca“), Art. 12<sup>bis</sup>*

In Gestalt eines neuen Art. 12<sup>bis</sup> Abs. 1 S. 1 wurde 2015 eine Spezialvorschrift zum Verfall („confisca“) in das Steuerstrafgesetz eingefügt. Diese ordnet zwingend den Verfall bei einer Verurteilung oder bei einer verfahrensbeendenden (Urteils-) Absprache<sup>8</sup> – die so genannte Anwendung der Strafe auf Antrag der Parteien (oder auch „patteggiamento“), Art. 444 ff. der italienischen Strafprozessordnung (Codice di Procedura Penale, „CPP“) – bezüglich einer Straftat des Dekrets bezüglich des aus oder für die Straftat erlangten Etwas an, sofern die Gegenstände nicht einer Person gehören, die an der Straftat nicht beteiligt ist. Bisher war der Verfall nur bei einer kontradiktorischen Verurteilung vorgesehen. Satz 2 sieht hilfsweise den Wertersatzverfall vor. Gemäß Art. 12<sup>bis</sup> Abs. 2 des Dekrets neuer Fassung kommt der Verfall – auch im Falle einer vorläufigen Vermögensbeschlagnahme („sequestro preventivo“, Art. 321 CPP) – nicht zur Anwendung, soweit der Steuerpflichtige sich verbindlich gegenüber der Finanzbehörde verpflichtet, die Steuerschuld zu begleichen. Erfüllt er diese Verpflichtung nicht, wird der Verfall hingegen angeordnet. Die Vorschrift wirft im Hinblick auf ihre geringe Präzision – was ist eine (wirksame) Verpflichtung, bis wann muss sie erfolgen etc. – zahlreiche Auslegungsfragen auf, die hier nicht vertieft werden können.<sup>9</sup> Letztlich hat der Verfall also wohl nur die Funktion, die Begleichung der Mehrsteuer (-schuld) – die nach steuerrechtlichen Vorschriften ohnehin vorgeschrieben ist – mit den Mitteln des strafrechtlichen Verfalls bzw. der Vermögensbeschlagnahme sicherzustellen.<sup>10</sup>

*bb) Einführung einer Vorschrift zur Strafbefreiung bei nachträglicher Zahlung der Steuerschuld aus Steuerstraftaten („Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario“), Art. 13*

In Gestalt des neuen Art. 13 – die ersetzte Vorgängervorschrift war eine bloße allgemeine Strafmilderungsnorm, die bzgl. der weniger schwerwiegenden Steuerstraftaten, insbesondere der einfachen Steuerhinterziehung (Art. 4), als zu wenig differenzierend bzw. privilegierend angesehen wurde<sup>11</sup>

– wurde im Herbst 2015 in Italien erstmals eine dauerhaft<sup>12</sup> geltende Strafbefreiungsvorschrift („Causa di non punibilità“), nach deutschem Verständnis wohl ein Strafaufhebungsgrund, für Verhaltensweisen der tätigen Reue im Zusammenhang mit Steuerstraftaten eingeführt.<sup>13</sup> Kern des hierzu erforderlichen Verhaltens ist die Bezahlung der Steuerschuld („pagamento del debito tributario“), wobei hierunter nicht nur die hinterzogene Steuer verstanden wird, sondern der Begriff auch Zinsen und die steuerverwaltungsrechtlichen Sanktionen (Strafsteuer) umfasst.<sup>14</sup>

Zunächst gilt der Strafaufhebungsgrund der Zahlung der Steuerschuld gemäß Art. 13 Abs. 1 des Steuerstrafgesetzes für die Straftatbestände der Art. 10<sup>bis</sup>, 10<sup>ter</sup> und 10<sup>quater</sup> Abs. 1, die der italienische Gesetzgeber offenbar als besonders wenig schwerwiegend ansieht.<sup>15</sup> Die strafbefreiende Wirkung bezüglich dieser Steuerstraftatbestände tritt – auch bei weit fortgeschrittenem Strafverfahren – noch ein, wenn die Steuerschuld (im oben definierten Sinn) durch vollständige Zahlung vor Eröffnung der Hauptverhandlung erster Instanz unter Nutzung verschiedener steuerschuldverfahrensrechtlicher Modalitäten<sup>16</sup> – auf die hier nicht näher eingegangen werden kann – vollständig beglichen wird.

Praktisch noch relevanter dürfte jedoch der Strafaufhebungsgrund des Art. 13 Abs. 2 werden, da er in der Praxis häufiger (straf-)verfolgte Tatbestände betrifft.<sup>17</sup> Danach sind die Straftaten gemäß Art. 4 und 5 des Dekrets – die vorsätzliche Abgabe einer unzutreffenden Steuererklärung (Art. 4) sowie die Unterlassung der Abgabe einer Steuererklärung (Art. 5) – nicht strafbar, wenn die Steuerschuld (einschließlich Strafsteuer und Zinsen) durch vollständige Zahlung erloschen ist. Die Tilgung kann mit strafbefreiender Wirkung bzgl. Art. 4 im Wege der steuerverfahrensrechtlich vorgesehenen tätigen Reue („ravvedimento operoso“<sup>18</sup>) erfolgen,<sup>19</sup> während die strafbefreiende Wirkung bzgl. Unterlassungstaten nach Art. 5 voraussetzt, dass die unterlassene Steuererklärung innerhalb des Abgabezeitraums für die zeitlich unmittelbar nachfolgende Steuererklärung nachgeholt wird.<sup>20</sup> Bzgl.

<sup>12</sup> Zur zeitweise (derzeit bis 31.7.2017) geltenden strafbefreienden Nacherklärung („Voluntary Disclosure“) eingehend Rübenthal, WiJ 2016, 239, und zusammenfassend ders., PStR 2017, 18.

<sup>13</sup> Ausf. Amadeo, in: Nocerino/Putinati (Fn. 1), S. 325 ff.; Giarda/Alloisio (Fn. 11), S. 440 ff. m.w.N.

<sup>14</sup> Giarda/Alloisio (Fn. 11), S. 444 f.

<sup>15</sup> Giarda/Alloisio (Fn. 11), 436-438.

<sup>16</sup> Zum gängigsten und vorteilhaftesten derselben, dem „ravvedimento operoso“, eingehend Rübenthal, WiJ 2017, 28.

<sup>17</sup> Giarda/Alloisio (Fn. 11), S. 449 ff.

<sup>18</sup> Dazu eingehend Rübenthal, WiJ 2017, 28 (34 ff.).

<sup>19</sup> Zu den Voraussetzungen und Modalitäten näher Rübenthal, WiJ 2017, 28 (29 ff.).

<sup>20</sup> Beispiel: Wenn die Steuerklärung 2015 gem. Art. 5 unterlassen – d.h. bis spätestens Ende 2016 vorsätzlich nicht abgegeben wurde – kann die strafbefreiende Wirkung des Art. 13 Abs. 2 nur erlangt werden, wenn die Erklärung 2015 bis Ende 2017 nachgeholt wird und die Steuerschuld durch Zahlung

<sup>8</sup> In Steuerstrafverfahren nach Mitteilung italienischer Kollegen besonders häufig.

<sup>9</sup> Finocchiaro, Diritto Penale Contemporaneo v. 14.12.2015; Delsignore, in: Nocerino/Putinati (Fn. 1), S. 315 ff.; Varraso, in: Giarda/Perini/Varraso (Fn. 1), S. 417-421 m.w.N.

<sup>10</sup> Im Einzelnen Varraso (Fn. 9), S. 417 ff., 420.

<sup>11</sup> Giarda/Alloisio, in: Giarda/Perini/Varraso (Fn. 1), S. 436-440 m.w.N.

der Unterlassungstat des Art. 5 kann – jedenfalls dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 zufolge – daher stets nur das Vorjahr strafbefreiend nacherklärt werden, nicht hingegen frühere Steuerjahre. Diese Privilegierung der einfachen Steuerhinterziehung durch aktives Tun (Art. 4) gegenüber dem Unterlassen (Art. 5) erscheint aus deutscher Perspektive nicht ohne Weiteres nachvollziehbar, könnte sich aber daraus erklären, dass Art. 5 (Unterlassene Steuererklärung) sowohl im Hinblick auf das Strafmaß – ein Jahr sechs Monate bis vier Jahre gegenüber ein bis drei Jahren Freiheitsstrafe – als auch auf die niedrigeren Strafbarkeitsschwellen – 50.000 EUR Steuerverkürzung statt 150.000 EUR – im novellierten italienischen Steuerstrafgesetz im Vergleich gegenüber Art. 4 klar als das schwerere Delikt ausgestaltet ist. Voraussetzung der strafbefreienden Wirkung im Hinblick auf beide Strafvorschriften ist, dass dem Täter vor Bewirkung der strafbefreienden Handlungen keine steuerlichen Prüfungen oder die Einleitung eines diesbezüglichen Steuerstrafverfahrens formgerecht – typischerweise durch Zustellung, Eröffnung und Belehrung o.ä. – bekannt gegeben wurden.<sup>21</sup> Zusätzlich sieht der wissenschaftliche Dienst des italienischen Kassationsgerichtshofs in seinem ersten Erläuterungsbericht vom 20.10.2015 offenbar eine freiwillige, spontane Korrektur im Vorfeld der o.g. Ermittlungen als erforderlich an,<sup>22</sup> obwohl sich dieses Erfordernis dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 2 nicht entnehmen lässt.<sup>23</sup> Vor diesem Hintergrund wird teilweise mit einer eher seltenen Anwendung in der Praxis gerechnet.<sup>24</sup> Es ist allerdings noch unklar, ob die Gerichte die zweifelhafte Restriktion des Anwendungsbereichs im o.g. Erläuterungsbericht nachvollziehen werden.

Die oben beschriebenen Strafaufhebungsgründe sind un- zweifelhaft nur auf die im Dekret ausdrücklich benannten Steuerstraftatbestände anwendbar, alle anderen Straftatbestände – insbesondere die schwerwiegenden der Art. 2 und 3 des Steuerstrafgesetzes – werden in ihrem Bestand durch tätige Reue entsprechend der Vorschriften des Art. 13 nicht tangiert.

---

zum Erlöschen gebracht wird. Eine Korrektur unzutreffender Steuererklärungen (Art. 4) ist hingegen auch für weiter zurückliegende Jahre nach Art. 13 Abs. 2 strafbefreiend möglich

<sup>21</sup> Hierzu *Rübenstahl*, WiJ 2017, 28 (31 f.); im Einzelnen Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 vom 20.10.2015,

<http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017); *Giarda/Alloisio* (Fn. 11), S. 447, 449.

<sup>22</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 vom 20.10.2015,

<http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017).

<sup>23</sup> *Giarda/Alloisio* (Fn. 11), S. 450, verweisen auf die Inkonsistenz eines solchen Erfordernisses für einen Strafaufhebungsgrund, das nur zu einem Rücktritt passen würde.

<sup>24</sup> *Amadeo* (Fn. 13), S. 327 f.

*cc) Einführung einer neuen Vorschrift zu Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen bei Steuerstraftaten* („*Circostanze del reato*“), Art. 13<sup>bis</sup>

Nach Art. 13<sup>bis</sup> Abs. 1 ist nunmehr vorgesehen, dass – sofern nicht gemäß Art. 13 Strafflosigkeit eintritt – die Strafen für (Steuer-)Straftaten nach dem Dekret auf bis zur Hälfte reduziert sowie die Nebenstrafen gemäß Art. 12 des Dekrets nicht angewendet werden, wenn vor Eröffnung der Hauptverhandlung erster Instanz die Steuerschulden einschließlich Strafsteuer und Zinsen durch vollständige Bezahlung zum Erlöschen gebracht werden, auch soweit dies in der Folge von speziellen (konsensualen) steuerverfahrensrechtlichen Verfahrensmodalitäten erfolgt. Eine entsprechende Vorschrift war bisher in Art. 13 Abs. 1 a.F. enthalten, diese sah jedoch nur eine Strafminderung um bis zu einem Drittel vor.<sup>25</sup>

Gemäß Art. 13<sup>bis</sup> Abs. 2 darf bezüglich der Straftaten des Steuerstrafgesetzes eine verfahrensbeendende Absprache gem. Art. 444 ff. CPP („*applicazione della pena sulla richiesta delle parti*“, d.h. Verhängung der Strafe auf einvernehmlichen Antrag der Parteien, bzw. „*patteggiamento*“) mit einer Strafminderung um bis zu einem Drittel nur beantragt und verhängt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 13<sup>bis</sup> Abs. 1 oder des „*ravvedimento operoso*“ vorliegen. Dies gilt nicht, wenn Straffreiheit bereits nach Art. 13 Abs. 1 oder Abs. 2 eintritt. D.h. ohne Begleichung der Steuerschuld ist keine Urteilsabsprache gem. Art. 444 ff. CPP möglich, die ihrerseits eine Strafminderung von bis zu einem Drittel vorsieht (Art. 444 Abs. 1 CPP).

Art. 13<sup>bis</sup> Abs. 3 sieht neuerdings für die Straftatbestände des II. Titels des Dekrets eine Straferhöhung der Einzelstrafe um die Hälfte vor, wenn die Straftat durch einen der Beteiligten in Ausübung einer steuerberaternden Tätigkeit als freiberuflicher Berater (z.B. Steuerberater oder Rechtsanwalt) oder als Finanz- oder Bankberater mittels der Erarbeitung oder mittels des Vertriebs von „*serienmäßigen Modellen*“ („*modelli seriali*“) zur Steuerhinterziehung begangen wurde. Hier soll die gewerbsmäßige professionelle Hilfeleistung von Beratern zur Begehung von Steuerstraftaten mittels „*Hinterziehungsmodellen*“ bzw. „*Gestaltungen*“ zu deutlich höheren Strafen führen. Der Kassationsgerichtshof hatte die vorgenannten Verhaltensweisen bereits nach dem alten Recht mehrfach als tatbestandlich und allgemein straferschwerend gekennzeichnet.<sup>26</sup> Unklar bleibt, ob tatbestandlich nur Berufsträger erfasst sind, die nach bestimmten gesetzlichen Vorschriften zum Auftritt bei der italienischen Finanzverwaltung zugelassen sind (Steuerberater) oder alle steuerlich beratenden Freiberufler (u.a. Rechtsanwälte). Auch im Hinblick auf die Frage, ob der Straferschwerungsgrund für alle Tatbeteiligten eingreift oder nur für den Berater, besteht aufgrund der wenig trennscharfen Formulierung Unsicherheit.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Giarda/Alloisio* (Fn. 11), S. 450.

<sup>26</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 vom 20.10.2015,

<http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017).

<sup>27</sup> *Giarda/Alloisio* (Fn. 11), S. 452 f.

dd) *Aufhebung des Strafausschlussgrundes der Übereinstimmung mit einer verbindlichen Auskunft („Adeguamento al parere del Comitato per l'applicazione delle norme antielusive“), Art. 16*

Bis zur Reform von 2015 enthielt Art. 16 eine Vorschrift, wonach ein Verhalten des Steuerpflichtigen, das sich nach verbindlichen Auskünften des italienischen Finanzministeriums oder des beratenden Komitees zur Anwendung der Normen gegen die Steuervermeidung (die einschlägigen Vorschriften wurden zitiert) richtet, auch dann objektiv nicht strafbar ist, wenn es an sich einen Straftatbestand des Steuerstrafgesetzes verwirklicht. Diese Vorschrift wurde mit Wirkung zum 22.10.2015 durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 ersatzlos gestrichen.

ee) *Behördliche Verwaltung der vorläufig beschlagnahmten Gegenstände („Custodia giudiziale dei beni sequestrati“), Art. 18<sup>bis</sup>*

Nach der zum 22.10.2015 neu eingeführten Vorschrift des Art. 18<sup>bis</sup> Abs. 1 können alle vorläufig sichergestellten Gegenstände aus Steuerstrafverfahren insbesondere im Sinne des Steuerstrafgesetzes, die nicht Geld oder Zahlungsansprüche sind, durch die Justiz der Finanzverwaltung zur Verwahrung im Auftrag des Gerichts und zur behördlichen Nutzung zur Verfügung gestellt werden, wenn die Finanzbehörde dies aufgrund operativer Erfordernisse beantragt.

## 2. Steuerstrafatbestände

An dieser Stelle soll auf die Straftatbestände des Dekrets nur eingegangen werden, soweit nach der Reform von 2011 relevante Änderungen erfolgt sind. Im Übrigen und ergänzend darf auf die vorhergehende Veröffentlichung des *Verfassers*<sup>28</sup> verwiesen werden.

Allgemein ist zur Reform von 2015 festzuhalten, dass die betrugsähnlichen Straftatbestände bzw. die Straftatbestände, die Betrugselemente enthalten (insbesondere die Straftatbestände des Steuerbetrugs, Art. 2 und 3), verschärft wurden, während der Anwendungsbereich der einfachen Hinterziehungstatbestände (insbesondere Art. 4 und teilweise Art. 5) auch eingeschränkt wurde.

a) *Betrügerische Steuererklärung mittels Verwendung von Scheinrechnungen oder anderer Urkunden über Scheingeschäfte („Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti“), Art. 2*

Art. 2 ist nach wie vor der am schwersten wiegende und am strengsten bestrafte Tatbestand des italienischen Steuerstrafgesetzes. Er blieb gegenüber der Fassung von 2011 nahezu unverändert.<sup>29</sup>

Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist allerdings durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 von – bisher – Jahressteuererklärungen auf alle Steuererklärungen betreffend Ertragsteuern („imposte dirette“: insbesondere IRPEF, IRES, IRAP) und die Mehrwertsteuer (IVA) erweitert worden. Dies

wurde dadurch bewirkt, dass das entsprechende einschränkende Tatbestandsmerkmal in Art. 2 Abs. 1 („jährliche“ Steuererklärungen) durch oben genannte Vorschrift gestrichen wurde; nunmehr ist nur noch von Steuererklärungen die Rede. Seit dem 22.10.2015 ist damit die Abgabe einer ansonsten die Tatbestandsmerkmale des Art. 2 erfüllenden falschen periodischen (typischerweise monatlichen) unterjährigen Mehrwertsteuererklärung – entsprechend der deutschen Umsatzsteuervoranmeldung – nach Art. 2 strafbar, während es sich bis dahin um strafrechtlich nicht relevantes Verhalten handelte.<sup>30</sup> Entsprechendes gilt für alle anderen Steuererklärungen, die keinen jährlichen Abgaberrhythmus haben. Insbesondere gilt die Strafvorschrift nunmehr für außerordentliche Steuererklärungen, die anlässlich von Umwandlungen (Rechtsformwechseln), Unternehmensfusionen, Unternehmensspaltungen, Liquidationen, Insolvenzen etc. nach italienischem Steuerverfahrensrecht umgehend fällig sind (Art. 5 und 5<sup>bis</sup> Präsidialdekret Nr. 322 vom 22.7.1998).<sup>31</sup>

b) *Steuerbetrug mit anderen Täuschungsmitteln („Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici“), Art. 3*

Völlig neu formuliert und auch besonders weitgehend inhaltlich geändert wurde durch die Reform von 2015 der Tatbestand des (sonstigen) Steuerbetrugs des Art. 3.<sup>32</sup> In der Literatur wird davon gesprochen, dass ein – in der Fassung von 2011 – eigenhändiges Delikt,<sup>33</sup> das ein dreiphasiges Verhalten des Täters<sup>34</sup> vorausgesetzt habe, nunmehr praktisch als (Quasi-)Jedermannsdelikt<sup>35</sup> ausgestaltet sei, das lediglich ein zweiphasiges Täterverhalten<sup>36</sup> voraussetze und daher deutlich leichter angewendet werden könne.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Corucci (Fn. 5), S. 191.

<sup>31</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 vom 20.10.2015, S. 11, <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017).

<sup>32</sup> Caraccioli, *Il fisco* 2015, 2936; Cavallini, *Diritto Penale Contemporaneo* v. 20.7.2015; zur bisherigen Fassung Rübenstahl, *ZIS* 2013, 10 (14).

<sup>33</sup> Statt aller Corte di Cassazione, Urt. v. 10.11.2011 – 46785; Urt. v. 18.10.2010 – 2156; Musco/Ardito, *Diritto penale tributario*, 2. Aufl. 2012, S. 141 m.w.N.

<sup>34</sup> Corte di Cassazione, Urt. v. 12.2.2002 – 13641; Lanzi/Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, 2014, S. 234 f. m.w.N.

<sup>35</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 v. 20.10.2015, S. 11 f.,

<http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017). Caraccioli, *Il fisco* 2015, 2936. Dies scheint jedoch der Sache nach eine zu weitgehende Aussage, da als (Mit-)Täter zumindest eine Person vorausgesetzt wird, die verpflichtet ist, eine Steuererklärung abzugeben, vgl. Perini (Fn. 2), S. 214.

<sup>36</sup> Putinati, in: Nocerino/Putinati (Fn. 1), S. 46; Perini (Fn. 2), S. 214.

<sup>37</sup> Perini (Fn. 2), S. 214.

<sup>28</sup> Rübenstahl, *ZIS* 2013, 10 (13 ff.).

<sup>29</sup> Dazu Rübenstahl, *ZIS* 2013, 10 (13 f.).

Die Reform führt bezüglich dieser Vorschrift teils zu einer Verschärfung, teils zu einer Milderung, jedenfalls aber zu einer – aus Sicht des Gesetzgebers wohl klareren – neuen Beschreibung des objektiv-tatbestandlichen Handelns.<sup>38</sup> Unverändert bleibt Art. 3 nur dann anwendbar, wenn nicht der – speziellere oder jedenfalls vorrangige – Tatbestand des Art. 2 verwirklicht ist (Subsidiaritätsklausel). Ebenfalls gleich bleibt der Strafraum von einem Jahr sechs Monaten bis zu sechs Jahren Freiheitsstrafe, sowie der subjektive Tatbestand, der eine Absicht des Täters zur Hinterziehung von Ertrags- oder Mehrwertsteuer voraussetzt.

Umfassend geändert wurde durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 der objektive Tatbestand des Art. 3: Danach ist grundsätzlich nach Art. 3 strafbar, wer in einer derjenigen Steuererklärungen,<sup>39</sup> die die Ertragsteuern (s.o.) oder die Mehrwertsteuer (s.o.) betreffen, Aktiva in einer geringeren Höhe als tatsächlich angefallen oder fiktive Passiva, fiktive Steuerguthaben oder fiktive Steuereinbehalte angibt, indem er zu diesem Zweck objektiv oder subjektiv simulierte Transaktionen ausführt oder sich falscher Urkunden oder anderer betrügerischer Mittel („mezzi fraudolenti“) bedient,<sup>40</sup> die geeignet sind, die – gemeint ist: zutreffende – Festsetzung der Steuer zu behindern und bei der Finanzverwaltung einen – diesbezüglichen, steuerlich relevanten – Irrtum zu verursachen.

Anders als nach dem bisherigen Normtext<sup>41</sup> ist eine Beinträchtigung der Buchführung – im Sinne von deren Verfälschung – durch die verwandten betrügerischen Mittel tatbestandlich nicht mehr erforderlich.<sup>42</sup> Durch die Abschaffung dieses Erfordernisses wurde auch der personelle Anwendungsbereich der Strafvorschrift erheblich ausgeweitet, da Art. 3 nunmehr auch auf Leiter oder Mitarbeiter von Unternehmen anwendbar ist, die keine gesetzliche Verpflichtung zur Buchführung trifft, was bisher angesichts des – nunmehr abgeschafften – Erfordernisses einer Auswirkung auf die Buchführung nötig war.<sup>43</sup>

Nicht völlig klar ist auch nach der Novellierung, ob mit dem Begriff der fiktiven Passiva („fittizi“) des Art. 3 – wie im Rahmen des Art. 4 nach dessen allerdings abweichenden Wortlaut – nicht existierende („inesistenti“) Passiva gemeint sind, oder ob der Begriff hier anders zu definieren ist.<sup>44</sup> Eine

erhebliche Innovation wird jedenfalls in der Einbeziehung der unberechtigten steuermindernden Geltendmachung von fiktiven Steuerguthaben und fiktiven Steuereinbehalten in den Straftatbestand gesehen. Der Gesetzgeber rückt damit von der im Jahr 2000 getroffenen Grundsatzentscheidung ab, nur die Manipulation der steuerlichen Bemessungsgrundlage unter Strafe zu stellen (wenn diese zu einer Steuerverkürzung führt). Durch die Neuregelung wird auch eine manipulative Berechnung der abzuführenden Steuer selbst – bei korrekter Angabe der Bemessungsgrundlage – unter Strafe gestellt, wenn der Steuerpflichtige bei der Berechnung der Steuer in der Steuererklärung fiktive Steuerguthaben geltend macht oder tatsächlich nicht entrichtete, fiktive Steuereinbehalte steuermindernd ansetzt.<sup>45</sup> Im Hinblick auf die Schwellenwerte (s.u.) wird angenommen, dass die Strafbarkeitsschwelle bzgl. der hinterzogenen Steuer nicht allein auf diesem Wege überschritten werden muss, sondern die Schwelle des erforderlichen Hinterziehungsbetrags auch durch eine Kumulation der Manipulation der Bemessungsgrundlage und der nachgelagerten Steuerberechnung überschritten werden kann.<sup>46</sup>

In Ergänzung zum bisherigen Normtext erfordert die Neufassung des Art. 3 nicht mehr nur, dass die tatbestandlichen Verhaltensweisen zur Erschwerung der korrekten Festsetzung der Steuer geeignet sind, sondern nunmehr auch, dass diese *zusätzlich* auch geeignet sind, einen Irrtum der Finanzverwaltung zu verursachen („[...] indurre in errore l'amministrazione finanziaria [...]“). Hiermit wird die Betrugsnähe des Tatbestands betont, sowie der Umstand, dass die betrügerischen Mittel im Sinne des Tatbestands eine genuine und inhärente Gefährlichkeit und Täuschungseignung aufweisen müssen, d.h. kleinere Unregelmäßigkeiten, Schummeleien, Ungenauigkeiten und unspezifische Behinderungen der Finanzverwaltung ausscheiden sollen.<sup>47</sup> Nach h.M. dürfte hingegen weiterhin insbesondere die täuschende Nutzung von Vorrats- bzw. Domizilgesellschaften den Erfordernissen des Tatbestands genügen.<sup>48</sup> Die Betonung des Erfordernisses der Täuschungseignung ergibt sich auch aus der Einfügung des Art. 1 lit. g<sup>ter</sup> durch die Novelle, der bei der Definition der „mezzi fraudolenti“ (betrügerische Mittel) darauf abstellt, dass es sich um ein Verhalten – Tun oder Unterlassen – unter Verletzung einer Rechtspflicht handelt, das zu einer falschen Darstellung der Realität führt.<sup>49</sup>

Die Verwendung des Gerundiums im Halbsatz bzgl. der benutzten falschen Urkunden, fingierten Transaktionen oder

<sup>38</sup> Perini (Fn. 2), S. 217.

<sup>39</sup> Im Hinblick auf die Ergänzung des Art. 1 lit. c sind auch hier Steuererklärungen des Abführungsschuldners (z.B. das italienische Äquivalent der Lohnsteuer) erfasst.

<sup>40</sup> Die Verwendung des Gerundiums im Halbsatz bzgl. der verwandten Täuschungsmittel, falschen Unterlagen bzw. fingierten Transaktionen zum Zweck der Täuschung bei Abgabe der (zu niedrige Beträge ausweisenden) Steuererklärung wird so interpretiert, dass die besagten Täuschungsmittel zeitlich vor der Abgabe der Steuererklärung existieren müssen.

<sup>41</sup> Musco/Ardito (Fn. 33), S. 141 m.w.N.

<sup>42</sup> Perini (Fn. 2), S. 217.

<sup>43</sup> Perini (Fn. 2), S. 215.

<sup>44</sup> Zweifelnd Lunghini (Fn. 6), S. 10; für Bedeutungsidentität Perini (Fn. 2), S. 224 f.

<sup>45</sup> Perini (Fn. 2), S. 226.

<sup>46</sup> Perini (Fn. 2), S. 228.

<sup>47</sup> Caraccioli, *Il fisco* 2015, 2936; Perini (Fn. 2), S. 238.

<sup>48</sup> Napoleoni, *I fondamentali del nuovo diritto penale tributario*, 2000, S. 112; Perini (Fn. 2), S. 255 m.w.N.

<sup>49</sup> Durch die Neuformulierung der Art. 3 und des Art. 1 lit. g<sup>ter</sup> soll die schon vorher bestehende einschränkende Interpretation gestärkt werden, die diese Mittel als (nur) solche Verhaltensweisen sieht, die auch final auf das Ziel der Täuschung der Finanzverwaltung ausgerichtet sind, vgl. früher schon Corte di Cassazione, Urt. v. 2.12.2014 – Nr. 50308; Lanzi/Aldovrandi (Fn. 34), S. 240; nunmehr Perini (Fn. 2), S. 239.

sonstigen betrügerischen Mittel zum Zweck der Täuschung bei Abgabe der (zu niedrige Beträge ausweisenden) Steuererklärung wird so interpretiert, dass die besagten Täuschungsmittel zeitlich vor der Abgabe der Steuererklärung existieren müssen, da sich der Täter sonst dieser Mittel nicht zum Zweck des Steuerbetrugs bei der Abgabe der Steuererklärung „bedienen“ („avvalersi“) kann. Dies bedeutet, dass an sich tatbestandliches Täuschungsverhalten im obigen Sinne, das erst nach Abgabe der fraglichen Steuererklärung realisiert wird, nicht gem. Art. 3 tatbestandsmäßig ist.<sup>50</sup> Dies entspricht trotz geänderten Wortlauts der bisherigen Rechtslage,<sup>51</sup> erscheint aber unter Wertungsgesichtspunkten äußerst zweifelhaft,<sup>52</sup> da z.B. komplexe Verfälschungen der Buchhaltungsunterlagen/-daten, die fünf Minuten nach Abgabe der Steuererklärung erfolgen, nicht mehr von Art. 3, sondern strafrechtlich nur durch den deutlich milderen Tatbestand des Art. 4 (s.u.) erfasst werden können, während sie unter Art. 3 fallen, wenn sie bis unmittelbar vor Abgabe der Steuererklärung vorgenommen wurden. Für diese Differenzierung zum Abgabzeitpunkt gibt es keinen erkennbaren sachlichen Grund, da die Überprüfung der Steuererklärung oder Prüfungen der Finanzverwaltung – deren Erfolg durch das Täuschungsverhalten gefährdet wird – mehrere Monate bis mehrere Jahre nach Abgabe der Erklärung erfolgen, d.h. nachträgliches manipulatives Verhalten, welches die falsche Steuererklärung zu plausibilisieren scheint, ist regelmäßig genauso täuschungsrelevant wie ein entsprechendes, der Steuerklärung vorhergehendes Verhalten. Ein solches, nach Art. 3 und dem Dekret insgesamt tatbestandsloses Verhalten dürfte jedoch unter andere Straftatbestände fallen.<sup>53</sup>

Die ebenfalls im Oktober 2015 neu eingeführten Art. 3 Abs. 2 und 3 sollen ersichtlich zur Verbesserung der Bestimmtheit des Tatbestands beitragen. Art. 3 Abs. 2 sieht vor, dass die Tat gem. Art. 3 Abs. 1 als unter Verwertung („avvalendosi“) falscher Urkunden begangen anzusehen ist, wenn diese falschen Urkunden als rechtlich verbindliche Buchhaltungsunterlagen registriert sind oder sie zum Zwecke des Beweises gegenüber der Finanzverwaltung aufbewahrt werden. Eine konkrete Benutzung im Festsetzungs- oder Prüfungsverfahren oder eine Vorlage der falschen Urkunden gegenüber den Finanzbehörden ist nicht erforderlich.

Weiter bestimmt Art. 3 Abs. 3, dass für die Zwecke der Anwendung des Straftatbestands des Art. 3 Abs. 1 betrügeri-

sche Mittel („mezzi fraudolenti“) nicht die bloße Verletzung der Pflicht zur korrekten Rechnungsstellung und zur zutreffenden buchhalterischen Erfassung der Aktiva bzw. die Auf- führung von Aktiva in Rechnungen oder sonstigen Buchhaltungsunterlagen sind, die niedriger sind als die tatsächlichen Aktiva. Art. 3 Abs. 3 wird als Tatbestandsausschlussgrund angesehen, da an sich tatbestandliche Verhaltensweisen durch explizite gesetzliche Anordnung aus dem Anwendungsbereich des Straftatbestands ausgenommen wurden.<sup>54</sup> Die Folge dieser Einschränkung des Art. 3 Abs. 1 ist primär, dass sichergestellt ist, dass die Abgabe unzutreffender Steuererklärungen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 3, sondern nur in den des milderen Art. 4 (s.u.) fällt, wenn darin „Schwarzeinnahmen“ nicht enthalten sind, die in den vom Steuerpflichtigen gestellten und verbuchten Rechnungen mit Täuschungsabsicht gar nicht oder nur teilweise erfasst werden (Unterfakturierung), obwohl bei einem solchen Vorgehen die Rechnungen und in der Konsequenz die Buchführung verfälscht werden und daher – ohne die gesetzgeberische Klarstellung – u.U. von der Verwendung betrügerischer Mittel ausgegangen werden könnte.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber möchte Verhaltensweisen, die ihrer Natur nach (eher) Unterlassungscharakter haben, nicht von der strengeren Vorschrift des Art. 3 erfasst sehen, die dazu dienen soll, vorgetäuschte Geschäftsvorfälle, die Nutzung gefälschter Urkunden sowie sonstige komplexere aktive Täuschungsbemühungen zu erfassen. Art. 3 Abs. 3 trägt der Besorgnis des Gesetzgebers Rechnung, dass die an sich diesbezüglich strengen Maßstäbe der Rspr. zur Auslegung des Begriffs der betrügerischen Mittel<sup>56</sup> aufgrund der Abschaffung des Erfordernisses der Verfälschung der Buchhaltung nunmehr zu weitgehend angewandt werden könnten.<sup>57</sup> Vor dem Hintergrund, dass Richtschnur der Auslegung der Rspr. stets die besondere Eignung des Verhaltens zur Herbeiführung eines Irrtums war, dürfte Art. 3 Abs. 3 eher klarstellenden Charakter haben.<sup>58</sup>

Anders als nach der bisherigen Formulierung des Art. 3 lässt die Neufassung nach ihrem Wortlaut grundsätzlich die Möglichkeit offen, dass eine verfälschte Buchhaltung (außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 3 Abs. 3, s.o.) für sich genommen als tatbestandliches betrügerisches Mittel angesehen werden könnte. Nach zutreffender Ansicht bildet diese jedoch lediglich vorgetäuschte Transaktionen ab bzw. zeich-

<sup>50</sup> *Putinati* (Fn. 36), S. 72; *Perini* (Fn. 2), S. 240.

<sup>51</sup> *Musco/Ardito* (Fn. 33), S. 155; *Lanzi/Aldovrandi* (Fn. 34), S. 235.

<sup>52</sup> *Perini*, Stichwort „reati tributari“ Dig. Disc. Pen. Agg. VI, 2013, S. 500 f., *Perini* (Fn. 2), S. 240 f.

<sup>53</sup> In Betracht kommen insb. die – sehr weitreichenden – Urkundenfälschungstatbestände des italienischen Strafgesetzbuchs („Codice Penale“, CP) und der Sondertatbestand des Art. 11 des Gesetzes Nr. 214 v. 22.12.2011, der die Übermittlung oder die Vorlage von ganz oder teilweise falschen Akten oder Dokumenten im steuerlichen Festsetzungsverfahren unter Strafe stellt. Vgl. dazu *Flora*, *Diritto Penale e Processuale* 2012, 15; *Gianoncelli*, *Rassegna tributaria* 2013, 177.

<sup>54</sup> *Perini* (Fn. 2), S. 220.

<sup>55</sup> *Perini* (Fn. 2), S. 221.

<sup>56</sup> Vgl. Corte di Cassazione, Urt. v. 22.11.2012 – 2292 (unveröffentlicht).

<sup>57</sup> Eingehend Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 v. 20.10.2015, S. 13, <http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017).

<sup>58</sup> Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, Settore Penale, Bericht Nr. III/05/2015 v. 20.10.2015, S. 14 mit zahlreichen Nachweisen zur Rspr.,

<http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/RelIII515.pdf> (29.7.2017).

net falsche Urkunden – beide ihrerseits geeignete betrügerische Mittel – auf. Die manipulierte Buchhaltung hat für sich genommen gerade nicht den Grad von Täuschungseignung, der nach Art. 3 Abs. 1, Art. 1 lit. g<sup>ter</sup> erforderlich ist, weil sie ohne sie stützende Belege kaum zu einer Täuschung der Finanzverwaltung führen kann.<sup>59</sup> Ebenso wenig kann eine (aussagekräftige) „Schwarzbuchhaltung“ ein gem. Art. 3 tatbestandliches betrügerisches Mittel sein, weil deren Existenz nicht die Täuschung erleichtert, sondern im Falle ihrer Entdeckung durch die Finanzverwaltung die Aufdeckung der Steuerverkürzung fördert.<sup>60</sup>

Grundsätzlich unverändert muss durch das tatbestandliche Verhalten (kumulativ) eine doppelte Strafbarkeitsschwelle überschritten werden: Wie bisher muss die – durch das oben beschriebene tatbestandliche Verhalten – hinterzogene Steuer im Sinne des Art. 1 lit. f 30.000 EUR überschreiten (Art. 3 Abs. 1 lit. a).<sup>61</sup> Zudem muss die Gesamtheit der Aktiva, die durch die Tat der Besteuerung entzogen werden (d.h. nicht in der Steuererklärung enthalten sind), 5 % der in der Steuererklärung angegeben Aktiva oder jedenfalls 1.500.000 EUR (statt bisher 1.000.000 EUR) überschreiten (Art. 3 Abs. 1 lit. b). Alternativ hierzu – und hierin liegt eine den Anwendungsbereich des Art. 3 erweiternde Neuerung der Reform von 2015 – reicht es für die Strafbarkeit (neben einer Hinterziehung von mindestens 30.000 EUR gem. lit. a) seit dem 22.10.2015 auch aus, wenn zu Unrecht mit der Steuererklärung geltend gemachte fiktive Steuerguthaben oder Steuereinbehalte 5 % der geschuldeten Steuer oder jedenfalls 30.000 EUR übersteigen. Wichtig ist hier zu erkennen, dass die erste Schwelle des lit. b an der Beeinflussung der steuerlichen Bemessungsgrundlage ansetzt und daher ein Verhältnis zu den Aktiva als Bemessungsgrundlage herstellt, sich die zweite – neue – Schwelle auf die Steuer selbst – in Form von fiktiven Guthaben oder abgeführten Beträgen bezieht. Daher ist es folgerichtig, dass der absolute Schwellenwert (anders als der relative von 5 %) viel niedriger angesetzt ist als bzgl. der Bemessungsgrundlage. Es erscheint nicht fernliegend, dass die Einführung einer zweiten, alternativen Schwelle – unter Art. 3 Abs. 1 lit. b – zu einer erheblichen Erhöhung der praktischen Anwendung des Art. 3 in der Praxis führen könnte.<sup>62</sup> Nicht auszuschließen allerdings ist, dass dies durch die Erhöhung des (alternativen) Schwellenwerts gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b von 1.000.000 EUR auf 1.500.000 EUR kompensiert werden könnte. Jedenfalls werden Verfahren, die zwischen 2011 und Oktober 2015 auf der Basis der Über-

schreitung (u.a.) des Schwellenwertes von 1.000.000 EUR unterdeklariierter Passiva eingeleitet wurden, zur Einstellung des Verfahrens bzw. zum Freispruch führen, soweit nicht auch die Schwelle von 1.500.000 EUR überschritten ist. Die Überschreitung der neu eingeführten alternativen Schwelle kann für Fälle aus 2011-2015 naturgemäß nicht contra reum zurückwirken (Art. 1 CP).<sup>63</sup>

c) *Unzutreffende Steuererklärung* („*Dichiarazione infedele*“), Art. 4

In einschneidender Weise wurde auch der Tatbestand der strukturell § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO vergleichbaren einfachen Steuerhinterziehung des Art. 4 („*dichiarazione infedele*“ oder *Unzutreffende Steuererklärung*)<sup>64</sup> – durchgehend zu Gunsten des Steuerpflichtigen – geändert. Die an sich systemgerechte Erweiterung der Strafbarkeit auch auf andere als Jahressteuererklärungen, die durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 für die Art. 2, 3 und 5 zum 22.10.2015 eingeführt wurde, unterblieb hier bewusst im Hinblick auf den aus Sicht des Gesetzgebers geringeren Unrechtsgehalt.<sup>65</sup>

Im Straftatbestand gemäß Art. 4 Abs. 1 wurde zunächst der Begriff der „fiktiven“ („*fittizi*“) Passiva durch den der nicht existierenden („*inesistenti*“) Passiva ersetzt. Gemeint hiermit sind naturaliter nicht durch den Steuerpflichtigen getragene Kosten, nicht aber z.B. Werbungskosten oder Betriebsausgaben, die der Steuerpflichtige hatte, die aber nicht steuermindernd geltend gemacht werden dürfen.<sup>66</sup> Diese Auslegung entspricht einer auch schon zu Art. 4 Abs. 1 a.F. vertretenen Auffassung.<sup>67</sup> Letztere wurde allerdings von der herrschenden Rspr. nicht geteilt, die unter der alten Gesetzesfassung z.B. auch tatsächlich getragene, aber nicht abzugsfähige Kosten als tatbestandlich relevant ansah.<sup>68</sup> Vor diesem Hintergrund bestand aus Sicht des Gesetzgebers von 2015 Anlass zur Klarstellung. Man wollte vermeiden, dass der Steuerpflichtige sich nach Art. 4 auf der Basis von auf die Bemessungsgrundlage bzw. sonstige Angaben in der Erklärung durchschlagenden abweichenden Bewertungen bzw. abweichenden steuerrechtlichen Wertungen – z.B. zur Frage der Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben, die er tatsächlich hatte – strafbar machen. Vergleichbare Fallkonstellationen sollen nur im Rahmen der Steuerbetrugstatbestände der Art. 2 und 3 strafbar sein. Daher wurde der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 einschränkender gestaltet, in dem Sinne, dass nur noch die Geltendmachung „*inexistenter*“ und nicht lediglich von „*fingierten*“ bzw. „*fiktiven*“ Passiva tatbestandlich ist („*inesis-*

<sup>59</sup> *Perini* (Fn. 2), S. 250 f.

<sup>60</sup> *Napoleoni* (Fn. 48), S. 113; *Musco/Ardito* (Fn. 33), S. 152; *Lanzi/Aldovrandi* (Fn. 34), S. 239.

<sup>61</sup> Bzgl. jeder vom Tatbestand betroffenen Steuer muss die Strafbarkeitsschwelle separat durch Hinterziehung des erforderlichen Betrags überschritten werden; liegen die Hinterziehungsbeträge bzgl. Mehrwertsteuer (IVA) und Körperschaftsteuer (IRES) separat unter dem Schwellenwert, kumulativ aber darüber, so ist die Strafbarkeitsschwelle nicht überschritten. Dies gilt auch im Rahmen aller anderen Tatbestände des Dekrets, vgl. etwa *Perini* (Fn. 2), S. 258.

<sup>62</sup> *Perini* (Fn. 2), S. 214.

<sup>63</sup> *Perini* (Fn. 2), S. 278.

<sup>64</sup> Siehe *Rübenstahl*, ZIS 2013, 10 (14 f.).

<sup>65</sup> Eingehend *Corucci* (Fn. 5), S. 283 f.

<sup>66</sup> *Corucci* (Fn. 5), S. 292, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien, aus denen hervorgehe, dass besagte Einschränkung durch die geänderte Formulierung gezielt angestrebt worden war.

<sup>67</sup> *Musco/Ardito* (Fn. 33), S. 175 ff. m.w.N.

<sup>68</sup> Corte di Cassazione, Urt. v. 23.12.2008 – 30055 = CED 605850; Urt. v. 28.2.2012 – 7739 = CED 252019 = La Società 2012, 69 (Dolce e Gabbana); Urt. v. 9.9.2013 – 36894 = *Rivista del diritto tributario* 2013, Nr. 3, 189.

tenti“ statt „fittizi“).<sup>69</sup> Vor diesem Hintergrund wird zur Neufassung vertreten, dass Art. 4 Abs. 1 im Wesentlichen nur noch folgende Konstellationen erfasse: die fehlende Erfassung (steuerpflichtiger) Einkünfte,<sup>70</sup> die unzulässige Reduzierung der steuerlichen Bemessungsgrundlage durch Geltendmachung tatsächlich nicht getragener Kosten sowie die Fälle der Unterfakturierung.<sup>71</sup> Eine ergänzende Klarstellung des Legislativdekrets Nr. 158/2015 stellt die Einführung eines neuen Abs. 1<sup>bis</sup> in den Art. 4 dar. Danach ist der Straftatbestand der einfachen Steuerhinterziehung (Art. 4 Abs. 1) in folgenden Fällen nicht anwendbar: bei lediglich nicht korrekter steuerlicher Bewertung, bei der (fehlerhaften) Bewertung von aktiven oder passiven Elementen, die tatsächlich existieren, sofern die konkret angewandten Kriterien konkret in der Bilanz oder in irgendwelchen anderen für steuerliche Zwecke relevanten Urkunden aufgeführt sind, sowie bei Verletzung der maßgeblichen Kriterien für die Bewertung von tatsächlich getragenen Aufwand, d.h. insbesondere bei Betriebsausgaben und Werbungskosten (s.o.).<sup>72</sup> Insbesondere soll nunmehr auch die steuermindernde Geltendmachung von willkürlich als abzugsfähige Betriebsausgaben qualifizierten tatsächlich getragenen Kosten mit privater Zwecksetzung – z.B. etwa die Kosten für einen Brilliantring für die Geliebte des Steuerpflichtigen, die nach h.M. zur bisherigen Gesetzeslage tatbestandsrelevant waren – nicht mehr tatbestandsrelevant sein.<sup>73</sup> Auf dieser Basis soll nunmehr die vorher strittige steuerstrafrechtliche Relevanz von nach der Bewertung der Finanzbehörden steuerverkürzenden Transfer-Pricing-Operationen<sup>74</sup> dahingehend geklärt sein, dass diese regelmäßig nicht mehr unter den Tatbestand des Art. 4 Abs. 1 fallen können, weil es hier zum einen zwangsläufig eine Dokumentation im Sinne des Art. 4 Abs. 1<sup>bis</sup> mit Sachverhaltsangaben geben wird und es sich zum anderen um steuerliche Wertungen handelt.<sup>75</sup> Für den Fall, dass die Transfer-Pricing-Dokumentation – d.h. die Sachverhaltsgrundlage – vorsätzlich manipuliert wurde, könnte allerdings Art. 3 einschlägig sein.

Von wesentlicher, den Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 1 – aus deutscher Perspektive im gesamten Bereich der mittleren und mittelschweren Steuerhinterziehung (vgl. §§ 370 Abs. 3 S. 2 Nr. 1, 371 Abs. 2 Nr. 3, 398a AO) – ausschließenden Wirkung ist die Erhöhung der Strafbarkeits-

schwelle<sup>76</sup> von einer verkürzten Steuer von 50.000 EUR auf nunmehr 150.000 EUR (Art. 4 Abs. 1 lit. a). Die einfache vorsätzliche Steuerhinterziehung durch aktives Tun ist damit in Italien strafrechtlich nicht mehr relevant, wenn – nach strafrechtlichen Maßstäben – pro Steuerart und Besteuerungszeitraum (Steuerjahr) der Hinterziehungsbetrag 150.000 EUR nicht übersteigt. Diese Regelung ist zwar erst mit Inkrafttreten des Legislativdekrets Nr. 158/2015 am 22.10.2015 in Kraft getreten. Sie entfaltet jedoch nach den allgemeinen Regeln des italienischen Strafrechts (Art. 2 Abs. 2 CP) Rückwirkung für alle zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig entschiedenen Verfahren im Hinblick auf Art. 4. Vor diesem Hintergrund waren/sind alle aufgrund der Rechtslage 2011 eingeleiteten Strafverfahren nach Art. 4 einzustellen (bzw. ist insofern auf Freispruch zu erkennen), bezüglich derer die Hinterziehungssumme zwischen 50.000 und 150.000 EUR liegt und sofern kein anderer (Steuer-)Straftatbestand eingreift.<sup>77</sup>

Weiter eingeschränkt wurde der Anwendungsbereich des Tatbestands zum 22.10.2015 dadurch, dass nach Art. 4 Abs. 1 lit. b kumulativ nicht mehr lediglich die Nichtangabe von Aktiva im Gesamtwert von mindestens 2.000.000 EUR in der Steuererklärung, sondern von mindestens 3.000.000 EUR (oder unverändert mindestens 10 % der Gesamtheit der Aktiva) für die Verwirklichung des Straftatbestands erforderlich ist. Auch bezüglich dieses Schwellenwertes gilt das oben Gesagte zur Rückwirkung zu Gunsten der Steuerpflichtigen bzw. Beschuldigten.

Darüber hinaus wurde schließlich noch ein Art. 4 Abs. 1<sup>ter</sup> als ergänzende „de minimis“-Klausel eingeführt, der für die vom Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 1<sup>bis</sup> nicht erfassten Fälle – d.h. für diejenigen, bei denen die durch den Steuerpflichtigen angewandten Bewertungskriterien nicht in der Bilanz oder in einer sonstigen Steuerelemente aufgeführt sind – anordnet, dass steuerliche Bewertungen des Steuerpflichtigen, die für sich betrachtet nicht mehr als 10 % von den (aus Sicht der Strafjustiz) korrekten Bewertungen abweichen, nicht zur Strafbarkeit führen (Art 4 Abs. 1<sup>ter</sup> S. 1). Diese abweichenden Beträge unterhalb der 10 %-Grenze werden zudem bei der Prüfung der Überschreitung der oben erläuterten Strafbarkeitsschwellen nicht berücksichtigt (S. 2).

#### d) Unterlassene Steuererklärung („*Omissa dichiarazione*“), Art. 5

Hinsichtlich des Straftatbestands der unterlassenen Steuererklärung<sup>78</sup> (strukturell ähnlich unserem § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO), Art. 5 Abs. 1, wurde durch die Reform von 2015 die Strafbarkeitsschwelle von einem Hinterziehungsbetrag von

<sup>69</sup> Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 23 v. 11.3.2014; Erläuterungsbericht („*Relazione illustrativa*“) der italienischen Regierung zum Legislativdekret Nr. 158/2015,

[www.governo.it/Governo/Provvedimenti/dettaglio.asp?d=78894](http://www.governo.it/Governo/Provvedimenti/dettaglio.asp?d=78894) (29.7.2017); vgl. auch *Corucci* (Fn. 5), S. 292.

<sup>70</sup> Hierzu gehören auch nach dem italienischen Recht Einkünfte aus strafbaren Handlungen, vgl. Corte di Cassazione, Urt. v. 29.11.2010 – 42160 = CED 248729 m.w.N.; *Musco/Ardito* (Fn. 33), S. 174.

<sup>71</sup> *Corucci* (Fn. 5), S. 292 f.

<sup>72</sup> *Corucci* (Fn. 5), S. 294 ff. m.w.N.

<sup>73</sup> *Corucci* (Fn. 5), S. 295 m.w.N.

<sup>74</sup> Zur bisher strittigen Strafbarkeit von steuerverkürzenden „Transfer Pricing“-Operationen nach Art. 4, *Musco/Ardito* (Fn. 33), S. 215 ff.; *Lanzi/Aldovrandi* (Fn. 34), S. 193 ff.

<sup>75</sup> *Corucci* (Fn. 5), S. 297.

<sup>76</sup> Nach herrschender Rspr. wohl auch weiterhin eine obj. Bedingung der Strafbarkeit, die nicht vom Vorsatz erfasst sein muss, statt aller Corte di Cassazione, Urt. v. 23.6.2011 – 25213 = Cassazione penale 2013, 285; a.A. (objektives Tatbestandsmerkmal) weite Teile der Lit., *Napoleoni* (Fn. 48) S. 116 ff.; *Musco/Ardito* (Fn. 33), S. 48; *Lanzi/Aldovrandi* (Fn. 34), S. 249, 260.

<sup>77</sup> Vgl. *Corucci* (Fn. 5), S. 306 f.

<sup>78</sup> Vgl. *Rübenthal*, ZIS 2013, 10 (15).

30.000 EUR – eingefügt durch die Reform 2011 – auf 50.000 EUR erhöht, während der ursprünglichen Fassung des Straftatbestands (2001-2011) ein Schwellenwert eines Hinterziehungsbetrags von 77.468,53 EUR zugrunde lag.<sup>79</sup> Diese Gesetzesänderung findet – wie in den oben beschriebenen Fällen – auch rückwirkend Anwendung, so dass Taten, die zwischen 2011 und 2015 begangen und noch nicht rechtskräftig abgeurteilt wurden, einzustellen sein werden, soweit der Hinterziehungsbetrag zwischen 30.000 und 50.000 EUR liegt.<sup>80</sup> Zugleich wurde der Strafraum von einem Jahr bis drei Jahren Freiheitsstrafe auf ein Jahr sechs Monate bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe erhöht.

Der objektive Tatbestand wurde zudem durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 nicht unerheblich ausgeweitet, da der Tatbestand des Art. 5 Abs. 1 aufgrund der Streichung des Wortes „jährliche“ („annuali“) nicht mehr nur die unterlassene Abgabe von Jahressteuererklärungen unter Strafe stellt, sondern die unterlassene Abgabe jeder Steuererklärung, d.h. auch solcher für kürzere Zeiträume oder solche, die nicht zum Jahresende abgegeben wurde (z.B. Erklärungen, die in etwa der deutschen Umsatzsteuervoranmeldung entsprechen oder nicht periodische Steuererklärungen, die im Zusammenhang mit Umwandlungsprozessen, Liquidationen oder M&A-Prozessen abzugeben sind [s.o.]).<sup>81</sup> Vor dem Hintergrund, dass der Tatbestand bereits mit der Nichtabgabe innerhalb der Erklärungsfrist zuzüglich einer 90-tägigen Nachfrist<sup>82</sup> – unabhängig von Stand und Ergebnis des Steuerfestsetzungsverfahrens – nicht nur versucht, sondern bereits vollendet ist,<sup>83</sup> schafft dies relevante zusätzliche strafrechtliche Risiken.

Weiter wurde durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 ein neuer Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> eingefügt. Dieser sieht erstmals die Strafbarkeit des „sostituto d'imposta“ (Steuereinbehaltungs- und Abführungsverpflichteter<sup>84</sup>) für die Unterlassung der Einreichung der von ihm abzugebenden Steuererklärungen (vgl. Art. 1 lit. c des Dekrets) nach Art. 5 vor.<sup>85</sup> Der Straf-

rahmen des neuen Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> beträgt (ebenfalls) zwischen einem Jahr und sechs Monaten und vier Jahren Freiheitsstrafe. Er greift ein, wenn der Steuerentrichtungspflichtige, der zur Abgabe einer Steuererklärung als Steuerentrichtungspflichtiger verpflichtet ist,<sup>86</sup> diese (vorsätzlich) nicht abgibt und wenn die Summe der einzubehaltenden und abzuführenden Steuer („ritenute“) – typischerweise das italienische Lohnsteueräquivalent – 50.000 EUR übersteigt. Die neu gefasste Vorschrift, d.h. sowohl die Anwendbarkeit auf andere als Jahressteuererklärungen als auch die Strafmaßhöhung, wie sie durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 eingeführt wurde, gilt für Taten ab dem 22.10.2015, hinsichtlich von Jahressteuererklärungen mithin frühestens für das Steuerjahr 2014.<sup>87</sup>

*e) Verdunkelung und Zerstörung von Buchhaltungsunterlagen („Occultamento o distruzione di documenti contabili“), Art. 10*

Bezüglich dieses – aus Sicht des Gesetzgebers ersichtlich von steuerbetrügerischer Energie zeugenden – Straftatbestandes hat der Gesetzgeber durch Legislativdekret Nr. 158/2015 den Strafraum von sechs Monaten bis fünf Jahren auf nunmehr (für Taten ab dem 22.10.2015) von einem Jahr und sechs Monaten bis zu sechs Jahren erhöht, ohne die Voraussetzungen der Tatbestandsverwirklichung zu ändern.<sup>88</sup>

*f) Unterlassung der Abführung geschuldeter oder zertifizierter Steuereinbehalte („Omesso versamento di ritenute dovute o certificate“), Art. 10<sup>bis</sup>*

Die bestehende Strafvorschrift des Artikel 10<sup>bis</sup> wurde durch den Gesetzgeber 2015 dahingehend präzisiert, dass Gegenstand des strafbaren Verhaltens der Nichtabführung solche Steuereinbehalte sind, die auf der Basis der Steuererklärung des Steuerabführungspflichtigen geschuldet (oder – wie schon bisher – durch die Zertifizierung gegenüber den eigentlichen Steuerpflichtigen ausgewiesen) sind.<sup>89</sup> Vergleichsmaßstab ist somit nicht die wie auch immer zu ermittelnde tatsächliche Steuerschuld, sondern nur die eigene Steuererklärung bzw. Zertifizierung des Täters, d.h. des Steuerabführungspflichtigen, insbesondere des Arbeitgebers im Falle des Einbehalts des italienischen Lohnsteueräquivalents. Diese hat gewissermaßen Geständnisfunktion, d.h. wenn der dort erklärte Betrag an Lohnsteuer vorsätzlich nicht fristgerecht abgeführt wird, greift der Straftatbestand ein. Zum anderen

zuletzt Corte di Cassazione, Urt. v. 10.6.2015 – 24650 = CED 263728.

<sup>86</sup> Die Steuerentrichtungspflichtigen – insbesondere u.a. die Arbeitgeber bzgl. der Ertragssteuer ihrer Arbeitnehmer (IRPEF), soweit diese auf den Arbeitslohn entfällt – müssen mittels des „modulo 770“ eine jährliche Steuererklärung bzgl. der einzubehaltenden und abzuführenden Steuern Dritter abgeben, d.h. der Lohnsteuer/IRPEF.

<sup>87</sup> Corucci (Fn. 5), S. 328 f.

<sup>88</sup> Corucci (Fn. 5), S. 343.

<sup>89</sup> Cernuto/D'Arcangelo, in: Giarda/Perini/Varraso (Fn. 1), S. 379 f.

<sup>79</sup> Corucci (Fn. 5), S. 310.

<sup>80</sup> Corucci (Fn. 5), S. 328.

<sup>81</sup> Corucci (Fn. 5), S. 311.

<sup>82</sup> 90 Tage nach Ablauf der Erklärungsfrist ist nicht nur der Vollendungszeitpunkt, sondern auch der Beendigungszeitpunkt; die Strafverfolgungsverjährung läuft von diesem Tage an, Corte di Cassazione, Urt. v. 24.4.2015 – 17120 = CED 263251.

<sup>83</sup> Corte di Cassazione, Urt. v. 30.10.2015 – 43809 (unveröffentlicht); Corucci (Fn. 5), S. 310.

<sup>84</sup> Vgl. Art. 64 Abs. 1 D.P.R. (Präsidentialdekret) Nr. 600 v. 29.9.1973: „Chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili ed anche a titolo di acconto, deve esercitare la rivalsa se non è diversamente stabilito in modo espresso.“, vgl. den deutschen Steuerentrichtungspflichtigen im Sinne des § 33 AO.

<sup>85</sup> Die strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft im Rahmen der neuen Vorschrift (Abs. 1<sup>bis</sup>) wie schon im Rahmen des bisherigen Tatbestands nach herrschender Rspr. auch den faktischen Geschäftsführer, nicht nur den eingetragenen, vgl.

wurde der Anwendungsbereich des Straftatbestands (mit Rückwirkung, s.o.) im Herbst 2015 durch die Erhöhung der Strafbarkeitsschwelle verkleinert: Strafbar ist das tatbestandliche Verhalten nur noch dann, wenn die im obigen Sinn nicht abgeführte – nicht die hinterzogene – Steuer pro Veranlagungszeitraum 150.000 EUR – statt bisher 50.000 EUR – übersteigt.<sup>90</sup>

g) *Unterlassung der Abführung geschuldeter Mehrwertsteuer („Omesso versamento di IVA“), Art. 10<sup>ter</sup>*

Neu formuliert – und erheblich gemildert – wurde der Art. 10<sup>bis</sup> vergleichbare Art. 10<sup>ter</sup> Legislativdekret Nr. 74/2000, der die Nichtabführung von ausweislich steuerlicher Erklärungen geschuldeter Mehrwertsteuer (IVA) unter Strafe stellt. Zu bestrafen mit sechs Monaten bis zwei Jahren Freiheitsstrafe ist nach der Neufassung derjenige, der innerhalb der Frist für die Vorauszahlung für den darauffolgenden Besteuerungszeitraum die ausweislich seiner Jahressteuererklärung geschuldete Mehrwertsteuer nicht abführt, wenn die nicht abgeführte Mehrwertsteuer pro Besteuerungszeitraum 250.000 EUR (Strafbarkeitsschwelle) übersteigt. Art. 10<sup>ter</sup> alter Fassung sah aufgrund des darin enthaltenen Verweises auf Art. 10<sup>bis</sup> alter Fassung noch eine Strafbarkeitsschwelle von nur 50.000 EUR vor. Der Anwendungsbereich des Straftatbestands wurde mithin erheblich (wiederum auch rückwirkend) reduziert. Die übrigen Änderungen haben keine inhaltlichen Veränderungen mit sich gebracht, sondern dienen dazu, den Tatbestand unter Loslösung von der Verweistchnik aus sich heraus verständlich zu formulieren.<sup>91</sup>

h) *Kompensation der Steuerschuld mit unberechtigten Forderungen gegen den Fiskus („Indebita compensazione“), Art. 10<sup>quater</sup>*

Neu formuliert – ebenfalls unter Aufgabe der Verweisung auf Art. 10<sup>bis</sup> – wurde auch Art. 10<sup>quater</sup> („Indebita compensazione“). Nach Art. 10<sup>quater</sup> Abs. 1 wird mit sechs Monaten bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wer die geschuldete Steuer nicht abführt, indem er unter Verwendung von ihm nicht zustehenden Forderungen („crediti non spettanti“)<sup>92</sup> gegenüber der Finanzverwaltung im Sinne des Art. 17 des Legislativdekrets Nr. 241/1997 seine Steuerschuld ausgleicht, d.h. der Sache nach mit ihm nicht zustehenden Forderungen aufrechnet. Die Strafbarkeitsschwelle ist überschritten, wenn die geltend gemachten, nicht bestehenden Forderungen gegenüber der Finanzverwaltung 50.000 EUR pro Jahr überschreiten. Nach Art. 10<sup>quater</sup> Abs. 2 wird strenger, nämlich mit Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten bis zu

sechs Jahren bestraft, wer dasselbe tatbestandliche Verhalten im Hinblick auf nicht existierende Forderungen („crediti inesistenti“) – bzgl. derer die konstitutiven Voraussetzungen nicht bestehen – gegenüber der Finanzverwaltung an den Tag legt.<sup>93</sup> In der letztgenannten Vorschrift liegt eine erhebliche Verschärfung, da in Art. 10<sup>quater</sup> a.F. zwischen nicht zustehenden und nicht existierenden Forderungen im Hinblick auf die Rechtsfolge nicht differenziert wurde und für beide nur ein Strafraum von sechs Monaten bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen war.

## II. Fazit und Ausblick

Die Novellierung des italienischen Steuerstrafrechts durch das Legislativdekret Nr. 158/2015 zum 22.10.2015 wirkt uneinheitlich und zeigt durchaus gegenläufige Tendenzen des italienischen Gesetzgebers bzgl. der strafrechtlichen Verfolgung von steuerlichen Unregelmäßigkeiten, die wohl vor dem Hintergrund der Finanzkrise zu sehen sind. Der italienische Staat möchte in Zeiten wirtschaftlicher Not ersichtlich den „ehrlichen“ Steuerpflichtigen, die ihren Erklärungs- und Abführungspflichten nicht genügen können, nicht oder nur äußersten Falles – bei besonders hohen Steuerschäden – mit dem scharfen Schwert des Strafrechts drohen. Nachvollziehbar erscheint dies aus deutscher Sicht insbesondere bzgl. der Abführung korrekt erklärter Steuern, weshalb etwa die Erhöhung von Strafbarkeitsschwellen der Art. 10<sup>bis</sup> und 10<sup>ter</sup> gerechtfertigt erscheint. Nicht so leicht verständlich ist aus deutscher Sicht – im Hinblick auf die hiezulande bestehende Strafbarkeit ab dem ersten Euro – hingegen, dass der einfache, unserem § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO vergleichbare Steuerhinterziehungstatbestand des Art. 4 durch die Reform von 2015 praktische Bedeutung nur noch in (eindeutigen) Fällen der Steuerhinterziehung großen Ausmaßes – jedenfalls in erheblich sechsstelligem Ausmaß – behalten wird. Aus transalpiner Perspektive übermäßig großzügig erscheint auch die Entkriminalisierung aller Fälle der (willkürlichen, bewusst zu Unrecht erfolgenden) gewinnmindernden Geltendmachung von Kosten als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten im Rahmen des Art. 4. Im Ausgangspunkt zu billigen sind die Reformansätze bzgl. der Erweiterung und Stärkung des Steuerbetrugstatbestands des Art. 3, allerdings wirken diese wenig konsequent und nicht weitgehend genug. Es ist nicht ersichtlich, warum Art. 3 – anders als der nach seinem (Handlungs-) Unrechtsgehalt vergleichbare Art. 2 – weiterhin Strafbarkeitsschwellen bzgl. des Erfolgsunrechts vorsehen muss. Potentiell vielversprechend – im Sinne eines besseren Steuervollzugs und eines steuerlichen Mehrergebnisses – könnte hingegen der Ansatz des Gesetzgebers sein, in Gestalt des Art. 13 erstmals strafbefreiende Vorschriften für den Fall der Nacherklärung und Nachzahlung von Steuern in den Fällen des Art. 4 und eingeschränkt des Unterlassungstatbestands des Art. 5 vorzusehen. Bislang kann die Vorschrift ihre nacherklärungsfördernde Wirkung allerdings wohl schon deshalb nicht optimal entfalten, weil im Bereich des Art. 4 vielfach ein geringes strafrechtliches Risiko besteht, für die relevanten und in der Praxis nicht immer leicht abzugrenzenden

<sup>90</sup> *Cernuto/D’Arcangelo* (Fn. 89), S. 382.

<sup>91</sup> *Cernuto/D’Arcangelo* (Fn. 89), S. 383 ff.

<sup>92</sup> Hierbei kann es sich um solche betreffend dieselbe oder eine andere Steuer handeln, die Forderungen können auch objektiv existent sein; sofern sie dem Steuerpflichtigen zum Tatzeitpunkt nicht zustehen, ist die Strafbarkeit dennoch gegeben, vgl. Corte di Cassazione, Urt. v. 16.1.2015 – 15236 = CED 263051; Urt. v. 11.11.2010 – 42462 = Cassazione penale 2011, 4460.

<sup>93</sup> *Cernuto/D’Arcangelo* (Fn. 89), S. 389.

Hinterziehungstatbestände (Art. 2, 3 und 5) entweder keine oder nur eine sehr eingeschränkte strafbefreiende Wirkung besteht. Im Übrigen macht sich der italienische Gesetzgeber derzeit (bis zum 31.7.2017) mit der nur zeitweilig anwendbaren „Voluntary Disclosure“-Prozedur selbst Konkurrenz, die für alle auch unter Art. 13 fallenden Fälle die bei weitem günstigere und vor allem weiterreichende strafbefreiende Regelung ist.

Insgesamt muss schließlich die Frage aufgeworfen werden, ob das italienische Steuerstrafrecht im reformierten Gewand den strengen Anforderungen gerecht wird, die der EuGH in der Rechtssache Taricco bzgl. der effizienten und effektiven Strafverfolgung durch „Verhängung von wirksamen und abschreckenden Sanktionen in einer beträchtlichen Anzahl von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichteten schweren Betrugsfällen“ (vgl. Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV) aufgestellt hat.<sup>94</sup> Laut dem EuGH soll es sogar erforderlich sein, dass Italien „erforderlichenfalls die Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet lässt“ (fallbezogen konkret Verjährungsvorschriften), die die Wirkung hätten, Italien „an der Erfüllung der [...] durch Art. 325 Abs. 1 und 2 AEUV auferlegten Verpflichtungen zu hindern“. Diese Rspr. könnte zukünftig auch die Frage aufwerfen, ob insbesondere überkomplexe tatbestandliche Einschränkungen des Art. 3 des Dekrets europarechtlich zu rechtfertigen sind.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der italienische Gesetzgeber auf dem Weg zu einem konsistenten und effektiven Steuerstrafrecht wenn nicht einen Schritt voran und zwei zurück gegangen ist, so doch bestenfalls zwei Schritte voran und einen zurück.

---

<sup>94</sup> EuGH NZWiSt 2015, 390 m. Anm. *Bülte*; der Gerichtshof stellt hier die Disapplikation der kurzen italienischen absoluten Verjährungsfristen (vgl. Art. 158, 160 CP) für Straftaten nach Art. 2 ff. des Dekrets bei der Umsatzsteuerhinterziehung in den Raum.

# Intention and Awareness of Wrongdoing

## Exploring the Intersections between Experimental Philosophy and German Criminal Law

By Ass. Prof. **Igor Martinović**, Rijeka\*

*Intention has traditionally been one of the fundamental legal and philosophical notions. Since the emergence of experimental philosophy, it has become obvious that people regard intention as a value-laden concept. This finding came as a surprise to experimental philosophers, and consensus has not been reached yet on how to interpret it. While struggling with this unexpected discovery, empirically-minded philosophers have been unaware of the fact that the evaluative dimension of intention had already been noticed and comprehensively analysed by German criminal law scholars. Abandoning the futile attempt to develop a value-free notion of intention, these legal theorists initiated a thoroughgoing transformation (so-called normativization) of intention, but nevertheless failed to reach agreement on one of the main issues regarding the 'value-impregnation' of intention: the relationship between intention and awareness of wrongdoing. This paper aims to help resolve these disputes by exploring the intersections between experimental philosophy and German legal jurisprudence.*

### I. Introduction

Since common-law systems are still in “the quest for the general part”<sup>1</sup> of criminal law, criminal law “dogmatics” is a discipline that is almost peculiar to the civil law tradition. Although it is sometimes regarded as being overly abstract even within the Continental legal culture, it has managed to produce a rather solid “general theory of crime”,<sup>2</sup> which not only serves as a guide to judges and other legal professionals, but also strives to ponder some fundamental questions in its own right. Such an aim has been most successfully achieved by German legal scholars, who have created a system of criminal law praised by some as “unparalleled in comprehensiveness and complexity”.<sup>3</sup>

Historically, the ambitions of some German criminal law scholars were exceptionally high: they aspired to base criminal law on such concepts as “ontic structures”, “the nature of the thing” etc.<sup>4</sup> Nowadays scholars have lowered their aspirations, but the “general theory of crime” has not lost much of its extralegal appeal. It can be rightfully said that it transcends the boundaries of positive law and contributes to understanding some essential philosophical concepts.

One of such concepts is, undoubtedly, intention. The German Penal Code (Strafgesetzbuch – StGB) does not even contain a definition of intention, but the scholars have never-

theless developed an extensive literature on the topic. In the absence of legal definition, this concept is being shaped by doctrinal disputes, which are marked primarily by systematic, deductive reasoning, and not so much by case-based, inductive approach. The German model of intention has had a great influence on other civil law systems, including those which have explicitly defined intention in their penal codes (e.g., Austria, Switzerland, Slovenia and Croatia).

A very different approach to the concept of intention is taken by experimental philosophers, who seek to break with aprioristic, “armchair” philosophy through empirical surveys of folk intuitions. Instead of focusing on top-down conceptual analysis, the new philosophic movement has chosen to try the bottom-up approach. In some areas of research, including the one we are dealing with, this has brought some success. Recent work in the emerging field of experimental philosophy has shown that “people have a quite complex and sophisticated understanding of the criteria for intentional action”,<sup>5</sup> and that they “show remarkably consistent patterns in their intuitions about concrete cases”.<sup>6</sup>

Exploring the folk intuitions has led to a proliferation of philosophical literature on intention. Valuable insights have been gained, but new questions appeared as well. In a study conducted by *Joshua Knobe*, it was noticed that “people seem considerably more willing to say that a side-effect was brought about intentionally when they regard that side-effect as bad than when they regard it as good”.<sup>7</sup> This seemingly stunning finding has initiated much discussion among experimental philosophers: it became obvious that the folk concept of intention is somehow “contaminated” by normative elements, but it was unclear what they are and how they work. This matter attracted much attention throughout the field, but consensus has not been reached yet.

While trying to solve the riddle of the “good” and the “bad” intention, experimental philosophers have not taken into account that many of the questions they are dealing with have already been addressed by German criminal law scholars. At the same time, German legal scholars seem to be oblivious to the fact that there is much to learn from something as mundane as folk intuitions.<sup>8</sup> As I shall try to show, there is a clear resemblance between the problems which arise in those two seemingly unrelated fields of enquiry, and much can be learned by bringing them together, that is, by

\* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka (Croatia).

<sup>1</sup> *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 2000, p. 393.

<sup>2</sup> See, e.g., *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5<sup>th</sup> ed. 1996, p. 194.

<sup>3</sup> *Dubber*, *German Law Journal* 6 (2005), 1049 (1051).

<sup>4</sup> See, e.g., *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4<sup>th</sup> ed. 1962; *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“*, 1957.

<sup>5</sup> *Kobick/Knobe*, *Brooklyn Law Review* 75 (2009), 409 (420).

<sup>6</sup> *Kobick/Knobe*, *Brooklyn Law Review* 75 (2009), 409 (420).

<sup>7</sup> *Knobe*, *Analysis* 63 (2003), 190 (193).

<sup>8</sup> However, there are a few instances of authors crossing the border between legal dogmatics and experimental philosophy. See, e.g., *Joerden*, in: *Heinrich/Jäger/Achenbach/Aemlung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter* (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*, 2011, p. 593.

combining the top-down approach of legal dogmatics and the bottom-up approach of experimental philosophy.

## II. Intention as a Value-Laden Concept

### 1. The Side-Effect Effect

In 2003, experimental philosopher *Joshua Knobe* conducted a significant study of folk intuitions. *Knobe's* original question to the respondents was as follows: "The vice-president of a company went to the chairman of the board and said, 'We are thinking of starting a new program. It will help us increase profits, but it will also harm the environment.' The chairman of the board answered, 'I don't care at all about harming the environment. I just want to make as much profit as I can. Let's start the new program.' They started the new program. Sure enough, the environment was harmed" Other respondents were given a vignette which was exactly the same, except that the word "harm" was replaced by "help".<sup>9</sup>

The results of the experiment were rather surprising: while 82 % of the respondents said that the harmful side effect was brought about intentionally ("harm scenario"), only 23 % said that the beneficial side effect was produced intentionally ("help scenario"). To put it simply, it turned out that people tend to ascribe intention more willingly when a side effect of an action is harmful than when it is beneficial.

This finding – called the "side-effect effect" or the "*Knobe* effect" – came as a shock to some philosophers. It was clearly contrary to the conventional wisdom in the philosophy of action which saw intention as a value-free concept. Soon afterwards, the side-effect effect was proved to exist in other languages and cultural contexts.<sup>10</sup> Moreover, it was shown that the effect does not apply only to intention, but also to many other psychological concepts (desire, decision etc).<sup>11</sup> In other words, it became apparent that the asymmetry between the harm and help scenario is not something peculiar to English language, or to the concept of intention, but a phenomenon that is characteristic of human psychology in general.

Although the "moral asymmetry" between the two scenarios is obvious, it is not clear why it appears in the first place. Some philosophers regard the asymmetry as an irrational "performance error", which arises because "affective or emotional responses sometimes inappropriately bias our otherwise rational judgments".<sup>12</sup> The others, including *Knobe*, do not consider moral judgements to have a negative biasing effect; for them, the results of the said experiment imply that the "people's concept of intentional action is bound up in a fundamental way with evaluative questions – with questions about good and bad, right and wrong, praise and blame".<sup>13</sup>

<sup>9</sup> *Knobe*, *Analysis* 63 (2003), 190 (191).

<sup>10</sup> *Knobe/Burra*, *Journal of Cognition and Culture* 6 (2006), 113.

<sup>11</sup> *Pettit/Knobe*, *Mind and Language* 24 (2009), 586.

<sup>12</sup> *Nadelhoffer*, *Philosophical Explorations* 9 (2006), 203 (214).

<sup>13</sup> *Knobe*, *Philosophical Psychology* 16 (2003), 309 (309 f.).

### 2. "Normativization" of Intention in German Legal Jurisprudence

To a legal scholar raised in the civil law tradition, the evaluative ("normative") loading of intention should not come as a surprise. Assertions such as that "intention represents a normative legal concept despite its psychological content"<sup>14</sup> are nowadays commonplace, and the only question that is still unanswered is how far the process of "Normativierung" should go, i.e., what should be kept of the psychological, "value-free" concept of intention.<sup>15</sup>

The rise of the "normative" concept of intention in criminal law dogmatics coincides with the decline of the so-called theory of final action, which strived to create an ontological concept of intentional action.<sup>16</sup> That effort went nowhere, since it became apparent that a plausible concept of intention should include not only "sinnliche Wahrnehmung" (sensory perception), but also "geistiges Verstehen" (intellectual comprehension) of the relevant facts.<sup>17</sup> Thus, an agent who does not "intellectually comprehend" each single element of the offence cannot be said to act intentionally. For instance, an agent who is not aware that an object she takes is a third person's property cannot be considered a perpetrator of theft, because theft requires an intention.

Although there is a broad consensus in German legal theory that intention is not a value-free concept, there is a profound confusion about some implications of the "value-ladenness" of intention. One of the major controversies is the relationship between intention and "Unrechtsbewusstsein" (awareness of wrongdoing). The latter notion was torn apart from intention by the proponents of the theory of final action, i.e. by the very scholars who introduced the unviable value-free concept of intention. Their idea was to purge intention, as an allegedly non-normative concept, from any normative elements, and awareness of wrongdoing was undoubtedly among those. After the demise of finalism, two camps emerged: one arguing for reincorporation of awareness of wrongdoing into intention, and the other in favour of status

<sup>14</sup> *Gaede*, *ZStW* 121 (2009), 239 (279).

<sup>15</sup> There are nevertheless some dissenting voices regarding the normative component of intention. For example, *Joerden* claims that intention is a notion that precedes evaluation. In his opinion, the core concept of intention remains the same regardless of whether an action is blameworthy or praiseworthy. Meanwhile, the side-effect effect stems from the asymmetry between the two *Knobe's* questions; while the harm scenario clearly refers to a blameworthy act, the help scenario does not refer to a praiseworthy (supererogatory) act. As can be seen, *Joerden* regards the *Knobe* effect as a sort of "performance error". This certainly has to do with the fact that *Joerden* believes it is logically impossible to derive an "ought" from an "is", see *Joerden* (fn. 8). For a more thorough explanation of *Joerden's* viewpoints, see *Joerden*, *Logica Universalis* 6 (2012), 201.

<sup>16</sup> See *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11<sup>th</sup> ed. 1969, p. 33-38.

<sup>17</sup> See, e.g., *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4<sup>th</sup> ed. 2006, § 12 para. 100.

quo.<sup>18</sup> In the following chapters we will try to resolve these disputes by resorting to folk intuitions about intention.

### III. How to Interpret the Side-Effect Effect: The Quest for the Missing Link

Explaining the side-effect effect is not straightforward: it is patent that the ascription of intention depends on the moral status of the action in question, but the whole meaning of the effect is still not fully clear. The first point to note is that the “moral asymmetry” cannot be considered a “performance error”, which would allegedly contaminate the otherwise pure concept of intention. The long-lasting debates of German legal scholars have shown that the value-free concept of intention is wholly unviable; thus, such a concept should be abandoned in experimental philosophy as well. In other words, *Knobe* is right when he claims that the concept of intentional action is intrinsically bound up with evaluative questions.

Although this conclusion can serve as a starting point for further discussion, it does not explain what kind of moral asymmetry there is between the “good” and the “bad” intention. It is still unclear who brings about the relevant moral judgement, i.e., whose “moral code” serves as the basis of evaluation. Certainly, the person who ascribes intention, be it a judge or a survey participant, cannot possibly enter the agent’s mind, so the moral judgement can be considered, in a way, her own, but she can nevertheless choose different standards to determine the moral status of an action. More specifically, she can base the ascription of intention on her own moral standards, but also on the assumed moral code of the agent himself or on the prevailing social (moral or legal) rules.

#### 1. Unconscious Moral Judgments as the Source of the “Moral Asymmetry”?

One of the possible sources of the asymmetry are the evaluator’s own moral judgements about the goodness or badness of certain behaviour. In *Knobe*’s opinion, non-conscious moral judgements of survey respondents play a great role in ascribing intention. He comes to this conclusion through a further survey of folk intuitions, in which the respondents were given a story about a society governed by the “racial identification law”. This law served to identify people of certain races so that they could be sent to concentration camps. The survey showed that people were more willing to assign intention to an agent who violated the requirements of this law than to an agent who fulfilled the very same requirements, no matter that the law itself was strikingly immoral. According to *Knobe*, this result stems from the fact that people unconsciously judge norm violations (“transgressions”) as morally unacceptable and tend not to revise their judgements when they reflect upon the matter more carefully.<sup>19</sup>

However, if moral judgements of the evaluator himself are an essential part of the concept of intention, then these judgements should not be distorted so easily by the fact that a norm is violated. If people are prone to consider norm violations as a contributing factor in ascribing intention, this might not be because they unconsciously regard norm violations as something significant, but rather because they regard conscious norm violations or violations of salient norms as something noteworthy in ascribing intention.

#### 2. Norm Violation as the Missing Link

The entire problem presented in the previous paragraph may sound like a pointless quibble, but it is more than just that. To sum up the matter, there are much more straightforward ways to explain the importance of norm violation for the folk concept of intention, than to claim that the evaluator’s moral judgements somehow become skewed. The fact that the evaluator takes norms into account means that he does not assess the intentionality of an act on the basis of his own moral judgements, but on some sort of socially sanctioned morality, i.e., on the basis of norms. To put it simply, “subjects do not have to think that violating the norm is a bad thing or that conforming to it is a good thing”.<sup>20</sup>

The latter point is very important, but there is still some way to go, as it seems that intention has to do not only with violating a rule, but also with the agent’s awareness of violating a rule (“awareness of wrongdoing”, to use a civil law term). This is what *Holton* suggests when talking about violating a norm “knowingly”.<sup>21</sup> In his own words, “it makes perfect sense that we incorporate our judgement that a norm was intentionally violated into our assessment of whether the outcome was intentionally brought about”.<sup>22</sup>

In addition to this theory, there are other attempts to explain the side-effect effect based on norm violation. According to a view called the “salient norm hypothesis”, it could be that the salience of a norm is crucial to ascribe intention to an agent. To clarify what is meant by the term “salient norm”, I shall briefly introduce the study which showed that participants are more inclined to attribute intention when some side effect violates a salient norm than when it does not violate such a norm.<sup>23</sup>

In one of the two individual surveys which were conducted in the study, all respondents were given a scenario in which a person named Carl was uncertain whether to invest inherited money or give it to a charity. However, not all respondents received the same continuation of the scenario. In one of the versions, a friend says to Carl, “If you invest the money, you may be able to retire in comfort,” while in another one a friend says, “If you give the money to Oxfam, you will help a lot of people”.<sup>24</sup> There were two endings as well:

<sup>20</sup> *Holton*, *Analysis* 70 (2010), 417 (420).

<sup>21</sup> *Holton*, *Analysis* 70 (2010), 417 (420).

<sup>22</sup> *Holton*, *Analysis* 70 (2010), 417 (423).

<sup>23</sup> *Robinson/Stein/Alfano*, *Philosophical Studies* 172 (2015), 177.

<sup>24</sup> The survey includes two more versions of the scenario. In one of them, a friend mentions both options (investing money

<sup>18</sup> For an English-language overview of these issues, see *Arzt*, *Brigham Young University Law Review* 1986, 711.

<sup>19</sup> *Knobe*, *Midwest Studies in Philosophy* 31 (2007), 90.

in the first one Carl ends up investing the money, and in another one Carl ends up donating the money. Finally, the respondents were asked whether Carl intentionally made (or did not make) his retirement more comfortable, and whether Carl intentionally helped (or did not help) others.

In the view of the authors of the study, Carl violates a salient norm when he acts contrary to what his friend suggested. In case his friend mentioned investing the money, but Carl ends up donating it, he violates a salient “Self Norm”. On the other hand, if his friend mentioned donating the money, but Carl ends up investing it, he violates a salient “Others Norm”. Although it may sound strange that Carl violates any norm by not conforming to his friend’s vague suggestion (especially in case Carl is advised to follow his own selfish interests), there is a rather simple way of explaining the findings of this study: when a norm had been expressly mentioned to the agent, he cannot possibly say he was unaware of it. In other words, by being exposed to a norm, an agent definitely becomes aware of it.

If we take this interpretation a step further, the “salient norm hypothesis” comes very close to *Holton’s* theory, for both these theories hold a valid view that it is not the evaluator’s own “moral code” that matters, but the norm violation itself and the agent’s attitude towards it. The importance of this conclusion can hardly be overestimated, as it shows that intention and awareness of norm violation are intrinsically interconnected. I believe this has profound implications for criminal law. Therefore, we shall return to German legal jurisprudence and develop these ideas more thoroughly.

#### IV. Awareness of Wrongdoing as a Legal Concept and Its Relation to Intention

Recent interpretations of the side-effect effect rightly suggest that intention and awareness of norm violation are inextricably intertwined. In a strictly legal sense, this would mean that the concept of intention has much to do with awareness of legal norm violation, i.e. with awareness of wrongdoing.

In German criminal law, the relation between intention and awareness of wrongdoing has been explored for decades. Thus, this issue now rests upon a solid foundation. Today there are two major theories about this relationship: “Vorsatztheorie” (theory of intention) and “Schuldtheorie” (theory of culpability). Generally speaking, the “Vorsatztheorie” regards awareness of wrongdoing as an integral part of intention, while the “Schuldtheorie” separates the two concepts. However, things are not that easy, as both these theories come in various forms.

Before we proceed to present each of the two theories, there is an important remark to be made. Despite all the differences, both theories reject the legal principle that *ignorantia juris non excusat* (also known as *error juris nocet*). The rejection of this principle has become so deeply rooted in the German-based legal systems that it has almost ceased to be a

---

and donating it to a charity), while in the last one neither option was mentioned (i.e., only the first part of the scenario was shown to respondents).

matter of discussion.<sup>25</sup> Of course, this also means that the difference between the theory of intention and theory of culpability is not that significant in the long run, as they both claim that, in one way or another, error of law should exclude or diminish criminal responsibility (depending on whether it is avoidable or not). Nevertheless, the question of whether or not awareness of wrongdoing belongs to intention is not without importance, as we shall see in the following sections.

#### 1. The Theory of Intention

On the conceptual level, the theory of intention dates back to the beginning of the 20<sup>th</sup> century,<sup>26</sup> but it had not been considered a separate theory until the theory of culpability appeared as its rival. Today there are two main forms of the theory of intention: “strenge Vorsatztheorie” (strict theory of intention) and “modifizierte Vorsatztheorie” (modified theory of intention).

The strict theory of intention simply treats awareness of wrongdoing as an integral part of intention. In other words, this theory holds that unless an agent is aware that she violates a legal rule, she cannot be said to be acting intentionally.<sup>27</sup> On the other hand, the modified theory of intention suggests that “materielles Unrechtsbewusstsein” (substantive awareness of wrongfulness) should be considered an integral part of intention, while “formelles Unrechtsbewusstsein” (formal awareness of wrongfulness) should be regarded as an independent concept. This means that the actor’s awareness that his act is socially harmful (“substantively wrongful”) would be a necessary part of his intention, whereas his awareness that the act in question is legally prohibited (“formally wrongful”) would be relevant only after ascribing intention.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Leaving aside, for the moment, the question of the relationship between intention and awareness of wrongdoing, I consider such a unanimous decision against *ignorantia juris non excusat* fully justified. The idea of abandoning the ancient principle is firmly based on the “Schuldprinzip” (the culpability principle), as shown in the works of the early opponents of *error juris nocet*. See, e.g., *Köhler*, *Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum*, 1904, p. 107-120; v. *Sikorski*, *Die Behandlung des Rechtsirrtums*, 1908, p. 86-89.

<sup>26</sup> Some authors attribute the theory of intention – at least partially – to *Karl Binding*, the originator of the “Normentheorie”, who saw the essence of crime in conscious norm violation. See, e.g., *Müller*, *Die Problematik der Rechtsblindheit oder Rechtsfeindschaft im Sinne der eingeschränkten Vorsatztheorie*, 1966, p. 50.

<sup>27</sup> *Schmidhäuser*, *Einführung in das Strafrecht*, 2<sup>nd</sup> ed. 1984, p. 198.

<sup>28</sup> This does not imply that formal awareness of wrongfulness is meaningless in criminal law. For the proponents of the “modifizierte Vorsatztheorie”, awareness of a legal prohibition is a separate element of culpability. That is, an agent who is not aware of the legal prohibition acts intentionally, but he is either not culpable or acts with diminished culpability. See *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 7<sup>th</sup> ed. 2004, § 15 para. 5 ff.

Today the theory of intention – in both its forms – represents a minority opinion in German criminal law theory. The main reason for this is that the German Penal Code distinguishes (albeit indirectly) between intention and awareness of wrongdoing,<sup>29</sup> which means the “Vorsatztheorie” is contrary to the current legislation. The same can be said for other countries which have adopted the German model (e.g., Austria, Switzerland and Croatia).

However, the current legislative model is not the only reason why this theory is rejected by some scholars. Its critics point out that the “Vorsatztheorie” narrows the concept of intention too much, as it prevents ascribing intention to the agents who are not aware of the “Unrecht” (wrongfulness) of their act. Having in mind that negligence is not punishable unless specifically stated otherwise,<sup>30</sup> such a narrowing would cause impunity of these agents. For instance, an offender who mistakenly believes that document forgery is not prohibited could not be convicted of the offence in question, since intention could not be ascribed to him, and negligence is not punishable in the particular case.

Another argument against the theory of intention states that this theory is contrary to the role of law as an objective order, because it makes the validity of rules depend on dispositions of individual citizens. In the words of one of the prominent German criminal law scholars, *Claus Roxin*, the “Vorsatztheorie” would cause punishment to depend on what an agent *considers* forbidden, and not on what really *is* forbidden.<sup>31</sup>

Although the above objections represent the opinion of the majority, I firmly believe that none of them should be regarded as an insurmountable obstacle for the theory of intention. Of course, the fact is undeniable that the theory of intention is contrary to the current German Penal Code, as well as the penal codes of all the countries which followed the German model, but this does not mean that the theoretical premises of the “Vorsatztheorie” should be rejected in advance. This is to say, if there are valid reasons to accept the theory of intention, these reasons should trigger future legal changes, regardless of the fact that the theory of intention is obviously opposed to the positive law. Before we proceed to investigate the objections to the theory of intention more thoroughly, we shall analyse the rival “Schuldtheorie” (theory of culpability).

## 2. The Theory of Culpability

Contrary to the “Vorsatztheorie”, the now-prevailing<sup>32</sup> “Schuldtheorie” regards awareness of wrongdoing as a concept independent from intention. This theory was developed not so much as a reaction to the problems of the “Vorsatztheorie”, but as a means to accomplish a larger goal, namely, to create a value-free concept of intention, which was sup-

posed to become one of the central notions of criminal law theory. Such aspirations were fuelled by phenomenological philosophy, which was popular in Germany at the time. In the writings of the originator of the theory of final action and one of the most zealous advocates of the theory of culpability, *Hans Welzel*, the connection with this branch of philosophy is obvious, especially with the ideas of *Nicolai Hartmann*.<sup>33</sup>

The theory of culpability comes in many forms. We shall name a few: “strenge Schuldtheorie” (strict theory of culpability), “vorsatzunrechtsausschließende eingeschränkte Schuldtheorie” (limited theory of culpability which excludes intentional wrongdoing), “rechtsfolgenverweisende eingeschränkte Schuldtheorie” (limited theory of culpability which refers to legal consequences), “unselbständige Schuldtheorie” (dependent theory of culpability), “rechtsfolgenselbständige Schuldtheorie” (theory of culpability with autonomous legal consequences) etc. Some of these German expressions are difficult even to translate adequately, and explaining them in detail would be very time-consuming.<sup>34</sup> Furthermore, such an analysis would require a thorough clarification of the “Straftatsystem” (criminal offence system), but such a task is outside the scope of this work.<sup>35</sup> This is why the differences between particular types of the theory of culpability will not be discussed here.

Notwithstanding those differences, various forms of the theory of culpability are all susceptible to the same problem: namely, how to distinguish between intention and awareness of wrongdoing. Having in mind that the basic assumption of the “Schuldtheorie” is separation of these concepts, this question cannot be avoided.

Drawing the borderline between the two notions has caused much trouble, especially since the downfall of the theory of final action, i.e., since it became apparent that the value-free concept of intention is absolutely unviable.<sup>36</sup> In such circumstances, it turned out to be necessary not simply to distinguish awareness of wrongdoing from intention, but to differentiate between awareness of wrongdoing and the value-laden concept of intention, which proved to be extremely difficult. This led to some dubious and counterintuitive solutions. For example, an agent is deemed to lack intention if he hunted during the closed season, mistakenly thinking that the closed season had already passed. On the contrary, a person who hunted during the closed season, without knowing there had ever been a closed season at all, is not deemed to lack

<sup>29</sup> §§ 16, 17 StGB.

<sup>30</sup> § 15 StGB.

<sup>31</sup> *Roxin* (fn. 17), § 12 para. 9.

<sup>32</sup> It is widely acknowledged in German legal theory that the Penal Code (§ 17 StGB) chose the theory of culpability over the theory of intention. See, e.g., *Neumann*, *JuS* 1993, 793.

<sup>33</sup> This connection is explicitly acknowledged by *Welzel*. See *Welzel* (fn. 16), p. 37.

<sup>34</sup> For a brief and useful overview of these theories, see *Scheffler*, *Jura* 1993, 617.

<sup>35</sup> For an English-language introduction to the “Straftatsystem”, see *Bohlander*, *Principles of German Criminal Law*, 2009.

<sup>36</sup> Even before finalism came to an end, some supporters of the theory of culpability had realized the impossibility of creating a value-free concept of intention. Nevertheless, they opted for the “Schuldtheorie” because of its “practicability”. See *Sax*, *ZStW* 69 (1957), 412 (428 f.).

intention, but awareness of wrongdoing.<sup>37</sup> The other disadvantage of the theory of culpability is that it raises the importance of some far-fetched, almost bizarre legal concepts, such as “gesamttatbewertende Tatbestandsmerkmale” (the elements of the criminal act which require evaluation of the act as a whole), which would otherwise be of little significance.<sup>38</sup>

As said before, such subtle distinctions and peculiar concepts are inevitable if we choose to support the “Schuldtheorie”. But then again, it is rather questionable if this kind of hair-splitting is needed at all, or a better solution would be to reunite intention and awareness of wrongdoing and avoid the unnecessary difficulties. In any case, before calling for the restoration of the “Vorsatztheorie”, the objections to it should be addressed first.

### 3. Reconsidering the Objections to the Theory of Intention

#### a) Is the theory of intention narrowing the scope of intention too much?

According to one of the most popular objections, the “Vorsatztheorie” narrows the concept of intention, thereby making it impossible to ascribe intention to some agents whose actions – from a broader ethical or criminal policy perspective – deserve to be called intentional. This refers primarily to agents who disregard rules without being directly aware that their actions are forbidden by law. The opponents of the theory of intention fear that such offenders would often be granted impunity under the assumptions of the “Vorsatztheorie”, as intention could not be ascribed to them, while negligence is punishable only under an explicit provision.

However, these fears are unfounded.<sup>39</sup> If an agent consciously disregards rules, it means that she takes a clearly hostile attitude toward the law, so it cannot be said that she lacks awareness of wrongdoing. This is something both camps should agree upon. Consequently, if we follow the premises of the theory of intention, these agents can be attributed intention without a problem. In other words, it appears that under the “Vorsatztheorie” there is no limbo between intention and negligence in which the offender who disregarded rules could seek refuge. That is why this whole argument may be considered an exaggeration created by the authors who were “hypnotized by the thought that otherwise many criminals would escape their deserved punishment”.<sup>40</sup>

To demonstrate this point, we can use an example which was originally supposed to prove the erroneousness of the theory of intention. It states that a parent who had severely

abused his child,<sup>41</sup> and later claimed that he had not known that such an act was forbidden by law, could not be punished for his deed unless we embrace the “Schuldtheorie”.<sup>42</sup> But this argument is unconvincing, for even if the parent did not know that there was an explicit legal prohibition of child abuse (which is hard to believe, but theoretically possible), he must have known that his action was blatantly socially harmful. That is perfectly sufficient to establish the agent’s intention without having to conform to the requirements of the theory of culpability. Since the notion of intention should definitely include situations in which a rule is consciously disregarded, I hold that the above objection does not refute the theory of intention.

#### b) Is the theory of intention opposed to the role of law as an objective order?

We may now turn to another objection, which states that the theory of intention is opposed to the role of law as an objective order. In the eyes of its critics, the theory of intention would make the validity of rules depend on the disposition of individual citizens. Consequently, punishment would not depend on what really *is* forbidden, but on what an agent *considers* forbidden.

In my opinion, this objection is erroneous. To begin with, the theory of intention has nothing to do with the validity of norms; if an actor could not be ascribed intention because he had lacked awareness of wrongdoing, this would not make the particular rule invalid.<sup>43</sup> Simply put, the “Vorsatztheorie” cannot be said to diminish the role of law as an objective order in any manner. What might be affected eventually is the efficacy of rules. However, this risk is largely overestimated, as there is no real danger that even a remotely significant portion of society would be unaware of basic moral and legal norms. In other words, “[i]t is almost impossible to live in a society, to be raised in it, and above all, to speak its language without knowing the fundamental norms of its legal code”.<sup>44</sup> Certainly, there is a possibility that some defendants would falsely claim that they were not aware of wrongdoing, but this is not a problem peculiar to the “Vorsatztheorie”, since it can be experienced by legal systems which endorse the “Schuldtheorie” as well. The only way this problem could be completely circumvented is by re-establishing the *ignorantia juris non excusat* principle, but such a solution would be rightfully unacceptable for both sides of the argument; after all, “[t]here is no mistake in the legal sense which is not a mistake of law and a mistake of fact at the same time”.<sup>45</sup>

<sup>37</sup> OLG Celle NJW 1954, 1618.

<sup>38</sup> For more on this concept, see *Roxin* (fn. 17), § 10 para. 45-52.

<sup>39</sup> One of the most passionate supporters of the “Vorsatztheorie”, *Heinz Koriath*, rightly claims that these fears contain an “irrational element”. See *Koriath*, Jura 1996, 113.

<sup>40</sup> *Spendel*, in: Jescheck/Vogler (eds.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, 1989, p. 89 (90).

<sup>41</sup> § 225 StGB.

<sup>42</sup> The example is taken from *Roxin*, who is a somewhat sceptical supporter of the “Schuldtheorie”. See *Roxin* (fn. 17), § 7 para. 46.

<sup>43</sup> This point against the objection was put forward by *Koriath*, Jura 1996, 113 (122).

<sup>44</sup> *Koriath*, Jura 1996, 113 (122).

<sup>45</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, vol. 3, 1918, p. 116.

c) *Some other arguments against the theory of intention*

While the above two arguments are not the only ones against the “Vorsatztheorie”, the others are even less plausible. For instance, some authors claim the theory of intention fails to recognize the difference between intention as “Objekt der Wertung” (the object of evaluation), and awareness of wrongdoing as “Wertung des Objekts” (evaluation of the object). To be more precise, this argument states that intention precedes evaluation, whereas awareness of wrongdoing is an element of the evaluation itself. In *Welzel’s* words, “awareness of wrongdoing is not something the actor is blamed for, but rather the reason why the actor is blamed for his unlawful intention”.<sup>46</sup>

Although this distinction is still quite popular, it is utterly unconvincing,<sup>47</sup> since intention is not merely an object of subsequent evaluation, but a concept that cannot be conceived at all without evaluation. As it tries to separate intention from value judgments, this argument is nothing else but another futile attempt to develop a value-free concept of intention.

Besides the latter, there are some other arguments that (vainly, for sure) seek to establish a value-free concept of intention, which would not be able to encompass awareness of wrongdoing. Among the more obscure of these arguments is an assertion that “intention and awareness of wrongdoing require two psychologically rather different types of awareness”;<sup>48</sup> while intention entails “Wahrnehmung” (perception), awareness of wrongdoing requires mere “Wissen” (knowledge). Practically, this would mean that sheer knowledge of the relevant facts is not enough to ascribe intention, or, in other words, that the minimum level of awareness needed for intention is set somewhat higher than in case of awareness of wrongdoing. Nevertheless, it is hard to understand why such a distinction was introduced in the first place, if not in order to deepen the alleged gap between a “purely descriptive” notion such as intention, and awareness of wrongdoing as a concept that undeniably involves normative judgement.

Despite all the efforts of the proponents of the theory of culpability, it proved to be extremely difficult to split awareness of wrongdoing and intention. Before turning to experimental philosophy once again, I will conclude this chapter with the words of *Anthony Duff*, that, although written in a different context, clearly doom any prospect to achieve what the originators of the theory of culpability strived for: to develop a viable value-free concept of intention:

“[I]ntention is not, and should not be, a purely descriptive concept: [...] it helps to structure our ascriptions of responsibility not by providing a purely factual grounding for such ascriptions, but rather by helping us to determine who should be held retrospectively responsible for what in the light of our normative (and often contested) understandings of the pro-

spective responsibilities that we have in virtue of our positions as moral agents, as citizens, and as filling any of the many roles that we play in our life.”<sup>49</sup>

**V. Lessons from Experimental Philosophy: A Case for Reuniting Intention and Awareness of Wrongdoing**

In the previous chapter, we analysed some common arguments against integrating awareness of wrongdoing and intention. Since none of these arguments seem credible, I maintain that there is no reason to regard the “Vorsatztheorie” as theoretically unsound.

However, the fact that the theory of intention is not inherently flawed does not necessarily mean it should gain the upper hand; after all, the “Schuldtheorie” has been accepted for quite a long time by the majority of German scholars, as well as more than a few legislatures, and it cannot be said that it has produced unacceptable results. Having this in mind, it might as well be claimed that there is no reason to abandon the theory of culpability and revert to the theory of intention. But then again, it should not be forgotten that the theory of culpability requires a lot of fastidious work in establishing criteria for distinguishing intention and awareness of wrongdoing, and if there is nothing wrong with merging these two concepts, then all this effort is superfluous.

Although it is theoretically possible to support either point of view, I still think there is a strong reason to accept the “Vorsatztheorie” as a framework for defining the relationship between intention and awareness of wrongdoing. This reason is that folk intuitions clearly show intention is not just a descriptive notion, as some would like to think, but a profoundly normative concept. Of course, some might deny the importance of ordinary language in resolving legal or philosophical disputes, but if we do not at least try to follow the intuitions about basic mental concepts, we will not be able to come up with anything more than a circular argument. Indeed, even if we proceed to form a concept of intention which is indifferent to ordinary human intuitions, it must be kept in mind that any concept that would significantly depart from the average layman’s understanding of intention would be faced with a serious crisis of legitimacy. To conclude, “intuitions are bedrock, although they are not infallible and not privileged – a sort of ‘bedrock by default’”.<sup>50</sup>

Another argument which might dispute the claim that the surveys of folk intuitions support the “Vorsatztheorie” is the fact that some varieties of the “Schuldtheorie” do not consider intention a purely descriptive notion. In other words, it cannot be said that the normative understanding of intention belongs exclusively to the “Vorsatztheorie”, as there have been efforts to create a workable normative concept of intention within the framework of the theory of culpability. These efforts, as we already showed, have been accompanied by

<sup>46</sup> *Welzel* (fn. 16), p. 161.

<sup>47</sup> *Koriath* rightly called this line of reasoning the most confusing of all the arguments against the theory of intention. See *Koriath*, *Jura* 1996, 113 (121).

<sup>48</sup> *Welzel* (fn. 16), p. 160.

<sup>49</sup> *Duff*, in: *Baker/Horder* (eds.), *The Sanctity of Life and the Criminal Law: The Legacy of Glanville Williams*, 2013, p. 148 (170). For more on this topic, see *ibid.*, *Intention, Agency, and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law*, 1990.

<sup>50</sup> *Double*, *The Non-Reality of Free Will*, 1991, p. 19.

considerable difficulties, but this is not the only reason to dismiss their value; the other, even more important reason is that the theory of culpability is contrary to fundamental human intuitions about what constitutes intention. I will try to demonstrate this in the next few lines.

To begin with, we need to briefly recall *Knobe's* initial experiment, which showed that people were more willing to ascribe intention to rule violators ("harm condition"), than to actors who did not violate any rule in a comparable situation ("help condition"). Such an outcome means that there is a clear asymmetry between the "norm-violating" and "norm-neutral" scenario. Moreover, a further experiment indicated that people were more willing to assign intention to an agent who violated a rule than to an agent who conformed to a rule even when the rule was flagrantly unethical (the "racial identification law" case).

Although these experiments call for an explanation, a unanimous conclusion has not been reached yet. Nevertheless, I do not see any other plausible explanation for these phenomena except for that proposed by *Holton*<sup>51</sup> and (in a lesser degree) the authors of the "salient norm hypothesis".<sup>52</sup> For even if the first experiment, which introduced the side-effect effect, was not so straightforward, the latter unquestionably brings us closer to a unified interpretation of the folk intuitions about intention, which must include some reference to norm violation.

The exact role of norm violation in the notion of intention is still not completely clear. On the one hand, it is obvious that intention does not have to do with the sheer fact that the norm was violated, but with the actor's knowledge that he violated the norm. On the other hand, to satisfy the knowledge condition the actor does "not need to treat violation of the norm as a regulatory guide",<sup>53</sup> or, in other words, he does "not need to be ready to modify [his] behaviour to ensure that the norm is violated".<sup>54</sup> The required level of knowledge seems to be somewhere between these two extremes; that is, it is essential that the actor was aware of wrongdoing and nevertheless proceeded with the intended action, but it is not necessary that his specific aim was to violate the norm.

This line of reasoning can also be applied to *Knobe's* initial survey, which demonstrated the respondents' readiness to ascribe intention to rule violators who simply ignored a norm, without being especially fond of its violation. Thus, in ordinary language, the "I don't care" attitude is apparently sufficient for intention, at least in situations resembling the "harm scenario" ("I don't care at all about harming the environment. I just want to make as much profit as I can").<sup>55</sup>

These findings should have a profound impact on the long-standing dispute between the "Schuldtheorie" and "Vorsatztheorie", and cause the latter to regain its appeal in spite of the current decline. The reason for this is straightforward: in ordinary language, the agent's attitudes towards the norm are highly important in ascribing intention. To put it differently, the action that violates a norm cannot be called intentional unless the actor knows there is a norm against such an action. This is exactly what the theory of intention claims, although in a slightly different wording.

Apart from refuting the very separation of intention and awareness of wrongdoing, folk intuitions give us ground to dismiss two fears that are common in German legal scholarship: the fear that accepting the theory of intention would virtually mean giving impunity to law-disregarding citizens, and that merging intention and awareness of wrongdoing might weaken the role of law as an objective order. Bearing in mind that people tend to ascribe intention even to the indifferent executive in the "harm scenario", both these arguments lose their weight. For although the executive did not aim to violate the norms against pollution, he undoubtedly chose to disregard these norms. Considering that such an attitude is sufficient to attribute intention, it cannot be said that the "Vorsatztheorie" causes the legal order to become dependent on subjective dispositions of individual citizens, or that it might grant exemption from punishment to citizens disrespectful of law.

### VI. Conclusion

With the emergence of experimental philosophy, the notion of intention has secured its position as one of the key philosophical concepts. However, in spite of the proliferation of literature on the subject, the new discipline has not managed to explain the "side-effect effect", a newly observed phenomenon that revealed the existence of normative "contamination" of the folk concept of intention.

Although the search for a uniform interpretation of the "side-effect effect" has been largely unsuccessful, some solutions appear on the horizon. Particularly promising are those which emphasize the importance of norm violation in ascribing intention. In this paper, I tried to show how the efforts to incorporate norm violation into the concept of intention can be supported by the "Vorsatztheorie", which is advocated by a number of prominent German legal scholars. I firmly believe that establishing a link with the theory of intention can help experimental philosophers to explore the relation between intention and norm violation and thereby resolve a great deal of problems with interpreting the "side-effect effect".

As well as experimental philosophy, legal theory can also benefit from mutual exchange. Certainly, the value-ladenness of intention was noticed by German legal scholars long before the establishment of experimental philosophy, but this does not mean that the surveys of folk intuitions about intention should be ignored, as they can be used by legal scholars to reaffirm the normative loading of intention. Furthermore, the results of the surveys might help to untangle the dispute between the proponents of the "Vorsatztheorie" and the

---

<sup>51</sup> *Holton*, *Analysis* 70 (2010), 417.

<sup>52</sup> *Robinson/Stein/Alfano*, *Philosophical Studies* 172 (2015), 177.

<sup>53</sup> *Holton*, *Analysis* 70 (2010), 417 (419).

<sup>54</sup> *Holton*, *Analysis* 70 (2010), 417 (419).

<sup>55</sup> I will leave aside the "help scenario", because legal theory rarely deals with the attribution of intention in such circumstances.

“Schuldtheorie” about the relationship between intention and awareness of wrongdoing, and cause the “Vorsatztheorie” to regain its appeal. In other words, it seems that the results of the surveys of folk intuitions could serve as a decisive argument in favour of reuniting intention and awareness of wrongdoing.

## B u c h r e z e n s i o n

**Werner Leitner/Henning Rosenau** (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2017, 2.048 S., € 278,-.

I. Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich des Steuerstrafrechts) nimmt – jedenfalls in der fachöffentlichen Wahrnehmung – kontinuierlich zu. Dies spiegelt sich in den vergangenen Jahren (außer im Erscheinen zweier weiterer Spezialzeitschriften in Gestalt der NZWiSt und der ZWH neben der traditionellen eingeführten *wistra* sowie einer Vielzahl von Spezialmonographien) auch in der Neuerscheinung einer ganzen Reihe von Spezialhandbüchern bzw. Spezialkommentaren – teils „nur“ zum Wirtschaftsstrafrecht, teils auch einschließlich des Steuerstrafrechts – wider. Neben die Klassiker von Müller-Gugenberger, Wabnitz/Janovsky und – wohl auch schon zu diesen zu rechnen – Achenbach/Ransiek/Rönnau sind in den vergangenen Jahren die von Graf/Jäger/Wittig, Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Momsen/Grützner und Böttger herausgegebenen Werke ebenso getreten wie das einschlägige Münchner Anwaltshandbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (herausgegeben von Volk). Eine weitere Ergänzung bildet nun der hier anzuzeigende, von Werner Leitner und Henning Rosenau herausgegebene Spezialkommentar bei Nomos.

II. Knapp 50 Autoren (unter diesen grob gesprochen ein Drittel aus der Universität, zwei Drittel aus dem Bereich der Praxis) legen hier eine Kommentierung von knapp 40 Gesetzen (in ihren wirtschaftsstrafrechtlich relevanten Auszügen) vor. „Wirtschaftsstrafrechtlich relevant“ bedeutet dabei freilich – ganz zu Recht – insbesondere aus dem Bereich des Nebenstrafrechts nicht etwa nur die Kommentierung der Strafvorschriften selbst, sondern teilweise auch derjenigen primären Normen der jeweiligen Materie, die für die strafrechtliche Bewertung wichtige Weichenstellungen enthalten, so etwa von §§ 93, 111 AktG (für die Sorgfaltsmaßstäbe innerhalb der Aktiengesellschaft und damit neben dem AktG etwa auch für die Untreue relevant), von § 30 AO (für das Steuerstrafverfahren bedeutsam) und § 42 AO (für die Frage nach dem Bestehen eines Steueranspruchs und damit für § 370 AO essenziell) oder von §§ 17-19 InsO (nicht nur für § 15a InsO, sondern auch für §§ 283 ff. StGB bedeutsam). In anderen Kommentierungen freilich wird auch der umgekehrte Weg beschritten. Hier werden im Rahmen der alleinigen Kommentierung der Straftatbestände bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen diejenigen allgemeinen Grundsätze einbezogen, die eine Spezialkommentierung des Gesetzes bei anderen Vorschriften behandeln würde (so etwa bei den §§ 15 ff. AÜG, bei den §§ 106 ff. UrhG oder auch bei §§ 38, 39 WpHG).

Aus dem StGB werden aus dem Allgemeinen Teil die §§ 11, 13 und 14, die Vorschriften über die Irrtumslehre und die Beteiligung mehrerer sowie die Regelungen zum Berufsverbot und zu Einziehung und Verfall behandelt (letztere von *Lindemann* naturgemäß noch zur Rechtslage vor dem Gesetz zur Reform der Vermögensabschöpfung, dabei allerdings in den Vorbemerkungen mit einem ausführlichen Ausblick auf

die neue Regelung in Gestalt der zum Redaktionsschluss bestehenden Entwurfsfassung, vgl. Vorbemerkungen §§ 73 ff. StGB, Rn. 20 ff.). Aus dem Besonderen Teil werden Verstöße gegen Berufsverbote, die Datendelikte der §§ 202a ff. StGB, die Geldwäsche, Betrug (einschließlich seiner Derivate) und Untreue samt Vorenthalten von Arbeitsentgelt, die Bankrottdelikte, das Glücksspielstrafrecht, der Wucher, wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr samt Bestechlichkeit im Gesundheitswesen, Datenveränderung und Computersabotage, das Korruptionsstrafrecht der Amtsträger sowie die Verletzung des Steuergeheimnisses kommentiert. Aus dem Strafprozessrecht finden neben § 152 StPO (auch als „Aufhänger“ für aktuelle Entwicklungen wie insbesondere interne Ermittlungen, vgl. § 152 StPO Rn. 7 ff., instruktiv von *Wimmer* bearbeitet) mit den §§ 153a (ebenfalls *Wimmer*) und 257c StPO (*Lammer*) die beiden zentralen Vorschriften für die im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts so wichtigen konsensualen Ansätze einer Verfahrenserledigung erläutert.

III. Die Kommentierungstiefe ist – wie nicht selten bei solchen Sammelwerken – unterschiedlich, ohne dass durch den Rezensenten entschieden werden könnte, inwiefern diese immer den Herausgeber-Vorgaben (und damit deren Einschätzung über das Gewicht der Vorschriften) geschuldet ist oder ob nicht im Einzelfall auch einzelne Autoren – aus welchen Gründen auch immer – die ursprünglich angepeilten Zielwerte über- bzw. unterschritten haben, was sich in der Summe für das Gesamtwerk ausgleichen mag, aber zu unterschiedlichen Schwerpunkten führt. Freilich darf insoweit aus dem Umfang einer Kommentierung auch nicht automatisch auf die „Bedeutung“ der Materie geschlossen werden, sondern es muss auch im Auge behalten werden, inwieweit in einer Kommentierung ein gesamter Rechtsbereich mit abgebildet (und gegebenenfalls auch einführend viel erläutert) werden muss, während an anderen Stellen davon ausgegangen werden kann, dass die Grundsystematik dem Leser bekannt ist und nur spezifische wirtschaftsstrafrechtliche Besonderheiten Vertiefung erfahren: Wenn also etwa das Außenwirtschaftsstrafrecht fast so viel Raum in Anspruch nimmt wie der Betrug und mehr als die Untreue, so wird dies zwar auf den ersten Blick wohl der forensischen Praxis nicht gerecht; allerdings kann unterstellt werden, dass der Leser die Grundzüge von Betrug und Untreue kennt bzw. hier stets auch Zugriff auf ergänzende Literatur haben wird, während *Ahlbrecht* in seiner Kommentierung von AWG und AWW das System des Außenwirtschaftsrechts insgesamt gleichsam mit erläutern muss (und hier – nebenbei erwähnt – auch noch mehrere Textseiten füllende Ordnungswidrigkeitentatbestände natürlich mit abgedruckt sein müssen).

Um aber trotzdem einmal einen vorsichtigen Vergleich anzustellen: Die Kommentierung der Vorschriften des StGB, unter denen große Teile des Allgemeinen Teils (etwa Versuch, Notrechte – erstaunlicherweise auch das internationale Strafrecht) sowie insbesondere des Besonderen Teils selbstverständlich nicht behandelt sind, nimmt allein gut 700 Seiten in Anspruch. Man kann leicht ermessen, dass hier keine schmale Kost geliefert wird, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Kommentierung eben dieser Vorschriften

etwa im Schönke/Schröder auch „nur“ knapp 700 (wenn gleich etwas größere) Seiten umfasst. Wenig erstaunlich ist dabei, dass die Vorschriften aus dem Allgemeinen Teil im Schönke/Schröder mehr Raum (nämlich 310 Seiten gegenüber gut 190 Seiten im Leitner/Rosenau) in Anspruch nehmen, da hier eben auch deren Bedeutung in anderen Deliktsbereichen weit ausführlicher behandelt werden müssen, während die Vorschriften aus dem Besonderen Teil im Leitner/Rosenau nach Druckseiten mit 535 Seiten (gegenüber ca. 385 im Schönke/Schröder) sogar eine ausführlichere Behandlung finden.

Bei einer notwendig stichprobenhaften Befassung überzeugen die Kommentierungen aber nicht nur hinsichtlich Umfang bzw. Materialfülle, sondern auch inhaltlich und darstellerisch. Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit sind hier etwa die Kommentierungen zu Vorsatz und Irrtum sowie zu Täterschaft und Teilnahme (jeweils *Kaspar*), zum Betrug von *Heger/Petzsche* oder aber die Auseinandersetzung mit der Untreue von *Jahn/Ziemann* zu erwähnen. Ganz besondere Hervorhebung verdient – wie immer in solchen Fällen natürlich eine rein subjektive Einschätzung – die Bearbeitung der § 299 ff. StGB durch *Gaede*, der dabei auch zu den neuen Vorschriften zur Korruption im Gesundheitswesen eine der ersten größeren Kommentierungen vorgelegt hat. Ebenfalls nicht nur umfangmäßig (annähernd 340 Seiten) hervorzuheben ist die Kommentierung der Abgabenordnung, in der allein die §§ 370 und 371 durch *Pelz* bzw. *Habetha* insgesamt auf mehr als 150 Seiten behandelt werden.

IV. Sammelwerke wie das vorliegende bedeuten immer eine Gratwanderung. In bestimmten Feldern (etwa Teilkomentierung des StGB und der StPO) stellt sich die Frage, welchen Mehrwert diese neben den gewachsenen und für den Rechtsanwender in der Regel auch leicht verfügbaren Standardkommentierungen des StGB haben können; in anderen Feldern, in denen im Wesentlichen nur die Strafvorschriften umfangreicher Gesetze dargestellt werden, bleibt das Verhältnis zu Spezialkommentierungen zu diesen Gesetzen fraglich, in denen dann insbesondere auch die außerstrafrechtlichen Vorfragen bei den jeweils in Bezug genommenen Vorschriften nicht nur breiter, sondern auch nicht durch „Strafrechtler“, sondern durch Fachleute der jeweiligen Primärmaterie kommentiert werden.

Für das hier anzuzeigende Werk lässt sich jedenfalls hinsichtlich der vom Rezensenten durchgeführten Stichproben mit Nachdruck bestätigen, dass die „Gratwanderung“ gelungen ist. Den im Nebenstrafrecht tätigen Autoren ist es ganz überwiegend gut gelungen, die Grundsystematik des jeweiligen Rechtsgebietes in dem Maße, in dem dies für die strafrechtliche Bewertung von Bedeutung ist, mit einzubeziehen und mit darzustellen. Die Auswahl der behandelten Gesetze überzeugt. Die Schwerpunkte scheinen – unter Berücksichtigung so teilweise divergierender Parameter wie forensische Praxis einerseits und spezifischer Erläuterungsbedarf andererseits (vgl. oben) – ganz überwiegend gut gewählt. Hinzu kommt, dass jenseits des Inhalts das Buch auch in der technischen Gestaltung lesefreundlich produziert und mit einem ausführlichen Stichwortverzeichnis versehen ist.

V. Zusammenfassend kann also festgestellt werden: Ein einziger Band kann naturgemäß nicht Spezialkommentierungen zu fast 40 Gesetzen ersetzen. Für den im Wirtschaftsstrafrecht tätigen Strafrechtler bieten die Kommentierungen im Leitner/Rosenau aber insbesondere zu solchen Gebieten, in denen er nicht schwerpunktmäßig arbeitet und jedenfalls keinen „ersten Zugriff“ auf umfangreiche Spezialliteratur hat, eine zuverlässige Hilfestellung, die an vielen Orten deutlich über eine erste „Einführung“ hinausgeht. Wer ein Kompendium zu diesem Zwecke benötigt, dem kann das Werk uneingeschränkt empfohlen werden; wer in einer umfangreichen Bibliothek Zugriff auf die verschiedenste Literatur hat, sollte unter den für eine vertiefte Behandlung herangezogenen Werken immer auch an die Kommentierungen im Leitner/Rosenau denken.

*Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg*

## B u c h r e z e n s i o n

**Sven Gerry Gähler**, Der Gefährdungsschaden im Untreuetatbestand, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016, 391 S., € 99,-.

Der Gefährdungsschaden im Untreuetatbestand gemäß § 266 Abs. 1 StGB ist ein Problemfeld, das in den vergangenen Jahren nicht nur die einschlägige Literatur, sondern vor allem auch die höchstrichterliche Rechtsprechung mehrfach beschäftigt hat. Auch der *Autor* weist in seiner Einführung (S. 21 f.) zutreffend darauf hin, dass aufgrund der Vielzahl öffentlichkeitswirksamer Strafverfahren der Eindruck entstehen könne, der Untreuetatbestand sei zum zentralen Delikt des Wirtschaftsstrafrechts avanciert. Dies mag insbesondere mit der oftmals einhergehenden Schadenssumme sowie (teilweise kumulierend) mit dem Bekanntheitsgrad der Beschuldigten einhergehen (S. 21). In dieses Themenfeld hat sich der *Autor* mit seinem nachfolgend zu rezensierenden Werk begeben.

Das Werk enthält auf 369 Seiten fünf Kapitel und beginnt – nach der Einführung sowie der Darstellung des Gangs der Untersuchung im ersten Kapitel – mit der Darstellung der neueren Rechtsprechung und der Grundlagen des § 266 StGB. Bereits in diesem zweiten Kapitel (S. 29 ff.) wird deutlich, dass das Institut des Gefährdungsschadens in hohem Maße durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>1</sup> bzw. des Bundesgerichtshofes<sup>2</sup> geprägt ist. Durch die umfangreiche Rechtsprechungsübersicht, die der *Autor* im zweiten Kapitel bietet (insb. ab S. 56 ff.), wird dem Leser eine umfassende Kenntnis der maßgeblichen Rechtsprechung ermöglicht, die für das weitere Verständnis der Ausführungen des *Autors* unabdingbar ist. Insoweit sei beispielhaft auf die Darstellung der für den Untreuetatbestand prägenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010<sup>3</sup> oder aber auf die Darstellung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs im Verfahren WestLB/Sengera<sup>4</sup> verwiesen (S. 59 ff. bzw. S. 80 ff.).

Im dritten Kapitel (S. 113 ff.) widmet sich der *Autor* den dogmatischen Grundlagen des End- und Gefährdungsschadens. Hierbei gelingt es ihm, zunächst die Problematik des Zeitpunkts der Nachteilsfeststellung überzeugend darzulegen (S. 115 ff.). Insoweit wird zutreffend die Parallele zur Schadensfeststellung beim Betrug gemäß § 263 StGB gezogen (S. 116). Der maßgebliche Zeitpunkt der Feststellung wird

vom *Autor* sodann richtigerweise auf den Zeitpunkt der Vollendung der pflichtwidrigen Handlung gelegt und ist aus der ex-ante-Perspektive festzustellen (S. 117). Im weiteren Fortgang des dritten Kapitels behandelt der *Autor* die Frage der Legitimität des Gefährdungsschadens (Teil B., S. 131 ff.), die sich – so zutreffend vom *Autor* erkannt – als Konsequenz des primär wirtschaftlich orientierten Vermögens- und Nachteilsbegriffs zeigt.

Im vierten Kapitel (S. 181 ff.) erfolgt eine kritische Würdigung der in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten zur Problematik des Gefährdungsschadens. In diesem Zusammenhang bietet der *Autor* einen umfassenden Überblick (S. 182 f.). Dem Leser wird es hierdurch ermöglicht, die gesamte Bandbreite der geäußerten Ansichten kennenzulernen. Einen weiteren Schwerpunkt des vierten Kapitels bilden die Abhandlungen des *Autors* zum Rekurs auf bilanzielle Methoden der Wertfeststellung (S. 192 ff.). In diesem Zusammenhang behandelt der *Autor* zunächst die Problematik einer (etwaigen) Inkompatibilität strafrechtlicher und bilanzrechtlicher Prinzipien nach dem Handelsgesetzbuch (S. 192 ff.), bevor er sodann zutreffend die Frage aufwirft, ob ein Rekurs auf bilanzielle Berechnungsmethoden zu einem Gewinn an Bestimmtheit bei der Konturierung des Gefährdungsschadens führt (S. 197 ff.).<sup>5</sup> Dieses Problemfeld beleuchtet der *Autor* insbesondere auch aus Praktikabilitätsgründen (S. 209 ff.) und kommt in einem Zwischenfazit (S. 211) zu dem Ergebnis, dass der (alleinige) Rückgriff auf das Bilanzrecht als Konkretisierungsinstrument für die Nachteilsfeststellung im Rahmen des § 266 StGB in der insbesondere von der Rechtsprechung vertretenen und angewendeten Form nicht überzeugen kann. Dieses kann allenfalls – wie der *Autor* vertritt – als Orientierungs- und Begründungshilfe bei der Nachteilsfeststellung herangezogen werden (S. 217 f.). Insoweit hält der *Autor* nach Darstellung der in der Literatur vertretenen täterorientierten (S. 227 ff.) und opferorientierten Restriktionsansätze (S. 239 ff.) sowie des Unvertretbarkeits- oder Evidenzkriteriums (S. 250 ff.) eine verfassungsrechtlich gebotene Konturierung des Gefährdungsschadens durch ein Unmittelbarkeitskriterium (hierzu S. 266 ff.) für vorzugswürdig.

Das fünfte Kapitel (S. 285 ff.) ist der Konkretisierung des Gefährdungsschadens anhand von Fallgruppen gewidmet. In diesem Zusammenhang stellt der *Autor* zunächst das Auslösen von Sanktionsrisiken als Fall des drohenden substantiellen Vermögensabflusses (S. 285 ff.) sowie die Kredituntreue als Fallgruppe des Ausbleibens eines Vermögenszuflusses (S. 317 ff.) vor. Insbesondere hinsichtlich der zuletzt genannten Fälle der Kredituntreue diskutiert der *Autor* eine Einschränkung des Gefährdungsschadens bei Eingehungsgeschäften (S. 327 ff.) und kommt zutreffend zu dem Ergebnis, dass ein Gefährdungsschaden auch in Fällen der Eingehunguntreue angenommen werden kann (S. 333). Die Darstellung

<sup>1</sup> Insoweit sei auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Urt. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09 = BVerfGE 126, 170 verwiesen.

<sup>2</sup> Beispielhaft seien BGH, Beschl. v. 13.9.2010 – 1 StR 220/09 = BGHSt 55, 288; Beschl. v. 13.4.2011 – 1 StR 94/10 = BGHSt 56, 203 sowie Urt. v. 18.10.2006 – 2 StR 499/05 = BGHSt 51, 100 erwähnt.

<sup>3</sup> BVerfG, Urt. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09 und 491/09 = BVerfGE 126, 170.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 13.8.2009 – 3 StR 576/08 = BeckRS 2009, 24828. Diese Entscheidung wird besprochen von *Smok*, FD-StrafR 2009, 290495, sowie von *Mediger*, EWiR 2010, 31.

<sup>5</sup> Zum Thema auch *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 211 ff.; sowie *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2016, § 266 Rn. 44 ff.

der Feststellungserfordernisse betreffend den Endschaden im Falle der Kredituntreue stellt einen weiteren Schwerpunkt der Ausführungen des *Autors* im fünften Kapitel dar (S. 334 ff.). Nachdem der *Autor* zunächst die zeitliche Komponente der Feststellung des Endschadens behandelt (S. 334 ff.), kommt er sodann zu dem Ergebnis (S. 342), dass als relevanter Zeitpunkt für die Annahme eines Endschadens grundsätzlich das Ausbleiben eines kompensierenden substantiellen Vermögenszuflusses bei Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs anzusehen ist. Unter Gliederungspunkt „V.“ (S. 359 ff.) werden weitere, der Kredituntreue sowie dem Auslösen von Sanktionsrisiken ähnlich gelagerte Fallkonstellationen behandelt, wobei sich der *Autor* insoweit auf die pflichtwidrige Darlehensauskehr durch einen Notar und auf die unordentliche Buchführung als Fall des Ausbleibens eines Vermögenszuflusses (S. 360) beschränkt.

Die Darstellung des Instituts des Gefährdungsschadens anhand von Fallgruppen rundet den Eindruck des Werkes von einer überzeugenden Darstellung des Themenkomplexes ab, da es dem Leser insbesondere durch die Darstellung im fünften Teil des Werkes möglich ist, die zuvor erlangten Erkenntnisse insbesondere zu den dogmatischen Grundlagen des Gefährdungsschadens bei der Untreue fallbezogen anzuwenden.

In der anschließend folgenden Zusammenfassung kommt der *Autor* zutreffend zu dem Ergebnis (S. 367 ff.), dass der Untreuetatbestand zwar – entsprechend der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – verfassungsgemäß ist, gleichwohl aber einer restriktiven untreuenspezifischen Auslegung insbesondere im Hinblick auf das Institut des Gefährdungsschadens bedarf. Dies entspricht wohl der in Rechtsprechung und Literatur überwiegenden Auffassung.<sup>6</sup> Daneben kommt der *Autor* richtigerweise zu dem Ergebnis, dass auch im Rahmen des § 266 StGB von einem wirtschaftlichen Vermögensbegriff auszugehen ist, dieser aber aufgrund der strafbarkeitseinschränkenden Korrektur des Gefährdungsschadens und der Festlegung eines vollendeten Schadenseintritts wirtschaftlich normativ zu betrachten ist.

Das Institut des Gefährdungsschadens ist mit dem *Autor* (S. 368) als ein Fall eines konstruktiv-dogmatischen Dualismus aufzufassen. Der *Autor* führt überzeugend aus, dass dies auf einer Verlustdependenz auf der einen und der Schadensqualität auf der anderen Seite beruht. Zugleich weist der *Autor* darauf hin, dass sich aus diesem Umstand zumindest auf den ersten Blick widersprüchliche Eigenschaften des Gefährdungsschadens ergeben, wenn der Gefährdungsschaden zunächst abhängig von der Bestimmung des Endschadens, gleichwohl aber als eigenständige Abbildung einer wirtschaftlichen Vermögensverringerung aufzufassen ist.

Das Werk von *Gähler* stellt eine im höchsten Maße geeignete Darstellung der relevanten Diskussionsansätze betreffend das Problemfeld des Gefährdungsschadens dar. Dem *Autor* kann zu dieser hervorragenden Leistung nur gratuliert werden, insbesondere, da es ihm gelingt, die Probleme rund um die Feststellung des Gefährdungsschadens eingehend aufzuzeigen. Die vorstehend aufgezeigte vermeintliche Widersprüchlichkeit des Instituts des Gefährdungsschadens in Form der Abhängigkeit vom Endschaden sowie der Eigenständigkeit des Gefährdungsschadens als Vermögensnachteil bieten ein in hohem Maße interessantes Problemfeld, das der *Autor* äußerst überzeugend bearbeitet hat.

*Dr. Julian Engel, Großmairseid*

<sup>6</sup> *Dierlamm* (Fn. 5), § 266 Rn. 226; zur restriktiven Handhabung des Instituts des Gefährdungsschadens siehe auch *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 111; *Wittig* (Fn. 5), § 266 Rn. 44; *Beukelmann*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 266 Rn. 25 ff.

## B u c h r e z e n s i o n

**Jens Bosbach**, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, C.F. Müller, Heidelberg, 8. Aufl. 2015, 445 S., € 49,99.

Das von *Matthias Wehrauch* begründete und bis zur 6. Auflage betreute Werk „Verteidigung im Ermittlungsverfahren“ von *Jens Bosbach* liegt mittlerweile in der 8. Auflage vor und umfasst nahezu 450 Seiten. Es handelt sich damit um einen der Klassiker auf dem Gebiet des Vorverfahrens. Das Buch wendet sich sowohl an den erfahrenen Strafverteidiger als auch an Berufsanfänger beziehungsweise an die Rechtsanwälte, die weiterhin die klassische Allgemeinkanzlei betreiben und deshalb nur gelegentlich mit Strafverfahren konfrontiert sind. Allen Benutzern wird eine praktische und fundierte Arbeitshilfe geboten. Es werden aber auch die erforderlichen theoretischen Kenntnisse vermittelt.

Thematisch gliedert sich das Werk in sieben Teile, die für die anwaltliche Praxis von besonderer Relevanz sind und der Entwicklung des Mandates folgen. Es beginnt mit der Übernahme des Mandats, wobei besonderes Augenmerk auf die Berufsrisiken des Strafverteidigers gelegt wird. Daran schließt sich ein Kapitel über die ersten Tätigkeiten des Verteidigers an. Es folgt ein Teil über die Verschaffung von Informationen. Das Buch leitet dann über zur Verteidigungsstrategie. Weiter behandelt es die Verteidigung gegen Zwangsmaßnahmen. Ein kurzes Zwischenkapitel stellt die europäischen und internationalen Einflüsse dar. Das Werk schließt – wie bei Büchern für die anwaltliche Praxis fast unvermeidlich – mit der Behandlung der Rechtsanwaltsvergütung.

Dieser Aufbau ist schon bei *Wehrauch* zu finden. Lediglich das kleine Kapitel über europäische und internationale Einflüsse ist dazugekommen und wird sicher in künftigen Ausgaben noch weiter ausgebaut werden. Im Vergleich zu den früheren Auflagen zeigt sich, dass die Verteidigung gegen Zwangsmaßnahmen mit 163 Seiten ganz klar den Schwerpunkt darstellt. Bei *Wehrauch* waren dies in der 2. Auflage von 1985 noch 17 Seiten und in der 4. Auflage von 1995 auch nur 19 Seiten. Hier hat eine drastische Veränderung stattgefunden und es lohnt sich, an dieser Stelle näher hinzuschauen.

Bei *Wehrauch* untergliederte sich dieses Kapitel in drei Unterabschnitte, nämlich Durchsuchung und Beschlagnahme, körperliche Eingriffe sowie vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis. Mittlerweile haben wir hier zehn Unterabschnitte. Zunächst sind hier die Durchsuchung (I.), die Sicherung und Beschlagnahme (II.), die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Durchsuchung und/oder Beschlagnahme (III.) sowie Führerscheinmaßnahmen (IV.). Das entspricht dem vorgenannten klassischen Inhalt der Auflagen aus den achtziger und neunziger Jahren.

Hinzugekommen sind inzwischen jedoch Maßnahmen gegen die persönliche Freiheit (V.), Maßnahmen gegen die Personen (VI.), Überwachung von Personen durch Personen (VII.), Überwachung von Personen durch Angriffe auf Telekommunikationsvorgänge und -daten (VIII.), Überwachung der Person durch andere technische Mittel (IX.) und schließ-

lich zwei anschauliche Übersichten über die möglichen Rechtsschutzmaßnahmen (X.).

Hier zeigt sich die deutliche Verlagerung der Verteidigertätigkeit von der Gerichtsakte als Zentrum der Aufmerksamkeit auf eher der Polizei zugeordnete Instrumentarien, welche in den letzten Jahrzehnten in Strafverfahren wegen Alltagskriminalität zunehmend Eingang gefunden haben und fast immer als Zeichen der Neufassung an den kleinen Buchstaben hinter der Zahl zu erkennen sind (insbesondere §§ 81a bis 81h, 98a bis 98c, 100a bis 100h, 163b bis 163f StPO). Es handelt sich dabei zum einen um technische Möglichkeiten wie der DNA-Identifizierung, der Überwachung der Telekommunikationsverkehrsdaten, der Rasterfahndung sowie des kleinen und des großen Lauschangriffs. Zum anderen geht es um die Überwachung durch verdeckte Ermittler, Vertrauenspersonen oder polizeiliche Beobachtung.

All dies sind Maßnahmen, welche heutzutage relativ überschaubare Verfahren (wie beispielsweise den Handel mit Betäubungsmitteln) vom Aktenumfang her deutlich anwachsen lassen. Man kann sich kaum noch vorstellen, dass vor zwei oder drei Jahrzehnten all dies noch keine Rolle spielte und Strafverteidigung in weiten Teilen eine Frage strafrechtlicher Subsumtion und weniger ein Problem der Auswertung und Interpretation technischer Maßnahmen war. Man sieht einerseits eine sehr ausgefeilte Dichte der Überwachungsmöglichkeiten des Bürgers und andererseits auch die in dieser Zeit hinzugetretene Arbeitsbelastung. Letzteres gilt nicht nur für den Strafverteidiger, an welchen sich das Werk ja wendet, sondern vielmehr in gleichem Maße natürlich auch für die Strafjustiz, deren immer wieder beklagte Arbeitsüberlastung hier einen ihrer Auslöser haben dürfte.

Der *Verfasser* des Werkes hat den Aufbau des Werkes beibehalten, so dass die für die tägliche Arbeit des Verteidigers relevanten Materien flüssig gelesen werden können, um so die relevanten Gebiete kennen zu lernen. Es bietet aber auch die Möglichkeit, die für die jeweiligen Verfahrensschritte notwendigen besonderen Kenntnisse punktuell zu vertiefen.

Das Buch erleichtert die Orientierung durch eine übersichtliche und sinnvoll strukturierte Gliederung. Innerhalb der einzelnen Teile sind immer wieder Schemata zu finden, die gerade bei komplexen Zusammenhängen eine hilfreiche Übersicht darstellen. Für den Berufsanfänger, aber auch für den langjährig tätigen Verteidiger, finden sich immer wieder Formulare und Muster für Anträge oder Schriftsätze. Auch über das Stichwortverzeichnis lassen sich die Problemfelder gut erschließen. All dies sind Vorteile, welche allen Büchern der „gelben Reihe“ des Verlages C.F. Müller, welche nicht umsonst den Titel „Praxis der Strafverteidigung“ trägt, gemeinsam sind.

Als kleiner Kritikpunkt ist leider anzumerken, dass das Musterverzeichnis, welches in den zum Vergleich herangezogenen früheren Auflagen so vorbildlich geführt wurde, mittlerweile verschwunden ist. Das ist vor allem deshalb bedauerlich, weil die Muster des Buches sehr praxistauglich sind und eigentlich den zusätzlichen Blick in ein Formularbuch überflüssig machen.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das vorliegende Werk nicht nur jedem Berufsanfänger uneingeschränkt zur Einarbeitung in dieses Stadium der Strafverteidigung zu empfehlen ist, sondern auch und gerade erfahrenen Verteidigern die Gelegenheit bietet, die im Ermittlungsverfahren vorkommenden Problemkreise näher zu vertiefen. Es ist ein Klassiker, der sich kontinuierlich den Bedürfnissen der Praxis anpasst und so seinen Platz in der Handbibliothek des Strafverteidigers behauptet.

*Rechtsanwalt Volker Seiring, Freiburg*

# First Meeting of the South-North Criminal Justice Research Network (SNN) 28 and 29 April 2017, Humboldt-Universität Berlin

By Seada Hussein Adem, LL.M. (UWC), Victoria Olayide Ojo, LL.M. (UWC), Berlin\*

On 28 and 29 April 2017, the Chair of Prof. *Gerhard Werle* at the Juristische Fakultät at Humboldt-Universität zu Berlin hosted a gathering of 12 members<sup>1</sup> to the inaugural meeting of the South-North Criminal Justice Research Network, which was funded by the KOSMOS programme of Humboldt-Universität zu Berlin. The meeting commenced with a welcome address by Prof. *Gerhard Werle* and a general self-introduction of the members of the network and their roles in their respective institutions. The research network is aimed to bring together experts in the field of criminal law from the global south and north with an initial focus on researchers and institutions from Sub-Saharan Africa and Germany.

The first panel on “South Africa’s Withdrawal from the ICC Withdrawn: Thoughts on the Way Forward” was opened by Prof. *Gerhard Kemp*. Introducing his presentation, *Kemp* gave a timeline of the events that culminated in South Africa’s notice of withdrawal and its subsequent revocation. *Kemp* traced the history of the crisis from 31 March 2005, when the UN Security Council referred the situation in Darfur, Sudan to the ICC, to 28 May 2015, when South Africa was notified by the ICC of a request to cooperate in the arrest of former president Omar Al Bashir who was to visit South Africa for the African Union Summit. *Kemp* noted that there was an urgent meeting on 12 June 2015 between an ICC judge and members of the South African government in The Hague. However, the AU Summit held between 13 and 15 June 2015 opened the next day in South Africa and surprisingly, Omar Al Bashir was in attendance.

*Kemp* described the internal processes in South Africa during this period including the urgent application filed before the High Court of South Africa for the arrest of Omar Al Bashir who managed to leave the country before the arrest could be effected.<sup>2</sup> *Kemp* emphasized that the Supreme Court

of Appeal on 15 March 2016 held that the South African government had violated the constitution, its international obligations and domestic laws under the Rome Statute Implementation Act by its refusal to arrest President Bashir. The South African government had initially appealed this decision but later withdrew its appeal.<sup>3</sup> On the international level, *Kemp* noted that the ICC opened proceedings against South Africa pursuant to Article 87 of the Rome Statute in September 2015.<sup>4</sup>

On 21 October 2016, South Africa became the first state party to the Rome Statute to announce its intention to withdraw from the ICC, having notified the UN Secretary-General of the withdrawal two days earlier. A bill to repeal the domestic Rome Statute Implementation Act was submitted to Parliament on 13 November 2016. *Kemp* pointed out the technical difficulties that the repeal bill was fraught with. He further highlighted the role of political parties and NGOs who opposed the government of South Africa on the fact that, in their view, there cannot be a treaty withdrawal without a parliamentary debate under the South African Constitution. The High Court in its judgement<sup>5</sup> agreed that the Parliament had to be the first port of call in the process of treaty withdrawal and consequently, the purported withdrawal was deemed unlawful and unconstitutional. The government, which did not appeal the decision, was ordered to revoke the withdrawal notification.

*Kemp* noted that, on 7 March 2017, the South African government complied with the judgment and notified the Secretary-General of the UN of the revocation of its earlier notice of withdrawal from the ICC. Additionally, he highlighted the fact that the Repeal Bill was consequently withdrawn from Parliament on 15 March 2017. On 7 April 2017, there was a public hearing at the ICC on South Africa’s cooperation with regards to the Omar Al Bashir case. The decision of the ICC is still pending.

Concerning the future of the relations between the ICC and South Africa, *Kemp* noted that although South Africa is no longer withdrawing from the ICC, an important determining factor would be the ruling of the ICC in the Article 87 process. He stated that a number of scenarios are possible. In

---

\* The authors are both Ph.D. candidates and researchers at the South African-German Centre for Transnational Criminal Justice.

<sup>1</sup> Members of the network are Prof. *Gerhard Werle* (HU Berlin), Prof. *Gerhard Kemp* (University of Stellenbosch, South Africa), Dr. *Hannah Woolaver* (University of Cape Town, South Africa), Dr. *Moritz Vormbaum* (HU Berlin), Dr. *Juliet Okoth* (University of Nairobi, Kenya), Dr. *Charity Wibabara* (National Prosecutorial Authority, Rwanda), Dr. *Sosteness Materu* (University of Dar es Salam, Tanzania), Dr. *Marshet Tadesse Tessema* (Jimma University Ethiopia/University of the Western Cape, South Africa), Ms. *Seada Adem Hussein* (Ethiopia/HU Berlin), Ms. *Victoria Olayide Ojo* (Nigeria/HU Berlin), Ms. *Tanja Altunjan* (HU Berlin), Ms. *Anna Krey* (HU Berlin).

<sup>2</sup> The High Court issued an interim order preventing Omar Al Bashir from leaving South Africa on 14.6.2015 pending the final determination of the substantive suit. Copy of interim order, available at

---

<http://www.southernafricalitigationcentre.org/1/wp-content/uploads/2015/06/Interim-interdict.pdf> (12.9.2017).

<sup>3</sup> South Africa Litigation Centre South Africa/Sudan: Seeking Implementation of ICC Arrest Warrant for President Bashir, available at

<http://www.southernafricalitigationcentre.org/cases/ongoing-cases/south-africasudan-seeking-implementation-of-icc-arrest-warrant-for-president-bashir/> (12.9.2017).

<sup>4</sup> Article 87 (1-7) of the Rome Statute regulates requests for cooperation by the ICC to member states.

<sup>5</sup> High Court of South Africa, Judgment of 22.2.2017 – 83145/2016 (Democratic Alliance [DA] v. Minister of International Relations and Cooperation and others).

the event that a finding of non-cooperation is made against South Africa in a “soft” manner, there is the possibility of negotiations between the Assembly of State Parties and South Africa to forestall the likelihood of future similar incidences. Alternatively, if South Africa is reprimanded “harshly”, *Kemp* foresees that this might trigger renewed withdrawal talks and, due to the subsisting decisions of the South African Courts referred to above, the decision might become a parliamentary one.

The role of internal party politics was also highlighted by *Kemp*. He noted that whoever emerges as the party leader of the ANC in December 2017 might possibly affect the policy direction of the party and consequently the future interrelations with the ICC. He also emphasized the importance of viewing the South African issue within the perspective of the broader discourse of Africa and the ICC and the reform of the relations of the ICC with member states of the AU.

*Dr. Hannah Woolaver* in her comment to the presentation adopted a three-pronged approach. First, she addressed the political lessons to be learnt from the debacle, second, the complexity of the interpretations of some provisions in the Rome Statute and third, she raised certain fundamental issues from the perspective of public international law. On the political lessons to be learnt, *Woolaver* highlighted the difficulty to predict the reaction of governments when legal issues are intertwined with political ones. According to her, much would depend on domestic politics in South Africa. She also noted that the development of international criminal law is not always forward moving and that its linear progression is very fragile. This, to her, should necessitate a more serious exploration into other possible alternatives for the prosecution of international crimes.

On the challenges with the interpretation of the Rome Statute, *Woolaver* noted that South Africa asked the ICC for clarification of certain provisions including Articles 86 and 87, which in her view indeed required further clarification. She however disputed the argument of the South African government that conforming strictly to the provisions of the Rome Statute interfered with South Africa’s role in keeping peace in Africa.

In light of general public international law, *Woolaver* noted the importance of the role of domestic procedures in withdrawing from international treaties and pointed out that South Africa’s attempt to withdraw from the ICC had highlighted this. Also, in her view, it is not yet clear what the appropriate response of the ICC should be to a withdrawal that does not comply with the domestic processes of the member state in question. Additionally, this situation has also stressed the need to have better and more convincing judgments of the ICC. This, in her view, is crucial in order to ensure that the Court’s decisions are not exploited in the anti-ICC rhetoric.

The second panel dealt with the “Criminalization and Prosecution of Transnational Crimes in Kenya”. *Dr. Juliet Okoth’s* presentation on the topic highlighted two transnational crimes, namely terrorism and corruption. The geneses

of the crimes are suppression Conventions<sup>6</sup> which set out obligations to criminalize and cooperate. The cooperation often relates to issues on investigation, evidence collection, mutual legal assistance and extradition. As the Conventions are not self-executing, *Okoth* pointed out the need for domestication in order to enable domestic enforcement. Nonetheless, in light of Article 2 (5) and (6) of the Kenyan Constitution, any ratified Convention becomes part and parcel of Kenyan law, without the need for domestication. This, *Okoth* noted, presents a challenge in the application of the provisions as the scopes of the crimes differ between the suppression Conventions and the Kenyan Law criminalizing the conducts. The difficulty that arises regarding crimes provided in suppression Conventions is that they are often defined too broadly.

In relation to these transnational crimes, *Okoth* evaluated the implications of signing the African Union’s Malabo Protocol<sup>7</sup> in regard to the distinct elements the Protocol included in the definition of the crimes. The Malabo Protocol to which Kenya is a signatory presents a new dimension in the area of international criminal justice that, inter alia, includes the transnational crimes of terrorism and corruption. *Okoth* questioned the implication of ratifying the Malabo Protocol and whether the crimes of the Protocol would then directly apply in Kenya. In the event where there is a disparity between the definitions in the Protocol and a Kenyan Statute criminalizing the conduct in the Protocol, there is no law indicating which definition shall take precedence. As the Protocol is silent on the notion of complementarity, she asked if and how the African Court could intervene for cases in which Kenya has jurisdiction and whether it could give rise to issues on the principle of legality.

Due to its geographical proximity to Al-Shabab and in response to the various acts of terrorism committed against Kenya, the country has enacted the “Prevention of Terrorism Act” in 2012.<sup>8</sup> *Okoth* held that the Act lists out a range of offences as terrorism. This broad approach, *Okoth* explained, has affected the implementation of human rights obligations and has given rise to the national security versus human rights debate. The act criminalizes terrorist groups and membership thereto. It defines a terrorist group as “an entity that has as one of its activities and purposes, the committing of, or the facilitation of the commission of a terrorist act”. She noted that a significant problem arises in regard to the pro-

<sup>6</sup> See, for instance, the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000).

<sup>7</sup> African Union, Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, 2014, available at <https://www.au.int/web/en/treaties/protocol-amendments-protocol-statute-african-court-justice-and-human-rights> (12.9.2017). On the Protocol see Werle/Vormbaum (eds.), *The African Criminal Court – A Commentary on the Malabo Protocol*, 2017.

<sup>8</sup> Prevention of Terrorism, Act No. 30 of 2012, available at <http://www.kenyalaw.org/lex/actview.xql?actid=No.%2030%20of%202012> (12.9.2017).

cess of classifying a “specified entity”.<sup>9</sup> As understood from the discussion on the case *Muslims for Human Rights (MHURI) and another v. Inspector-General of Police and 5 Others* (2015),<sup>10</sup> implementation of the act gives rise to issues concerning the constitutional standards of human rights and fundamental freedoms. The underlying issues regarding criminalization of terrorism and adoption of laws to enforce security measures that seem to infringe upon the freedom and rights of individuals were also reflected in the case *Coalition for Reform and Democracy (CORD) and 2 others v. Republic of Kenya and 10 others* (2015).<sup>11</sup>

These exemplary cases, to *Okoth*, illustrate that over-criminalization and ambiguously defined crimes create problems in the enforcement of terrorism laws. Their implementation has also led to cases before the Constitutional Court, requiring the latter to “draw out the delicate balance between protecting the fundamental rights of citizens and protecting them from terrorists by providing national security”. She further questioned whether the implementation of the Malabo Protocol in respect to terrorism would encounter similar challenges.

Discussing the crime of corruption, *Okoth* drew attention to the fact that Kenya suffers from monetary loss attributed to corruption despite the existence of several laws enacted to combat the crime. So far, there have been very few prosecutions and no convictions of Kenyan senior officials involved in corruption scandals. As corruption in Kenya continues unabated, *Okoth* questioned whether the law in place is dysfunctional. Enforcement through the Malabo Protocol, she suggests, could help fill the existing gap in the implementation of the anti-corruption law of Kenya.

*Dr. Charity Wibabara* in her comment appreciated the legal challenges that arise when there is lack of harmonized law and hierarchy. These challenges, she stressed, are not limited to the East African Community. Enforcement of transnational crimes is difficult, as definitions of the crimes are not harmonized across countries. *Wibabara* pointed out the need to amend laws that do not comply with international instruments and to create a harmonized system that defines the relationship between international, regional and domestic enforcement mechanisms. Political will to implement, execute and enforce laws dealing with transnational crimes also

plays a significant role in the successes of enforcement regimes. *Wibabara* argued there is a need to develop the technical skills of parties involved in the process. Particularly in the enforcement of anti-terrorism legislations, striking the necessary balance between human rights and national security concerns is crucial.

The third panel of the meeting, on 29 April 2017, focused on the discussion of the future of the network. The inaugural network meeting wound up with allocation of tasks to the participants for the next annual meeting, which is intended to take place in spring 2018.

---

<sup>9</sup> Section 3 of the Act defines “specified entity” as an entity which has (a) committed or prepared to committed, attempted to commit or participated in or facilitated the commission of, a terrorist act; or (b) an entity acting on behalf of, at the direction of or in association with an entity referred to in paragraph (a). See Prevention of Terrorism, Act No. 30 of 2012, available at

<http://www.kenyalaw.org/lex/actview.xql?actid=No.%2030%20of%202012> (12.9.2017).

<sup>10</sup> Petition No. 19 of 2015, *Muslims for Human Rights (MUHURI) and another v. Inspector-General of Police and 5 others* (2015) eKLR.

<sup>11</sup> Petition No. 628 of 2014, 630 of 2014 and 12 of 2015, *Coalition for Reform and Democracy (CORD) and 2 others v. Republic of Kenya and 10 others* (2015) eKLR.