



Kai  
Ambos

# ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?

Fundamentos y formas

Centro de  
Investigación  
en Filosofía  
y Derecho

Universidad  
**Externado**  
de Colombia



Kai  
Ambos

# ¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?

Fundamentos y formas

Centro de  
Investigación  
en Filosofía  
y Derecho

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el Derecho penal internacional?

Fundamentos y formas

**Universidad Externado de Colombia**

**Rector**  
Fernando Hiestrosa

**COLECCIÓN DE ESTUDIOS N.º 37**

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

KAI AMBOS

**¿Cómo imputar a los  
superiores crímenes de los  
subordinados en el Derecho  
penal internacional?**

**Fundamentos y formas**

Universidad Externado de Colombia  
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

ISBN 978-958-710-356-4  
ISBN 978-958-710-523-0 E-BOOK  
ISBN 978-958-710-927-6 EPUB

© 2008, KAI AMBOS  
© 2008, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá  
Teléfono (57-1) 342 0288  
[publicaciones@uexternado.edu.co](mailto:publicaciones@uexternado.edu.co)  
[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

Primera edición: octubre de 2008

Diseño de carátula y composición: Departamento de Publicaciones

ePub Hipertexto Lta./ [www.hipertexto.com.co](http://www.hipertexto.com.co)

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

## PRESENTACIÓN

El libro tiene como objetivo principal explicar y analizar las formas de imputación de crímenes cometidos por aquellos subordinados a los superiores, o sea, el análisis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, de la responsabilidad del superior o del mando y, como forma más reciente de imputación en la jurisprudencia internacional, la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*). Este análisis, llevado a cabo en la parte II de la obra, se basa en trabajos anteriores del autor, en particular en los trabajos *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 20, Universidad Externado de Colombia, 1998), *Temas del derecho penal internacional* (Colección de Estudios n.º 24, Universidad Externado de Colombia, 2001) y, como obra fundamental, *La parte general del derecho penal internacional* (Konrad-Adenauer-Stiftung/ Temis, 2006). Antes de entrar en este análisis parece conveniente examinar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* desde diversos ángulos (parte I).

## ABREVIATURAS

AT Allgemeiner Teil (Parte General)

§, §§ Parágrafo, párrafos

AC Appeal Cases

BGBL *Bundesgesetzblatt* (Boletín Oficial Federal alemán)

BGH Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)

BGHST Sentencias del bgh

BMJ Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)

BverfG Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)

BverfGE Sentencias del BVerG

BVerwG Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal alemán)

BvR Bundesverfassungsrichter, Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (expediente queja constitucional)

*CDJP Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (revista Argentina)

CEDDHH Convención Europea de Derechos Humanos

*CornILJ Cornell International Law Journal* (revista estadounidense)

*CrimLR Criminal Law Review* (revista inglesa)

DDHH Derechos Humanos

DDR Deutsche Demokratische Republik (rda )  
DINA Dirección de Inteligencia Nacional (Chile)  
*Döv Die Öffentliche Verwaltung* (revista alemana)  
DPP Director of Public Prosecutions (Inglaterra)  
ECPI Estatuto de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma  
EEUU Estados Unidos de América  
EGMR Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (teddhh )  
EMRK Europäische Menschenrechtskonvention (ceddhh )  
*EuGRZ Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (revista alemana)  
*FS Festschrift* (libro homenaje)  
*GA Goldammer's Archiv für Strafrecht* (revista alemana)  
GG Grundgesetz (Constitución alemana)  
ICC International Criminal Court  
ICLQ International and Comparative Law Quarterly (revista internacional) *iclr International Criminal Law Review* (revista internacional)  
ICTR International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda)  
ICTY International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia)  
IPBPR Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pacto internacional de Derechos civiles y políticos)  
JCE Joint Criminal Enterprise (empresa criminal conjunta)  
JICJ Journal of International Criminal Justice (revista internacional)  
*JR Juristische Rundschau* (revista alemana)  
*JZ Juristenzeitung* (revista alemana)  
*LQR Law Quarterly Review* (revista inglesa)  
*Nj Neue Justiz* (revista alemana)  
*NJW Neue Juristische Wochenschrift* (revista alemana)  
*NSTZ Neue Zeitschrift für Strafrecht* (revista alemana)  
ONU Organización de las Naciones Unidas

RDA República Democrática Alemana

*RDCP Revista de Derecho y Ciencias Políticas* (revista peruana)

*RP Revista Penal* (revista española)

SS Schutzstaffel (escuadrones de protección del Partido de los Trabajadores Nacionalsocialista alemán)

STGB Strafgesetzbuch (CP alemán)

*STV Strafverteidiger* (revista alemana)

TEDDHH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TPIY Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

VSTGB Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán)

*WISTRA Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (revista alemana)

YbILC Yearbook of the International Law Commission

*ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik* (revista alemana)

*ZSTW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (revista alemana)

## **I. FUNDAMENTOS**

## EL PRINCIPIO *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*, EL ARTÍCULO 7.º DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, EL *COMMON LAW* Y LOS DISPAROS EN EL MURO ALEMÁN<sup>{\*}</sup>

La europeización del Derecho (penal) presenta la hasta ahora muy poco discutida pregunta respecto de los estándares relevantes en materia de DDHH, y de ese modo respecto de las fronteras del proceso de armonización jurídica a nivel europeo. Al principio de la legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) le corresponde en tal sentido una significación preponderante, ya que, al menos según su concepción teórica, debiera actuar como límite estatal y especialmente jurídico-penal. Su conceptualización jurídica a nivel europeo mediante el artículo 7.º CEDDHH descansa, sin embargo, en una conceptualización acorde al *common law* (I, II) y no alcanza el desarrollo del artículo 103 II GG. La confirmación de la jurisprudencia alemana respecto de los disparos en el muro por el TEDDHH era, por ende, esperable, pero no convence en su fundamentación (III).

### I. "COMMON LAW" Y "PRINCIPLE OF LEGALITY"

El *common law*<sup>{1}</sup> es Derecho consuetudinario jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII

frente al *county custom* local y, de ese modo, se convirtió en el Derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa - "common to the free people of England"<sup>{2}</sup>. *Common law* es entonces "judge made law" con base en costumbres y usos tradicionales. Los tribunales sientan o articulan *common law*, resultando difícil trazar una frontera entre creación jurídica constitutiva e interpretación declaratoria. Lo que no merece duda es que la *ratio decidendi* de las más altas decisiones jurisprudenciales despliega fuerza vinculante siguiendo la regla del *precedent*<sup>{3}</sup>, quedando, sin embargo, a menudo poca claridad respecto de cuál es el Derecho vigente.

En nuestro contexto, con miras al art. 7.º CEDDHH, se tratará el Derecho británico<sup>{4}</sup>, ya que Gran Bretaña (Inglaterra/Gales, Escocia e Irlanda del Norte) no sólo constituye la cuna del *common law*, sino que forma parte de la CEDDHH ; ésta forma parte del Derecho interno desde el Human Rights Act de 1998. Junto a ello, Gran Bretaña no cuenta hasta el día de hoy con una codificación completa del Derecho penal<sup>{5}</sup>, sino que el Derecho penal codificado (*statute law*) se limita a sectores parciales de la Parte General<sup>{6}</sup> y preponderantemente de la Parte Especial<sup>{7}</sup>. A diferencia, el *common law* en las antiguas colonias, especialmente en los Estados Unidos de América, ha sido desplazado progresiva y prácticamente de manera completa por el *statute law*<sup>{8}</sup>.

Si en el *common law* al menos no se trata de un Derecho legislado o codificado (*statute law*), sino a lo sumo de fijación jurisprudencial de reglas reconocidas consuetudinariamente -por ende de Derecho jurisprudencial *escriturado*<sup>{9}</sup>-, parece "necessarily retrospective in character"<sup>{10}</sup> y entra *a limine* en conflicto al menos con la comprensión continental de la componente *lex scripta* del principio Nullum Crimen.

Al respecto sea hecha solamente la referencia, en lo relativo al Derecho internacional, a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU respecto del Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, así como al informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del tribunal de Yugoslavia, según los cuales las "rules" (penales), que son "beyond any doubt part of customary law"<sup>{11}</sup>, no contrarían el principio *nullum crimen*. En lo que respecta al Derecho europeo, es jurisprudencia permanente del TEDDHH que el concepto Derecho ("Law") en el art. 7.º CEDDHH también abarcaría normas no escritas<sup>{12}</sup>.

En el *common law* el principio *nullum crimen* es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía ("non-retroactivity, maximum certainty and restrictive construction")<sup>{13}</sup>. Desde una perspectiva europeo-continental se trata de una *nullum crimen sine lege minus lex scripta*, si bien otros autores definen el "principle of legality" de modo menos sistemático<sup>{14}</sup>.

De todos modos, el principio *nullum crimen* se ubica en el "*common law*" -aquí entendido como antónimo del "civil law" continental-europeo- menos bajo el concepto latino que bajo el ya mencionado concepto del "principle of legality" o - más aún- del *Rule of Law*. En Inglaterra este principio recién recibió una fundamentación legislativa con la recepción interna del art. 7.º CEDDHH, mediante el ya mencionado Human Rights Act de 1998, mientras que por ej. el art. 1.º (9) cl. 3 (10) cl. 1 de la Constitución de Estados Unidos prohíbe explícitamente la creación retroactiva de tipos legales (la llamada legislación *ex post facto*)<sup>{15}</sup>. En el Derecho inglés no es posible desde ya tal regulación, porque allí no existe Constitución escrita.

Sin perjuicio de estas cuestiones conceptuales, se presenta el problema de fondo de en qué medida es posible compatibilizarla la tradicional competencia de la

jurisprudencia, especialmente de la House of Lords, en cuanto a poder establecer Derecho -en el sentido del llamado *judicial law making*-, con una comprensión moderna del principio *nullum crimen* en el sentido del art. 7.º CEDDHH. La pregunta se tornó relevante en el año 1961 con el caso SHAW <sup>{16}</sup>, en el que SHAW fue acusado por haber publicado y divulgado un llamado "Ladies Directory" que contenía nombres, números telefónicos e imágenes de damas para la prestación de servicios sexuales, bajos el cargo, entre otros, de una "conspiracy to corrupt public morals"<sup>{17}</sup>. La discusión se suscitó respecto de la posibilidad de que tal tipificación penal siquiera existiese en el *common law*, y de si más bien su aplicación no comportaba una fundamentación retroactiva del castigo. En cuanto al resultado, los Lores siguieron la primera opinión mencionada, con lo cual se hacía patente en la argumentación, que querían perseverar en el rol tradicional de la justicia como custodio de las costumbres morales ("Custos morum of the people").

Así, Lord VISCOUNT SIMONDS negó ser un representante del *judicial law making*, pero igualmente le atribuyó a los tribunales un "residual power to enforce the supreme and fundamental purpose of the law, to conserve (...) the moral welfare of the state", y les asignó un deber "to guard it against attacks which maybe the more insidious because they are novel and unprapared for"<sup>{18}</sup>. De este modo les mencionó a los tribunales un competencia residual o bien de recepción para evitar vacíos de punibilidad por razones de interés público preponderante. Así, por ejemplo, no sería aceptable que con la legalización de prácticas sexuales entre hombres adultos quedara despenalizada la incitación pública a tales prácticas. En este caso no sería posible hacer referencia a un *common law* impotente; más bien tendrían los jueces la tarea de llenar los vacíos de punibilidad existentes<sup>{19}</sup>. Los demás jueces se unieron a este voto, en parte bajo la invocación de criterios públicos y

reconocidos<sup>{20}</sup>. Únicamente Lord Reid advirtió respecto de la utilización de argumentos de "public policy" y abogó por dejar al parlamento -en cuanto "proper place"- la decisión sobre esos juicios de valor<sup>{21}</sup>.

Diez años más tarde el House of Lords, en el similar caso *Knulier*, tuvo que decidir si una revista con anuncios de hombres para la prestación de contactos homosexuales debiera ser considerada igualmente como "conspiracy to corrupt public morals" y como lesión de la "public decency"<sup>{22}</sup>. Los Lores se encontraron ahora ante el dilema de reconocer el efecto vinculante de la decisión en *Shaw* y en el fondo darle una legitimación ulterior, o de anularla y arrogarse *nuevamente* una competencia para sentar Derecho, en vez de dejar posibles cambios legales al parlamento. Precisamente por esta razón Lord REID, que en la decisión *Shaw* había sostenido una opinión minoritaria, se sintió vinculado a esta decisión<sup>{23}</sup>. Solamente Lord Diplock criticó la decisión *Shaw* como una "judicial usurpation of (...) an exclusively legislative power"<sup>{24}</sup> y quería revocarla como un "judicial law making" ilícito. Esta postura no fue seguida por la mayoría, pero, así y todo, ésta decidió, por medio de un *obiter*, que la decisión *Shaw* no podía ser interpretada como una competencia judicial residual para la creación o ampliación de tipos penales<sup>{25}</sup>, y que un "judicial law making" en tal sentido no sería admisible hoy en día. Sin embargo, se intentó a su vez ampliar el ámbito de interpretación de los tribunales -en cuanto al "unravished remnants" del *common law*-<sup>{26}</sup> mediante una relativización del *principio de certeza*<sup>{27}</sup>. Certeza en el sentido de una previsión exacta de posibles consecuencias del actuar humano no sería posible en ningún sistema de Derecho. No existiría ningún procedimiento mediante el cual se pudiese predecir con absoluta precisión cuándo una persona es penalmente responsable: "those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in"<sup>{28}</sup>. Esta doctrina del hielo