

## DERECHO PENAL Y GUERRA: ¿INTERVENCIÓN PUNIBLE DEL GOBIERNO ALEMÁN EN LA GUERRA DE IRAK? \*\*

KAI AMBOS\*

Albin Eser ha dirigido una y otra vez la mirada desde los problemas puramente dogmáticos del Derecho Penal y Procesal Penal hacia los problemas actuales político-criminales de nuestro tiempo. Como director del Instituto Max-Planck para Derecho Penal extranjero e internacional, se ha dedicado progresivamente a temas de «derechos humanos», ya sea intercediendo decididamente en favor de una justicia penal acorde a los derechos humanos<sup>1</sup>, por la persecución de graves violaciones a los derechos humanos<sup>2</sup> o en favor de la nueva Corte Penal Internacional (CPI)<sup>3</sup> o promoviendo, de acuerdo a sus posibilidades, numerosos proyectos sobre la situación del respeto a los derechos humanos en Latinoamérica<sup>4</sup>. Sin embargo, Eser también ha intervenido en forma práctica en

---

\* Agradezco al licenciado en Derecho Sr. Dennis Miller (Gotinga/Hannóver) por la valiosa ayuda.

\*\* Traducción del original «Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?», Libro Homenaje a Albin Eser, 2005, realizada por Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M., Friburgo de Brisgovia/Gotinga; revisión por el autor.

La presente traducción está igualmente dedicada al Prof. Albin Eser.

<sup>1</sup> Cfr. «Menschengerechte Strafjustiz im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung», Libro Homenaje a Waltos, 2002, p. 169; entre otros, en español en: Universidad Nacional de la Educación a Distancia (ed.), *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2001, p. 15.

<sup>2</sup> Cfr. por ejemplo «Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen», Libro Homenaje a Trechsel, 2002, p. 15.

<sup>3</sup> Cfr. por ejemplo «Auf dem Weg zu einem Internationalen Strafgerichtshof», Libro Homenaje a Spinellis, 2001, p. 339.

<sup>4</sup> Al autor le fue posible concluir, entre 1992 y 2003, cuatro proyectos de investigación en el Instituto Max-Planck gracias al apoyo decidido de Eser, cfr. Ambos, *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997; *Ambos/Maier/Woischnik* (eds.), *Las reformas procesales penales en América Latina*, 2000; *Ambos/Gómez Colomer/Vogler* (eds.), *La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, 2003; *Ambos/Malarino* (eds.), *La persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*, 2003.

estos ámbitos, ya sea como coiniciador de un proyecto alternativo para el estatuto de la CPI<sup>5</sup> o como corredactor de la «Declaración de Friburgo sobre la posición de la fiscalía en un Tribunal Penal Internacional permanente»<sup>6</sup>. El punto cúlmine de estas actividades lo constituye de momento, sin duda, la elección de Eser como juez *ad litem*<sup>7</sup> del tribunal para la ex-Yugoslavia, respecto de la cual recibió ya, en la primera votación, la necesaria aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>8</sup>. También las cuestiones jurídicas asociadas a la guerra de Irak han sido y siguen siendo de gran importancia para el homenajeado, de modo que el autor de estas líneas puede estar seguro del especial interés del homenajeado por el siguiente artículo. ¡Es por ello que se dedica esta contribución a Albin Eser con los mejores deseos!

## Introducción

El Fiscal General Federal (GBA) ante el Tribunal Supremo alemán negó, el 21 de marzo de 2003, la sospecha inicial de una conducta delictiva del Gobierno Federal alemán según el § 80 del Código Penal<sup>9</sup> por su intervención en la guerra de Irak<sup>10</sup>. En concreto se trataba de la concesión de derechos de utilización, sobrevuelo y transporte en favor de los EEUU y de la intervención de soldados alemanes en vuelos AWACS de la OTAN sobre territorio turco. Con esa decisión el § 80 salió de la sombra de un Derecho Penal meramente simbólico<sup>11</sup> y debería gozar

<sup>5</sup> Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/ Max Planck Institut for Foreign and International Criminal Law (MPI), Draft Statute for an International Criminal Court - Alternative to the ILC Draft (Siracusa Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br., July 1995 («Siracusa Draft I»); los mismos, 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (updated Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br./Chicago, 15 de marzo de 1996 («Siracusa Draft II»). Al respecto también *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, pp. 476, 483 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. *Arbour/Eser/Ambos/Sanders* (eds.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, 2000, pp. 667 y ss. (en inglés, francés, español y alemán).

<sup>7</sup> Los jueces *ad litem* son elegidos por cuatro años y luego designados por el presidente del Tribunal para la ex-Yugoslavia (ICTY), según las necesidades, en determinados procesos con las mismas facultades que los jueces permanentes (cfr. art. 13 ter y *quater* estatuto del ICTY, [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)).

<sup>8</sup> Eser obtuvo en la elección del 12 de junio de 2001, ya en la primera votación, 129 de los 171 votos válidamente emitidos. Su período de funciones dura hasta el 11 de junio de 2005. En setiembre de 2004 comenzó a ejercer el cargo en La Haya.

<sup>9</sup> Los párrafos sin especificación corresponden al Código Penal alemán.

<sup>10</sup> Comunicación/Comunicado de prensa del 21 de marzo de 2003 publicado, inclusive los motivos, en *JZ* («Juristenzeitung») 2003, p. 908, con comentario de *Kreß*.

<sup>11</sup> LK-Laufhütte<sup>11</sup>, § 80, previo n.m. 1; Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*<sup>26</sup>, § 80, n.m. 1. NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 2 con ulteriores referencias, hace presente la escasa relevancia práctica de la prescripción.

también a futuro de una reconocimiento no sólo teórico, atendido el creciente compromiso militar de la República Federal de Alemania (RFA) en el marco de conflictos internacionales. *Kreß* fue el primero en presentar una amplia e innovadora investigación de Derecho Penal nacional e internacional<sup>12</sup> en la cual se tratan, prácticamente de modo exhaustivo, todas las cuestiones fundamentales de Derecho Penal internacional necesarias para la comprensión del § 80. De modo que en estas líneas se abordarán las preguntas que plantea el § 80 en torno a la teoría de la intervención punible<sup>NdelTr</sup> y especialmente en consideración a las medidas de apoyo otorgadas por la RFA. En tal sentido, el origen de Derecho Penal internacional del § 80 hace naturalmente inevitable una fundamentación *penal internacional*. Al respecto, debe distinguirse entre una intervención en el ámbito macro y una en el ámbito micro (*infra* I.) y, sobre la base de esta dicotomía, examinarse la punibilidad internacional e interna por las mencionadas medidas de apoyo (*infra* II. y III.).

## I. Intervención en el ámbito macro y en el ámbito micro

A fin de poder dar suficiente cuenta de la «naturaleza mixta de la agresión tanto como fenómeno interestatal como también jurídico-individual»<sup>13</sup>, surge la posibilidad de distinguir entre dos planos de intervención. Por un lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito macro*, puede intervenir en una guerra de agresión un *Estado*, vale decir, puede ya sea dirigir una guerra de agresión *propia* —en cierto modo como autor— o puede cooperar o inducir a una guerra de agresión *ajena* —en cierto modo como partícipe. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención punible *estatal*. Si el término de la intervención sólo abarca la intervención «activa» como agresor («Estado-autor») o si, asimismo, abarca la «pasiva» como agredido («Estado-víctima»), puede aún quedar abierto en este punto (*cf. infra* III. 1.). Por otro lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito micro*, pueden los miembros de un Estado beligerante o que apoyan una guerra ajena ser autores o partícipes del respectivo delito, siendo de momento irrelevante si resulta punible ya la preparación o sólo el desencadena-

<sup>12</sup> ZStW 115 (2003), p. 294. El comentario en JZ 2003, p. 911 representa esencialmente una versión resumida de las explicaciones en ZStW 115 (2003), pp. 334 y ss., por lo que acá se citará en principio solamente el último trabajo referido.

<sup>NdelTr</sup> En el texto se designa con el término *intervención* (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) el concepto englobador de toda forma —principal o accesoria— de aportación al hecho (en el original: «Beteiligung») y que frecuentemente se designa también con la expresión *participación* (en sentido amplio). Este último término (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) se reserva en el texto a la intervención en calidad de inductor o cómplice (en el original: «Teilnahme»).

<sup>13</sup> *Hummrich*, *Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression*, 2001, p. 149.

miento de la guerra de agresión. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención *individual*.

En el supuesto de intervención «activa» son concebibles, por lo tanto, un total de cuatro constelaciones jurídico-penales relevantes *individualmente*:

- autoría individual en el interior del «Estado-autor»
- participación individual en el interior del «Estado-autor»
- autoría individual en el interior del «Estado-cómplice»
- participación individual en el interior del «Estado-cómplice»

Si se reconoce, aun más allá, la posibilidad de una intervención «pasiva», también es concebible, en principio, la situación de una intervención (individual) en el «Estado-víctima». Sin embargo, sólo sería posible una punibilidad en caso de una intervención (individual) en la guerra de agresión del Estado autor o cómplice desde el territorio del Estado-víctima. A modo de ejemplo, si la RFA es atacada por un Estado, entra en consideración una responsabilidad penal individual por intervención en una guerra de agresión sólo para aquellos que actúan de parte de este Estado-autor. Aquellos que intervienen de parte de la RFA como Estado-víctima sólo hacen uso del derecho de autodefensa derivado, según el artículo 51 del Estatuto de la ONU. Por ende, esta constelación no presenta nuevos problemas en cuanto a la intervención punible, por lo que la intervención pasiva no requiere, ya por tal motivo, de un tratamiento separado<sup>14</sup>.

## II. Fundamentos de Derecho Penal internacional

### 1. En cuanto a la punibilidad de la «guerra de agresión»

Consideraciones en torno a la intervención en la guerra de agresión suponen, en primer lugar, una claridad respecto del objeto a relacionar con la intervención, *scil.* el *concepto de guerra de agresión* o también denominada *agresión*. El hecho de que se trate de un concepto penal internacional<sup>15</sup> no debiera requerir, precisamente en Alemania, de una

---

<sup>14</sup> En cuanto a la problemática de la jurisdicción competente al actuar desde el extranjero (§ 5 N° 1) cfr. *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 343 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. *Humrich* (nota 13), pp. 86 y ss.; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 307 y ss.; *LK-Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 2. Cfr. también GBA JZ 2003, pp. 909 y ss. Al respecto de otra opinión *Müller*, Die Pönalisierung des Angriffskrieges im GG und StGB der Bundesrepublik

fundamentación especial aunque, de todos modos, haga necesarias algunas consideraciones básicas propias de esta rama del Derecho.

Si bien la punibilidad penal internacional de la guerra de agresión es indiscutida, en principio, desde Nuremberg<sup>16</sup> y ha sido reforzada por el artículo 5 párrafo 1 (d) del Estatuto de la CPI<sup>17</sup>, no existe acuerdo en cuanto a los contornos exactos del tipo de la agresión. Si bien el grupo de trabajo de la Comisión Preparatoria de la CPI (*Preparatory Commission - PrepCom*) y ahora de la Asamblea de Estados (*Assembly of State Parties-ASP*), constituidas a partir del art. 5 párrafo 2 del Estatuto de la CPI, ha elaborado hasta ahora numerosas propuestas, no ha presentado una definición susceptible de consenso<sup>18</sup>. Acorde a la distinción, relevante para el Derecho Penal internacional, entre prohibición de Derecho Internacional y punibilidad de Derecho Internacional se debe distinguir, respecto de la guerra de agresión, entre conductas de agresión contrarias al Derecho Internacional (*acts of aggression*) y la guerra de agresión punible en Derecho Internacional (*war of aggression*), o sea, un *crimen* de agresión (*cri-*

---

Deutschland, tesis doctoral Heidelberg 1970, pp. 64 y s., 83 y ss., especialmente p. 89, que determina el concepto de guerra de agresión únicamente a partir del art. 26 párrafo 1 GG (Constitución Federal alemana).

<sup>16</sup> Cfr. *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2003, ns.ms. 1150 y ss. (1154, 1156); *Cassese*, *International Criminal Law*, 2003, p. 113 (con referencia al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua); *Kreß*, *ZStW* 115 (2003), pp. 295 y ss.; *el mismo*, *Journ. of Int. Criminal Justice* 2 (2004), p. 348 s.; *Müller-Schieke*, *Leiden Journal of International Law (LJIL)* 14 (2001), pp. 414 y s., 428; *Gaja*, en: *Cassese/Gaeta/Jones* (eds.), *The Rome Statute of the ICC*, vol. I., 2002, p. 431; *Griffiths*, *International Criminal Law Review (Int.Cr.L.Rev.)* 2 (2002), pp. 303 y ss.; en cambio, la toma de posición de la delegación de los EEUU en la PrepCom en *AJIL* 95 (2001), p. 400 contradice la opinión de que la resolución 3314 haya sido o sea expresión de Derecho internacional consuetudinario; crítico al respecto *Cassese*, op. cit. Más allá aun, *Ronneberg*, *Der Tatbestand des Verbrechens gegen den Frieden*, tesis doctoral, Würzburg 1998, p. 202, niega que exista siquiera una punibilidad de Derecho Internacional consuetudinario de la guerra de agresión. *Schuster*, *Criminal Law Forum (CLF)* 14 (2003), pp. 50 y s., aboga por la eliminación de la guerra de agresión del Estatuto de la CPI.

<sup>17</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) del 17 de julio de 1998, publicado en BGBl. [boletín oficial de legislación alemana, n. del tr.] 2000 II, pp. 1394 y ss.

<sup>18</sup> Respecto del estado de las negociaciones y de las propuestas del «Working Group on the Crime of Aggression» cfr. el «Discussion paper proposed by the Coordinator», en: Report of the PrepCom del 24 de julio de 2002 (Addendum. Part. II. Proposals for a provision on the crime of aggression, UN-Doc. PCNICC/2002/2/Add.2), así como [www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm](http://www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm).; también publicado en Clark, *LJIL* 15 (2002), pp. 887 y ss; asimismo en [www.icc.cpi.int/library/basicdocuments/ICCASP2\\_EN.pdf](http://www.icc.cpi.int/library/basicdocuments/ICCASP2_EN.pdf), pp. 9, 234. En cuanto a la discusión y al desarrollo de Derecho Internacional cfr. también *Bruha*, *Die Definition der Aggression*, 1980; *Ronneberg* (nota 16); *Hummrich* (nota 13). Instructivo respecto de las negociaciones en curso Clark, op. cit.; *Westdickenberg/Fixson*, en: *Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum* (eds.), *Verhandeln für den Frieden*, 2003, pp. 483 y ss.; *Schuster*, *CLF* 14 (2003), pp. 1 y ss.; *Politi/Nesi* (eds.), *The ICC and the crime of aggression*, 2004.

*me of aggression*). En tal sentido, las conductas de agresión contrarias al Derecho Internacional, como las que pueden hallarse en el anexo de la famosa resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de la ONU<sup>19</sup>, no implican siempre la existencia de una guerra de agresión punible, o sea, de un crimen de agresión<sup>20</sup>. Esto ya resulta de la circunstancia de que el art. 5 (2) de la resolución 3314 define la «war of aggression» por separado como «*crime against international peace*»<sup>21</sup>, con lo que se pretendía marcar la diferencia respecto de las (meras) conductas de agresión que solamente conllevan responsabilidad del Estado por el ilícito internacional cometido. La punibilidad penal de Derecho Internacional supone, por lo tanto, una *cualificación de la conducta de agresión*. Es así como el mencionado grupo de trabajo de la CPI exige una conducta de agresión que «by its character, gravity and scale, constitutes a *flagrant violation of the Charter of the United Nations*»<sup>22</sup>. Este requisito es compartido por lo que puede considerarse opinión mayoritaria en la doctrina, al exigirse que se sobrepase un cierto umbral de violencia («*treshold*»), ya sea mediante una lesión flagrante o unívoca de la prohibición internacional de la violencia<sup>23</sup>, mediante una cierta extensión e intensidad de las conductas violentas<sup>24</sup> o a través de algo mayor que una mera utilización de violencia «de minimis»<sup>25</sup>. Si se intenta concretizar la implícita restricción objetiva del tipo, se estará intentando delimitar las *conductas de agresión* que alcanzan o que aun sobrepasan este umbral de violencia de aquellas inferiores, meramente constitutivas de *conductas hostiles*. Será difícil hallar en este punto criterios abstractos, sin embargo, se puede sostener, en todo caso, que las conductas de índole preparatoria (como la concentración de tropas en la frontera, el rearme) o de menor intensidad (como, por ejemplo, escaramuzas fronterizas menores, ingresos esporádicos a territorio soberano ajeno para la persecución de sublevados) no constituyen una guerra de agresión punible<sup>26</sup>. Por lo demás, la punibilidad de *actos preparatorios*

<sup>19</sup> 14 de diciembre de 1974, U.N. GAOR, 29th session, supplement 31, pp. 142 y ss.; versión alemana por ej. en AK-Sonnen, § 80, n.m. 17.

<sup>20</sup> Cfr. Bruha (nota 18), pp. 127 y s.; Hummrich (nota 13), pp. 87 y s.; Triffterer/Zimmermann, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, Art. 5, n.m. 19; Westdickenberg/Fixson (nota 18), pp. 485 y s., 490; Werle (nota 16), n.m. 1164; Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), pp. 417 y s.; Griffiths, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), p. 362.

<sup>21</sup> Respecto de este término también Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), pp. 418 y s.; crítico Clark, LJIL 15 (2002), p. 878, que lo considera un «unhelpful concept».

<sup>22</sup> Discussion paper (nota 18), Nr. 1 (destacado por el autor).

<sup>23</sup> Kreß, ZStW 115 (2003), pp. 299, 302 y ss. (306); Clark, LJIL 15 (2002), pp. 876 y s.; Hummrich (nota 13), pp. 217 y s. Cfr. también GBA JZ 2003, p. 911: «lesión evidente de la prohibición de violencia».

<sup>24</sup> Werle (nota 16), n.m. 1162.

<sup>25</sup> Griffiths, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 319 y s., 366, 372: «use of force which is more than de minimis ...».

<sup>26</sup> Parecido Werle (nota 16), ns.ms. 1156, 1164; Cassese (nota 16), p. 114; Griffiths, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 319 y s.



tampoco es reconocida por la costumbre internacional, al menos cuando ni siquiera alcanzan una tentativa de guerra de agresión<sup>27</sup>. Por lo tanto, la punibilidad por la intervención en la «planificación» (planning) y en la «preparación» (preparation) de una conducta de agresión (calificada), propuesta por el grupo de trabajo de la CPI<sup>28</sup>, supone que la agresión haya alcanzado, al menos, el estado de tentativa.

Una restricción adicional del tipo resulta de entender la agresión en sentido clásico como «state crime», vale decir, exigiendo un conflicto armado internacional en el cual un Estado ataca a otro<sup>29</sup>. En este caso quedarían excluidos del tipo tanto conductas de agresión interna, por ejemplo, en contra de determinados grupos étnicos, como también conductas de agresión de actores no estatales. Si bien es cierto que prácticamente resulta imposible controvertir esta restricción del tipo desde la perspectiva del Derecho Internacional consuetudinario, resulta cuestionable si es apropiada, lo que no puede ser profundizado aquí.

Más difícil y controvertida es la pregunta acerca de si el tipo requiere una restricción adicional con miras a un determinado *resultado típico* o una determinada finalidad por parte de los autores. El grupo de trabajo de la CPI propone, en tal sentido, que la conducta de agresión deba tener como finalidad o como resultado la ocupación o anexión del Estado agredido<sup>30</sup>. De ese modo, por una parte, se mezclan presupuestos de punibilidad objetivos y subjetivos: por un lado resultado, por el otro finalidad. Por otra parte, se recurre a la comprensión tradicional de la guerra de agresión, basada en Nuremberg y Tokio, como guerra de ocupación o anexión<sup>31</sup>. En la doctrina se recoge esta propuesta en el sentido de una finalidad «trascendente» y «agresiva respecto del hecho completo»<sup>32</sup>. Es, sin embargo, muy dudoso si la restricción a la ocupación y a la anexión, como finalidades principales de una guerra de agresión, es apropiada o si, con ello, no se excluyen de la punibilidad penal casos dignos de castigo. Adicionalmente, una tal «subjetivización» del tipo no es, sin más, compatible con la opinión absolutamente mayoritaria de que una «intención en sentido técnico» no es necesaria, sino que es suficiente el dolo general<sup>33</sup>. Volveremos sobre ambas cuestiones (*infra* 4.).

<sup>27</sup> Cassese (nota 16), p. 114; Kreß, ZStW 115 (2003), p. 298.

<sup>28</sup> Discussion paper (nota 18), Nr. 1.

<sup>29</sup> Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), p. 420.

<sup>30</sup> Discussion paper (nota 18), Nr. 1, options 1 y 2: «... object or result of establishing a military occupation of, or annexing, the territory of another State or part thereof».

<sup>31</sup> Kreß, ZStW 115 (2003), p. 303; Werle (nota 16), n.m. 1159.

<sup>32</sup> Kreß, ZStW 115 (2003), pp. 304 y ss. (306 y ss.); Werle (nota 16), n.m. 1159 y ss.

<sup>33</sup> Werle (nota 16), n.m. 1170. Cfr. asimismo Clark, LJIL 15 (2002), p. 874; Griffiths, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 369 y ss.; Cassese (nota 16), pp. 115 y s.; Kreß, ZStW 115 (2003), p. 312; Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), pp. 420 y ss.; De otra opinión Hummrich (nota 13), pp. 218 y s.

La situación jurídica penal internacional descrita explica las aprehensiones constitucionales existentes en cuanto al principio de certeza legal. Sin embargo, la progresiva concreción del tipo muestra también que la calificación del término «guerra de agresión» como inconstitucional<sup>34</sup> es excesiva, especialmente si se considera la relativización general del principio desde una certeza o determinación legal a una determinabilidad<sup>35</sup>. Por ello, la doctrina absolutamente mayoritaria contradice acertadamente el veredicto de inconstitucionalidad mediante la restricción a casos inequívocos<sup>36</sup>. Eso obviamente no cambia en nada que la cruz con que carga todo tipo penal de guerra de agresión sea la falta de definición del concepto mismo en el Derecho Internacional. La codificación interna se convierte así en un *tipo penal en blanco* que además es *accesorio al Derecho Penal internacional*<sup>37</sup> dependiendo, por lo tanto, de la dinámica del desarrollo del Derecho Penal internacional.

---

<sup>34</sup> Así NK-Paeffgen, § 80, n.m. 13; anteriormente ya Schroeder, JZ 1969, p. 47 quien, sin embargo, modificó su parecer con la resolución 3314, cfr. Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, tomo 2, § 90, n.m. 2. Según Steinhausen, Der Straftatbestand des Friedensverrats (§ 80 StGB) und die Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG), tesis doctoral, Colonia 1969, pp. 124 y ss., 129, la norma se encuentra «en el límite inferior de lo que en la ley ...se puede aceptar como constitucional». Crítico también Müller (nota 5), pp. 85 y ss. (p. 89) que, sin embargo, mantiene finalmente esta pregunta abierta, ya que quiere determinar el término constitucionalmente. Asimismo lo deja abierto Hummrich (nota 13), p. 89 que, por lo demás, no ve una mayor ayuda en la resolución 3314 (pp. 87 y ss.). Krefß, ZStW 115 (2003), p. 313, quiere dejar que se aclare la pregunta mediante «decisión judicial constitucional».

<sup>35</sup> Cfr. Roxin, AT I, 3ª ed. 1997, § 5, ns.ms. 67 y ss.; respecto de la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH en relación con el art. 7 Convención Europea de DDHH cfr. en este sentido Ambos, KritV 2003, pp. 39 y s.

<sup>36</sup> Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben<sup>26</sup>, § 80, n.m. 4; AK-Sonnen, § 80, n.m. 18; Lackner/Kühl<sup>24</sup>, § 80, n.m. 2; LK-Laufhütte<sup>11</sup>, § 80, n.m. 2; SK-Rudolphi<sup>6</sup>, § 80, n.m. 3; Werle (nota 16), n.m. 1180. A favor de la certeza de, al menos, el «núcleo terminológico» Klug, en: Baumann, Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969, p. 165.

<sup>37</sup> La denominación de NK-Paeffgen, § 80, n.m. 12, como un «concepto accesorio en función de la resolución de la ONU» es algo impreciso, ya que se trata de la facultad soberana de definición del Consejo de Seguridad de la ONU. Sin embargo, mientras éste ejerza alguna influencia relevante para el tipo legal, por ejemplo, con miras a la imputación de una conducta de agresión a un Estado (cfr. Art. 23 (2) del Draft Statute der International Law Commission [ILC] for an International Criminal Court [ICC], Report of the ILC on the work of its forty-sixth session, pp. 43 y ss.) o con miras a la determinación de una conducta de agresión (Discussion Paper (nota 18), n° 5), deberá efectivamente hablarse de un concepto accesorio en función del Consejo de Seguridad. Cfr. también Hummrich (nota 13), pp. 222 y ss.; Müller-Schieke, LJIL 14 (2001), pp. 421 y ss.; Clark, LJIL 15 (2002), pp. 869 y ss.; Werle (nota 16), ns.ms. 1177 y s.; Griffiths, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 310 y ss.; Gaja (nota 16), pp. 432 y ss.



## 2. Intervención en el «ámbito micro»

En el ámbito micro de la intervención *individual* es reconocido hoy en día que, en el caso de la guerra de agresión, se trata de un *crimen de dirigentes*<sup>38</sup>, es decir, que este delito sólo puede cometerse por las élites funcionales políticas o militares, por los miembros del círculo de dirigentes más estrecho. En tal sentido, resulta relevante que el autor se encuentre en una posición en la cual esté efectivamente («effectively») en condiciones «to exercise control over or to direct the political or military action of a State...»<sup>39</sup>. Por lo tanto, no interesa su posición formal como miembro del gobierno, de lo cual, a su vez, resulta que también pueden ser autores las élites funcionales económicas.<sup>40</sup>

Otra pregunta, hasta ahora no aclarada y que ya fue discutida de forma polémica en Nuremberg y Tokio<sup>41</sup>, guarda relación con un posible «carácter amplio de *delito especial*»<sup>42</sup> de la guerra de agresión como resultado de la limitación del círculo de los autores y, con ello, la primacía de la parte especial y la inaplicabilidad de las reglas generales de la participación del artículo 25 párrafo 3 ECPI<sup>43</sup>, de modo que los intervinientes en un plano medio o inferior como *extranei* no sean punibles y, en última consecuencia, no lo sean siquiera como cómplices de una guerra de agresión.<sup>44</sup>

El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg consideró punible la «colaboración» con el plan hitleriano de la guerra de agresión en la medida que se conociesen sus fines<sup>45</sup>. Al respecto, no circunscribió *a limine* el círculo de posibles autores a los acusados como criminales de guerra principales, sino que se refirió en general a «hombres de Estado, dirigentes militares, diplomáticos y hombres de nego-

<sup>38</sup> *Westdickenberg/Fixson* (nota 18), pp. 503 y ss. con ulteriores referencias; *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 334; *Werle* (nota 16), n.m. 1165; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), pp. 419 y ss.; *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 873; *Schuster*, CLF 14 (2003), p. 21; antes ya *Dahm*, Völkerrecht, tomo 3, 1961, p. 306.

<sup>39</sup> Cfr. Discussion paper (nota 18), n° 1.

<sup>40</sup> Así de manera convincente *Clark*, LJIL 15 (2002), pp. 873 y s. con nota 51.

<sup>41</sup> Cfr. las referencias en *Ambos*, AT, (nota 5), pp. 136 y ss.

<sup>42</sup> *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 336.

<sup>43</sup> Así Discussion paper (nota 18), N° 3; asintiendo *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 884.

<sup>44</sup> *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 336 y s.; en cuanto a la consecuencia también *Westdickenberg/Fixson* (nota 18), p. 505; dejando abierto el punto *Vogel*, ZStW 114 (2002), p. 424; en términos parecidos en favor de la inaplicabilidad del art. 25 ECPI y de una comisión exclusivamente en carácter de autor *Hummrich* (nota 13), p. 214; a favor de una punibilidad con una fundamentación político-criminal *Triffterer*, en *Hankel/Stuby* (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, pp. 231 y s.

<sup>45</sup> TMI, *Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher*, 1947, tomo I, p. 189 (pp. 252 y s.).

cios»<sup>46</sup>. De modo que no es posible deducir, en el juicio respecto de los criminales de guerra principales, una limitación de la punibilidad al plano dirigencial (nacionalsocialista) inmediato, especialmente porque se pueden formular dudas respecto de la pertenencia al plano dirigencial de todos los «criminales de guerra principales»<sup>47</sup>. En los doce juicios posteriores de Nuremberg se trató, por regla general, de personas relevantes en la dictadura nacionalsocialista, sin embargo, de ningún modo todos ellos pertenecieron al círculo de dirigentes más estrecho de Hitler (piénsese solamente en el proceso en contra de juristas que afectó a funcionarios públicos del Ministerio de Justicia del *Reich*). Por lo demás, se consideraron de modo muy amplio los presupuestos para una punición por una guerra de agresión como intervención activa, participación, promoción, etc.<sup>48</sup>

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) hizo depender la condena por conspiración («conspiracy»), para la realización de una guerra de agresión, de la posibilidad (objetiva) de una intervención en la planificación y del conocimiento (subjetivo) de los planes de agresión<sup>49</sup>. Si bien al respecto tuvo presente la posición y función del acusado, más bien consideró la posición de dirigente para fundamentar un deber activo de evitación en razón de una posición de garante, y no para una restricción *a limine* del círculo de autores, especialmente porque no se delimitó claramente el «policy-level» del de los funcionarios públicos de nivel medio. Incluso se discutió controvertidamente mediante un *obiter dicta* la cuestión de la punibilidad de simples soldados por participación en la guerra de agresión. Mientras que el presidente del tribunal *Webb* abogaba por la punibilidad de todos los partícipes —«no matter how high or low rank or status»<sup>50</sup>— el juez *Röling* se opuso decididamente a ello.<sup>51</sup>

Un análisis pormenorizado de los casos precedentes de orden penal internacional no fundamenta, por ende, sin más la conclusión a la que llega especialmente *Kreß*<sup>52</sup> de una impunidad de los intervinientes que no pertenezcan al nivel de dirigentes. Más bien admite la conclusión con-

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>47</sup> Cfr. respecto del rol y función de los acusados en el sistema nacionalsocialista *ibid.*, pp. 314 y ss.

<sup>48</sup> Referencias en *Ambos*, AT (nota 5), p. 92; una lista de los procesos se encuentra en *ibid.*, p. 878

<sup>49</sup> Cfr. respecto de lo que sigue *Ambos*, AT (nota 5), pp. 137 y s.

<sup>50</sup> Voto especial en: *Röling/Rüter* (eds.), Tokyo Judgment tomo I, 1977, p. 469 (p. 475)

<sup>51</sup> Voto especial en: *Röling/Rüter* (eds.), Tokyo Judgment tomo II, 1977, p. 1041 (p. 1117): «No soldier who merely executed government policy should be regarded as a criminal, as guilty of the crime against peace.»

<sup>52</sup> *Supra* nota 43.

traría, que también otras personas pueden realizar una aportación al hecho constitutivo de una guerra de agresión que sea relevante desde la perspectiva penal internacional. Si se examina detenidamente se puede apreciar que la caracterización tradicional penal internacional de la guerra de agresión como crimen de dirigentes, tanto en el pasado como en el presente, no se ocupa en absoluto de la punibilidad por participación, en el sentido del modelo diferenciador, ya que se basa en el modelo unitario de intervención punible, centrado en el autor<sup>53</sup>. Al respecto, no se ha modificado nada con el reconocimiento del modelo funcional y unitario de participación en el art. 25 del Estatuto de la CPI<sup>54</sup>, ya que dicha disposición no ha de aplicarse, en absoluto, al tipo de guerra de agresión. Sin embargo, la propuesta del Grupo de Trabajo de la CPI resulta contradictoria precisamente en este punto: por una parte se acentúa el carácter de crimen de dirigentes de la guerra de agresión, centrándose con ello en el dirigente-autor al describirse al que «comete» («commits») el crimen de la guerra de agresión. Por otra, sin embargo, «comete» el tipo *cualquiera* que «participa» activamente en la planificación, preparación, etc.<sup>55</sup>, abarcándose, por lo tanto, toda aportación al hecho<sup>56</sup>. ¿Por qué no deberían *en tal medida* recibir aplicación, en el interior del círculo de dirigentes, las reglas generales de responsabilidad por participación en un delito especial?<sup>56a</sup> Volveremos sobre el punto en el marco del § 80 (III. 2.).

### 3. Intervención en el «ámbito macro»

En el ámbito macro, vale decir, en la participación *estatal*, debe distinguirse entre el Derecho internacional referente a los *conflictos* (armados), el Derecho internacional *de los hechos ilícitos estatales* y el Derecho *Penal* internacional.

En el *Derecho internacional de los conflictos* (Derecho humanitario en sentido estricto) un Estado es partícipe de una guerra cuando es parte en un conflicto armado internacional<sup>57</sup>. La teoría penal de la participación carece, en este sentido, en principio de importancia, por cuanto

<sup>53</sup> *Ambos*, AT (nota 5), p. 362 y *passim*.

<sup>54</sup> Cfr. *Ambos*, AT (nota 5), pp. 543 y ss.

<sup>55</sup> Discussion paper (nota 18), n.º 1: «participates actively in the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression ...».

<sup>56</sup> Acertado *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 875.

<sup>56a</sup> Esta pregunta parece estar nuevamente abierta, después del «Intersessional» del Grupo de Trabajo del 21 al 23 de junio de 2004 en Princeton (EEUU), ya que allí, ahora sí, se consideró como posible la aplicación del art. 25 a la guerra de agresión (esta información se la debo agradecer a *Claus Kreß*).

<sup>57</sup> *Ipsen/Ipsen*, Völkerrecht, 5ª ed. 2004, § 64, n.m. 1; *Vitzthum/Bothe*, Völkerrecht, 2ª ed. 2001, pp. 642 y ss.

se trata del Estado como actor colectivo. Consideraciones en torno al grado y tipo de participación de personas individuales solamente pueden jugar un rol, cuando mucho, al tratarse la cuestión (de relevancia para el Derecho internacional de los conflictos) de la internacionalización de un conflicto mediante el control por un tercer Estado de una parte propiamente intraestatal.<sup>58</sup>

Al contrario, el Derecho internacional delictivo sí puede utilizarse fecundamente para el tratamiento de preguntas de intervención penal. Esto porque en este ámbito —y apoyado en el art. 16 del borrador de la comisión de Derecho Internacional de la ONU (International Law Commission-ILC) de noviembre de 2001<sup>59</sup> como también en el idéntico art. 16 de la resolución 56/83 del Consejo General de la ONU sobre la responsabilidad del Estado<sup>60</sup>— puede considerarse como reconocida la prohibición de la *complicidad* en un hecho ilícito internacional estatal<sup>61</sup>. Según dichas disposiciones un Estado es responsable por la complicidad con, o el apoyo a, una conducta antijurídica de acuerdo al Derecho internacional, cuando copulativamente presta ayuda con conocimiento de las circunstancias de esta conducta y además esta conducta también hubiese sido antijurídica en este ámbito, de haberla cometido el propio Estado cooperador. Sin embargo, no se encuentra en el Derecho internacional delictual una prohibición de la *inducción* a una conducta antijurídica según el Derecho internacional<sup>62</sup>, de modo que puede hablarse, usando una terminología continental-europea, (solamente) de una prohibición de participación limitada.

Ahora ¿es posible transferir este resultado al *Derecho Penal internacional*? Vale decir, ¿puede considerarse, junto a una *prohibición* de la complicidad en el Derecho internacional (delictual), una *punibilidad* de

<sup>58</sup> Cfr. en tal sentido, respecto del caso Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia y el caso Tadic ante el Tribunal para la ex-Yugoslavia, *Ambos*, Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt, en: *Hasse/Müller/Schneider* (eds.), *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, p. 325 (pp. 332 y ss.) con ulteriores referencias.

<sup>59</sup> ILC, Report on the Work of its Fifty-Third Session (2001), Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement n° 10 (A/56/10), ch. IV. E. 1.; al respecto *Pellet* en: Vohrah et al. (ed.), *Man's Inhumanity to Man*, libro homenaje a Cassese, 2003, p. 655. Respecto de una versión anterior Yearbook ILC 1978, vol. II.2., pp. 98 y ss.

<sup>60</sup> U.N. Dokument A/RES/56/83, 12.12.2001; en la versión del servicio de traducción alemán ante las Naciones Unidas bajo [www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf](http://www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf), pp. 530 y ss.

<sup>61</sup> *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed. 1984, pp. 866 y s.; *Ipsen/Ipsen* (nota 57), § 40, ns.ms. 1, 42; *Vitzthum/Schröder* (nota 57), p. 501.

<sup>62</sup> *Kommentar ILC* (nota 59), ch. IV. E. 2., p. 154. Al respecto parece que la ILC estima la inducción/incitación (incitement) como menos grave que la complicidad (aid or assistance).

Derecho internacional de la complicidad con una guerra de agresión? De la jurisprudencia internacional de Nuremberg y Tokio no se puede, *en tal sentido*, extraer conclusiones, ya que no se enjuició la dirección de la guerra por una coalición de Estados con aportaciones *susceptibles de ser escalonadas*. Esta fue precisamente la situación en la guerra de Irak, donde una coalición de Estados «de buena voluntad» condujo —en cierto modo a título de autor— la guerra propiamente tal y un gran número de Estados —en cierto modo a título de cómplices— realizó diversas conductas de apoyo. Ya a partir de esta constelación se puede apreciar que la punibilidad de los «Estados cómplices», o más exactamente de las personas allí responsables, no puede fracasar por el carácter de delito de sujeto especial del crimen de la guerra de agresión, por cuanto con ello no se busca la impunidad de estas personas directivas, sino —¡en el mejor de los casos!— de los partícipes que se ubican más abajo en la jerarquía. Expresado de otro modo: la finalidad de la punibilidad de la guerra de agresión —castigo de los dirigentes responsables— exige realmente una punibilidad del personal directivo también del Estado cómplice<sup>63</sup>.

Esta punibilidad presupone tres aspectos:

- la existencia de un hecho principal punible en forma de una guerra de agresión de el o los Estado(s) autor(es);
- la conducta de apoyo relevante desde el punto de vista del Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales del Estado cómplice (en el sentido del art. 16 del borrador del ILC);
- la ocasión imputable de la conducta de apoyo por parte de la dirección (política).

#### 4. Resultado: ¿complicidad punible de la RFA en Derecho Penal internacional?

La punibilidad de Derecho internacional de la concesión de derechos de utilización, transporte y sobrevuelo en favor de los EEUU para la conducción de la guerra contra Irak depende, según las explicaciones anteriores, decisivamente de la calificación que se haga de esa guerra. Si bien existe un consenso amplio respecto de su *antijuricidad internacional*<sup>64</sup>, con ello aún no se responde la cuestión en torno a su *punibilidad internacional*. En todo caso, ya no se plantea, como sí se hacía en Nuremberg, el problema de la irretroactividad<sup>65</sup> ya que la punibilidad de una

<sup>63</sup> En cuanto al resulta igual *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 336.

<sup>64</sup> Con detalle *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 313 y ss. (p. 331); cfr. también las referencias en *Ambos/Arnold* (eds.), *Der Irak-Krieg und das Recht*, 2003.

<sup>65</sup> Cfr. en tal sentido *Ambos*, AT (nota 5), notas 111 y s.

guerra de agresión se reconoce en principio, según se ha explicado anteriormente<sup>66</sup>. Sin embargo, la falta de contornos del tipo de Derecho internacional consuetudinario existente y su falta de codificación en el ámbito contractual internacional dificultan el examen de la punibilidad, sino acaso la imposibilitan. Si bien la antijuricidad de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra contra Irak puede ser un indicio para un comportamiento relevante desde la perspectiva penal internacional, esta antijuricidad no sustituye la prueba de una *calificación* de la conducta de agresión en el sentido descrito *supra* de la superación de cierto *umbral de violencia*<sup>67</sup>. Una lesión *inequívoca* o *flagrante* de la prohibición de violencia y, con ello, de una guerra de agresión, deberá negarse en todo caso cuando, siguiendo a *Kreß*, se estime que existe una justificación del empleo de la violencia que «no es completamente insostenible»<sup>68</sup>. La debilidad de esta posición consiste claramente en la invocación de la premisa de una justificación de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra, que el propio *Kreß* considera «difícil de sostener»<sup>69</sup> y que es contraria a la opinión mayoritaria en la doctrina en el Derecho internacional<sup>70</sup>.

Queda entonces solamente la diferenciación entre antijuricidad de Derecho internacional del empleo de la violencia la cual, en cuanto al resultado, también es sostenida por *Kreß*<sup>71</sup> y el carácter inequívoco o flagrante de la antijuricidad de Derecho internacional, que recién torna el empleo de la violencia en el crimen internacional de la guerra de agresión. Sin embargo, ¿sigue siendo esta diferenciación, casi quisquillosa, susceptible de ser fundamentada racionalmente y comprensible en la práctica? ¿Se ofrece de este modo a un tribunal como la CPI un parámetro confiable y aplicable para la delimitación del empleo de violencia meramente antijurídica o ya relevante penalmente desde la perspectiva del Derecho internacional? ¿O acaso no otorga más bien un apoyo a quienes prefieren entregar la decisión de la pregunta central del crimen de agresión, *scil.* la comprobación de conductas de agresión calificadas, al Consejo de Seguridad de la ONU, es decir, a quienes quieren decidir la cuestión de forma exclusivamente política?

<sup>66</sup> *Supra* 1. en la nota 16.

<sup>67</sup> Cfr. *supra* 1 en las notas 20 y ss.

<sup>68</sup> *Kreß*, JZ 2003, p. 916; detallado *el mismo*, ZStW 115 (2003), pp. 328 y s., 331, en cuanto a que la opinión jurídica de la coalición para la guerra no es «insostenible»; igualmente *Simma*, SZ del 1./2.2.03, p. 11 (= *Ambos/Arnold* (nota 64), p. 396), defiende la posición que señala que la resolución 1441 sería «ambigua» y «un producto del arte jurídico, un típico caso de una fórmula de compromiso».

<sup>69</sup> *Kreß*, JZ 2003, p. 916.

<sup>70</sup> Cfr. ya las referencias en nota 64.

<sup>71</sup> *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 331.



En oposición a este intento de desarrollar un parámetro objetivo de delimitación, la *subjetivización* del tipo ya descrita, en el sentido de una *finalidad* específicamente agresiva o antijurídica para el Derecho internacional<sup>72</sup> tiene, al fin y al cabo, la ventaja de otorgar, al menos *prima facie*, un criterio de delimitación más unívoco. De entenderse esta finalidad, siguiendo a *Werle*, en el sentido de una ocupación, anexión o subordinación del Estado agredido, difícilmente se podrá achacar esto a la coalición de guerra, al menos no como *finalidad principal o última* del empleo de la violencia<sup>73</sup>. Con una observación más exacta es posible, sin embargo, formular numerosas objeciones a esta concepción. En primer lugar, esta concepción se ve confrontada al *problema práctico-procesal* referido a cómo debe determinarse el objetivo de un determinado empleo de la violencia. Si se quiere confiar solamente en las declaraciones de la dirección de los Estados beligerantes<sup>74</sup>, fácilmente se estará expuesto al reproche de la ingenuidad e inocencia en relación con las «verdaderas» finalidades del empleo de la violencia. Sin embargo, estas verdaderas finalidades —en concreto, por ejemplo, el reproche del cambio de régimen y la explotación de los recursos petrolíferos de Irak— generalmente tampoco pueden probarse de manera confiable<sup>75</sup>. Seguidamente, se presenta la cuestión de cómo ha de *llenarse concretamente* el requerimiento de una finalidad «agresiva» específica. Ya se señaló *supra*<sup>76</sup> que la limitación a finalidades tradicionales de las guerras de agresión, *scil.* la ocupación y la anexión, probablemente no den cuenta de nuevas formas de agresión. Incluso *Kreß* formula dudas razonables en tal sentido, cuando considera preferible ver el injusto adicional «en la (avisada) lesión de la integridad territorial o de la independencia política (entendidas en sentido estricto) del Estado tenido como objetivo.»<sup>77</sup> Finalmente, se presentan numerosos problemas intrincados en relación con la concepción de la intención que se encuentra detrás de este concepto. Cuando *Werle* no quiere exigir una «intención en sentido técnico»<sup>78</sup>, se presenta inmediatamente la pregunta de cómo quiere com-

<sup>72</sup> *Supra* nota 30.

<sup>73</sup> Así *Werle* (nota 16), n.m. 1161. También *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 331 y ss., estima que la necesaria finalidad, específicamente contraria al Derecho Penal internacional, no estaría dada.

<sup>74</sup> Así probablemente *Werle* (nota 16), n.m. 1159.

<sup>75</sup> Cfr. en tal sentido también *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 331 y s., quien parte de la «finalidad declarada» de la coalición para la guerra, *scil.* el desarme de Irak, respecto de lo cual incluso resulta dudoso a qué declaración y *de quién* debe estarse. Al fin y al cabo *Wolfowitz*, el ministro de defensa subrogante de los EEUU, sostuvo luego de concluida la guerra, en entrevista con «Vanity Fair» (9 de mayo de 2003): «The truth is that for reasons that have a lot to do with the U.S. government bureaucracy we settled on the one issue that everyone could agree on which was weapons of mass destruction as the core reason».

<sup>76</sup> *Supra* 1. en nota 33.

<sup>77</sup> *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 307.

<sup>78</sup> *Werle* (nota 16), n.m. 1170.

prender sino la exigencia de una finalidad agresiva, defendida por él. ¿Acaso no se trata de un elemento subjetivo del tipo más allá del dolo, que transforma la guerra de agresión en un delito de intención o finalidad equivalente al genocidio?<sup>79</sup> Si se incorpora entonces esta exigencia en la dogmática general sobre la intención, deberá al mismo tiempo distinguirse entre finalidades intermedias, accesorias y últimas de la conducta típica. Según es sabido, no sólo existe una intención respecto de las finalidades últimas o principales del comportamiento típico, sino que también respecto de aquellas intermedias o accesorias, cuando éstas son causadas conscientemente y representan resultados (intermedios) deseados en relación con la finalidad última<sup>80</sup>. De este modo, se podrá sostener, que no es posible considerar la subordinación u ocupación de Irak como finalidad última o principal de la coalición de guerra. Sin embargo, por otra parte, resulta difícil cuestionar que representa una finalidad intermedia y un estadio de paso *con miras a la finalidad última* de la desmilitarización y democratización y que, en tal medida, fue cometida «intencionalmente»<sup>81</sup>.

De todo ello se sigue que al menos no es posible negar ni afirmar, con una fundamentación incuestionable, la existencia de una guerra de agresión. El Fiscal General Federal evitó la respuesta a esta pregunta mediante la restricción del § 80 por vía teleológica y basada en el Derecho internacional de los conflictos. Estimó que, de este modo, podía dejar abierta tanto la cuestión en torno a si las conductas de apoyo de la RFA constituyen una conducta de agresión, en el sentido del art. 3 (f) de la resolución 3314<sup>82</sup>, como también la pregunta respecto de la admisibilidad en el Derecho internacional de la aplicación de la violencia por parte de la coalición de guerra<sup>83</sup>. Sin embargo, es imprescindible dar respuesta a esta cuestión a fin de poder dilucidar la pregunta aquí planteada acerca de la complicidad de la RFA en una guerra de agresión punible internacionalmente. Si se niega la existencia de una guerra de agresión, quedaría excluida una complicidad de la RFA por faltar un hecho principal relevante desde el punto de vista penal internacional. Si se reconoce su existencia, resulta fácil fundamentar la relevancia para el Derecho Penal internacional de las conductas de apoyo de la RFA como complicidad en una guerra de agresión ajena: por un lado, la concesión de derechos

---

<sup>79</sup> Cfr. en tal sentido respecto de la discusión altamente dogmática sobre el genocidio: *Gil Gil*, Derecho penal internacional, 1999, pp. 178 y ss. (p. 179), pp. 231 y ss. (pp. 258 y ss.); *la misma*, ZStW 112 (2000), p. 394 y s. así como *Ambos*, AT (nota 5), pp. 789 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>80</sup> Cfr. *Roxin* (nota 35), § 12, ns.ms. 7 y ss. (ns. ms. 10 y s.).

<sup>81</sup> En principio también así *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 332 y s.

<sup>82</sup> Art. 3 (f) abarca la puesta a disposición del territorio nacional soberano para la realización de conductas de agresión.

<sup>83</sup> GBA JZ 2003, pp. 910 y s.

de sobrevuelo, entre otros, representa una conducta de complicidad reconocida en el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales<sup>84</sup>, por otro, la dirección del Estado, mediante el gobierno federal, ha ocasionado de manera imputable las conductas de apoyo.

### III. Preparación de una guerra de agresión en el sentido del § 80

#### 1. *Ámbito macro: intervención de Alemania en una guerra de agresión*

La opinión mayoritaria entiende la «intervención» de la RFA en una guerra de agresión no sólo en un sentido activo, sino que también en uno pasivo, por lo que incluye la hipótesis de un ataque a la RFA<sup>85</sup>. Al respecto, esta opinión recurre a la voluntad del legislador, ya que las actas legislativas hablan de una «guerra de agresión, en la que ha de ser agredida la RFA, como también...en la que ha de ser agresora...»<sup>86</sup>. Seguidamente, se argumenta a través del fin de protección del § 80. Éste también protegería justamente la paz internacional, la que sería amenazada independientemente de si la agresión se dirige en contra o surge desde Alemania<sup>87</sup>. Si esta opinión dominante es acertada o no, puede quedar abierto aquí<sup>88</sup>. En nuestro contexto sólo es de relevancia que con ello se

<sup>84</sup> Así también el comentario de la ILC (nota 59), ch. IV. E. 2., pp. 157 y s, *inter alia*, haciendo referencias al apoyo alemán a la intervención en el Líbano; antes ya el comentario al Art. 27 del proyecto de la ILC sobre la responsabilidad de los Estados (nota 59), p. 102, n° 13.

<sup>85</sup> LK-*Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 3; AK-*Sonnen*, § 80, ns.ms. 12, 22; Tröndle/Fischer<sup>52</sup>, § 80, n.m. 4; Lackner/Kühl<sup>24</sup>, § 80, n.m. 2; Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben<sup>26</sup>, § 80, n.m. 2 [de otro modo aun Stree en la edición anterior]; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 18; Steinhausen (nota 34), pp. 89 y ss.; Müller (nota 15), pp. 92 y s.; Werle (nota 16), n.m. 1180 (pero contradictorio en n.m. 118 al final); sin resolver en MüKo-*Classen*, § 80, n.m. 29. Con opinión distinta Schroeder, JZ 1967, p. 47; Maurach/Schroeder/Maiwald (nota 34), § 90, n.m. 6.

<sup>86</sup> Cita de la BT-Drucksache [publicación del Parlamento federal alemán, n. del Tr.] V/2860, p. 2. Así también Wulf, Maaßen, Güde, Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5° período de elecciones, 100ª sesión, p. 1987; opinión distinta, sin embargo, Arndt, *ibid.* Respecto de las contradicciones en las deliberaciones Kreß, ZStW 115 (2003), pp. 345 y s.

<sup>87</sup> Cfr. Steinhausen (nota 34), pp. 90 y s.

<sup>88</sup> Schroeder, JZ 1967, p. 47, ya señaló tempranamente que la valoración y/o tendencia incluida en el concepto de «guerra de agresión» impedía considerar a la víctima como interviniente, por lo que el § 80 sólo podía abarcar una agresión (activa) de la República Federal de Alemania (de acuerdo Schönke/Schröder-Stree<sup>25</sup>, § 80, n.m. 2; Kreß, ZStW 115 (2003), pp. 338, 348). A favor de la opinión dominante está, sin embargo, al fin y al cabo, la circunstancia que una limitación a la guerra de agresión activa puede ser for-

favorece una comprensión de *Derecho internacional de los conflictos* en el sentido expuesto *supra* (II. 3.), ya que según ésta sólo interesa la posición del país partícipe como parte del conflicto, independientemente de si es agresor o agredido. El Fiscal General Federal también argumenta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos cuando presupone para la conducta típica «que la RFA deba participar como *fuerza estatal conductora de una guerra* bajo implementación de sus fuerzas armadas o de forma *comparablemente* masiva<sup>89</sup>» La perspectiva de *Derecho internacional de los conflictos* tiene, por cierto, la consecuencia ulterior, de que meras actuaciones de apoyo en favor de una parte del conflicto —como la de Alemania en la guerra de Irak— por regla general, no pueden abarcarse por la «intervención» en el sentido del § 80<sup>90</sup>. Esto porque, desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos, se debe distinguir entre una co-dirección de la guerra («cobelligerency») y una mera prestación de ayuda en favor de la parte que dirige la guerra. Mientras que con aquella se transforma un Estado en una de las partes que dirige la guerra, con ésta no se sobrepasa el umbral relevante de participación desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos.<sup>91</sup>

Esta consecuencia podrá ser la deseada desde la perspectiva de los responsables de las decisiones políticas y del Fiscal General Federal, ya que con ello se puede rechazar el § 80 sin aclarar la posible existencia de una guerra de agresión<sup>92</sup> y de las preguntas subsecuentes en torno a la intervención punible individual<sup>93</sup>; ella es, sin embargo, por varias razones insatisfactoria. Desde una perspectiva de la *sistemática penal* se crea para el § 80 una dogmática penal especial de Derecho internacional de los conflictos que deja sin efecto las reglas generales de intervención punible. En contra del concepto de intervención punible del § 28 II, se limita la participación en el § 80 a el o los autores, vale decir, a los Estados autores, que a su vez son partes del conflicto y se excluye de la responsabilidad penal a aquellos que, perteneciendo a la cúpula de diri-

---

mulada con mayor claridad, cfr. en tal sentido, solamente *Baumann et al.*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Politisches Strafrecht*, 1968, p. 5: «Friedensverrat: Wer es unternimmt, Streitkräfte der BR Deutschland zu einem Angriffskrieg oder zu einem bewaffneten Überfalls auf ein Gebiet außerhalb der BR einzusetzen, oder wer einen solchen Einsatz vorbereitet, wird wegen Friedensverrats ... bestraft» (extraído desde *AK-Sonnen* § 80 n.m. 5).

<sup>89</sup> GBA JZ 2003, pp. 911 (destacado por el autor).

<sup>90</sup> En cuanto al resultado igualmente *Steinhausen* (n.34), p. 89; *Kreß*, *ZStW* 115 (2003), pp. 337 s.; así también probablemente *Müller* (n. 15), p. 93 al final.

<sup>91</sup> Cfr. *Steinhausen* (n. 34), p. 89, el que en este sentido habla de una neutralidad «benévola» y/o „discriminatoria»; así también *Kreß*, *ZStW* 115 (2003), p. 338.

<sup>92</sup> Cfr. *supra* II. 4. en n. 82 y ss.

<sup>93</sup> Al respecto inmediatamente *infra* 2.

gentes en los Estados cómplices, apoyan la guerra de agresión. Resulta cuestionable, desde el punto de vista del Derecho internacional y de la política-criminal, que a partir de esta posición sea punible la preparación de una guerra *en contra* de la RFA, pero no lo sea la participación alemana en una guerra agresión ajena, un comportamiento, por ende, que al menos desde la perspectiva de las víctimas de la agresión presenta un mayor desvalor de injusto que la preparación en calidad de autor de una guerra en contra de la RFA. Finalmente, ha de considerarse, desde la perspectiva del *fin de protección* de la norma, que el § 80 al menos debe proteger también la paz mundial de guerras de agresión alemanas<sup>94</sup>, vale decir, que junto a la legítima componente egoísta incluye también una altruista. Desde este punto de vista, sin embargo, es difícil comprender que se sancione solamente la preparación en calidad de autor y no la complicidad a la preparación de una guerra de agresión. Al fin y al cabo la literatura constitucional mayoritaria parte de la afirmación de que el art. 26 GG (Constitución federal alemana, n. del tr.) prohíbe la complicidad en una guerra ajena con fines contrarios al Derecho internacional<sup>95</sup>. De ello resulta, como sostiene correctamente *Kreß*, que «forma parte de la teleología del § 80, en relación con el art. 26 GG, el promover que Alemania no extienda su mano para apoyar guerras de agresión ajenas»<sup>96</sup>. Por todas estas razones, ha de sustituirse un concepto de intervención punible basada en el Derecho internacional de los conflictos, por uno del Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales. Esto, porque el *Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales* reconoce una participación en forma de complicidad —¡no así de inducción!— respecto de una conducta contraria al Derecho internacional (cfr. *supra* II. 3.) y abarca, de ese modo, también el apoyo de una guerra de agresión ajena por parte de un Estado cómplice.

## 2. *Ámbito micro: intervención punible individual en la preparación de una guerra de agresión*

Si se sigue la argumentación recién expuesta y, de ese modo, se parte de la base de que en el ámbito macro es posible una complicidad a una guerra de agresión ajena, se presenta en el ámbito micro, *en este sentido*, la pregunta respecto de la participación individual en el Esta-

<sup>94</sup> *Güde, Arndt*, Protokolle (n. 86), p. 1987; cfr. también *Klug* (n. 36), p. 167; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 345 y ss. (p. 348); GBA JZ 2003, p. 911 («evitar que desde suelo alemán vuelva a desencadenarse una guerra»); en favor de una protección mediata de la paz mundial: *NK-Paeffgen*, § 80, n.m. 1; *Kreß*, op. cit., p. 348.

<sup>95</sup> Cfr. *Dreier/Pernice*, GG, tomo 2, art. 26, n.m. 17; *Doehring*, Handbuch des Staatsrechts, tomo 7, § 178, n.m. 34; *Maunz/Dürig*, GG, art. 26, n.m. 29.

<sup>96</sup> *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 339.

do cómplice. Se trata, por ende, de las últimas dos de las cuatro constelaciones penales *individuales* presentadas inicialmente (*supra* I.):

- autoría individual en el interior del «Estado cómplice» y
- participación individual en el interior del «Estado cómplice»

Al respecto, no tiene incidencia en la pregunta sobre la participación individual el lugar de comisión del hecho, vale decir, Estado del autor o del cómplice.

### a) Autoría individual en el interior del Estado cómplice

En el caso de una guerra de agresión se trata, desde una perspectiva penal internacional, de un delito de dirigentes (*supra* II. 2.). El legislador federal alemán quiso ratificar esta valoración, eso si, sin limitar expresamente el ámbito de los autores a las personas dirigentes<sup>97</sup>. En cambio, el § 80 aparece a primera vista como un delito común («el que»)<sup>98</sup> cuyo círculo de autores se quiere restringir mediante el, en este sentido doblemente limitante, requisito de la producción causal del peligro de una guerra<sup>99</sup>. Según la doctrina dominante, entran en consideración como autores solamente personas que, en razón de su autoridad o posición clave se encuentran, en realidad, en una situación de poder provocar un peligro de guerra para la RFA<sup>100</sup>. En realidad, se trata de las personas ya perseguidas en Nuremberg y mencionadas en el § 85 DDR-StGB (Código Penal de la República Democrática de Alemania, n. del tr.) que se encuentran en «una función responsable sea estatal, política, militar o económica». Por eso, el legislador habría hecho mejor en limitar el ámbito de los autores a estas personas y transformar, de tal modo, el § 80 en un verdadero delito de sujeto especial, en vez de uno pseudo especial<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> Cfr. *Güde, Arndt y Maaßen*, Protokolle (n. 86), pp. 1983 f.

<sup>98</sup> Respecto de la problemática de los extranjeros como autores del § 80 véase *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 342 y ss.

<sup>99</sup> Junto a la restricción con miras al círculo de autores alcanzado de ese modo, este elemento del tipo lleva *per se* a una restricción, toda vez que se interpreta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos (cfr. *Kreß*, JZ 2003, p. 914).

<sup>100</sup> NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 24; LK-*Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 9; SK-*Rudolphi*<sup>6</sup>, § 80, n.m. 10; AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 31; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (n. 34), § 90, n.m. 8; *Tröndle/Fischer*<sup>52</sup>, § 80, n.m. 9; de modo indirecto probablemente también *Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben*<sup>26</sup>, § 80, n.m. 6 («medidas de especial peso»). En contra de la restricción a representantes del poder estatal MüKo-Classen, § 80, n.m. 34. Cfr. también *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 340 y s.

<sup>101</sup> Crítico también *Schroeder*, JZ 1969, pp. 47 y s.



Sea como fuere, está claro que personas que se encuentran al margen del ámbito de dirección como «*extranei* a la dirección» no pueden ser, en todo caso, autores en el sentido del § 80. Por supuesto, los *intra-nei* pueden estar relacionados en forma de coautoría<sup>102</sup>.

### b) Participación individual en el interior del Estado cómplice

Se discute si es, en general, posible una participación punible en el § 80. La discusión se basa en la peculiar configuración de la regulación como pseudo delito especial. Por lo tanto, también en este sentido es preferible la construcción como un verdadero delito especial. Esto porque, mientras en éstos se aplican las reglas de participación generales, especialmente la relajación de la accesoriedad del § 28, resulta con muy buenas razones discutible en el § 80, ya que la admisión de una punibilidad de *extranei* como partícipe burlaría la limitación deseada a los *intra-nei*<sup>103</sup>. La posición contraria, que pretende aplicar las reglas de participación en forma ilimitada<sup>104</sup>, excede la estructura típica específica del § 80. *Sonnen* mostró una salida a este dilema proponiendo una diferenciación entre autoría y participación *en el interior de los intra-nei*<sup>105</sup>. De ese modo, se mantiene la limitación de la punibilidad a personas dirigentes; sin embargo, se distingue en el interior de este grupo según autoría o participación. En principio, esto resulta convincente en cuanto a la construcción, ya que efectivamente existen en el interior del grupo de dirigentes distintas competencias y responsabilidades<sup>106</sup>. Así, al Canciller Federal, como Jefe de Estado, le corresponde una mayor responsabilidad en razón de su competencia directiva que al respectivo ministro del ramo; éste a su vez, por ejemplo, el ministro de defensa y/o de relaciones exteriores, carga con una mayor responsabilidad respecto de una decisión militar que el ministro de transportes o del medio ambiente. Más allá habrá que distinguir en relación con las personas que no pertenecen formalmente al gabinete ministerial, pero que, como asesores o expertos, tienen una influencia determinante sobre las decisiones del gabinete. Este grupo de personas se extiende mucho más allá del entorno inmediato del gabinete y se ubica en parte en la administración pública

<sup>102</sup> Por lo que las aprehensiones de *Schroeder*, JZ 1969, p. 48 no convencen: siempre, pues, ¡debe tratarse de un coautor *dirigente*!

<sup>103</sup> Así originalmente LK-Willms<sup>10</sup>, § 80, n.m. 9; de acuerdo SK-Rudolphi<sup>6</sup>, § 80, n.m. 10; NK-Paeffgen, § 80, n.m. 26; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 340 y s. El posterior argumento, de que no sería posible una participación en conductas preparatorias (LK-Willms<sup>10</sup>, §§ 80, n.m. 9, 83, n.m. 11), no convence en cuanto a su construcción y, además, es cuestionado (cfr. solamente *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht-AT*<sup>5</sup>, § 49, VI. 3).

<sup>104</sup> LK-*Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 9; Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*<sup>26</sup>, § 80, n.m. 6; MüKo-*Classen*, § 80, n.m. 34; *Tröndle/Fischer*<sup>52</sup>, § 80, n.m. 9.

<sup>105</sup> AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 32.

<sup>106</sup> Parecido NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 26.

especializada, de preferencia en los servicios secretos y de seguridad. Sin embargo, con ello ya se hace patente un primer problema *práctico* al intentar un criterio diferenciador al interior de los *intransei*: la estratificación según distintas formas de intervención, perfectamente posible en cuanto a su construcción, no siempre se puede llevar a cabo en forma abstracta con suficiente precisión como para poder permitir una diferenciación entre las distintas formas de intervención. Los conocidos problemas en la diferenciación entre autoría y participación (complicidad) se potencian. Sin embargo, debe reconocerse a su vez, que la *inseguridad en la diferenciación* no se limita a la participación en el interior de los *intransei*, sino que representa una dificultad estructural propia de un tipo concebido como crimen de dirigentes, ya que no se puede establecer en forma abstracta con una seguridad definitiva quién pertenece al plano de dirigentes y quién no. El problema ya fue descrito *supra* al tratarse de la exégesis de las fuentes del Derecho Penal internacional (II.2.).

Un siguiente problema consiste en que el § 80, mediante la *preparación* de la guerra de agresión, basa la punibilidad en una conducta típica que, desde la mera complicidad hasta la autoría, abarca todo lo que objetivamente es apto para provocar una guerra de agresión<sup>107</sup>. La reducción teleológica a conductas de un especial peso<sup>108</sup> no modifica nada en cuanto a que una conducta típica, concebida de un modo tan amplio, es sumamente inadecuada para dar cuenta de las valoraciones diferenciadas de la dogmática de la intervención punible. Expresado de otro modo: si la conducta típica efectiva del § 80 acoge todas las formas de intervención, las diferenciaciones dogmáticas respecto de la intervención punible se tornan sin sentido ya que todo interviniente, independientemente de su aportación al hecho, siempre puede ser (solamente) preparador de una guerra de agresión<sup>109</sup>. Si se analiza con exactitud, la configuración del § 80 se orienta por un modelo unitario de autoría en el cual, por cierto, el preparador sólo es autor por la construcción típica, siendo en realidad solamente partícipe, ya que, precisamente, por regla general, conductas de preparación fundamentan únicamente una participación y no una autoría. La «autoría» del § 80 es, en esencia, una participación; autoría puede ser, en esencia, sólo la dirección de una guerra de agresión. ¡la que precisamente no es abarcada por el § 80! En tal sentido puede afirmarse, por ende, que el § 80 establece un modelo unitario de *participación*.

<sup>107</sup> LK-*Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 4; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 14; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (n. 34), § 90, n.m. 7: «toda promoción objetiva». También *Müller* (n. 15), p. 90; *Hummrich*, (n. 13), p. 208.

<sup>108</sup> LK-*Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 4; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 14; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (n. 34), § 90, n.m. 7; también GBA JZ 2003, p. 911.

<sup>109</sup> Parecido seguramente *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 341.

Obviando esta dificultad práctica y dogmática, la proposición de *Sonnen* sí indica sobre un problema del § 80 que, ya desde una perspectiva de justicia, requiere una solución, *scil.* la alta *penalidad* que amenaza a todos los actos preparatorios subsumibles bajo el § 80. La restricción típica a conductas de especial peso otorga aquí sólo una ayuda insuficiente, no tanto por indeterminación, sino, en mayor medida, porque sólo extrae un ámbito pequeño de actos preparatorios del tipo legal y con ello mantiene, dentro del ámbito de lo punible, un espectro amplio de actos de preparación de diversa índole que posiblemente no merezcan todos una pena mínima de 10 años. Si, en tal caso, el juez de primera instancia es de la opinión que un determinado acto de preparación equivale en su contenido de injusto sólo a una conducta de complicidad, resulta posible una aplicación analógica y orientada a los resultados del § 27 II y, con ello, una atenuación conforme al § 49. La propuesta, en tal sentido, de *Kreß*<sup>110</sup> merece, por lo tanto, aprobación. Sin embargo, debería diferenciarse con exactitud entre el plano macro y micro: la atenuación de la pena no se refiere a la complicidad estatal en el ámbito macro, sino al carácter cooperador de los actos individuales preparatorios en el ámbito micro. La comparación hecha por *Kreß*<sup>111</sup> respecto del peso de los actos preparatorios puede, hasta cierto punto, confundir, ya que precisamente no se trata de una conducta de poco peso —¡qué ya estaría excluida del tipo!— sino de una conducta preparatoria en el sentido del § 80 que, sin embargo, no justifica una pena mínima de 10 años.

### c) La faz subjetiva

Según la doctrina dominante el «autor», en el sentido del § 80, debe actuar sólo con dolo eventual en relación con la calidad de su conducta para la preparación de una guerra de agresión y la consiguiente causación de un peligro de guerra<sup>112</sup>. Si bien es posible construir el § 80 como un delito de intención en forma de un delito de resultado cortado, tomando en consideración la intención perturbadora de la paz del art. 26 GG<sup>113</sup> o la finalidad especial de la guerra de agresión discutida a nivel del Derecho Penal internacional<sup>114</sup> no convence, sin embargo, esta construcción desde la perspectiva de la dogmática penal. Porque si el § 80 se refiere efectivamente a una conducta de preparación con miras a la verdadera guerra de agresión, entonces los «autores» del § 80, como ya se ha seña-

<sup>110</sup> *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 341 y s.

<sup>111</sup> *Ibid.* con n. 238.

<sup>112</sup> Cfr. *LK-Laufhütte*<sup>11</sup>, § 80, n.m. 8; *NK-Paeffgen*, § 80, n.m. 23; *AK-Sonnen*, § 80, n.m. 29; *Schönke/Schröder-Stree/Sternberg-Lieben*<sup>26</sup>, § 80, n.m. 8; *SK-Rudolphi*<sup>6</sup>, § 80, n.m. 9.

<sup>113</sup> *Maunz/Dürig*, GG, art. 26, n.m. 15; *Müller*, (n. 15), pp. 95 y s.

<sup>114</sup> Cfr. ya *supra* II. 1. con nota 30 y 4. con nota 72 y ss.

lado *supra*, son en realidad partícipes (cómplices) y, como tales, deben solamente conocer las intenciones particulares del autor principal — autor de la verdadera guerra de agresión— y no poseerlas ellos mismos. En tal sentido, vale aquí lo mismo que respecto de la intención destructora en el genocidio: el cómplice sólo debe conocerla, vale decir, saber que actúa como parte de un acto completo con carácter de genocidio, no así querer, él mismo, destruir al grupo protegido<sup>115</sup>. Por lo demás, la subjetivización de los delitos políticos como la agresión siempre alberga el peligro de un Derecho Penal sancionador de meras convicciones<sup>NdelTr</sup>.<sup>116</sup> Finalmente, aquí también valen las objeciones presentadas en la discusión desde la perspectiva del Derecho Penal internacional<sup>117</sup>.

## IV. Conclusiones

En el otorgamiento de conductas de apoyo a una guerra de agresión ajena por parte de la RFA, como en el caso de la guerra de Irak, es posible reconocer una punibilidad de miembros del gobierno federal<sup>118</sup> cuan-

<sup>115</sup> Cfr. *Ambos*, AT (n. 5), p. 789 y ss. (pp. 794 y s.) con ulteriores referencias; *el mismo* en: *Vohrah et al.*, (n. 59), p. 11 (pp. 18 y ss., 23). Igualmente *Vest*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 243 (con n. 33), pp. 248, 265, 385; *Eser*, en: *Casse/Gaeta/Jones* (nota 16), p. 806; *Werle*, (n. 16), n.m. 416; *Jones*, en *Vohrah et al.*, op. cit., p. 467 (p. 479).

<sup>NdelTr</sup> El original emplea aquí el término «Gesinnungsstrafrecht», empleado frecuentemente a propósito de la problemática de la extensión de los tipos a ciertos credos o convicciones políticas, de modo que no puede equipararse completamente con la noción de Derecho Penal de autor opuesto a un *Derecho Penal del hecho* y que abarca una gama más amplia de problemas relacionados con los límites al *ius puniendi*.

<sup>116</sup> Cfr. ya *Schroeder*, *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, 1970, pp. 297 y ss.

<sup>117</sup> Cfr. *supra* II. 4. con nota 72 y ss.

<sup>118</sup> La problemática de la causalidad e imputación de las diferentes aportaciones en el marco de tomas de decisión colectivas no puede ser profundizada aquí. Sin embargo, debiera estar claro que, por un lado, la *aprobación* de un acuerdo de apoyo fundamenta una responsabilidad del aprobante mientras que, por otro lado, el *rechazo* de tal acuerdo excluye la responsabilidad ya que el rechazante escapa mediante su rechazo de la decisión en favor del hecho producido por el colectivo y por ello no le son imputables las conductas típicas basadas en tal decisión (cfr. *Jakobs*, libro homenaje a Miyazawa (1995), pp. 421 y ss.; diferenciado, sin embargo, en cuanto al resultado también *Dencker*, en: *Ame-lung* (ed.), *Verantwortung* (2000), pp. 63 y ss. (pp. 68 y s., 70); *Rodríguez Montañés*, libro homenaje a Roxin (2001), pp. 310 y ss. (pp. 316 y ss.); *Schönke/Schröder-Cramer/Heine*<sup>26</sup>, § 25, n.m. 76 b). Todas las demás configuraciones de casos son controvertidas y presentan, a la vez, cuestiones complejas de causalidad (cumulativa) y de imputación objetiva (cfr. *Jakobs*, op. cit., pp. 419 y ss.; *Dencker*, op. cit., pp. 63 y ss.; *el mismo*, *Kausalität und Gesamttat*, 1995, pp. 179 y ss., pp. 217 y ss. [pp. 219, 224 y s.]), respecto de lo cual sería determinante si el comportamiento en la votación, individualmente considerado, aumenta el riesgo para la ocurrencia del resultado global (sobre ello también *Vest*, [nota 115], pp. 324 y ss.). Con detalle respecto de esta problemática también *Knauer*, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, pp. 83 y ss., 159 y ss. y *passim*.

do se ocasiona un peligro de una guerra para la RFA por medio de las conductas de apoyo y los intervinientes han actuado al respecto dolosamente. En este sentido, ha de reconocerse (y en ello coincidir con el Fiscal General Federal)<sup>119</sup>, que el elemento típico de la causación de un peligro de guerra, en los casos de complicidad estatal, sólo debería poder afirmarse en casos excepcionales. De todos modos, es válido en principio: en un caso tal la RFA actúa en el *ámbito macro*, desde la perspectiva correcta penal internacional, como Estado cómplice. Aquellos que participan individualmente de las decisiones de apoyo pueden —en el ámbito micro, tanto en el Estado autor como en el cómplice— actuar como autores o partícipes, en la medida que puedan ser incluidos en el plano directivo. Las aportaciones de los *intraneei* pueden ser escalonadas *entre ellas*, mientras que *a limine* queda excluida la punibilidad de los *extraneiei*. Si uno de los *intraneei* presta una aportación en términos de complicidad, puede considerarse una atenuación de la pena según los §§ 27 II y 49, en la medida que la aportación sea realmente de un peso suficiente como para ser considerada como conducta preparatoria en el sentido del § 80.

El problema de la aplicabilidad práctica del § 80 se encuentra principalmente en que el tipo es *accesorio desde el punto de vista del Derecho Penal internacional*, ya que la punibilidad depende de una guerra de agresión (ajena), es decir, de un término que debe determinarse de conformidad al Derecho Penal internacional (II.1.). Por lo tanto, la punibilidad del dirigente (*intraneei*) del Estado cómplice queda excluida cuando no se está en presencia de una guerra de agresión, desde el punto de vista del Derecho Penal internacional. Su existencia sólo puede calificarse en la actualidad de forma hipotética por carecerse de una definición asegurada en el Derecho Penal internacional (II.4.). Por cierto, esto significa para el futuro que la intervención en guerras contrarias al Derecho Penal internacional *puede* llevar perfectamente a una punibilidad por la preparación de una guerra agresión en el sentido del § 80.

---

<sup>119</sup> GBA JZ 2003, p. 911.