

AMBOS, KAI, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, 2. unveränderte Auflage, 2004.

## I. Introducción.

Si tenemos en cuenta que el presente libro, que constituyó el escrito de habilitación del actual catedrático de Göttingen, fue incluido por un penalista tan reconocido como SILVA SÁNCHEZ entre los 10 libros del período 1989-2003 que se ocupaban de los temas fundamentales del Derecho penal de principios de siglo<sup>1</sup> y la excelente acogida que el mismo ha tenido, probada por los muy diversos comentarios —siempre, con razón, positivos— de que ha sido objeto<sup>2</sup> y por el hecho de que en ape-

---

<sup>1</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup>, «Diez libros de Derecho penal (1989-2003)», p. 4, en *Indret* 2/2004 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, ROXIN, C., *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1/8/2003, p. 38, señala que ofrece bastante más que los esbozos que el autor prometía, destaca el carácter pionero de la obra y considera que se trata de un libro del que deberán partir todos los trabajos posteriores; BOHLANDER, M., *International Criminal Law Review* 2 (2002), p. 418, considera que será de lectura obligatoria para todo el que quiera trabajar los aspectos dogmáticos de la parte general del Derecho penal internacional; SCHOMBURG, W., *European Journal of International Law* 14 (2003), p. 207, destaca su utilidad y cómo el libro es una herramienta exhaustiva para jueces, fiscales, abogados defensores y especialistas; EWALD, U., *Neue Justiz* 2003, p. 135, destaca los rasgos enciclopedistas de la obra y considera posible que en poco tiempo adquiera la condición de obra básica irrenunciable; MÖLLER, Ch., *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003), pp. 737 y ss. destaca también el valor general de la meticulosa investigación y su carácter de publicación líder en el derecho penal internacional, así como la influencia e inspiración que puede suponer el mismo para nuevos desarrollos teóricos; FRONZA, E., *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Compare*, Octubre/Diciembre 2003, pp. 960-961, señala que se trata, probablemente, de la obra más interesante hoy día en el campo del Derecho penal internacional; es el primer gran trabajo dogmático del Derecho penal internacional general y, por tanto, fundamental para este campo de estudio; KRAUS, F., *Juristische Arbeitsblätter*, 11/2003, pp. V-VI destaca igualmente su carácter de ser el primer análisis completo de los principios generales del Derecho penal internacional.

Agradezco al Prof. Kai AMBOS que pusiese las reseñas anteriores a mi disposición.

nas dos años haya sido objeto de una nueva edición —pese a que no haya cambios respecto a la primera—, resulta fácilmente comprensible que recibir el encargo de realizar una reseña del mismo no resulte una tarea fácil de aceptar. Sin embargo, su extraordinario valor y el estar ya familiarizado con él, por razones que no vienen al caso, me llevaron a no rechazar —pese a mis iniciales reticencias— la petición que mi maestro, el Prof. CÉREZO MIR, me hizo.

Por si lo anterior no supusiese ya suficiente responsabilidad, existe una excelente traducción parcial al castellano, actualizada y revisada por el propio Kai AMBOS y realizada por Ezequiel MALARINO, en curso de publicación. Podemos decir que es excelente tanto por lo que afecta a la traducción en sentido estricto, como por la elección de los epígrafes traducidos pues, en todo caso, se habría pecado por exceso —alguno de los convenios—, pero no por defecto. En definitiva, en la traducción está todo lo que debe estar, de forma que al lector español no se le hurta ninguno de los aspectos esenciales. Todo lo contrario, como señala el propio Kai AMBOS en el Prólogo, «se puede decir, probablemente sin exageración, que aquí no sólo se presenta una versión en parte no publicada, sino también una versión mejorada del original (publicado)». A los dos quiero agradecer su amabilidad al poner el texto a mi disposición, especialmente porque, al tratarse de una traducción actualizada, me ha sido posible tener en cuenta elementos que no figuran en las ediciones alemanas y tener en cuenta algún cambio de postura del Prof. AMBOS\*.

El carácter fundamental (y enciclopédico) de la obra para la Parte General del Derecho penal internacional se ha puesto de manifiesto por autores mucho más destacados que yo, por lo que parece completamente innecesario insistir en ello. Nos encontramos, sin duda, ante un libro que es, ya, obra indispensable en la materia de la que se ocupa, lo que supone, en mi opinión, la mayor aspiración de cualquier publicación. Pese a que no sería difícil continuar añadiendo calificativos elogiosos, con ello no aportaríamos nada a lo que ya se ha dicho o cualquiera puede deducir de la lectura del libro. Pasemos, por tanto, a glosarlo.

## II. Estructura formal y límites de la investigación.

Desde un punto de vista formal, el libro se estructura en una introducción, tres partes y un resumen de las tesis fundamentales del mis-

---

\* Encontrándose en prensa la presente reseña apareció la traducción a la que me refiero, *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Duncker & Humblot, Konrad-Adenauer-Stiftung, Temis, Uruguay, 2005, que, sin embargo, ya no pudo tenerse en cuenta en el texto.

mo, en las que se indican, además, los ámbitos de posibles investigaciones futuras —más allá de las referencias a temas concretos en los que debería profundizarse que figuran a lo largo de toda la obra—. Sin perjuicio de detallar algo más la propia estructura, conviene advertir desde un primer momento los límites que el propio autor se señala: por un lado, se va a ocupar de algunas cuestiones de Parte General —por el escaso desarrollo de la misma hasta el momento (pp. 40, 44, 68, 72)—; por otro lado, lo hace desde una perspectiva occidental, tanto por razones idiomáticas (se utiliza bibliografía alemana, española, italiana, francesa, portuguesa, angloamericana, aunque pueden encontrarse algunas referencias a idiomas nórdicos —finlandés y sueco—), como por la influencia que los Estados del círculo cultural occidental han tenido en la redacción del Estatuto de Roma (pp. 46-47).

La introducción (pp. 39-75) se ocupa de algunas cuestiones básicas —concepto de Derecho Penal internacional, fuentes, importancia del Derecho penal comparado, objeto del Derecho penal internacional, significado y aspiraciones que tiene una Parte General del mismo, para cerrarse con unas referencias al posterior desarrollo de la investigación y otras cuestiones metodológicas, donde destacan las que tienen que ver con la construcción o estructura del delito, pues determinan la forma de exposición de los capítulos posteriores—.

La primera parte (pp. 78-375) se refiere a los procesos que han ocupado a la Comisión de Crímenes de Guerra de Naciones Unidas y a la jurisprudencia penal internacional (desde Nuremberg hasta los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda), así como algunos juicios de tribunales nacionales de especial relevancia por referirse a supuestos de macrocriminalidad. Finaliza con un resumen sistemático de los principios generales obtenidos.

La segunda parte (pp. 378-515) examina la relevancia de los principios generales resultantes de los distintos esfuerzos codificatorios realizados desde Nuremberg. Así, tras un apartado de carácter metodológico, dedicado a la interpretación de los tratados de Derecho penal internacional, parte de los principios de Nuremberg y llega al Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI), una vez que se han analizado tanto el derecho convencional (Ginebra, Genocidio, otros tratados internacionales) como los proyectos doctrinales, sean de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, de particulares (Bassionuni) o asociaciones (Asociación de Derecho Internacional). En último lugar se encuentra también un resumen sistemático de los principios generales codificados y una visión general de los resultados.

La tercera parte (pp. 518-869), dedicada ya a las bases para la elaboración dogmática, estudia, tras una introducción que analiza la impu-

tación y el Derecho penal internacional, cuestiones de autoría y participación, responsabilidad de los superiores, tentativa, presupuestos subjetivos de la responsabilidad —donde se incluye el error— y causas de exclusión de la punibilidad, con especial atención al estado de necesidad por coacción.

Tras una breve exposición de los resultados y de algunas perspectivas de futuro (pp. 870-875), el libro termina con tres apéndices: el primero se ocupa de la jurisprudencia analizada; el segundo se refiere a la normativa básica relacionada con el Derecho penal internacional y en el último se comparan diversos proyectos sobre la Parte General. Concluye con una bibliografía muy completa y diferenciada y un índice sistemático de gran utilidad.

En definitiva, más de 1000 páginas que no tienen desperdicio. En este sentido, debemos destacar el acierto que supone la exposición resumida de cada parte de la investigación, que permite centrar rápidamente el objeto de atención.

La rápida descripción anterior del libro, que cualquiera puede ver consultando el índice, tiene una fácil justificación. Si se comparan las páginas que se dedican a cada una de las partes puede verse que la primera —examen de la jurisprudencia—, junto con la tercera —planteamientos dogmáticos— constituyen el núcleo del libro. No es, por supuesto, casualidad, sino consecuencia de un elemento fundamental en el planteamiento de Kai AMBOS: partir de los casos concretos, de la jurisprudencia, así como orientar las soluciones a la resolución, igualmente, de supuestos concretos. Con ello nos adentramos ya en lo que podemos denominar «presupuestos metodológicos» de la investigación.

### III. Presupuestos metodológicos.

Desde esta perspectiva es necesario atender a diversas cuestiones. Así, en primer lugar, encontraríamos los presupuestos que, en cierto modo, derivan del propio objeto de investigación. Nos referimos con ello al concepto de Derecho penal internacional, caracterizado formalmente como «el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico penales» (p. 40). Evidentemente, lo importante no es la definición formal, sino las consecuencias que se derivan para el Derecho penal internacional. En concreto, debe destacarse el carácter mixto —penal e internacional—, la «combinación de principios» de este nuevo ordenamiento jurídico penal, al que se considera además independiente y comprensivo (pp. 40-41). ¿Qué resulta de este carácter?

Por un lado, las diferencias que existirán entre los aspectos que provienen del Derecho penal y los que lo hacen del Derecho internacional tradicional.

Así, «la idea central de la responsabilidad individual y la reprochabilidad de un determinado comportamiento (macrocriminal) proviene del *Derecho penal*» (p. 40, cursiva en el original), lo que pone claramente de manifiesto «la necesidad de reglas *generales* de imputación» y, por tanto, de una parte general (p. 54, cursiva en el original). Si destacamos este aspecto es porque va a repercutir de manera importante en los presupuestos para elaborar esta parte general y en las características que la misma debe mostrar, pues la idea como tal me resulta sumamente discutible. No es que necesitemos una parte general del Derecho penal (nacional o internacional) porque reconozcamos la dimensión individual de los comportamientos macrocriminales, sino porque, como señalaba acertadamente GIMBERNAT ORDEIG, «la dogmática jurídico penal... hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación»<sup>3</sup>, algo aplicable a comportamientos individuales o supraindividuales —si se acepta, al menos penalmente, que entes supraindividuales son capaces de actuar y omitir (supuesto, igualmente, que penalmente es requisito necesario una acción u omisión), cuestión de la que, obviamente, no vamos a ocuparnos—<sup>4</sup>. Si, de acuerdo con las palabras de Jareborg que recoge Kai AMBOS, «lo importante es tener una parte general que sea simple y fácil de aplicar y, al mismo tiempo, lo suficientemente rica conceptualmente para permitir al juez realizar todas aquellas distinciones que deban ser relevantes en la administración de justicia criminal» (p. 54), la existencia de una parte general se legitima por su contribución a una mejor comprensión y aplicación del derecho —dejando al margen aspectos didácticos—.

Desde la perspectiva del Derecho internacional nos encontraríamos con cuestiones esenciales respecto a las fuentes del Derecho, debido a la importancia del Derecho consuetudinario y de los principios generales

---

<sup>3</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, p. 158.

<sup>4</sup> En este momento no se reconoce la responsabilidad penal de los Estados, pero sí otro tipo de responsabilidad internacional de los mismos que, por supuesto, también está sometida a distintas reglas. Si a esto se le quiere llamar «Parte General» o no, es una mera cuestión terminológica, mas, desde luego, no creo que nadie defienda que la responsabilidad de los Estados se decida sin más, sin atenerse a unos determinados presupuestos (materiales y procedimentales). ¿Debería ser de otro modo en caso de responsabilidad penal? Referirse a otro tipo de «actores» supraindividuales no modifica los términos en lo más mínimo.

del derecho. Es más, Kai AMBOS destaca la especial importancia de estos últimos, por el carácter rudimentario del Derecho penal internacional, escrito y no escrito, y más todavía de su parte general (pp. 44, 68).

Esta importancia de los principios generales del derecho tiene una consecuencia metodológica fundamental: dado que se trata de llegar a principios comunes, deducidos de diversas regulaciones, el Derecho penal comparado adquiere una importancia esencial y, con ello, el método con el que trabajar desde esta perspectiva penal comparada. Frente al tradicional método normativo-descriptivo considera preferible un «moderno método *funcional*, orientado —en el sentido de una *orientación empírica*— a los problemas materiales que pueden encontrarse en un determinado ordenamiento jurídico, que pregunta por el rol y la *función* de los institutos que existen para solucionar estos problemas, para posibilitar, así, una comparación —sin prejuicios conceptuales y dogmáticos— con los institutos jurídicos funcionalmente correspondientes de ordenamientos jurídicos extranjeros» (pp. 44-45, cursiva en el original). Por supuesto, Kai AMBOS no desconoce que jamás podrá evitarse completamente la parcialidad del Derecho penal nacional, mas, pese a ello, cree que este método ofrece la oportunidad de descubrir, «libre de los conceptos sistemáticos del propio ordenamiento jurídico», una solución materialmente adecuada de un determinado problema jurídico (p. 45).

El planteamiento resulta sugestivo, pero no está exento de problemas. Así, la referencia a los equivalentes funcionales no deja de ser excesivamente genérica, de manera que resulta poco informativa. Por acudir ya a una cuestión de gran importancia en la investigación: las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad conducen, obviamente, a que no se imponga una pena. Desde esta perspectiva no cabe duda de que serán equivalentes funcionales. Mas, ¿puede afirmarse lo mismo desde otros puntos de vista? No parece que sea así, pues, de lo contrario, toda la discusión sobre la necesidad y conveniencia de distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad como categorías o elementos del delito sería absolutamente inútil. Si la distinción tiene sentido —algo sobre lo que, en general, existe poca discusión, pues la polémica afecta más a la forma en que debe realizarse la delimitación que a la necesidad de diferenciación misma<sup>5</sup>— es porque las consecuencias de la exclusión de una u otra categoría no son las mismas. No olvidemos, además, que las consecuencias de que una eximente sea una causa de justificación o, por el contrario, una causa de exclusión de la culpabilidad, son,

---

<sup>5</sup> Claro que existen planteamientos que niegan la distinción o su utilidad (especialmente para el Derecho penal), pero, como decimos, lo más frecuente es discutir cómo debe realizarse la distinción o negar que la distinción tenga las consecuencias que normalmente se le atribuyen.

de acuerdo con las concepciones mayoritarias, distintas tanto desde una perspectiva penal —las habituales referencias a la participación, la imposición de medidas de seguridad y la propia consideración de la conducta como tal— como extrapenal —las no menos frecuentes referencias a la responsabilidad civil—. Con otras palabras, salvo que nos refiramos a cuestiones muy genéricas, los equivalentes funcionales, para serlo, suponen una cierta proximidad en las decisiones valorativas básicas del sistema de determinación (o atribución, si así se prefiere) de responsabilidad jurídico—penal, pues, de lo contrario, determinadas consecuencias que conlleva el instituto de un sistema no las tendrá el otro, lo que puede cuestionar, si no destruir, su supuesta equivalencia.

Por otro lado, resulta difícil prescindir de los conceptos sistemáticos de un ordenamiento, salvo que los mismos tuviesen únicamente un significado analítico, clasificatorio, sin repercusión material alguna, lo que no es el caso en Derecho penal<sup>6</sup>. En definitiva, me parece difícil realizar una interpretación más o menos descontextualizada de los institutos de un ordenamiento o, en todo caso, creo que no se busca la equivalencia funcional sino la equivalencia *material*, esto es, las razones que justifican un determinado instituto y que, en este sentido, sí pueden ser equivalentes, con independencia de la traducción sistemática, que depende (además) de otros factores<sup>7</sup>.

Pese a lo que pudiese deducirse de las afirmaciones anteriores, en el fondo no creo alejarme mucho de la postura de Kai AMBOS, pues tras esas primeras referencias al método, acude al principio de la comparación jurídica valorativa —que supone analizar críticamente las soluciones que resultan de una visión jurídica comparada y considerar principio jurídico general la que represente la mejor solución (p. 45 n. 38, con referencia a Zweigert, de quien proviene el concepto)— «para no actuar de forma meramente funcional y desvinculada de las decisiones jurídicas básicas de los sistemas jurídicos más importantes». Así, en el Derecho penal internacional la directriz sería la maximización de la protec-

---

<sup>6</sup> Tal y como señala DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «La contextualización del bien jurídico protegido», p. 27 y «Exigencias sociales y política criminal», p. 47, ambos en *Política criminal y Derecho penal —Estudios—*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, «los contenidos del concepto analítico de delito, elaborados, con sus diferentes categorías o subcategorías, en el último siglo y medio, han nacido en buena medida al margen de la ley, fruto de una reflexión doctrinal y jurisprudencial deseosa de alcanzar unas cotas socialmente aceptables, no sólo de seguridad jurídica, sino de acomodación a los conceptos sociales en cada momento vigentes de exigencia de responsabilidad social por los actos de cada uno» (subrayado añadido).

<sup>7</sup> Véanse, por ejemplo, las reflexiones sobre estas cuestiones de PIÑA ROCHEFORT, J. I., *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del «Common Law»*, Comares, Granada, 2002, p. 6, que se refiere a una comparación estructural y funcional.

ción de los derechos humanos (p. 45). Incidiendo todavía más en el aspecto anterior, el propio autor considera insuficiente una reunión descriptiva de diversas normas de Derecho nacional, pues las normas constituyen sólo la base para la elaboración del principio que se encuentra tras las mismas, «de la cuestión valorativa esencial y válida para todos los sistemas y [la base] de su solución aceptable con carácter general». «Lo decisivo es el nivel de los principios, no el de la regulación» (p. 71), destacando que, en este plano, las diferencias entre *common* y *civil law* son menores de lo comúnmente se supone —pese a que su exposición posterior parece desmentir esta afirmación—. Concluye, por tanto, señalando que se trata de «una *comparación jurídica valorativa orientada a principios*» (p. 48, cursiva en el original), lo que, en nuestra opinión, supone una considerable matización de los aspectos funcionales del método.

La forma elegida para abordar el tratamiento comparado del Derecho penal y la elaboración de principios generales del mismo dice mucho de la comprensión de Kai AMBOS del significado de una parte general del Derecho penal internacional. Así, señala que se trata del proyecto de un sistema del hecho punible internacional, que pueda reclamar validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes, siendo, además, comprensible y capaz de ofrecer resultados. De este modo, sus presupuestos básicos son la apertura frente a los diversos ordenamientos jurídicos así como la comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas (p. 54). Como consecuencia de esta tarea, sólo resultará adecuada una teoría del delito funcional jurídico comparativa, en el sentido más arriba expuesto (p. 57). Una descripción sintética de su sistema lo consideraría orientado a las consecuencias, a los hechos y a los problemas, y abierto y flexible respecto a nuevos desarrollos político criminales (p. 58).

Esta comprensión político-criminal [pues comparte con la teoría de orientación roxiniana la idea básica de que un sistema de derecho penal viene acuñado menos por datos ónticos previos (estructuras lógico-objetivas) que por el respectivo contexto sociopolítico y político-criminal, que también influyen en la solución de las cuestiones materiales)], funcional jurídico comparativa de la teoría del delito resulta ventajosa frente a un sistema funcionalista puro, de impronta jakobsiana, por su orientación a los derechos humanos y respecto a un punto de vista ontologizante por su apertura a los problemas concretos (pp. 58 y ss., 66). Como señala el propio Kai AMBOS, en una primera aproximación el pensamiento penal ontologizante tiene como ventaja que las estructuras lógico-objetivas que presupone son, básicamente, válidas con carácter universal, con lo que no se plantean cuestiones «nacionales» o «de la sociedad». Ahora bien, ni existe consenso en un plano internacional sobre si dichas (¿cuáles?) estructuras existen, ni la adopción de seme-



jantes estructuras ha impregnado jamás la discusión penal internacional (pp. 67-68). Como ejemplo señala que los supuestos «elementos estructurales previamente dados» y los «datos lógico-objetivos» en los que debe basarse la diferenciación entre autoría y participación según la concepción finalista, en modo alguno han llevado a la implantación del modelo diferenciador (p.68). Además, en el Derecho penal internacional resulta todavía más claro que los principios jurídico-penales con validez y obligatoriedad general, que sobrepasan las fronteras nacionales, como se formulan actualmente en la tercera parte del ECPI, resultan de un proceso de negociación orientado al problema y al consenso, a cuyo término no se imponen supuestos «datos» lógico-objetivos, sino fórmulas de compromiso político criminales y de política jurídica internacional. En definitiva, tenemos que vérnoslas con compromisos jurídico internacionales en forma de ley, que reaccionan a determinados desarrollos del Derecho penal internacional y que —en el mejor de los casos— están asegurados por el Derecho comparado. En el supuesto de que dichos compromisos pudiesen ser acaparados por una determinada corriente jurídico penal, no sería, en ningún caso, el pensamiento penal orientado a los principios, cerrado (óntico), sino, en todo caso, un pensamiento político criminal (abierto) (p. 60).

Quizá no sea éste el momento ni el lugar oportuno —críticas que asumo gustoso—, pero, por mi adscripción finalista, no puedo evitar realizar algunas precisiones sobre el pensamiento penal finalista y el pensamiento político-criminalmente orientado. Siempre me ha resultado sorprendente que se identifique el finalismo con una forma de pensar «cerrada» y «ontológicamente determinada». Por varias razones: no conozco una corriente de pensamiento penal dentro de la cual existan diferencias tan amplias. Si un pensamiento penal «cerrado» es aquél que permite que sus defensores discrepen sobre cuestiones tan básicas —y con consecuencias relevantes— como el concepto de omisión, la interpretación de los requisitos de la comisión por omisión, la admisión de criterios de imputación objetiva en el delito doloso de acción, la propia construcción del tipo del delito imprudente, la configuración de la justificación y los problemas del error sobre los presupuestos de una causa de justificación, el propio concepto de injusto y sus repercusiones —tanto en la tipicidad como en la punibilidad de la tentativa (acabada)—, la comprensión y tratamiento penológico del error de prohibición, por mencionar sólo algunos aspectos conceptuales básicos, discrepancias que, por supuesto, se multiplicarían si nos desplazásemos al plano de la interpretación de las regulaciones —incluso limitándonos a la parte general—, no alcanzo a comprender qué puede ser un pensamiento penal «abierto», salvo que pensemos en la «tópica exasperante y caótica», inscrita en «el solar de problemas inconexos en que se ha convertido la dogmática alemana» a la que se refirió GIMBER-

NAT ORDEIG<sup>8</sup> —para recurrir a un autor que no es finalista—. Además, el único criterio que, en mi opinión, permite considerar finalista a un autor es, simplemente, que parta del concepto finalista de acción. Puede pensarse que es un criterio muy débil o que es conformarse con muy poco, pero es que resulta tremendamente difícil encontrar otro criterio que permita agrupar a todos los autores finalistas o así calificados. En teoría ello sería producto de mi ignorancia, pues existe un criterio aparentemente obvio: la aceptación de la existencia y el carácter vinculante de las estructuras lógico-objetivas. Sin embargo, por poner un ejemplo, ZIELINSKI, colocado de manera prácticamente unánime entre los representantes del «finalismo radical», se muestra ampliamente escéptico en estas cuestiones<sup>9</sup>, luego, o ZIELINSKI no es finalista, o el criterio de las estructuras lógico-objetivas no nos sirve. Incluso aunque pasásemos por alto lo anterior, el criterio de las estructuras lógico-objetivas tampoco resulta especialmente ilustrativo. Más allá de que pueda parecer que existen diferencias en su comprensión, que, sin embargo, terminarían sin ser tales en un análisis que no puede llevarse a cabo aquí<sup>10</sup>, lo cierto es que la vinculación del derecho por tales estructuras es mucho más débil de lo que ha querido hacerse ver. Por un lado, porque, como señaló WELZEL una y otra vez, sólo vinculaban si se querían obtener determinados fines<sup>11</sup>. Por otro, más importante,

---

<sup>8</sup> GIMBERNAT ORDEIG, «Concurso de leyes, error y participación en el delito (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)», en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 375.

<sup>9</sup> Véase ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, pp. 81 y ss. (especialmente p. 84), 126-127.

<sup>10</sup> Nos referimos a los planteamientos de Armin KAUFMANN y G. STRATENWERTH. Como señala el primero, la fundamentación que da STRATENWERTH a la finalidad como estructura lógico-objetiva es distinta a la suya: «para él 'las estructuras lógico-objetivas' son 'datos ónticos, que se destacan como esenciales sólo bajo un determinado punto de vista'» —refiriéndose a *Das rechtstheoretische Problem der 'Natur der Sache'*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1957, pp. 17 y ss.—, mientras que el propio Am. KAUFMANN considera que «una estructura del ser es 'lógico-objetiva' en cuanto existe entre ella y un estrato valorativo una relación necesaria»; «la lógica objetiva yace, más bien, en la necesidad de relación entre la estructura del ser y la valoración»; «el problema de si una estructura del ser es lógico-objetiva y, por ello, vincula a la regulación jurídica, sólo se aplica a valoraciones configuradas de forma determinada, a un estrato valorativo. Pues la estructura óntica del objeto de regulación tiene que comunicarse a la regulación misma, caso de que sea una 'estructura lógico-objetiva'. La necesidad de relación, que caracteriza a las estructuras lógico-objetivas, existe, así, entre la estructura del ser, por una parte, y una determinada clase de valoraciones jurídicas, por otra» [todo lo anterior en *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1959, pp. 17-18 (las dos primeras citas en p. 17 y la última en p. 18)]. Pese a que el propio Am. KAUFMANN parece pensar lo contrario, creo que las diferencias son más expositivas que de fondo. La mera puesta en relación de las afirmaciones de uno y otro con las manifestaciones de Welzel sobre las estructuras lógico-objetivas disolvería las aparentes divergencias.

porque desde el propio finalismo se ha negado —por mucho que sea discutible— que la estructura lógico-objetiva de la acción determine la estructura de lo injusto, sino que será la concreta regulación la única que decidirá sobre el concepto de injusto<sup>12</sup>. Mas, entonces, también la concreta regulación decidirá sobre la culpabilidad —de forma que, como señalaba WELZEL, podría limitar el reproche de culpabilidad en la acción dolosa a la infracción consciente de la prohibición o castigar la acción dolosa, en caso de desconocimiento evitable de la prohibición, en la misma medida y ámbito que la acción imprudente<sup>13</sup>— y, en definitiva, sobre la estructura categorial del delito. Si se aceptan las reflexiones anteriores parece obvio que el contenido y estructura del delito no se decide ontológicamente, sino en función de otros criterios. Criterios entre los que no pueden faltar, como es lógico, las consecuencias a que llevan unas y otras estructuras delictivas. Dicho de manera más grosera: serán razones de oportunidad y conveniencia (¿política criminal?) las que llevarán a establecer una determinada estructura del delito. Dado que esa oportunidad y conveniencia deberán determinarse según los fines del Derecho penal y la comprensión de su misión en una determinada sociedad, no debería resultar necesario añadir que será la política criminal la que decida la estructura y el contenido del sistema de determinación/atribución de responsabilidad. Si lo anterior, con todos los matices que sean necesarios, es mínimamente correcto, procede preguntarse: ¿olvidaba el finalismo la política criminal? La respuesta es, «no». La estructura del delito del finalismo no resulta comprensible sin partir de una determinada comprensión de los fines del Derecho penal y de los instrumentos con que éste cuenta y así lo expresó WELZEL claramente, cuando destacaba el carácter relativo de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas. Sólo si se pretenden alcanzar determinados fines... ¿Negará alguien el carácter político criminal de dichos fines? En caso afirmativo, ¿con qué razones?

---

<sup>11</sup> Véase WELZEL, H., «Naturrecht und Rechtspositivismus», pp. 283 y ss.; «Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft», pp. 348 y ss., 361 y ss. (ambos en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975). Insiste en lo anterior, igualmente, GRACIA MARTÍN, L., «El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito», *RECPC* 06-07 (2004), pp. 5 y ss. También hay autores no finalistas que destacan esta cuestión; véase, por ejemplo, ORTÍZ DE URBINA, I., *La excusa del positivismo. La presunta superación del «positivismo» y del «formalismo» por la dogmática penal contemporánea* (en prensa), p. 40 y n. 79.

<sup>12</sup> Se trata, obviamente, de la postura de mi maestro, CEREZO MIR, expuesta en muy diversas ocasiones. Por remitirme únicamente a las más recientes, véanse *Curso de Derecho penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 123; «Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta», *RDPC* 12 (2003), pp. 59 y ss.

<sup>13</sup> Véase WELZEL, «Vom Bleibenden» (n. 11), pp. 361-362.

Por otro lado, ¿es cierto que el finalismo es ciego frente a las consecuencias de sus planteamientos? Rotundamente no. La argumentación sistemática siempre se ve complementada con razonamientos valorativos. Cuestión distinta es que, al no compartir dichos razonamientos y, por tanto, no estar de acuerdo con las consecuencias, no se acepte el planteamiento, pero de ahí a que sean únicamente cuestiones de «pureza sistemática» las que decidan los problemas media un abismo. De hecho, en no pocas de las divergencias que pueden encontrarse hoy entre los propios finalistas son las consecuencias valorativas —en términos de ampliación o restricción de la punibilidad— las determinantes. De otro modo no puedo comprender cómo es posible disentir — a veces radicalmente— y, sin embargo, pertenecer a una misma corriente de pensamiento.

Para finalizar ya las reflexiones sobre estas cuestiones, ¿qué nos ofrece el sistema alternativo propuesto? Ocasión tendremos de verlo a lo largo de los desarrollos de la investigación. De momento valga con destacar que, afortunadamente, empieza a señalarse que mientras no se especifiquen más los criterios de política criminal que se van a utilizar como orientadores del sistema, estamos ante una mera etiqueta atractiva, ciertamente, pero que, en el fondo, no nos ha llevado mucho más allá que la interpretación teleológica tradicional<sup>14</sup>. A quien esto escribe le resulta curioso, al menos, que el propio Kai AMBOS señale la correspondencia de su orientación sistemática y la tradicional interpretación teleológica, pues, como escribe en p. 58, su sistema «se corresponde con la interpretación teleológica, tradicional también en el Derecho internacional, orientada a los fines políticos y valores de la comunidad internacional».

Consecuencia de la concepción sistemática del autor es la utilización, en un primer momento, de un enfoque empírico-inductivo, que servirá para exponer los fundamentos, las bases de la verdadera investigación —la elaboración más precisa de determinados ámbitos de regulación de la parte general— (p. 69). Así, un análisis de tipo descriptivo de las sentencias más importantes por su contenido material —dejando fuera las cuestiones meramente procesales— o por su especial importancia histórica o nacional, nos llevará a las cuestiones más discutidas en la par-

---

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión, ORTIZ DE URBINA, I., «La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./GURDIEL SIERRA, M./CORTÉS BECHIARELLI, E. (coord.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 866, 881, 884-890; señala igualmente la vacuidad de la apelación a la política criminal como tal, GARCÍA PÉREZ, O., «Recensión a *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*», *RDPC* n.º 14 (2004), p. 367.

te general del Derecho penal internacional, de lo que posteriormente nos ocuparemos. Destaca igualmente Kai AMBOS la relación inseparable que existe entre la parte general y la parte especial del derecho penal internacional, en un doble sentido: dado que las reglas generales se han desarrollado, si lo han hecho, respecto a la realización de determinados tipos delictivos, el desarrollo de reglas de imputación generales sólo es posible refiriéndose a la parte especial, máxime si tenemos en cuenta que «determinadas reglas generales sólo se pueden desarrollar de la mano de un determinado tipo o un determinado caso» (p. 72). En definitiva, si punto de partida van a ser casos concretos, no puede olvidarse de ningún modo que la finalidad de las reglas generales es aplicarse a —y resolver— supuestos concretos.

Llegamos así a la última de las cuestiones que aborda el Prof. AMBOS en su introducción —que es, como tal, mucho más que eso y de ahí el acierto de la traducción española al hablar de «bases de la investigación»—, que determinará el esquema expositivo y constructivo del resto de la obra: la estructura bipartita, en dos niveles, del delito en Derecho penal internacional. Frente a la estructura del delito bimembre o trimembre, dominante en Alemania, orientada a la distinción de injusto y culpabilidad, en el Derecho penal internacional los problemas se agrupan en dos bloques: los que afectan a la responsabilidad penal individual o personal (imputación de elementos objetivos y subjetivos) y los supuestos en que se excluye dicha responsabilidad (pp. 70-71).

Con el concepto de responsabilidad individual se comprenden los problemas relacionados con la atribución de un determinado comportamiento humano a un determinado tipo penal internacional, esto es, no se está haciendo referencia a la responsabilidad como categoría del delito en la línea defendida por ROXIN (así lo aclara en p. 71), sino a los presupuestos objetivos y subjetivos de la responsabilidad; en el segundo bloque se analizan todos los impedimentos de la punibilidad, con el único límite de que tengan carácter material y no procesal, siendo indiferente, además, que las deba alegar la defensa o que tengan que examinarse *ex officio* (pp. 70 y ss.). No parece difícil reconducir los conceptos anteriores a uno de los pares conceptuales utilizados en el *common law*: la contraposición «offence/defences», delito frente a «defensas»<sup>15</sup>. Nos situamos así ante una de las cuestiones que atraviesa, en el fondo, toda la investigación: ¿cómo se ha construido el delito en Derecho penal internacional y cómo debe construirse? Con otras palabras: ¿podemos armonizar los sistemas del *common law* con los del *civil law* —y, entre estos, los de estructura germánica—? El

---

<sup>15</sup> Sobre las razones de utilizar el término «defensas» frente a otros que parecerían más cercanos a nuestra concepción del delito —eximentes—, véase PIÑA ROCHEFORT, *Estructura* (n. 7), pp. 7-8.

problema de si el delito en el Derecho penal internacional se ha construido sobre la distinción injusto/culpabilidad o si, al menos, debe construirse así, aparece aquí con toda su crudeza. La importancia de la cuestión hace, sin embargo, que pospongamos su análisis, pese a que ya podemos apuntar algunas cuestiones que nos resultan problemáticas o, en todo caso, en las que nos parece que existe una cierta confusión.

Por un lado afirma Kai AMBOS que el Derecho penal internacional no distingue claramente entre dolo del hecho —como parte del tipo— y conciencia de la antijuridicidad —como parte de la culpabilidad— (pp. 71, 540-542, 854-855, entre otras), lo que debería resultar obvio si el sistema no utiliza la distinción injusto/culpabilidad —lo que también se afirma en distintos lugares de la obra (así, por ejemplo, en pp. 825-826, 848)—. Ahora bien, el reconocimiento de que la responsabilidad individual tiene un lado subjetivo supone, en su opinión, un reconocimiento básico del principio de culpabilidad (p. 71). Desgraciadamente, mientras no precisemos algo más qué entendemos por principio de culpabilidad y cuáles son las exigencias derivadas del mismo, no parece que podamos avanzar mucho. Las precisiones vienen, aparentemente, de la mano de los principios derivados de la jurisprudencia de Nuremberg, pues de allí se deduce la concepción del Derecho penal internacional como un sistema de imputación orientado al principio de culpabilidad (p. 361), añadiendo que «culpabilidad personal (personal guilt) significa en Derecho penal internacional, según esta concepción, que el autor ha de ser *individualmente responsable*, en sentido objetivo y subjetivo, de los hechos que se le reprochan y que a esta responsabilidad no se opone *ninguna objeción* (defences)» (pp. 361-362, subrayado en el original). Sin embargo, Kai AMBOS no se detiene aquí y considera que se cierra así el círculo de las nociones básicas: el Derecho penal internacional de la culpabilidad sigue una estructura bipartita del delito —o una construcción en dos niveles—, pero también necesita una estructura o construcción semejante (p. 362).

Sinceramente, no alcanzo a ver la conexión entre el principio de culpabilidad y una estructura del delito en dos niveles (*offence/defence*). Por supuesto, debo añadir a continuación que tampoco veo relación necesaria entre el principio de culpabilidad y otra determinada estructura del delito. Salvo que se parta de la existencia de un «principio de culpabilidad en sí» o algo semejante, lo que resulta difícil de aceptar, parece obvio que siempre nos estamos refiriendo a determinadas comprensiones del principio de culpabilidad, situadas en contextos históricos determinados y, por supuesto, habrá que demostrar que una determinada concepción de dicho principio es mejor —en el sentido de más fructífera— que otra. Cuando se habla del principio de culpabilidad como un principio general que estructura toda la imputación, se parte, como

no podía ser de otro modo, de una determinada concepción del mismo, que precisamente puede ser utilizada para determinar la mejor forma de alcanzar los objetivos que vinculamos con dicho principio —o, si se prefiere, que deducimos de él—. Si, desde esta perspectiva, la relevancia del error sobre la antijuridicidad es una consecuencia necesaria del principio de culpabilidad en la comprensión continental-germánica, el sistema lo único que debe hacer es tener en cuenta ese aspecto. Una vez, sin embargo, que dicha cuestión está inserta en el sistema, lo que en este momento significa que el sistema parte del principio de culpabilidad, es cuando podemos ver qué estructura resulta más apropiada para su plena realización, tanto por los resultados que nos permite alcanzar como por la forma en que lo hace. En este nivel es donde puede tener sentido una discusión sobre una configuración bipartita, bímembre o trimembre del delito. Posteriormente volveremos sobre estas cuestiones.

#### IV. Algunos aspectos problemáticos.

Como ya pusimos de manifiesto en los primeros momentos de estas páginas, la tarea de realizar una reseña a esta obra nos parecía francamente difícil. Entre otras razones, el número e importancia de las cuestiones que analiza el Prof. AMBOS complica considerablemente la tarea. Una exposición de las mismas, incluso esquemática, supondría superar, con mucho, las páginas de las que razonablemente disponemos, además de que los capítulos o epígrafes finales en los que se van sintetizando los resultados cumplen perfectamente dicha función sin que, obviamente, creamos poder exponer mejor los elementos esenciales de la obra que el propio autor. Precisamente porque compartimos la preocupación que el Prof. AMBOS expresa en las primeras páginas de su obra y nos tomamos en serio la labor humanitaria de (intentar) evitar la impunidad o las lagunas fácticas de punibilidad de graves lesiones de los derechos humanos, queremos contribuir al desarrollo de un sistema de imputación jurídico penal internacional. Para ello no se nos ocurre una vía mejor que reflejar las cuestiones que nos resultan menos convincentes de la obra de Kai AMBOS, limitándonos —en nuestro caso real y no nominalmente— a esbozar alternativas que —¡ojalá!— puedan contribuir a la resolución de algunos de los problemas presentes hoy en el Derecho penal internacional. Nos centraremos, por tanto, en las cuestiones generales sobre la construcción del delito. El propio carácter de las presentes reflexiones explica, igualmente, el escueto aparato crítico utilizado.

Los dos aspectos señalados por el Prof. AMBOS respecto a la construcción del delito —presupuestos de la responsabilidad individual/defensas— pueden reconducirse, sin especiales problemas, a la dicotomía «*offence/defence*» del *common law* —así lo señala el pro-

pio autor (pp. 539, 757, 854-855, entre otras)—. Tiene razón el Prof. AMBOS cuando destaca el predominio, al menos hasta el momento, de los sistemas del *common law* en el Derecho penal internacional, (pp. 46-47, 55-56 y, especialmente, 831 donde, a propósito de la eximente de estado de necesidad por coacción, expresamente habla de «El derecho penal internacional como expresión del *common law*»), a los que habría que unir la sistemática francesa que, en todo caso, también se aleja de la estructura del delito habitualmente utilizada en Alemania y España. Ello produce no pocos problemas materiales y, precisamente por su vinculación con estos, también sistemáticos.

Ya hemos expresado nuestras dudas sobre que la estructura o construcción bipartita del delito devenga necesaria por ser el Derecho penal internacional un Derecho penal de la culpabilidad. Nuestras desavenencias con Kai AMBOS no acaban aquí, de modo que vamos a centrarnos en estas cuestiones. Antes de analizar problemas concretos del sistema de la parte general del Derecho penal internacional, expone el autor una serie de reflexiones sobre la imputación y cómo se utiliza este concepto en el Derecho penal internacional (pp. 518 y ss.).

Así, destaca Kai AMBOS que hay que distinguir entre un sentido amplio y un sentido estricto del concepto de imputación. Desde la perspectiva amplia nos encontraríamos con las cuestiones centrales de la Parte General de una ley penal: ¿qué persona y bajo qué presupuestos normativos debe ser castigada? (p. 519). En definitiva, estaríamos hablando de una teoría de la imputación como teoría del delito. De esta comprensión amplia debemos distinguir la imputación «típica», esto es, la imputación en sentido estricto, como presupuesto de la tipicidad de un comportamiento y como limitación normativa de un concepto de causalidad, la teoría de la equivalencia de las condiciones, demasiado amplio. La separación corriente actualmente en imputación objetiva (al o del tipo objetivo) e imputación subjetiva (al o del tipo subjetivo)<sup>16</sup>, no sólo supone que se ha superado la teoría clásica del delito (con su distinción entre el lado objetivo y subjetivo del hecho), sino que existe como

---

<sup>16</sup> La casi incomprensible pluralidad de formas de referirse hoy a la imputación nos ha llevado a elegir esa forma de traducir las expresiones alemanas *Zurechnung zum objektiven bzw. subjektiven Tatbestand* que, reconocemos, es peculiar. Sin embargo, dado que podemos encontrar autores que hablan de imputar la conducta al tipo objetivo, de imputar el tipo objetivo al autor, de imputar el tipo subjetivo al autor y de imputar el tipo objetivo al subjetivo, nos parece preferible asumir cierta peculiaridad «idiomática» que excluir, de antemano, posibilidades a las que se está refiriendo Kai Ambos. Sobre las diferentes posturas respecto a la imputación objetiva, por todos, RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> A., *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001.



tal una teoría del delito. *Cuando no es este el caso, cuando falta incluso una dogmática elaborada* —como en el Derecho penal internacional—, *la distinción entre objetivo y subjetivo sólo puede valer de forma grosera —por así decirlo, como presupuesto mínimo de la imputación penal en general—* (pp. 519-521). «La imputación jurídico-penal internacional resulta *objetivamente*, como imputación de la acción, tipicidad y anti-juridicidad, es decir, de lo injusto; se trata de los principios y criterios objetivos sobre la base de los que un determinado comportamiento se convierte en un delito internacional. Frente a ello, la imputación *subjetiva* se refiere al dolo y al comportamiento personalmente reprochable al autor; se trata de los presupuestos subjetivos de la punibilidad en Derecho penal internacional. Vistas así las cosas, tenemos que vérnoslas con un sistema del delito clásico-causalista, en el que se trata de dos cuestiones: ¿infringe alguien con su comportamiento una norma (de Derecho penal internacional) y realiza con ello un ilícito (penal internacional)? ¿Actúa dolosa o imprudentemente y puede reprochársele personalmente esta infracción de la norma porque podía evitarla?» (p. 521, cursiva en el original).

De la afirmación anterior parece deducirse, sin duda, que el sistema del delito en Derecho penal internacional sería uno clásico-causalista. Por si hubiese alguna duda, el propio autor vuelve a señalarlo en otras ocasiones (pp. 539, 855, por ejemplo). Además, dicho sistema se apoya en la distinción entre injusto y culpabilidad, distinción que se construye sobre la contraposición entre lo objetivo y lo subjetivo. Aquí es donde aparecen los problemas, pues el propio Kai AMBOS señala, repetidamente —es, de hecho, una de las mayores críticas al estado actual de la Parte General del Derecho penal internacional—, que no distingue entre aspectos de lo injusto y de la culpabilidad. Así, por ejemplo, cuando critica la falta de distinción entre dolo del hecho y conciencia de la antijuridicidad —formulado en otras ocasiones con referencias al dolo del hecho y el reproche de culpabilidad dolosa— (pp. 71, 540-542, 854-855, entre otras), o la falta de distinción entre causas de justificación y causas de exculpación (por ejemplo, pp. 825-826, 848) o, en definitiva, cuando señala que la distinción entre injusto y culpabilidad conduce a soluciones más adecuadas (pp. 689, 826, 833-834, 836, 841-843, 866, que también podrían incrementarse). Si ambos planteamientos pueden sostenerse al mismo tiempo, ¿de dónde sale la equiparación de los lados objetivo y subjetivo del hecho con lo injusto y la culpabilidad? Mucho nos tenemos que el sistema actual del Derecho penal internacional poco tiene que ver con el sistema clásico-causalista.

Por supuesto, las afirmaciones anteriores, de claro sabor continental-germánico, deben relacionarse con la preponderancia del *common law* en el Derecho penal internacional. La dicotomía *offence/defence* será

la que, aparentemente, permita mediar en este punto. Señala el Prof. AMBOS que «junto a la dirección clásica-causalista del sistema del hecho punible internacional ya hemos encontrado en el análisis de la jurisprudencia una *dicotomía en offence y defence*» (p. 539, cursiva en el original). Con razón destaca que estamos ante el producto de una praxis basada en el modelo procesal adversatorio del *common law*. Pese a reconocer que se trata de una exposición simplificada, nos indica que, en el mismo, la carga de la prueba de los presupuestos típicos que fundamentan la punibilidad del acusado (*elements of the offence*) corresponde a la acusación, mientras que las objeciones que excluyen la punibilidad (*defensas*) deben ser, como mínimo, introducidas por la defensa (p. 539). No desconoce AMBOS las críticas, crecientes, que se han realizado a la fundamentación procesal o, más exactamente, del derecho probatorio, en el *common law*, pese a lo cual se ha mantenido la distinción hasta hoy día en el Derecho penal internacional (pp. 539-540).

Por supuesto, la distinción «*offence/defence*» desde un punto de vista probatorio carece de relevancia alguna en el ECPI, que expresamente impone la carga de la prueba a la acusación —algo que, desde luego, no desconoce Kai AMBOS—. Aparentemente, por tanto, la distinción *offence/defence* tendría aquí otro sentido. A ello parece referirse el autor cuando afirma que «en contraposición a la concepción del delito clásica-causalista, se puede trasladar esta concepción a la estructura del delito en tres niveles alemana, si se equipara la *offence* (procesalmente: ‘*inculpatory case*’) al tipo y las *defences* (‘*exculpatory case*’) a las causas de justificación y exculpación» (p. 540).

La extrañeza respecto al sistema clásico-causalista no puede ser mayor: ¿no utilizaba el sistema clásico-causalista una estructura del delito en tres niveles? El propio AMBOS, cuando se refiere al mismo (p. 520, n. 12), hace referencia a la tipicidad, la antijuridicidad, el concepto causal de acción y el concepto psicológico de culpabilidad, esto es, a una estructura tripartita o cuatripartita del delito. Así, nos parece que se están mezclando cuestiones distintas. Por un lado, se quiere expresar que, materialmente, el concepto clásico-causalista de delito se basa en la contraposición objetivo/subjetivo, en el sentido de que éste es el criterio de distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad, pilares o elementos básicos del concepto de delito. Aceptado lo anterior, podría parecer que la distribución de lo objetivo en dos niveles (tipicidad y antijuridicidad) y el reparto de lo subjetivo también entre dos elementos (concepto causal de acción y concepto psicológico de culpabilidad) es una cuestión distinta —sin perjuicio de que la exigencia de voluntariedad podía situarse ya en el propio concepto de acción o reservarse para la culpabilidad—. El problema no es, por tanto, si la dicotomía «*offence/defence*» puede trasladarse a una estructura tripartita o cuatri-

partita —la respuesta es obviamente sí<sup>17</sup>—, sino si ello supone concederle significado material a la misma y, además, si coincidiría con el significado material de una estructura tripartita continental-germánica. Pese a que no podemos entrar en fundamentar la respuesta, las dos últimas cuestiones tienen que ser contestadas del mismo modo: la estructura tripartita a partir de la dicotomía «*offence/defence*» ni necesariamente tendría significado material —aunque sería lo normal— y, aunque lo tuviese, tampoco se correspondería, obligatoriamente, con el continental-germánico. Si no se concede relevancia práctica —esto es, efectos diferentes— a las distintas «*defences*», no se reflejan diferencias materiales en la estructura —aunque pueda ser conveniente distinguir por otras razones—, de forma que tampoco sería necesario llegar a un sistema como el continental-germánico<sup>18</sup>.

Nuestras dudas provienen de si realmente puede partirse de que «lo común a los sistemas del hecho punible dominantes (el *common law* angloamericano y los sistemas continentales europeos francés y alemán), especialmente, es que reconocen como punto de partida común el tipo, que se compone, por su parte, de elementos objetivos (actus reus, élément légal y élément material) y elementos subjetivos (mental element, élément moral o psychologique)» (p. 540), pues nos referimos a algo distinto al tipo de lo injusto —las pruebas las suministra, respecto a la doctrina francesa, el propio Kai AMBOS (p. 540 n. 161)—, de modo que las funciones materiales de éste no tienen por qué venir en consideración —con la importancia que ello tiene—. La coincidencia entre *mens rea* y tipo subjetivo es algo que nos parece sumamente discutible<sup>19</sup>, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

En definitiva, puede decirse, claro está, que la cuestión —que afecta a la concepción del delito— de si en el aspecto subjetivo debe distinguirse entre el dolo como elemento del tipo y la conciencia de la anti-

---

<sup>17</sup> Ésa era una de las intenciones de G. P. FLETCHER en *Rethinking criminal law*, Oxford University Press, 2000 (publicado originalmente por Little, Brown and Co., Boston, 1978), pp. 553 y ss.; en la misma línea, por ejemplo, J. GARDNER, «Fletcher on Offences and Defences», *Tulsa Law Review* 39 (2004), pp. 817 y ss..

<sup>18</sup> De todos modos, y dada la diversidad de planteamientos que existen en nuestra teoría jurídica del delito, parece que, fuera de que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable, poco más puede decirse con seguridad, pues el contenido de todas y cada una de las categorías es discutido. No olvidemos que hoy en día se cuestiona, además, tanto la propia distinción injusto/culpabilidad como la forma habitual de realizarla.

<sup>19</sup> Muy indicativo en este sentido es que, pese a todas las cautelas que rodean su extraordinario estudio, PIÑA ROCHEFORT, *Estructura* (n. 7), tras considerar que el «tipo de injusto» sería el equivalente de la «definición del delito» del *common law* y, por tanto, considerar que la *mens rea* se correspondería con el tipo subjetivo (pp. 16, 58-59), señala que el *common law* contiene una formulación diferente respecto de la teoría de la tipi-

juridicidad como elemento de la culpabilidad o si la conciencia de la antijuridicidad debe considerarse como presupuesto del dolo, que representaría el lado subjetivo del delito completo, se corresponde, en su núcleo, con la vieja polémica entre la teoría (neo)clásica del dolo y la teoría de la culpabilidad finalista (pp. 540-541). Más problemático resulta afirmar que dicha polémica decide el destino del sistema penal internacional como un modelo en dos niveles (objetivo-subjetivo), en el sentido de la concepción del delito clásica-causalista, o de su nueva orientación hacia el moderno sistema neoclásico-finalista-funcional con la exigencia de reprochabilidad personal como nivel de imputación o valoración independiente (p. 541). Y resulta problemático por varias razones: el sistema neoclásico sigue siendo, básicamente, objetivo-subjetivo (los elementos subjetivos de lo injusto son simples excepciones, caso de que no se busque una interpretación objetiva de los mismos); la reprochabilidad puede utilizarse también en el sistema clásico —de ahí que pueda haberse dicho que «la» concepción normativa de la culpabilidad no suponía más que un cambio de fachada en la estructura del delito, pues se trataba de la reprochabilidad del dolo y la imprudencia; el propio Kai AMBOS se ha referido, al detallar la referencia a la orientación clásica-causalista, a la reprochabilidad personal<sup>20</sup>—; un concepto neoclásico de delito no tiene que concebir la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, sino que puede considerarla un elemento adicional y distinto de la culpabilidad<sup>21</sup>; resulta sumamente discutible en qué sentido puede hablarse de la reprochabilidad personal como nivel de imputación o valoración independiente —baste recordar que destacados normativistas siguen hablando de especies de culpabilidad—, sin perjuicio de que los planteamientos funcionalistas no tienen por qué aceptar la reprochabilidad. En resumen: la reprochabilidad como elemento del delito puede asentarse sobre una construcción del mismo que se base en la distinción objetivo/subjetivo, pues la inclusión de la conciencia de la antijuridicidad tampoco tiene por qué alterar esa orientación básica<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> En este sentido no debemos pasar por alto que FRANK, el «fundador» de «la» teoría normativa de la culpabilidad tomó la expresión reprochabilidad de BELING. Sobre ello véase MELENDO PARDOS, M., *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad. Sobre el nacimiento y evolución de las concepciones normativas*, Comares, Granada, 2002, p. 91.

<sup>21</sup> Pensamos básicamente en P. MERKEL; véanse «Die Bestimmungen des Strafgesetzentwurfes von 1919 über die Straftat», *ZStW* 43 (1922), pp. 299 y ss., y, especialmente, «Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», *JW* 1924, pp. 1677 y ss., y *JW* 1925, pp. 893 y ss. Cuestión distinta es si en el sistema neoclásico dolo e imprudencia eran realmente elementos de la culpabilidad o, al menos, sólo esto.

<sup>22</sup> El desarrollo de las concepciones normativas de la culpabilidad sería una prueba de ello; véase MELENDO PARDOS, *Concepto material* (n. 20), pp. 42 y ss., 63 y ss., 190 y ss., 202 y ss., 213 y ss., 332 y ss., 407 y ss.

Por supuesto, Kai AMBOS considera preferible una orientación distinta a la clásica-causalista, de forma que el sistema del delito internacional reconociese la distinción entre dolo del hecho y reproche de culpabilidad así como entre antijuridicidad y culpabilidad (p. 541). Sin embargo, pese a reconocer que los análisis de las codificaciones, de la jurisprudencia y, en especial, del Estatuto de Roma, no toman postura en esta polémica, considera que puede descubrirse «entre líneas» claramente la orientación fundamentalmente clásica-causalista del vigente Derecho penal internacional. Igualmente, en la literatura, predominantemente angloamericana, se argumenta, de hecho, indiferenciadamente, en la línea clásica-causalista (p. 541). Así, pese a que destaca que estamos ante los productos casuales de una jurisprudencia pragmática — caso, por ejemplo, de las escasas referencias a la conciencia de la antijuridicidad (pp. 541-542)—, o ante la falta de reflexión y de investigación sobre los fundamentos del sistema — caso de la falta de distinción entre injusto y culpabilidad o entre causas de justificación y de exculpación (p. 542)—, se limita a señalar si no debería modernizarse la estructura bipartita «*offence/defence*» hacia sistemáticas más diferenciadas<sup>23</sup>. Por supuesto, la cuestión no puede responderse abstractamente sino sólo en conexión con las específicas cuestiones materiales y elementos de un sistema del hecho punible (p. 542).

Ahora bien, lo que no ha aclarado el autor es qué relación hay entre el sistema clásico-causalista y la dicotomía «*offence/defence*», cuestión que, sin embargo, resulta crucial, pues, de hecho, parece identificar ambos sistemas. Lógicamente no se trata de que los elementos de la «*offence*» sean objetivos, mientras que las «*defence*» sean subjetivas, sino de que dentro de la «*offence*» encontramos elementos objetivos y subjetivos —entre los que, sin embargo, no aparece la conciencia de la antijuridicidad—. Por utilizar la terminología habitual del *common law*, de la que también se sirve Kai AMBOS: la «*offence*» sería la concurrencia del *actus reus* y la *mens rea* y, por tanto, el «delito» se formaría por la conjunción de elementos objetivos y subjetivos<sup>24</sup>. En principio no habría problemas si el *actus reus* fuese la conducta típica y la *mens rea* la culpabilidad, pues dejando al margen las cuestiones que afectan a las causas de justificación y los problemas de la conciencia de la antijuridicidad, el sistema del *common law* se correspondería con el concepto clásico-causalista de delito. De hecho, no es infrecuente encontrar afirmaciones de esta clase. Así, por ejemplo, Paul H. ROBINSON, señala que

---

<sup>23</sup> La duda es si, en el fondo, no lo está haciendo ya en su obra, pues como podrá verse posteriormente, más que la distinción objetivo/subjetivo, lo que le resulta problemático es el tratamiento del error sobre la antijuridicidad de la conducta.

<sup>24</sup> Así, el *actus reus* es el tipo objetivo y la *mens rea* el tipo subjetivo (pp. 107 y nn. 191 y 192, 540, 666, 673 y ss).

«es común concebir la distinción *actus reus-mens rea* como la distinción entre las funciones de definición de la conducta prohibida y la de definición de las condiciones bajo las que el acusado debe ser encontrado culpable y, por tanto, responsable por incurrir en semejante conducta»<sup>25</sup>.

Sin embargo, el Prof. AMBOS rechaza esta posible correlación. La *mens rea* no es la culpabilidad de un sistema clásico-causalista, sino el tipo subjetivo de las sistemáticas posclásicas (así, por ejemplo, pp. 107 y nn. 191 y 192, 540, 666, 692 y ss). Las consecuencias nos resultan problemáticas: si el sistema clásico-causalista distingue entre lo objetivo y lo subjetivo, buscando con ello realizar una distinción material (injusto/culpabilidad), mientras que el *common law* realiza la distinción en el nivel del tipo —conducta prohibida—, ¿qué equivalencia *material* puede haber entre la «*offence*» del *common law* y el delito del sistema clásico-causalista? ¿En qué sentido es objetivo/subjetivo el sistema del *common law*?<sup>26</sup>

Dado que, como es lógico, no podemos entrar ahora en dichas cuestiones, veamos qué razones y qué repercusiones tiene el planteamiento de Kai AMBOS de equiparar *mens rea* y dolo. Llegamos así a la regulación de los elementos subjetivos de la responsabilidad —el denominado «elemento de intencionalidad» en la versión española del Estatuto— y los problemas del error, uno de los aspectos menos satisfactorios del ECPI<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Paul H. ROBINSON, «Should the Criminal Law Abandon the *Actus Reus-Mens Rea* Distinction?», en SHUTE, S., GARDNER, J., HORDER, J., *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 189; EL MISMO, *Structure and Function in Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 18, autor al que acudimos porque, pese a mostrarse sumamente crítico con las concepciones tradicionales del *common law* no acude a planteamientos de la doctrina alemana —aunque muchas veces llegue a resultados similares—. En nuestra dogmática, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 442 y ss.

<sup>26</sup> Podría pensarse, obviamente, en la escisión entre los aspectos objetivos y subjetivos que criticaría el finalismo a los planteamientos causalistas. Sin embargo, si la distinción tiene lugar en el nivel sistemático de la tipicidad, esto es, fuera del planteamiento material del sistema clásico, la referencia no parece, como tal, muy provechosa.

<sup>27</sup> Para facilitar la lectura reproducimos los preceptos del ECPI que se ocupan de estas cuestiones: así, el art. 30, bajo la rúbrica «elemento de intencionalidad» dispone lo siguiente:

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si los elementos materiales del crimen se realizan con intención y conocimiento.
2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:
  - a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;
  - b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.
3. A los efectos del presente artículo, por 'conocimiento' se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras 'a sabiendas' y 'con conocimiento' se entenderán en el mismo sentido».

Las razones para unir el estudio de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad y el error no parecen problemáticas desde una perspectiva continental-germánica. Pese a que en las dos primeras partes de la investigación el error se había clasificado como una defensa, al tener en cuenta la dicotomía «*offence/defence*» del derecho angloamericano, dominante también en el Derecho internacional (p. 757), ha llegado el momento de relativizar este planteamiento. Así, en el Derecho continental el error, en todo caso como error de hecho o de tipo, pertenece a la parte cognitiva del dolo, de modo que su existencia elimina el conocimiento de la realización típica y, por tanto, el dolo. Atribuirlo a las «defensas» sólo se justifica si se parte de un concepto de las mismas que carece completamente de contornos, pues bajo el mismo se subsume, simplemente, todo lo que, de algún modo, excluye la responsabilidad penal. Debido a que estamos en presencia de distinciones cualitativas, cuya imposición a largo plazo es algo deseable también en el Derecho penal internacional, considera que tienen razón los autores del *common law* que parten de que la denominación de «defensa» para el error es «técnicamente incorrecta», hablando en su lugar de argumentos de «incapacidad de prueba»<sup>28</sup>, en cuanto en los supuestos de error a la acusación no le ha sido posible probar la existencia del dolo típico. Esta forma de ver las cosas justifica unir la investigación del error a los presupuestos subjetivos de la responsabilidad individual (p. 757)<sup>29</sup>.

---

Por su parte, el art. 32, tras la rúbrica «error de hecho o error de derecho», dispone:

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.
2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el art. 33 del presente Estatuto».

<sup>28</sup> Autores entre los cuales se encuentra el propio Paul H. ROBINSON, *Fundamentals of Criminal Law*, Second Edition, Little, Brown and Co., Boston, New York, Toronto, London, 1995, pp. 56-57, 531 que, posteriormente, considera mejor denominarlas «defensas por ausencia de un elemento» (*absent element defences*), para evitar el malentendido de que tenían que ver con reglas probatorias especiales —véase *Structure* (n. 25), pp. 11-12 y n. 25 en la segunda—.

<sup>29</sup> Debemos observar varias cosas: por un lado, Kai Ambos se está vinculando a los autores que conceden algo más que relevancia probatoria a la distinción *offence/defence*, en el sentido de que la *mens rea* asumiese tareas de nuestro tipo subjetivo. Pero, desde luego, esta no es la visión tradicional, pues la distinción correría, más bien, entre la *offence* y la responsabilidad por la misma —comprensión amplia de la *mens rea*—. En todo caso, la inclusión de la *mens rea* —en sentido estricto— en el tipo es bastante posterior; sobre estas dos últimas cuestiones baste la remisión a KADISH, S./SCHULHOFER, S., *Criminal Law and Its Processes. Cases and Materials*, Sixth Edition, Aspen Law & Business, 1995, pp. 204, 257, 893 y ss.

Toma como punto de partida la regulación del art. 30 ECPI que en su número 1 establece la regla general de que el autor debe haber actuado, respecto a los elementos materiales del crimen, con intención y conocimiento (p. 758). En su opinión, la traslación al Derecho alemán supone que se hace referencia a la comisión dolosa del hecho, rechazando incluso la traducción oficial alemana que habla de «elementos subjetivos del tipo» (p. 758). El problema fundamental es la indeterminación, polisemia, ambigüedad o como se quiera decir de conceptos como «mental element» o «*mens rea*» —algo que no deja de ser destacado en el propio *common law*—. Lo que resulta claro es que bajo dichos términos el *common law* —igual que el derecho francés bajo las denominaciones «*élément psychologique*» o «moral»— comprende la parte interna, subjetiva, del hecho, en contraposición al lado externo, objetivo del hecho (*actus reus*, «*élément material*»), sin desconocer que hay muchas cuestiones discutidas fuera de lo anterior (pp. 758-759).

Ahora bien, la opinión, defendida a menudo y fundamentada por la habitual referencia a la «*guilty mind*», según la que la *mens rea* sería al mismo tiempo portadora del reproche de culpabilidad, ha de enfrentarse a algunas objeciones: por un lado, en el Derecho angloamericano no se diferencia, básicamente, entre el dolo general y los especiales elementos subjetivos de lo injusto, ni se reconoce la conciencia de la antijuridicidad como un elemento del delito independiente o se atribuye *explícitamente* a la *mens rea*. Por mucho que se hable de la misma en relación con el dolo del hecho, ello sucede más bien incidentalmente o incluso casualmente: en todo caso, no es objeto de una reflexión dogmática de mayor profundidad. De hecho y de forma predominante la *mens rea* es equiparada con las habituales formas del dolo, remitiéndose a diversos textos, entre los que se encuentra el Código penal modelo norteamericano (en adelante MPC) (pp. 759-760)<sup>30</sup>. También el contenido y la estructura del art. 30 dejan claro que el concepto «mental element» hay que entenderlo, allí, en el sentido del dolo genérico; se trata únicamente de la realización consciente y voluntaria de los elementos del tipo, no de la antijuridicidad del actuar (p. 760). De todas formas, por la pésima redacción del precepto concluye Kai AMBOS que «este *barullo concep-*

---

<sup>30</sup> Por el contrario, ROBINSON, P. H., «Should...?», (n. 25.) p. 189, considera que el planteamiento de los redactores del Model Penal Code era, precisamente, establecer las condiciones bajo las que se puede ser culpable. De hecho dice: «Los requisitos de intención (propósito), conocimiento, descuido (*recklessness*), y negligencia, pueden tener características distintas —subjetivo, objetivo, estado mental, abstracción legal, etc.—, pero sirven a una única función, en opinión de los redactores: valorar si el acusado es suficientemente culpable por su conducta prohibida para ser responsable criminalmente de ella» (refiriéndose a la nota explicativa y comentario 1 al § 2.02 —que se ocupa de los requisitos generales de culpabilidad—).



*tual* simplemente confirma que los conceptos ‘intent’, ‘intention’ o ‘intentional’ no tienen ningún significado fijo y unitario, sino que deben ser interpretados en su contexto sistemático teniendo en cuenta consideraciones históricas y teleológicas» (p. 761, cursiva en el original).

Las afirmaciones anteriores no son, en nuestra opinión, decisivas: más allá de que es discutible que el *common law* no distinga entre dolo y elementos subjetivos de lo injusto, el verdadero problema es si pueden equipararse la *mens rea* y el dolo. Como se señala en el ámbito del *common law*, más que de *mens rea* hay que hablar de *mentes reae*<sup>31</sup>, pues los estados mentales del sujeto pueden ser distintos respecto a cada uno de los elementos —sin añadir de momento calificativos— del delito. Es cierto que la conciencia de la antijuridicidad no es, como tal, un elemento del delito, pero no es menos cierto que su ausencia es relevante en determinados supuestos —casos de inimputabilidad y el restringido ámbito en el que legislativamente se reconoce el error sobre la antijuridicidad de la conducta—. Obviamente, si el sistema del *common law* no se ha construido sobre la distinción antijuridicidad/culpabilidad —en el sentido de que no se le atribuyen las consecuencias habituales en nuestra dogmática<sup>32</sup>—, vamos a encontrar diferencias importantes. Por último, que la *mens rea* sea equiparada a las habituales formas de dolo es, precisamente, lo que habría que demostrar, pues como no desconoce Kai AMBOS, el concepto de *mens rea* no es pacífico en absoluto.

En resumen, si no resulta especialmente problemático considerar que el art. 30 ECPI hace referencia al dolo (p. 761), lo discutible es si se ocupa únicamente del mismo. Aparece así otro problema distinto: el de los elementos materiales como punto de referencia del «elemento de intencionalidad», con las distinciones que el propio ECPI realiza entre conducta, consecuencia y circunstancia.

Así, pone de manifiesto Kai AMBOS que, en un primer momento, se hacía referencia a los «elementos físicos» y que sólo posteriormente, en apariencia para evitar problemas de traducción a otros idiomas, se substituyó por «materiales». El cambio produce cierta confusión, pues

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, Paul H. ROBINSON, *Fundamentals* (n. 28), pp. 184—185.

<sup>32</sup> La precisión tiene que ver, simplemente, con el hecho de que claro que no es desconocida la distinción entre la conducta prohibida y la responsabilidad —más allá de las referencias al *actus reus* y la *mens rea*—, sino porque, como señala con razón el propio Kai Ambos, puede admitirse que sí se distingue entre justificación y exculpación en derecho comparado (pp. 825 y ss., 841 y ss., 862 —pese a las dudas que pueden surgir de la n. 231 en esta última página—). La distinción puede no ser relevante sistemáticamente, pero no es menos cierto que suele distinguirse expositivamente, sobre todo porque las razones que llevan a la ausencia de responsabilidad son distintas en unos y otros casos —tenga ello repercusiones en el sistema o no—.

«materiales» tiene más sustancia que el «incolore» físicos (p. 762). En todo caso, lo que deja claro es que se trata de elementos jurídico-materiales y no jurídico-procesales. ¿Por qué se producen problemas o confusión en un primer momento? Pues debido a la definición que de «elementos materiales del delito» hace un texto de tan gran influencia en el ámbito del *common law* como es el MPC, que, seguramente, conocerían los redactores (p. 762). Según la definición que el § 1.13 (10) MPC da de los mismos, se comprenden los presupuestos jurídico materiales de la punibilidad, incluidas las causas de justificación y exculpación («grounds for excluding criminal responsibility»), pero no los presupuestos procesales de persecución. Así, el dolo no tendría que referirse sólo a los elementos del tipo objetivo —como hace suponer la traducción oficial alemana—, sino también a los elementos de las causas materiales de exclusión de la punibilidad. Así, el autor debería haber actuado al menos con conciencia de la causa de exclusión de la punibilidad —totalmente en el sentido de la teoría, también reconocida en Alemania, de los elementos subjetivos de justificación— (p. 763). Este aspecto no plantearía, en principio, mayores problemas, salvo que se quisiese acudir a una concepción puramente objetiva de la antijuridicidad o de la exculpación —lo que no parece que sea el caso—. El problema se plantea por la equiparación de «elemento mental» y dolo, pues si puede resultar discutible respecto a las causas de justificación —*dolus malus*<sup>33</sup>—, exigir que el dolo comprenda la ausencia de causas de exculpación fue calificado, ya en los años 30, de monstruoso<sup>34</sup>.

Sin embargo, Kai AMBOS considera que hay diversos argumentos que se oponen a dicha comprensión amplia de los «material elements». Así, la utilización en codificaciones anteriores y, generalmente, en el *common law*; el hecho de que el propio *American Law Institute* utilice en otro lugar un concepto de «elemento material» más restringido —cuando comprende bajo el mismo las características (conducta, circunstancia, resultado) que constituyen el delito—; el originario concepto de «elementos físicos», con el que sólo se mencionaban los elementos objetivos del tipo y, por último, la redacción francesa, en relación, claro está, con la interpretación que hace la doctrina de este país (pp. 764-

<sup>33</sup> Crítico en este sentido GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte penal internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español», en BACIGALUPO ZAPATER, E., *El Derecho penal internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 34-35, y «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», *AP* 41 (2003), pp. 1039-1041.

<sup>34</sup> Así RADBRUCH, G., «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en HEGLER, A (Hrsg.), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Band I., Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1969, p. 158.

765). La redacción española parece corresponderse mejor con la concepción amplia del MPC, pero tampoco puede considerarse un argumento decisivo (p. 764).

En su opinión, el punto de vista decisivo podría ser que los «material elements» definidos en el art. 30 (2) y (3) (*conduct, consequence, circumstance*) pertenecen al *actus reus*, es decir, al tipo objetivo, de forma que bajo «material elements» hay comprender el *actus reus*, es decir, el tipo objetivo (p. 764). Así, mientras el art. 30 (1) refiere el dolo a los «elementos materiales», el apartado 2 lo refiere a la conducta y la consecuencia y el apartado 3 define el conocimiento respecto a circunstancia y consecuencia, con lo que sólo puede hacerse referencia, con sentido, a formas concretas de «elementos materiales» (p. 764). Además de que el texto del art. 30 esté vinculado a codificaciones anteriores, no resulta menos importante que Kai AMBOS vuelve a referirse al MPC —sin desconocer la importancia del mismo, especialmente en lo que afecta a la *mens rea*— y a otras regulaciones del *common law* (pp. 764-765).

La cuestión de si los «material elements» son únicamente los elementos del tipo (positivo) o si debemos comprenderlos en un sentido más amplio —los elementos que el autor debe abarcar subjetivamente—, igual que si el «mental element» se agota en el dolo resulta fundamental en materia de error —y de ahí que le hayamos prestado atención—. El propio Kai AMBOS afirma que si el elemento mental no fuese sólo el dolo del hecho «la distinción realizada en el art. 32 entre error de hecho y de derecho se desdibujaría y el error de derecho adquiriría bastante más relevancia que la que le quisieron conceder los redactores... Sólo un entendimiento restrictivo del elemento mental como mero dolo del hecho conduce al resultado deseado de la casi práctica irrelevancia de los errores de derecho, dado que los mismos no repercuten, normalmente, en el dolo del hecho» (pp. 806-807).

Dado que en el ECPI el error —de hecho o de derecho— sólo es relevante si elimina el elemento mental del delito en cuestión, la limitación del elemento mental al dolo tendrá como consecuencia que sólo serán relevantes los errores sobre elementos del tipo<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Precisamente en este sentido señala PIÑA ROCHEFORT, *Estructura* (n. 7), p. 60 n. 141 que «si se acepta la equiparación de *tipo* a *definición de delito*, debe afirmarse que para el *Common Law* los errores siempre recaen sobre el tipo, ya que han de negar el *mens rea*. Incluso aquellos pocos errores que se aceptan como relevantes y que recaen sobre la prohibición de la conducta son errores de tipo, toda vez que sólo son relevantes en la medida que niegan la concurrencia de uno de sus elementos (el mental)» (cursiva en el original).

Así, serán relevantes el error sobre elementos descriptivos del tipo (error de hecho) —que, sin embargo, al no existir responsabilidad por imprudencia fuera de los supuestos de responsabilidad del superior, queda convertido «en la consecuencia jurídica..., en una causa de exclusión de la punibilidad, y lo equipara, así, a las causas de justificación y exculpación en el sentido de los arts. 32 y 33 [ECPI]» (p. 807)— y el error sobre elementos normativos del tipo (error de derecho) —pese a los múltiples problemas que plantea— (pp. 811 y ss.)<sup>36</sup>. El error sobre la situación de hecho permisiva o sobre los presupuestos fácticos de una causa de exculpación, al no excluir el dolo, sólo podrán tener relevancia por aplicación analógica del art. 32. La solución nos resulta un tanto confusa (especialmente desde un punto de vista sistemático), pues se refiere a la exclusión del dolo de lo injusto o del reproche de culpabilidad dolosa en el primer caso, aunque excluiría el dolo del hecho (p. 810), mientras que en el segundo supuesto se refiere tanto a la imposibilidad de hacer un reproche al autor o al decaimiento del reproche de culpabilidad dolosa, aunque, dado que estamos en el plano de la culpabilidad, podrían invocarse los criterios de la inevitabilidad o razonabilidad del error para su delimitación (p. 811)<sup>37</sup>.

Al no existir, en su opinión, errores de hecho que no excluyan el dolo —dado que el problema no es si el error de hecho excluye el dolo, sino cuándo una representación errónea del autor es un error de hecho—, los mismos son siempre relevantes (pp. 815-816). Por el contrario, serán irrelevantes los siguientes errores de derecho: el error sobre la compe-

---

<sup>36</sup> De hecho, el Prof. Kai Ambos ha cambiado aquí su postura: si en un primer momento partía de la base de que la redacción del art. 32 y su referencia a que «puede eximir» permitían cierta discrecionalidad al Tribunal que podría acudir, por ejemplo, al criterio de la evitabilidad —(pp. 811-812)—, en la versión española considera que la relación entre la regla general —irrelevancia del error de derecho— y la regla segunda — posible relevancia cuando excluye el elemento mental—, «debe ser entendida sistemática y teleológicamente como una excepción a este principio, en el sentido de que en su presencia —la falta del ‘mental element’— el juez tiene que absolver».

<sup>37</sup> Aparentemente Kai AMBOS considera equivalentes las expresiones «reproche de culpabilidad» y «reproche de culpabilidad dolosa» (pp. 809-811, 854-855). No sabemos si, con ello, está admitiendo la teoría de la doble posición del dolo formulada por GALLAS, W. «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *ZStW* 56 (1955), publicado también en *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1968, pp. 19 y ss. (p. 56 y n. 89), de donde se toman las referencias, o si no entra en mayores precisiones sistemático-materiales. Entre las críticas a dicha teoría no faltan, lógicamente, las que destacan las complicaciones sistemáticas de la misma —véase, por ejemplo, CEREZO MIR, «La doble posición del dolo», *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 198 y ss—. Quizá no debería olvidarse que, al menos en un primer momento, las ventajas de «la» concepción normativa de la culpabilidad también tenían que ver con la consecución de un concepto unitario de culpabilidad —véase MELENDO PARDOS (n. 20), p. 83—.

tencia jurídico-material de la Corte (pp. 816-817), el error de prohibición directo (pp. 817-819), el error de prohibición indirecto (p. 819), el error sobre los presupuestos jurídicos de una causa de exculpación (pp. 820-821) y el error sobre la validez de las normas del Derecho nacional contrarias al Derecho internacional (p. 821).

Si el primer supuesto, al igual que el último, no parece plantear especiales problemas, no puede decirse lo mismo en los demás casos. En el caso de normas prohibitivas referidas a crímenes internacionales contra bienes jurídicos fundamentales la irrelevancia del error de prohibición directo le parece inequívoca e indiscutible —se acuda a la fundamentación utilitarista de la regla de la *ignorantia iuris* o a la distinción entre los *mala in se* o delitos que lesionarían normas nucleares cuya prohibición y ámbito de vigencia material todos deben conocer— (pp. 817-818). Sin embargo, en el marco de los *mala prohibita* o de la violación de normas disponibles, esto es, en el ámbito de los crímenes de guerra, considera que, en virtud del principio de culpabilidad es necesaria una limitación o flexibilización de la regla de la *ignorantia iuris*, que haga posible tenerlos en cuenta en el nivel de la culpabilidad —especialmente cuando un error de subsunción desemboque en un error sobre la anti-juridicidad de la conducta— (p. 818). Una estricta aplicación de la regla de la *ignorantia iuris* en estos casos lleva a resultados materialmente inadmisibles, a una desconsideración inaceptable de la reprochabilidad individual (p. 819).

Si la regulación va demasiado lejos en los supuestos de error de prohibición directo, la necesidad de flexibilizar la misma resulta todavía más patente en los casos de errores de prohibición indirectos o errores sobre las causas de exculpación, por lo que, *de lege ferenda*, debe relajarse la regla de la *ignorantia iuris* —que, además, cada día es más criticada en el propio *common law*—, recurriendo al criterio de la evitabilidad, de la razonabilidad o de la antijuridicidad manifiesta (pp. 822-824). Éste sería el modo de satisfacer el principio de culpabilidad y de alcanzar la justicia del caso concreto, pues señala, con razón, que el fenómeno colectivo de la brutalidad de los conflictos no internacionales y la necesidad de perseguir personalmente a los responsables no justifica hacer prácticamente imposible la relevancia de un error de derecho en el caso concreto por medio de exigencias demasiado estrictas al conocimiento jurídico de los particulares, relativizando así, peligrosamente, el principio de culpabilidad (pp. 822-823). Concluye así, formulando la siguiente regla: «un error (de derecho) inevitable o ‘razonable’ no es ‘imprudente’ ni ‘reprochable’ y, por ello, es relevante» (p. 824).

En definitiva, en su opinión, «la situación jurídica expuesta pone de manifiesto, claramente, la superioridad de un sistema del hecho puni-

ble más diferenciado frente al que permanece anclado en la distinción entre parte externa y parte interna del hecho y que no diferencia claramente entre injusto y culpabilidad, así como entre dolo del hecho y reproche de culpabilidad dolosa» (p. 822).

Compartimos básicamente la afirmación del Prof. Kai AMBOS sobre la superioridad de un concepto normativo de delito sobre uno que meramente diferencia entre lo objetivo y lo subjetivo. Ahora bien, no estamos de acuerdo con la reconstrucción de la estructura del delito en el ECPI que realiza. Es cierto que encontramos elementos objetivos y subjetivos, pero nada más. El propio Kai AMBOS ha señalado que el Estatuto, como tal, no tomaba partido por una determinada construcción sistemática. Igualmente, pese a que nos resulta indudable la influencia del *common law* en la redacción del mismo, como atestigua la mera lectura, debemos tener presente que tampoco estamos ante un texto del *common law*. Así, por ejemplo, nos recuerda Kai AMBOS que la expresión «causas de exclusión de la responsabilidad criminal» se impuso frente a la de «defensas» porque esta última proviene del *common law* (p. 825). Tampoco podemos olvidar que no hubo acuerdo sobre el establecimiento de un precepto general referido al concepto de acción o al tipo objetivo —*actus reus*— (p. 765).

En definitiva, la interpretación de la sistemática del delito sólo quedará sometida a la compatibilidad con el propio texto y a los resultados que ofrezca. Precisamente desde el planteamiento metodológico expuesto por Kai AMBOS, el último punto de vista debería ser decisivo, incluso por encima de la voluntad de los redactores, a la que creemos que se otorga excesiva importancia.

Si tenemos en cuenta las reflexiones anteriores, podemos preguntarnos si no existen opciones sistemáticas distintas de las del Prof. AMBOS que quizá puedan ofrecer mejores resultados. Nuestra opinión es que sí y, además, con apoyo en el propio *common law*, lo que, si bien no es decisivo, tampoco resulta intrascendente. La solución pasa —aunque no se agota ahí— por romper la equiparación entre elementos materiales del delito y elementos del tipo objetivo y, por tanto, entre elemento mental —elemento de intencionalidad— y dolo. Como decimos, éste es simplemente un primer paso, pues después habría que acomodarse a lo dispuesto en el ECPI y extraer las consecuencias oportunas. El apoyo teórico en el *common law* nos lo proporciona el MPC, pues creemos que el Prof. AMBOS no lo interpreta correctamente. Frente a lo que afirma Kai AMBOS, en el Model Penal Code los elementos materiales del delito incluyen la existencia de una justificación o una excusa para la conducta objeto de análisis.

No sólo se deduce así de la definición que da el mismo en el § 1.13 (10)<sup>38</sup>, a la que acudía Kai AMBOS, sino de otros lugares del mismo y sus correspondientes comentarios, especialmente del § 2.02 (requisitos generales de culpabilidad)<sup>39</sup>, donde una y otra vez se alude a ello<sup>40</sup>. El problema aparece cuando Kai AMBOS afirma que el propio MPC utiliza una concepción más restringida de «elementos materiales de un delito», recurriendo al comentario al § 2.02, donde sólo se haría alusión a la conducta, circunstancias y resultados<sup>41</sup>. Aquí es donde creemos que se encuentra la interpretación errónea del MPC. Es cierto que el MPC, en otro lugar, se refiere a los «elementos del delito» y, allí, entre otros, menciona la conducta, las circunstancias concurrentes o el resultado de la conducta [§ 1.13 (9) —definiciones generales—]<sup>42</sup>. Ahora bien, el propio MPC se preocupa de distinguir entre ambas secciones, pues la última citada se refiere a aspectos procesales, mientras que el § 1.13 (10) busca establecer los elementos respecto a los que deben aplicarse requisitos subjetivos —de culpabilidad en el propio lenguaje del MPC—, cosa bien distinta. Así, frente a la interpretación que realiza Kai AMBOS de dicho pasaje, el MPC expresa posteriormente lo siguiente: «como se señaló previamente en el Comentario 1, *supra* [es decir, el texto en el que se ha apoyado Kai AMBOS], defensas como las expuestas [se refiere a supuestos que nosotros consideraríamos causas de justificación] son ‘elementos materiales’ del crimen»<sup>43</sup>. En definitiva, no cabe duda de que en el MPC las causas de justificación y de exculpación son *siempre* elementos materiales del crimen.

Como es lógico, ello no resuelve, sin más, los problemas, pero creemos que sí posee cierta importancia, pues si desde el propio *common law* las exigencias subjetivas no se agotan en la definición del delito que se encuentra en la Parte Especial —si se prefiere, en el tipo (objetivo)—, decae uno de los argumentos que se oponían a interpretar en sentido amplio la expresión «elementos materiales» en el ECPI. Dicho de otro modo, elementos materiales y *actus reus* no coincidirían —o no tendrían por qué hacerlo—. Si ello es así, tampoco tendrían por qué hacerlo el «elemento mental» y el dolo. De hecho, el propio Kai AMBOS criticaba

<sup>38</sup> *Model Penal Code and Commentaries (Official Draft and Revised Comments). Part I. General Provisions §§ 1.01 to 2.13*, The American Law Institute, 1985, pp. 210-211, nota explicativa y comentarios al precepto en cuestión.

<sup>39</sup> *Model Penal Code* (n. 38), pp. 225 y ss.

<sup>40</sup> *Model Penal Code* (n. 38), especialmente la nota explicativa en p. 227, pero también pp. 229-230, 232, 251-253.

<sup>41</sup> De hecho cita el *Model Penal Code* (n. 38), p. 229 n. 1 —donde se señala el objetivo de dicha sección del MPC—.

<sup>42</sup> *Model Penal Code* (n. 38), pp. 209 y ss.

<sup>43</sup> *Model Penal Code* (n. 38), p. 252 n. 56.

la redacción del art. 30 por utilizar términos iguales o similares para referirse a cuestiones distintas. Igualmente, no parece haber mayor inconveniente en que las referencias subjetivas tengan que serlo a concretas formas de elementos materiales, pues ello es, precisamente, uno de los aspectos que más se elogia del MPC<sup>44</sup>, sin que ello impida referirlo a causas de justificación y exculpación.

La conclusión de lo anterior parece clara: si el elemento mental es distinto del dolo y, por tanto, las referencias subjetivas no se agotan en los elementos del tipo, las repercusiones del error pueden ser diferentes. Obviamente, deberá respetarse el marco que impone el ECPI, de forma que tanto el error de hecho como el de derecho deberán negar el elemento mental del delito, mas, ¿señala el propio ECPI qué es un error de hecho y qué un error de derecho? No. Ni siquiera puede decirse que todos los elementos que aparecen en las descripciones de los arts. 6 a 8 sean de hecho o de derecho —¿qué ocurriría con los elementos normativos del tipo que no fuesen de naturaleza jurídica?—, aunque sí que son una conducta, una consecuencia o una circunstancia. Así, la aproximación que intuitivamente puede parecer más sencilla, esto es, distinguir según si el elemento tiene naturaleza fáctica o valorativa, no tiene por qué ser la más correcta<sup>45</sup>, de modo que podrían intentarse interpretaciones alternativas que ofreciesen resultados más adecuados<sup>46</sup>. Puede que sea necesaria una dosis de flexibilidad —¿o de voluntarismo?—, pero

---

<sup>44</sup> Se habla, así, del paso del método de análisis del delito al análisis de cada elemento; véase ROBINSON, *Fundamentals* (n. 28), p. 185.

<sup>45</sup> Evidentemente, también la distinción sobre cuándo estamos ante un elemento de hecho y cuándo ante uno de derecho es discutida en el *common law* —véase, por ejemplo, A. T. H. Smith, «Error and Mistake of Law in Anglo-American Criminal Law», en ESER, A./FLETCHER, G. P., *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven* II, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., 1988, pp. 1084 y ss.

<sup>46</sup> Baste pensar en las que se han realizado en nuestro país a propósito de la redacción del art. 14.1 y su referencia al error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal. Véanse, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitas S. A., Madrid, 1996, p. 449 [«procede interpretar 'hecho' como toda circunstancia o dato descrito en el tipo, o como el conjunto de los mismos, sean de carácter meramente fáctico o sean hechos con significado social, ético o jurídico, es decir, incluyendo también a los elementos normativos» (cursiva añadida)]; en la misma línea DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error», *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pp. 673, 677-678; «¿Error de hecho o error de tipo?», en *El Nuevo Derecho Penal Español: Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 218-219, 221; «El error de prohibición: pasado, presente y futuro», en *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 340; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, p. 689 n. 556 que viene de la página anterior.



si está en juego el principio de culpabilidad, no parece descabellado pensar que «también en derecho penal es necesario un ángel bueno».

En definitiva, es de sobras sabido que no es nada fácil ser pionero. Mis divergencias con Kai AMBOS —incluso en el supuesto de que yo tuviese razón— no restan un ápice de valor a su obra. Más bien ocurre todo lo contrario: si resulta posible llegar a otros resultados, que satisfagan en mayor medida las aspiraciones comunes, no cabe duda de que una de las razones es, precisamente, haber puesto de manifiesto las consecuencias de un determinado modo de entender la estructura del delito en Derecho penal internacional, impulsando de este modo investigaciones que puedan evitar los problemas planteados.

Con lo anterior no queremos decir que no haya multitud de cuestiones que el Prof. Kai AMBOS resuelve muy acertadamente. Pretendemos, simplemente, trasladar al Derecho penal el dicho de otros ámbitos de que la potencia de una teoría no se mide por los problemas que resuelve sino por los que plantea. La obra de Kai AMBOS es un ejemplo desde cualquiera de los dos puntos de vista: resuelve unos problemas y abre nuevos retos. ¿Puede haber mayor satisfacción?

MARIANO MELENDO PARDOS  
Prof. Asociado de Derecho penal. UNED