

Teoría del dominio del hecho y principio de legalidad en la Corte penal Internacional

Leandro A. Dias

Universidad de Buenos Aires

*Abstract**

En la primera sentencia absolutoria de la Corte Penal Internacional, la jueza Christine van den Wyngaert emitió un voto separado en el que criticó duramente la teoría que viene siendo utilizada desde la creación del tribunal para distinguir entre autores y partícipes: ni más ni menos que la teoría del dominio del hecho. El argumento de la jueza es que una construcción tan compleja y sofisticada viola el principio de legalidad penal o nullum crimen sine lege, dado que este último principio sería aplicable a las reglas de la parte general del derecho penal con la misma intensidad que con respecto a las reglas de la parte especial (esto es, los crímenes en particular). En el siguiente trabajo se argumentará que hay buenas razones para sostener que este argumento debe ser repensado y que, específicamente, los principios de lex certa y lex stricta rigen de un modo limitado respecto de las reglas de la parte general del derecho penal.

Richterin Christine Van den Wyngaert hat in dem ersten Freispruch des Internationalen Strafgerichtshofs eine gesonderte Stellungnahme zu der Entscheidung formuliert. Dabei hat sie die Beteiligungslehre, auf die der Gerichtshof nach wie vor zurückgegriffen hat, stark kritisiert – die sogenannte Tatherrschaftslehre. Das Argument von Van den Wyngaert lautete, wie folgt: eine so komplizierte und hoch entwickelte Lehre stelle einen Verstoß gegen den Grundsatz „nulla poena, nullum crimen sine lege“ dar, weil dieser Grundsatz auf den Allgemeinen Teil des Strafrechts genauso wie auf den Besonderen Teil anzuwenden ist. Der vorliegende Beitrag versucht, zu einem besseren Verständnis des Problems beizutragen. In aller Kürze wird darauf hingewiesen, dass der Bestimmtheitsgrundsatz und das Analogieverbot in dem Allgemeinen Teil des Strafrechts nur beschränkt gelten.

In the first acquittal delivered by the International Criminal Court, Judge Christine van den Wyngaert decided to issue a separate opinion, in which she strongly criticized the theory that has been applied by the Court since its creation in order to differentiate between perpetrators and accomplices: the so-called control-theory. The Judge's main argument is that such complex and sophisticated theory violates the nullum crimen sine lege principle, because the latter would be applicable with the same intensity to the rules of the general part of Criminal Law and to the rules of the special part (i.e., the specific crimes). In this article I will demonstrate that there are compelling reasons to conclude that this argument should be reconsidered and that the lex certa and lex stricta principles are only applicable to the general rules of Criminal Law in a rather flexible manner.

Titel: Die Lehre der Tatherrschaft und das Legalitätsprinzip in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs.

Title: The Control-theory and the Nullum Crimen sine Lege Principle at the International Criminal Court. An Analysis of the Separate Opinion of Judge van den Wyngaert in the Ngudjolo Chui Case.

* Abogado y doctorando en Derecho penal (UBA). Magister en Derecho penal (UTDT). Agradezco al Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen), al Prof. José R. Béguelin (UBA) y al Prof. Dr. Alejandro Chehtman (Universidad Torcuato Di Tella) por los valiosos comentarios realizados al primer borrador de este artículo. El agradecimiento también debe hacerse extensivo al Prof. Dr. Marcelo D. Lerman (UBA), por el apoyo brindado durante la confección del manuscrito, y a los dos árbitros anónimos que evaluaron este artículo, por las acertadas sugerencias para mejorar su contenido. Contacto: leandrodiasder@gmail.com.

Palabras clave: principio de legalidad, teoría del dominio del hecho, Corte Penal Internacional, derecho penal internacional, parte general del derecho penal, dogmática penal.

Stichwörter: Gesetzlichkeitsprinzip, Tatherrschaftslehre, Internationaler Strafgerichtshof, Völkerstrafrecht, allgemeiner Teil des Strafrechts, Strafrechtsdogmatik.

Keywords: principle of legality, control-theory, International Criminal Court, International Criminal Law, general part of Criminal Law, Criminal Law theory.

Sumario

1. Introducción

2. El argumento central de la jueza: la aplicación de la teoría del dominio del hecho viola el principio de legalidad

3. La premisa oculta en el argumento de la jueza van den Wyngaert

4. Los alcances del *nullum crimen* respecto de las disposiciones de la parte general del derecho penal

5. Conclusión

6. Tabla de jurisprudencia

7. Bibliografía citada

1. Introducción

En la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI), para interpretar las formas de autoría establecidas en el art. 25(3)(a) del Estatuto de Roma (ER) y diferenciarlas de los otros modos de intervención criminal punible regulados también en el art. 25(3), se ha receptado lo que se conoce como “teoría del dominio de hecho”.¹ En apretada síntesis, esta doctrina parte de considerar como autores de un crimen internacional a quienes pueden controlar la ejecución del delito y son conscientes de ese dominio.² Así, en otras palabras, solamente serían autores quienes tienen mayor grado de responsabilidad en la comisión de un hecho punible por estar en condiciones de decidir si se va a cometer el crimen y cómo se va a cometer, por lo que no serían esenciales ciertas

¹ Sólo a modo de ejemplo, véase, ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803-tEN), párr. 326 ss.; ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, *Decision on the Confirmation of Charges*, 30 de septiembre de 2008 (ICC-01/04-01/07-717), párr. 500 ss.; ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), párr. 976 ss.; ICC-T.Ch. II, Prosecutor v. Germain Katanga, *Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut*, 7 de marzo de 2014 (ICC-01/04-01/07-3436), párr. 1382 ss.; ICC-A.Ch., Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 de diciembre de 2014 (ICC-01/04-01/06 A 5), párr. 456-473; ICC-P.-T.Ch. II, Prosecutor v. Dominic Ongwen, *Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen*, 23 de marzo de 2016 (ICC-02/04-01/15), párr. 38 ss.

² En detalle sobre los pormenores de la discusión actual sobre el tema en derecho penal internacional, entre otros, AMBOS, «Article 25. Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER/AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 2016, nm. 10; EL MISMO, *Treatise on International Criminal Law*, t. I, 2013, pp. 150 ss.; OHLIN/VAN SLIEDREGT/WEIGEND, «Assessing the control-theory», *LJIL*, (26), 2013, p. 745; JAIN, «The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law», *CJIL*, (12), 2011, pp. 157 ss.

circunstancias usualmente asociadas a la noción de autoría, como la presencia física del agente en el lugar de ejecución.³

Este criterio normativo de distinción entre autoría y participación,⁴ que rechaza enfoques basados en la realización del crimen en términos meramente formales o en un determinado *animus auctoris* por parte del perpetrador⁵ y que viene desarrollándose en la ciencia penal alemana desde hace ya varias décadas,⁶ marca un punto de inflexión con respecto a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.⁷ Esta última, desde el ya legendario caso *Tadić*,⁸ estableció lo que se ha considerado como “tesis subjetiva”⁹ para determinar quiénes pueden ser autores de un crimen internacional. Se trata de la llamada teoría de la empresa criminal conjunta, que les asigna del rol de perpetradores a quienes realizan un aporte al hecho con ciertas actitudes internas:¹⁰ el deseo

³ Así, ICC-P.-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Decision on the confirmation of charges*, 29 de enero de 2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEN), párr. 330. Sobre el tema, OLÁSOLO, «El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata», *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (27), 2013, p. 85.

⁴ Por supuesto que la aplicación de este criterio para interpretar el art. 25(3) ER, presupone que en dicho art. de hecho existe una distinción entre autoría y participación y que, además, dicha distinción está justificada en términos valorativos. Una crítica a esta presuposición excede los límites de este trabajo, sin perjuicio de que debe reconocerse que en los últimos años se han ofrecido buenos argumentos en su contra. Así, fundamentalmente, STEWART, «The End of 'Modes of Liability' for International Crimes», *Leiden Journal of International Law*, (25), 2012, pp. 165 ss.; EL MISMO, «Complicity», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, 2014, pp. 534 ss. Crítico de estas posturas, AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. I, 2013, p. 146.

⁵ Por todos, AMBOS, «Article 25. Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER/AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 2016, nm. 10; EL MISMO, *Treatise on International Criminal Law*, t.I, 2013, p. 150; WERLE/JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3ª ed., 2014, p. 198.

⁶ Sobre el tema, es indispensable la obra de ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015), a quien en gran medida se lo considera la figura central del desarrollo de la teoría, en virtud de las contribuciones que desde la década del sesenta viene realizando sobre el tema. Así, por todos, HERZIG («Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs», *ZIS*, [4], 2013, p. 191). Sin embargo, esta apreciación es un tanto imprecisa: la versión moderna de la teoría del dominio del hecho ya había sido delineada por WELZEL («Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, (58), 1939, pp. 539 ss.) un par de décadas antes y los aportes posteriores de autores como GALLAS (por ej., *Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform*, t. 1, 1954, *passim*; «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», *ZStW* [Sonderheft Athen], 1957, pp. 3 ss.) o MAURACH (véase ya en *AT I*, 1954, p. 504 su metáfora de que el autor es quien “tiene en sus manos” el acontecer delictivo y que, por tanto, puede detenerlo en todo momento y a voluntad) fueron determinantes para la obra de ROXIN. Coinciden, en lo esencial, HAAS, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, (119), 2007, pp. 519 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 646. Debe decirse, además, que este desarrollo en la doctrina no fue acompañado por una recepción jurisprudencial, dado que los tribunales alemanes siguen recurriendo a las tradicionales tesis subjetivas sobre la autoría en una especie de disonancia entre la ciencia y la praxis. Sobre el tema, muy brevemente HILGENDORF/VALERIUS, *AT*, 2ª ed, 2015, p. 177 ss.

⁷ La única excepción se produjo en el caso contra Milomir Stakić, cuando la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia aplicó la teoría del dominio del hecho (ICTY-T.Ch., Prosecutor v. Milomir Stakić, *Judgment*, 31 de julio de 2003 [IT-97-24-T], párr. 439 ss.). Sin embargo, la Sala de Apelaciones, en la sentencia de apelación, rechazó explícitamente este enfoque, mencionando que el concepto no forma parte de la costumbre internacional, ni había sido adoptado por la jurisprudencia del tribunal (ICTY-A.Ch., Prosecutor v. Milomir Stakić, *Judgment*, 22 de marzo de 2006 [IT-97-24-A], párr. 62 ss.). Sobre el tema, véase: BADAR, «'Just Convict Everyone!' – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again», *International Criminal Law Review*, (6), 2006, pp. 293 ss.; OLÁSOLO/PÉREZ CEPEDA, «The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case», *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (27), 2004, pp. 71 ss.

⁸ ICTY-A.Ch., Prosecutor v. Duško Tadić, *Judgment*, 15 de julio de 1999 (IT-94-1), párr. 192, 201, 220, 227 s.

⁹ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, p. 84; OLÁSOLO, «El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata», *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (27), 2013, p. 80.

¹⁰ VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, p. 84. También hace hincapié en el elemento subjetivo como característica central de la empresa criminal conjunta KISS, «La contribución en la

compartido de realizar el crimen, por lo que la entidad de la intervención en términos cuantitativos o cualitativos no resulta decisiva.¹¹ Al utilizarse criterios que dependían en gran medida de los estados mentales que compartían los intervinientes, no se diferenciaba adecuadamente entre los distintos grados de responsabilidad de los intervinientes en un crimen y se producían resultados difícilmente conciliables con principios básicos del derecho penal, como el de culpabilidad por el hecho propio,¹² por lo que era imperiosa la adopción de un nuevo enfoque. La jurisprudencia de la CPI, entonces, vino a solucionar este déficit.

Dentro de este contexto, dos jueces de la CPI, Christine van den Wyngaert¹³ y Adrian Fulford,¹⁴ se han manifestado en contra de la utilización de la teoría del dominio del hecho, a partir de distintos argumentos. En este artículo, se analizará una de las objeciones esgrimidas por la primera jueza en el caso contra Ngudjolo Chui, que básicamente considera que existe una inadecuación entre la teoría del dominio del hecho, en especial en su faceta de “coautoría mediata”, y el principio de legalidad, tal como ha sido receptado en el derecho internacional de los derechos humanos en general (a modo de ejemplo, art. 7 CEDH; art. 9 CADH; art. 11(2), DUDH; art. 15 PIDCyP) y en el art. 22(2) ER, en particular.¹⁵ En pocas palabras, la magistrada considera que la aplicación de una teoría tan sofisticada, que permitiría la condena incluso de las “mentes maestras” que no participan físicamente de la comisión del hecho, sería contraria al texto del art. 25(3)(a) ER (o al menos a una interpretación basada en el sentido corriente de sus términos) y daría lugar, por consiguiente, a una violación a las reglas del *nullum crimen sine lege*.

comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional», *InDret: Derecho Penal*, (2), 2013, pp. 9 s. Sobre esta forma de intervención punible, en tres variantes, en detalle, OLÁSULO (*Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, 2013, pp. 303 ss.); GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «“Joint criminal Enterprise” ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?», en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional*, 2013, pp. 413 ss.; LA MISMA, en MUÑOZ CONDE (ed.), *LH-Díaz Pita*, 2008, pp. 1089 ss.

¹¹ Dado que lo que interesa es que las contribuciones se realicen con el fin de promover el propósito criminal común, señala con razón OLÁSULO (*Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, 2013, p. 79), que “contribuciones que no son esenciales, ni sustanciales para la ejecución del plan (incluyendo la planificación de los detalles de la operación y los actos preparatorios para la comisión de los delitos), pueden ser suficientes siempre y cuando se comparta el propósito criminal común”.

¹² Para una crítica a esta teoría, véase, por todos ROBINSON, «The Identity Crisis of International Criminal Law», *LJIL*, (21), 2008, pp. 925 ss.; OHLIN, «Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise», *Journal of International Criminal Law*, (5), 2007, pp. 69 ss.; AMBOS, «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility», *Journal of International Criminal Justice*, (5), 2007, pp. 159 ss.

¹³ ICC-P.-T.Ch. II, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, 18 de diciembre de 2012 (ICC-01/04-02/12-4).

¹⁴ ICC-T.Ch. I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute - Separate Opinion of Judge Adrian Fulford*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842).

¹⁵ La cuestión de si alguna de las normas de derecho internacional de los derechos humanos podría formar parte del derecho aplicable de la CPI a partir de las fuentes del art. 21 ER no resulta de interés para esta discusión. Puntualmente, dado que en el ER debe aplicarse “en primer lugar”, en los términos del art. 21(1)(a) ER y que en el art. 22 ER se codifica el *nullum crimen sine lege*, no será necesario, al menos a los fines de este artículo, fundamentar la aplicación del principio de legalidad, en tanto norma de derecho internacional de los derechos humanos, a partir del sistema de fuentes del ER –por ejemplo, como principio de derecho internacional, de conformidad con el art. 21(1)(b) ER–. Para un breve panorama sobre el sistema de fuentes del ER, véase, por todos, BITTI, «Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and The Treatment Of Sources Of Law In The Jurisprudence Of The ICC», en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2009, pp. 285 ss.; CRYER (2009), «Royalism and the king: article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources», *NCLR*, (12-3), pp. 390 ss.; HOCHMAYR, «Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting the Article 21 of the ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, (12), pp. 655 ss.

Se centrará la atención solamente en esta objeción, dado que ha sido explorada solo de modo incidental en la literatura especializada.¹⁶ Este último déficit de la doctrina resulta sorprendente, dado que la jueza está denunciando algo que, de ser correcto, tendría graves consecuencias y que merece un análisis detallado: que la práctica de la CPI viola un derecho humano básico de los imputados.

Para realizar el análisis propuesto, a continuación serán delineados los caracteres básicos de la posición de van den Wyngaert respecto del *nullum crimen sine lege* y su relación con esta forma de autoría (apartado II). La reconstrucción del argumento permitirá examinar la premisa que se esconde detrás del razonamiento expuesto por la magistrada y que podría construirse de la siguiente forma: la interpretación de los modos de atribución de responsabilidad que componen la parte general del derecho penal está limitada por el principio de legalidad. Para el análisis se dará cuenta de las diversas posturas que se han manifestado sobre el tema, con el fin de demostrar que la contradicción señalada por la jueza dista de ser obvia (apartado III). Luego, y a partir de la discusión análoga que se ha producido en el derecho penal alemán, se intentará mostrar cuál es el verdadero problema de legalidad que se presenta en estos casos: definir cuáles son los alcances del *nullum crimen* al momento de interpretar y aplicar las disposiciones de la parte general del Derecho penal (apartado IV). Posteriormente, se brindará una breve conclusión sobre el tema (apartado V).

2. El argumento central de la jueza: la aplicación de la teoría del dominio del hecho viola el principio de legalidad

En su opinión concurrente en la sentencia absolutoria del caso contra Ngudjolo Chui, van den Wyngaert critica detalladamente la aplicación que distintas Salas de la CPI han realizado de la teoría del dominio del hecho y ofrece una gran cantidad de argumentos en contra de su utilización. Como se mencionó en el apartado anterior, en este artículo solamente se hará foco en la objeción basada en el principio de legalidad, o *nullum crimen sine lege*. Al respecto, la magistrada afirma que desde la primera decisión de confirmación de cargos, las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI han interpretado las formas de comisión de un crimen

¹⁶ Así, véase STEER, *Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes*, 2017, pp. 309 ss.; CUPIDO, *Facts Matter: A Study into the Casuistry of Substantive International Criminal Law*, 2015, pp. 73 ss.; GIL GIL, «Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría», en AMBOS/MALARINO/STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, 2014, pp. 263 ss.; RIGNEY, «'The Words Don't Fit You': Recharacterisation of the Charges, Trial Fairness, and Katanga», *Melbourne Journal of International Law*, (15), 2014, pp. 8 ss.; VAJDA, «Distinguishing Between Principals and Accessories at the ICC - Another Assessment of Control Theory», *Zbornik PFZ*, (64), 2014, pp. 1046 ss.; OHLIN/VAN SLIEDREGT/WEIGEND, «Assessing the control-theory», *LJIL*, (26), 2013, pp. 726. Véase, también GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión en DPI*, 2016, pp. 286 s.; AMBOS, «Ius Puniendi and Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», en MULGREW/ABELS (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, 2016, p. 72 s. Estos últimos autores, si bien centran sus principales esfuerzos en cuestiones que aquí no serán abordadas (responsabilidad por omisión y la relación entre el *ius puniendi* internacional y la responsabilidad penal individual, respectivamente), reflexionan de forma breve pero acertada sobre esta problemática.

establecidas en el art. 25(3)(a) ER¹⁷ a partir de distintos criterios derivados de la teoría del dominio del hecho.¹⁸ Sin embargo, también señala que, en su opinión, esta doctrina no sería consistente con el artículo 22(2), ER,¹⁹ que prohíbe no sólo las interpretaciones analógicas, sino que además establece el mandato de decidir las ambigüedades a favor del imputado²⁰ —lo que sería una extensión del principio *in dubio pro reo*, usualmente limitado al ámbito procesal, a la interpretación del derecho sustantivo, que se ha establecido de modo expreso en el ER—. ²¹

Para extraer esta conclusión, la jueza afirma que el principio de legalidad se “aplica con *igual fuerza* en relación con la definición de la responsabilidad penal” —énfasis agregado— que con respecto a los crímenes en particular.²² Esto obligaría a que la interpretación de los artículos sobre responsabilidad penal individual (en particular, del art. 25 ER) se realice de un modo por demás estricto.²³ Las razones detrás de esta afirmación estarían dadas, en primer lugar, por la intención de los redactores del ER de limitar la “creatividad judicial” de los magistrados, al establecer el alto estándar de legalidad que puede encontrarse en el art. 22(2) ER.²⁴ En segundo lugar, por la finalidad del *nullum crimen sine lege* de garantizar un ordenamiento jurídico predecible,²⁵ apto para colocar al acusado en una posición de conocer, *ex ante*, si una determinada conducta se encuentra criminalizada.²⁶

Los límites de la interpretación de las formas de atribución de responsabilidad penal que impone el art. 22(2) ER estarían dados, según la jueza, por el sentido corriente de las palabras,²⁷ lo que obligaría a aplicar el lenguaje del ER del modo más natural posible.²⁸ Justamente esta obligación es la que habrían incumplido los jueces de distintas salas de la CPI al aplicar una “sofisticada” teoría, como la del dominio del hecho.²⁹ Para llegar a esta conclusión, van den Wyngaert afirma que, con excepción de la comisión “por conducta de otro” (autoría mediata), el artículo 25(3)(a) solamente contiene formas tradicionales y básicas de responsabilidad penal.³⁰ Si se siguiese esta línea de pensamiento, resultaría problemático derivar de palabras como “cometer” la posibilidad de alcanzar a los “autores intelectuales” o “mentes maestras”, como intenta hacer la teoría del dominio del hecho.³¹ Así, parece dudoso que alguien (en la República Democrática del Congo, donde se produjeron los hechos, o en otro país) hubiera podido saber, antes de las primeras

¹⁷ Artículo 25. “Responsabilidad penal individual. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

¹⁸ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 4.

¹⁹ Artículo 22. “*Nullum crimen sine lege*. [...] 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”.

²⁰ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 68.

²¹ En estos términos, SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012, p. 221.

²² *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 18. La traducción es propia.

²³ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 18.

²⁴ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 19.

²⁵ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 19.

²⁶ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 20.

²⁷ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 6.

²⁸ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 70.

²⁹ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 5.

³⁰ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 14.

³¹ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 14.

interpretaciones realizadas por la Sala de Cuestiones Preliminares, que el artículo 25(3)(a) ER contenía una forma tan elaborada y particular de responsabilidad penal como la “coautoría mediata”, y mucho menos que esta última se vincula con la doctrina del “dominio del hecho”.³²

Por último, la jueza reconoce que los términos utilizados en el art. 25(3)(a) ER son abiertos y que los distintos sistemas jurídicos internos cuentan con denominaciones similares para abarcar un amplio espectro de formas de atribución de responsabilidad.³³ No obstante, menciona que palabras como “cometer” pueden tener significados específicos que varían de sistema en sistema, por lo que sería muy difícil determinar cuál es el sentido ordinario de los términos a través de referencias a desarrollos característicos del derecho interno de ciertos Estados, como los que ofrece la teoría del dominio del hecho en distintos ordenamientos jurídicos de tradición continental.³⁴ La afirmación se vería apoyada por el hecho de que los trabajos preparatorios del ER tampoco ofrecen mayor claridad, dado que los Estados tendieron a llegar a acuerdos muy generales al momento de redactar el art. 25 ER para evitar colisiones entre las diferentes tradiciones jurídicas y la multiplicidad de fuentes nacionales e internacionales en juego.³⁵ Esta falta de certeza en la determinación de las reglas para atribuir responsabilidad penal que deben aplicar los jueces es vista como algo negativo por la magistrada y ella lamenta la ausencia de un instrumento equivalente a los “Elementos de los Crímenes” en lo que se refiere a modos de autoría y participación, apto para guiar la interpretación judicial en la materia.³⁶

3. La premisa oculta en el argumento de la jueza van den Wyngaert

En los siguientes párrafos se intentará demostrar que el argumento de la jueza está basado en una suposición cuando menos discutible: que el principio de legalidad se aplica no sólo a las reglas sobre la definición de los crímenes en específico –por ejemplo, de genocidio, de los distintos crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra–, sino también a las reglas generales sobre responsabilidad penal del ER –como serían los arts. 25 y 28, ER, entre otros–. Es decir, la jueza considera que el *nullum crimen sine lege*, cuyo marco de aplicación principal está dado por lo que podríamos llamar la “parte especial” del Derecho penal, también debería aplicarse a la “parte general” del ER.³⁷

³² *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 20.

³³ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 12.

³⁴ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 12.

³⁵ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 13.

³⁶ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 10.

³⁷ Sobre la distinción entre parte general (reglas generales de atribución de responsabilidad penal) y parte especial del derecho penal internacional (los crímenes internacionales en específico), véase WERLE/JEßBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3ª ed., 2014, nm. 436 ss.; AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. I, 2013, pp. 81 ss.; EL MISMO, «Remarks on the General Part of International Criminal Law», *JICJ*, (4), 2006, pp. 660 ss.; EL MISMO, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2ª ed., 2004, pp. 54 ss. (con referencias adicionales); MANTOVANI, «The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer», *JICJ*, (1), 2003, pp. 26 ss.; WEIGEND, *FS-Roxin*, 2001, pp. 1375 ss. Para un breve resumen de la cuestión en el derecho penal de tradición continental, desde una perspectiva basada en el principio de legalidad, véase DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 31.

Sin embargo, ya una primera interpretación gramatical, basada en el sentido corriente de los términos de conformidad con el art. 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,³⁸ genera ciertas dudas al respecto. En efecto, el art. 22(2) ER señala que la “definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía” y que en caso de ambigüedad “será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena” —énfasis agregado—. Dicha “definición” de los crímenes corresponde justamente a la parte especial del Derecho penal internacional y no a la parte general.

De hecho, en los últimos años ha emergido una posición que respalda la conclusión de que con “definición de crimen” solamente se hace referencia a las disposiciones que van desde el art. 6 hasta el 8bis del ER, pero no a aquellas establecidas en la tercera parte del ER como “principios generales de Derecho penal” y que harían las veces de parte general, no sólo a través de un análisis gramatical, sino también contextual.³⁹ A esta conclusión se llega a partir de la constatación de que la palabra “crimen” suele ser utilizada en diversas partes del tratado de un modo restrictivo. En ese sentido, los arts. 25, 28 y 30 ER utilizan ese término para diferenciar a los crímenes, entendidos como los elementos que pueden encontrarse en los artículos 6-8bis, ER, de las consideraciones adicionales que imponen los modos de autoría y participación (arts. 25 y 28, ER), por un lado, y los estados mentales que debe poseer el autor al momento de la conducta, por otro (art. 30 ER).⁴⁰ A modo de ejemplo, en el art. 25(3), ER, se utiliza la palabra “crimen” para dejar en claro que para su realización, en el sentido de que cumplir con los elementos que componen la “parte especial” (arts. 6-8bis ER), no basta para responsabilizar penalmente a una persona, sino que también deben ser constatados los requisitos de la “parte general” sobre intervención punible, intencionalidad, etc.⁴¹

En otras palabras, el propio tratado distinguiría entre lo que serían los *crímenes* en sentido estricto, como cuestión de “parte especial”, y las reglas de atribución de responsabilidad, como cuestión de “parte general”. En lo que aquí interesa, cuando en el art. 22(2) ER hace referencia a que “[l]a definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía”, se estaría haciendo mención únicamente a las reglas de la parte especial, es decir, a los crímenes en sentido estricto. Esta posición se vería reforzada por el hecho de que en el artículo 22(3), ER, se utilizó la frase “tipificación de una conducta”, y no simplemente “crimen”, para

³⁸ La CPI prácticamente desde el comienzo ha reconocido a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como la fuente a la que debe acudir para desentrañar el significado de las reglas del ER, dado que en definitiva se trata de interpretar un tratado. Así ICC-A.Ch., *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March Decision Denying Leave to Appeal*, 13 de julio de 2006 (ICC-01/04-168, 13 de julio de 2006), párr. 6. Esta cuestión por supuesto puede ser discutida, pero a los fines de este trabajo asúmase que, en efecto, es necesario acudir a la Convención de Viena para interpretar el ER, al menos en principio.

³⁹ WERLE/JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3ª ed., 2014, nm. 210 s.; BERSTER, «‘Duty to act’ and ‘Commission by Omission’ in International Criminal Law», *ICLR*, (10), 2010, pp. 643 s.

⁴⁰ WERLE/JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, 3ª ed., 2014, nm. 210; BERSTER, «‘Duty to act’ and ‘Commission by Omission’ in International Criminal Law», *ICLR*, (10), 2010, p. 643.

⁴¹ BERSTER, «‘Duty to act’ and ‘Commission by Omission’ in International Criminal Law», *ICLR*, (10), 2010, p. 643.

remitir a *todos* los elementos que componen la responsabilidad penal y no sólo a la definición del crimen en sentido estricto.⁴²

La existencia de estas posturas divergentes demuestra que la premisa de la que depende el argumento de van den Wyngaert no resulta tan clara y que, al menos, hace falta alguna fundamentación adicional. Todo depende, entonces, de la argumentación: ¿Existen buenas razones para considerar que el *nullum crimen* se aplica también al art. 25 ER y a otras normas que inciden en la determinación de responsabilidad penal? Sobre el tema, debe decirse que en principio se podría construir un argumento fuerte, basado en el objeto y fin del tratado – también de conformidad con la Convención de Viena ya mencionada – para defender la postura de la jueza y, de ese modo, entender que las reglas del art. 22(2) ER son aplicables a todos los elementos constitutivos de la responsabilidad penal de una persona y que, por tanto, deben ser extendidas a las previsiones que se encuentran en la tercera parte del ER sobre intervención criminal e intencionalidad (parte general).⁴³

En particular, podría decirse que una interpretación que sólo tiene en cuenta el – discutible – uso técnico de la palabra “crimen” no tiene en cuenta el objeto y fin del tratado en su relación con el principio de legalidad. Si bien muchas son las razones que justifican la aplicación del *nullum crimen sine lege* en el Derecho penal internacional en general, y en el ER en particular,⁴⁴ basta decir que habría acuerdo en que al menos uno de los fundamentos intuitivamente plausibles de este principio se centra en la necesidad de brindar seguridad jurídica y previsibilidad en la determinación del Derecho y excluir la posibilidad de un castigo arbitrario,⁴⁵ como asume correctamente la jueza van den Wyngaert. En este marco, el ER no sólo es un instrumento adecuado para terminar con la impunidad por crímenes internacionales, sino también una forma de lograr ese objetivo de una forma legítima, por medio del establecimiento de ciertas garantías procesales y sustantivas para los acusados. Entre estas últimas aparece el principio de legalidad, con sus altas exigencias en el art. 22(2) ER, respecto de la determinación *ex ante* de la conducta prohibida. Para dicha determinación que impone el objeto y fin del tratado resultan especialmente importantes las reglas sobre los crímenes en sentido estricto, pero también aquellas disposiciones que impactan directamente en la punibilidad, como las que regulan las distintas

⁴² BERSTER, «'Duty to act' and 'Commission by Omission' in International Criminal Law», *ICLR*, (10), 2010, p. 643.

⁴³ En la doctrina esta postura también puede observarse, por ejemplo, en la obra de TRIFFTERER, *FS-Vogler*, 2004, pp. 213 ss. y AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. I, 2013, p. 194; GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión en DPI*, 2016, p. 148 (esp. nota 74).

⁴⁴ Para un panorama sobre esta cuestión, véase GROVER, *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2014, pp. 137 ss.; OLÁSULO, «El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo», *ANIDIP*, (1), pp. 18 ss.; GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, 2009, pp. 19 ss.

⁴⁵ Cf., en derecho penal interno, DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 25; en el marco del Derecho penal internacional, SHAHABUDEEN, «Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?», *JICJ*, (2), 2004, p. 1008, con referencias adicionales. En ese aspecto, la vinculación con el principio de culpabilidad es evidente: sólo mediante una determinación *ex ante* de la conducta prohibida por el ordenamiento jurídico es posible que el individuo se motive a favor de dicho ordenamiento. Sobre la vinculación entre principio de legalidad y de culpabilidad, por todos, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 5, nm. 24 s. Crítico de las fundamentaciones del principio de legalidad vinculadas con el principio de culpabilidad, GRECO, *Lo vivo y lo muerto de la teoría de la pena de Feuerbach*, 2015, pp. 187 s.

formas de intervención punible, o las causas de justificación y exculpación.⁴⁶ Esto se debe a que más allá de la definición formal de “crimen” que puede encontrarse en los arts. 6-8bis ER, las disposiciones de la parte general del Derecho penal, como las reglas sobre autoría y participación, implican un complemento indispensable para determinar la ilicitud de las conductas descriptas en los crímenes.⁴⁷ En ese sentido, la constatación de un crimen nunca estaría completa si no se analizasen las disposiciones vinculadas, por ejemplo, con los modos de intervención punible, porque la estructura del crimen no recoge solamente la definición de la conducta prohibida, sino que también abarca una serie de precondiciones generales que inciden en la responsabilidad del acusado.⁴⁸ Si, en esa medida, las reglas de la parte general pueden afectar la libertad de una persona, entonces la distinción usual entre parte general y parte especial pierde sentido a la luz del principio de legalidad: aquí también sería necesaria su aplicación, para garantizar la previsibilidad de la conducta y evitar un castigo arbitrario.⁴⁹

Por tanto, el argumento de la jueza van den Wyngaert tiene una premisa oculta, y no fundamentada, que consiste en aceptar que el principio de legalidad es aplicable también a las disposiciones de la “parte general” del Derecho penal internacional. Y si bien hay buenas razones, basadas en el objeto y fin del tratado, para sostener dicha premisa, lo cierto es que la jueza no ofrece ningún argumento fuerte.

4. Los alcances del *nullum crimen respectu de las disposiciones de la parte general del Derecho penal*

Lo expuesto hasta ahora podría servir para fundamentar la aplicación del principio de legalidad a las distintas reglas que componen la parte general del derecho penal, entre las que se encuentra el art. 25 ER, y de ese modo ofrecer una justificación de la premisa que la jueza van den Wyngaert asume sin más. Pero una cuestión muy distinta, y que es en definitiva la que aborda expresamente el voto de la jueza, es la vinculada a la *intensidad* de la aplicación de los requisitos del principio de legalidad a una cuestión clásica de la parte general del derecho penal, como las reglas sobre autoría y participación. Como ya se señaló, la magistrada considera que el principio de legalidad se aplica a estos problemas con la misma extensión que con respecto a los crímenes en sentido estricto. Dentro de este marco, estarían en juego los alcances de al menos dos sub-principios muy importantes del *nullum crimen*: los de *lex certa* y *lex stricta*.

Antes de delinear la problemática, debe decirse que el primero de estos sub-principios se presenta como un mandato destinado a quienes crean las normas jurídicas, consistente en establecer la prohibición de forma clara y sin ambigüedades,⁵⁰ mientras que el segundo le veda al

⁴⁶ SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2010, p. 410.

⁴⁷ SANCINETTI, *Casos de Derecho penal. Parte general*, t. I, 3.ª ed., 2005, p. 256.

⁴⁸ Sobre el concepto de hecho punible en derecho internacional penal, véase: AMBOS, «Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law», *Cardozo Law Review*, (28), 2007, pp. 2647 ss. Respecto de la cuestión en el marco puntual del ER, esencial, JESSE, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, 2009, *passim* (esp. pp. 295 ss.).

⁴⁹ Cf. DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 30.

⁵⁰ AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, t. I, 2013, pp. 89 ss.

juez la posibilidad de recurrir a la analogía al momento de interpretar las previsiones del ER y, a su vez, lo obliga a inclinarse, al menos en el sistema del ER (que en este aspecto otorga más protección que los sistemas de derecho interno⁵¹), por la concepción más favorable al acusado en caso de duda.⁵² Una fundamentación habitual de ambos requisitos (y que aquí se asumirá como correcta) se vincula, nuevamente, con la necesidad de que *ex ante* esté determinada del modo más completo posible la conducta punible, para permitir la motivación del autor de acuerdo con las normas jurídicas y evitar penas arbitrarias por comportamientos que no estaban determinados con claridad al momento de los hechos.⁵³ Si esto es correcto, tendríamos una razón para al menos admitir la aplicación de estos dos sub-principios también en el análisis de las disposiciones de la parte general del Derecho penal: dado que las reglas de la parte general son necesarias para determinar por completo la conducta punible *ex ante*, resulta razonable que se le exija a quien crea las normas el mayor esfuerzo posible en la determinación de dichas reglas (*lex certa*) y al aplicador del derecho que, en la interpretación de normas, no se aparte del tenor literal de los términos en contra del imputado por medio de interpretaciones analógicas (*lex stricta*).

Empero, la discusión sobre la posibilidad de aplicar ciertas derivaciones del principio de legalidad a las disposiciones de la parte general del ER pasa por alto el verdadero problema, como bien se ha señalado en la discusión análoga que se ha producido en la teoría jurídica alemana respecto del Código Penal alemán (StGB) y su regulación, relativamente escueta, de la parte general del Derecho penal.⁵⁴ En dicha discusión, también se parte de la base de que hay razones para afirmar que tanto el *nullum crimen*, de modo genérico, como los sub-principios de *lex certa* y *lex stricta* son aplicables también a cuestiones generales de atribución de responsabilidad: dado que las reglas de la parte general integran aquellas disposiciones cuya violación el Estado conmina con pena, es aplicable la protección que otorga el principio de legalidad.⁵⁵ Sin embargo, resta determinar si los alcances de estos dos sub-principios deben ser limitados al momento de analizar las disposiciones de la parte general, por alguna razón

⁵¹ SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012, p. 221. En particular, en los derechos nacionales el principio de legalidad sólo impone una prohibición de analogía, que es entendida como una prohibición de exceder en la interpretación el significado ordinario convencional o jurídico de los términos empleados en una regla penal, sin que además se obligue al aplicador del Derecho a interpretar, en caso de duda, a favor del imputado. Sobre esta cuestión, desde una perspectiva de Derecho penal comparado, véase DUBBER/HÖRNLE, *Criminal Law. A Comparative Approach*, 2014, pp. 99 s.

⁵² Krefß, «Nulla poena nullum crimen sine lege», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, disponible en <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>, consultado el 28 de septiembre de 2018.

⁵³ Por todos, brevemente, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 5, nm. 7 ss.

⁵⁴ OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 26.

⁵⁵ Por todos, WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 46ª ed., 2016, § 2, nm. 74; MURMANN, *AT*, 3ª ed., 2015, § 10, nm. 6 s.; FRISTER, *AT*, 7ª ed., 2015, § 4, nm. 35; DANNECKER, *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, § 1, nm. 85; ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 5, nm. 41; OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 26; PAEFFGEN, «Actio libera in causa und § 323a StGB», *ZStW*, (97), 1985, pp. 522 ss.; KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, 1977, pp. 228 ss.; FINCKE, *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, 1975, p. 13; KRATZSCH, «§ 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege», *GA*, 1971, pp. 68 ss. Para la opinión contraria, que hoy en día prácticamente no tiene incidencia, véase SUPPERT, *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“*, 1973, pp. 297 ss.; HARDWIG, «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, (78), 1966, pp. 1 ss.; MAURACH, «Die Objekte der Einziehung nach § 86 StGB», *JZ*, (17), 1964, p. 536 s.

adicional.⁵⁶ Se trata de un problema teórico muy específico que no encuentra tratamiento expreso en el ER y que tampoco ha sido analizado en detalle en la literatura de Derecho penal internacional. A continuación serán ofrecidos ciertos argumentos que hablarían a favor de limitar los alcances de los dos sub-principios en cuestión y que podrían ser de utilidad para repensar la cuestión en Derecho penal internacional.

Respecto de la ley cierta, lo esencial es reflexionar sobre si determinadas vaguedades en la redacción de las reglas jurídicas sobre parte general deben ser asumidas como inevitables y, en su caso, en qué medida.⁵⁷ En particular, los redactores del ER dejaron conscientemente numerosos temas sin regulación específica, por diversos motivos, lo que al parecer sería criticable según van den Wyngaert. Empero, esto es algo que sucede también en los sistemas jurídicos internos y no tiene necesariamente que ser visto como algo negativo.

La razón por la cual el ER no regula de modo concluyente muchas reglas sobre atribución de responsabilidad penal está vinculada a que la complejidad de estos temas hizo imposible una regulación más específica a partir de un acuerdo diplomático.⁵⁸ Para entender de modo adecuado esta constatación, es indispensable indagar en la naturaleza de las cuestiones que se discuten al analizar la responsabilidad penal de un agente. A la hora de determinar a quién se le debe reprochar un hecho ilícito, entran en consideración problemas de filosofía moral tan variados como el significado de conceptos cargados de contenido normativo, como acción, intencionalidad, causalidad, justificación y exculpación,⁵⁹ que vienen siendo discutidos desde hace siglos. En este sentido, el abordaje de estos temas y la justificación de la decisión a tomar hace necesario llevar a cabo una tarea de indagación de las condiciones materiales de las que depende la responsabilidad penal y que, en ese sentido, es de carácter filosófico (con independencia de que esto sea más o menos explícito en la argumentación).⁶⁰ Para no cerrar la posibilidad de discusión sobre estas cuestiones cuya respuesta depende en gran medida de la sociedad en la que se cometa el hecho y de asunciones filosóficas sobre las que pueden existir desacuerdos razonables, los instrumentos jurídicos ofrecen, y deben ofrecer, una descripción menos precisa de estos elementos generales de la responsabilidad penal que la brindada en la parte especial.⁶¹ Le corresponde, entonces, a la doctrina y a la jurisprudencia la tarea de

⁵⁶ Una limitación de esta clase puede ser observada, por ejemplo, en la jurisprudencia clásica de los tribunales superiores alemanes, que por lo general han impuesto requisitos bajos de legalidad en lo que se refiere a cuestiones centrales de la parte general del Derecho penal (supuestos de delitos improprios de omisión, *actio libera in causa*, etc.). Sobre el tema, con referencias adicionales, DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 26.

⁵⁷ Cf. STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, § 3, nm. 16; BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT*, 12ª ed., 2016, § 7, n m. 11.

⁵⁸ AMBOS, «Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law», *Cardozo Law Review*, (28), 2007, p. 2672.

⁵⁹ Cf. AMBOS, «Ius Puniendi and Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», en MULGREW/ABELS (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, 2016, pp. 72 s.

⁶⁰ FERRANTE, «Filosofía del derecho penal», en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, 2015, p. 2097. Excede los límites de este trabajo la indagación respecto de si la solución a estos problemas filosóficos debe ser emprendida a partir de una determinada visión (en apretada síntesis: deontológica, consecuencialista o dualista). Sobre el paralelismo entre la estructura de argumentación en filosofía moral y en dogmática penal, NEUMANN, «Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik», *ARSP*, (44), 1991, pp. 248 ss.

⁶¹ Esta idea, basada en el carácter eminentemente filosófico de las cuestiones que se discuten en la parte general del Derecho penal no es nueva, sino que ya fue delineada, por ejemplo, en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in*

interpretar estas disposiciones generales y deberán tanto formular ciertas nociones que permitan resolver casos prácticos de un modo justo (por ejemplo, las que ofrece la teoría del dominio del hecho), como comprobar su compatibilidad con los lineamientos establecidos en la norma formal, de carácter abierto (como lo es el art. 25[3][a] ER).⁶²

Desde luego que el sub-principio de ley cierta, para garantizar una aplicación no arbitraria del Derecho y permitirle al imputado la posibilidad de motivarse conforme a las normas, exige que al menos se establezcan en la norma formal *ciertas* condiciones mínimas sobre estos temas y al hacerlo, quien crea la norma establece un ámbito normativo que no puede ser sobrepasado.⁶³ Sin embargo, razones de técnica legislativa apoyan la idea de que la regulación en esta materia debe ser prudente y que las disposiciones abiertas resultan, en esa medida, recomendables.⁶⁴ Así, si se tuviese que definir las formas de cometer un hecho como autor, con el mismo nivel de detalle que en la parte especial, se deberían describir miles de comportamientos, incluso en hechos punibles clásicos. A modo de ejemplo, debería establecerse que es autor de homicidio intencional tanto quien mata a alguien utilizando su propio cuerpo (por ejemplo, a puñetazos), como quien utiliza armas de fuego, veneno, objetos contundentes, etc. Parece un dato obvio que la creatividad humana al momento de inventar nuevas formas de intervención en un crimen resulta ilimitada, y un intento de determinación apriorística de la totalidad de los casos es poco realista.⁶⁵ Por esa razón, en lo que se refiere a las disposiciones sobre los presupuestos generales de la responsabilidad penal, se debería considerar que el mandato de certeza, derivado de la *lex certa*, solamente obliga a establecer un “estándar mínimo” que no dé lugar a una técnica legislativa engorrosa, ni produzca una infeliz atadura de la filosofía práctica a las palabras de la ley⁶⁶ y le permita al juez resolver los casos concretos de un modo justo.⁶⁷ Este estándar mínimo se traduce, tanto en los sistemas de derecho interno de tradición continental como en el mismo ER, en la codificación de ciertos requisitos esenciales de imputación en forma abstracta-general⁶⁸ (como las

Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14^a ed., 1847, § 4. Reconoce esta cuestión, también con cita a Feuerbach, DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 32. Respecto de la utilidad del análisis filosófico para el análisis de la parte general del Derecho penal, indispensable, PAWLIK, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenlehre», *GA*, 2014, pp. 369 ss.

⁶² Véase: WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 46^a ed., 2016, § 2, nm. 74; OTTO, *AT*, 7^a ed., 2004, § 2, nm. 26; JAKOBS, *AT*, 2^a ed., 1991, § 4, nm. 16. En ese sentido, tal como señala AMBOS, «Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law», *Cardozo Law Review*, (28), 2007, p. 2670, los redactores evitaron utilizar frases propias de una u otra tradición jurídica, por lo que a quedado en manos de los jueces y doctrinarios la determinación del “sistema” que regirá en la CPI.

⁶³ DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 34.

⁶⁴ Cf. MURMANN, *AT*, 3^a ed., 2015, § 10, nm. 7.

⁶⁵ Véase también BAUMANN/WEBER/MITSCH /EISELE *AT*, 12^a ed., 2016, § 7, nm. 11, con una conclusión similar respecto de la regulación de términos como “dolo” o “imprudencia”, aunque los autores advierten sobre los riesgos de dejar en manos de los jueces demasiada amplitud interpretativa.

⁶⁶ SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 19.

⁶⁷ WESSELS/BEULKE/SATZGER, *AT*, 46^a ed., 2016, § 2, n.m. 74; BAUMANN/WEBER/MITSCH /EISELE, *AT*, 12^a ed., 2016, § 7, nm. 9, con referencias adicionales.

⁶⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH /EISELE *AT*, 12^a ed., 2016, § 7, nm. 11; MURMANN, *AT*, 3^a ed., 2015, § 10, nm. 6); DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 33.

establecidas en el art. 25 ER), redactados de modo abierto, y aplicables a todos los crímenes en específico.⁶⁹

De esta menor incidencia de la ley cierta también se derivan matices para la prohibición de analogía y, consiguientemente, para la norma de interpretación a favor del acusado en caso de duda establecida en el art. 22(2) ER, esto es, a la *lex stricta*. Como ya se señaló, hay razones para que este último principio también sea aplicable a las reglas de la parte general.⁷⁰ Esto puede observarse con claridad en “casos fáciles”. Por ejemplo, se produciría una analogía prohibida si los jueces de una Sala de Primera Instancia de la CPI decidiesen castigar a un grupo de personas como autores de un delito en los términos del art. 25(3)(a) ER, que requiere la comisión de un delito y no la mera conspiración para cometerlo, a pesar de que en los hechos solamente se hubieran puesto de acuerdo para cometer tal delito, esto es, que ni siquiera hubieran empezado a cometerlo. Como bien señala van den Wyngaert,⁷¹ no sería posible acusar a una persona por esta clase de conductas en el marco del sistema de la CPI y en ese sentido sí tiene razón de ser la aplicación del *nullum crimen*.

De todos modos, aquí también es necesario ofrecer matices. Puntualmente, si las reglas generales de atribución de responsabilidad deben constituir sólo “puntos fijos” de un sistema que se ha de formar sin dirección de las normas formales en su contenido y alcance,⁷² lo que se encuentra prohibido son interpretaciones que contradigan lo expresado en artículos como el 25 ER excediendo su tenor literal,⁷³ pero no se requiere una correspondencia estricta con las disposiciones normativas.⁷⁴ En el sistema del ER, por ejemplo, esto vedaría la aplicabilidad de la regla de interpretación a favor del reo en caso de duda, como sí sucede al interpretar a los elementos particulares de los crímenes, y le permitiría al juez construir un determinado marco teórico para aplicar los términos abiertos utilizados en la norma formal. En otras palabras, la posibilidad de regular a partir de términos abiertos ofrece, como contracara, un amplio margen de libertad interpretativa.⁷⁵ De lo contrario, volvería a aparecer una limitación demasiado importante a la posibilidad de discutir sobre cuestiones de filosofía práctica en los procesos judiciales, como la imputación de un determinado comportamiento a una persona, que ciertamente es lo que se quiere evitar a partir de una regulación más flexible, a través de puntos fijos. Este entendimiento de la relación entre el principio de legalidad en su faceta de *lex stricta* y las disposiciones de la parte general podría definirse en los siguientes términos: las reglas de

⁶⁹ Esta técnica se denomina en Alemania *Klammertechnik* (técnica del paréntesis), a partir de una comparación con la distributividad del álgebra elemental, en particular con el método del factor común (que en este caso, serían las reglas de la parte general), que se coloca antes del paréntesis. Sobre esta técnica y su relación con el principio de legalidad, esencial MURMANN, *AT*, 3ª ed., 2015, § 10, nm. 6; DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, pp. 30 ss.

⁷⁰ En la discusión continental, la opinión dominante llega a la misma conclusión, también a partir de los fundamentos del *nullum crimen*. Por todos, ESER/HECKER, *SS-StGB*, 29ª ed., 2014, § 1, nm. 31; RUDOLPHI/JÄGER, *SK-StGB*, 8ª ed., 2014, §1, nm. 24; MURMANN, *AT*, 3ª ed., 2015, § 10, nm. 6; KREY/ESSER, *AT*, 6ª ed., 2016, § 3, nm. 97; SCHMITZ, *MK-StGB*, 3ª ed., 2017, § 1, nm. 68; HASSEMER/KARGL, *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, § 1, nm. 72b; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, § 15, III, 2., c), todos con referencias adicionales.

⁷¹ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert*, párr. 15.

⁷² JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 16.

⁷³ Por todos, ROXIN, *AT*, t. I, 4ª ed., 2006, § 5, nm. 41.

⁷⁴ Similar JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 16.

⁷⁵ MURMANN, *AT*, 3ª ed., 2015, § 10, nm. 6; RUDOLPHI/JÄGER, *SK-StGB*, 8ª ed., 2014, §1, nm. 24.

imputación no se aplican analógicamente, sino que, mejor dicho, son desplegadas por el juez al momento de interpretar las reglas jurídicas en cuestión y luego se deberá poner a prueba su armonía, en términos gramaticales, con los puntos fijos de la ley.⁷⁶

Podría decirse, entonces, que si bien el principio de legalidad es de aplicación a las disposiciones de la parte general del Derecho penal, su incidencia es mucho menor que respecto de las reglas de parte especial. Así, estas últimas reglas están redactadas de modo vago, a partir de una técnica de regulación que permite el desarrollo progresivo de la doctrina y la jurisprudencia, por medio de la interpretación, al tratarse cuestiones de filosofía práctica que requieren de un marco teórico complejo⁷⁷. Por esa razón señala AMBOS⁷⁸ que en el trasfondo de las posiciones como la de van den Wyngaert está presente un enfoque extremadamente naturalista que pretende descubrir el significado del ER por medio de una simple lectura y vedar toda interpretación que vaya más allá de lo que pueda surgir del lenguaje natural. De este modo se desconoce que el Derecho no es una ciencia natural que pueda ser abordada (únicamente) de un modo empírico-naturalista y que ciertos términos cargados normativamente requieren de un desarrollo teórico para poder asignarles un significado razonable o plausible.⁷⁹ Y en este marco, la noción general de dominio, que obliga a considerar autor a quien ha tenido una influencia decisiva en la comisión del hecho parecería aprehender de una manera *prima facie* razonable ciertas intuiciones básicas respecto de lo que significa cometer un crimen, en especial en casos de autoría mediata (“por conducto de otro”, es decir, dominando su voluntad)⁸⁰ y el tenor literal de esta disposición de textura abierta no parecería verse violada por una interpretación como la ofrecida por la CPI.⁸¹ Es decir, no se logra ver cuál es el exceso a los límites impuestos por el texto del art. 25(3)(a) que se produce a interpretar que comete un hecho quien domina su ejecución.⁸²

⁷⁶ Similar DANNECKER, *FS-Otto*, 2007, p. 32; OTTO, *AT*, 7ª ed., 2004, § 2, nm. 26; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 16.

⁷⁷ Cf. SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 19; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 16.

⁷⁸ AMBOS, «Ius Puniendi and Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», en MULGREW/ABELS (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, 2016, p. 72.

⁷⁹ AMBOS, «Ius Puniendi and Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», en MULGREW/ABELS (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, 2016, p. 72; EL MISMO, «Article 25. Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER/AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 2016, nm. 10, nota 48. También EL MISMO, «The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues», *ICLR*, 2012, p. 143, con una crítica similar a la postura del juez de la CPI Adrian Fulford, quien en la sentencia condenatoria del caso Lubanga asumió una postura que guarda ciertas similitudes con la asumida por van den Wyngaert.

⁸⁰ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 646.

⁸¹ Así, con claridad, GARROCHO SALCEDO, *La responsabilidad del superior por omisión en DPI*, 2016, p. 287.

⁸² El único inconveniente podría producirse en la “coautoría mediata”, esto es, la combinación de las reglas de la coautoría y la autoría mediata: ciertas personas, que representan los rangos más altos en una estructura organizada, actúan en conjunto por medio de una división esencial de funciones (coautoría – dominio funcional del hecho) y, a su vez, pueden controlar la ejecución de un hecho por medio de la utilización de una estructura organizada de poder, en la cual los ejecutores materiales de los crímenes son fungibles (dominio por organización – dominio de la voluntad. Por todos, OLÁSULO, *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, 2013, p. 551. En particular, el art. 25(3)(a) ER establece como forma de autoría la comisión “con otro o por conducto de otro” (énfasis agregado), esto es, la coautoría o la autoría mediata. Surge la pregunta, entonces, si ese conector disyuntivo (“o”) permite la combinación de estas dos formas de autoría. Puede observarse que aquí sí existe un posible límite gramatical a la interpretación. Sin embargo, y como ha señalado correctamente la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Katanga y Ngudjolo Chui, ese conector disyuntivo tiene tanto en sentido débil o inclusivo, como un sentido fuerte y exclusivo. Cf. ICC-P.-T.Ch. I, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Confirmation of Charges*, 30 de septiembre de 2008 (ICC-01/04-01/07-717),

En definitiva, las exigencias de la *lex certa* se encuentran un tanto matizadas y lo mismo es aplicable en cuanto a la *lex stricta*: si bien es cierto que las reglas establecidas en el ER hacen las veces de puntos fijos que deben ser respetados, el intérprete tiene un amplio margen de maniobra, limitado únicamente por el tenor literal de la disposición en cuestión. Estos argumentos al menos deberían obligarnos a repensar tanto la afirmación de la jueza van den Wyngaert de que el *nullum crimen sine lege* se aplica con la misma intensidad en todos los ámbitos del Derecho penal sustantivo, como la conclusión implícita de que la práctica de la CPI violaría dicho principio, que hoy en día es considerado un derecho humano básico.

5. Conclusión

Con lo expuesto precedentemente se ha querido dejar de manifiesto que si bien resulta razonable la aplicación del principio de legalidad a las normas que regulan la parte general del Derecho penal en el ER, existen buenas razones para considerar que los requisitos de *lex certa* y *stricta* cuentan con un alcance atenuado. El error en el que incurre van den Wyngaert es justamente el de querer aplicar el *nullum crimen* sin más, cuando las normas de la parte general del Derecho penal sólo establecen, y deben establecer, reglas mínimas que no pueden ser sometidas a un análisis de legalidad tan estricto. Resultan apropiadas las palabras de JAKOBS sobre el tema, en cuanto a que el intento de medir con la misma vara la teoría general de la imputación y los tipos delictivos de la parte especial hace perder el rigor del principio de legalidad, por lo que en última instancia lo mejor es no ocultar estas diferencias y proponer un entendimiento razonable sobre el tema.⁸³

El enfoque aquí propuesto permite visualizar la naturaleza de las cuestiones que se discuten en la parte general del derecho penal internacional: se trata ni más ni menos que de cuestiones de filosofía moral vinculadas con la posibilidad de atribuirle un hecho ilícito a un determinado agente. Una regulación excesivamente detallada en este aspecto no sólo es poco conveniente en términos prácticos, sino que además un entendimiento fuerte del principio de legalidad respecto de estas cuestiones de parte general desconoce la complejidad de la discusión e implica una limitación muy importante, y difícil de sostener, al momento de justificar (y, eventualmente, criticar con argumentos racionales) una decisión sobre la responsabilidad penal de una persona. Por tanto, los redactores del ER, quizá sin ser conscientes de ello, acertaron al establecer solamente ciertos puntos fijos al regular sobre las formas de intervención punible.

A partir de estas ideas, se intentó demostrar que es tarea de la doctrina y la jurisprudencia interpretar las disposiciones abiertas que caracterizan a la parte general del Derecho penal y desarrollar criterios que permitan llevar a cabo una imputación compatible con los presupuestos materiales de la responsabilidad penal. La utilización de la teoría del dominio del hecho en la CPI resulta ejemplar, en la medida de que sirve para mostrar una de las formas posibles de

párr. 490 ss. Ambas interpretaciones son perfectamente posibles en el lenguaje natural (esto es, no superan el tenor literal de la regla) y, por tanto, no se produce una violación al principio de legalidad si se decide interpretar de modo amplio la disposición.

⁸³ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, § 4, nm. 44.

interpretar judicialmente las reglas de intervención delictiva establecidas en el ER y que sin ir más lejos podrían ser las reglas disponibles en un código penal nacional. Por supuesto que esto *no* significa que los jueces de la CPI que han acudido a la teoría del dominio del hecho hayan tomado una decisión correcta al elegir esa teoría y no otra. En este punto, esta contribución se ha limitado a señalar que acudir a esta teoría como criterio de delimitación entre autores y partícipes no vulnera el principio de legalidad, a diferencia de lo que sostiene la jueza van den Wyngaert. Pero la pregunta relativa a si la teoría del dominio del hecho es materialmente adecuada (o, en el lenguaje de los principios penales, si respeta el principio de culpabilidad) todavía se encuentra abierta.⁸⁴ Lo interesante es señalar que el interrogante está abierto justamente porque la flexibilidad del principio de legalidad en lo que respecta a la parte general del Derecho penal permite tener esta discusión sustantiva, tanto en los tribunales como en la academia.

6. Tabla de jurisprudencia

Corte Penal Internacional

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
ICC-P.-T.Ch. I, <i>Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> , Decision on the confirmation of charges	29 de enero de 2007	ICC-01/04-01/06-803-tEN
ICC-P.-T.Ch. I, <i>Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui</i> , Decision on the Confirmation of Charges	30 de septiembre de 2008	ICC-01/04-01/07-717
ICC-T.Ch. I, <i>Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> , Judgment pursuant to Article 74 of the Statute	14 de marzo de 2012	ICC-01/04-01/06-2842
ICC-P.-T.Ch. II, <i>Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui</i> , Judgment pursuant to Article 74 of the Statute	18 de diciembre de 2012	ICC-01/04-02/12-4
ICC-T.Ch. II, <i>Prosecutor v. Germain Katanga</i> , Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut	7 de marzo de 2014	ICC-01/04-01/07-3436
ICC-A.Ch., <i>Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo</i> , Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his	23 de marzo de 2016	ICC-02/04-01/15

⁸⁴ Le asiste razón, en ese sentido, a GARROCHO SALCEDO (*La responsabilidad del superior por omisión en DPI*, 2016, p. 287) al señalar que la "corrección o no de la teoría del dominio del hecho [...] no proviene de que esté ausente de la regulación en forma expresa, sino de su plausibilidad o no en relación con su formulación teórico-abstracta y su capacidad de rendimiento para solucionar grupos de casos".

 conviction

ICC-P.-T.Ch. II, <i>Prosecutor v. Dominic Ongwen</i> , Decision on the confirmation of charges against Dominic Ongwen	23 de marzo de 2016	ICC-02/04-01/15
---	---------------------	-----------------

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
ICTY-A.Ch., <i>Prosecutor v. Duško Tadić</i> , Judgment	15 de julio de 1999	IT-94-1
ICTY-T.Ch., <i>Prosecutor v. Milomir Stakić</i> , Judgment	31 de julio de 2003	IT-97-24-T
ICTY-A.Ch., <i>Prosecutor v. Milomir Stakić</i> , Judgment	22 de marzo de 2006	IT-97-24-A

7. Bibliografía citada

AMBOS (2016), «Article 25. Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER/ AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Baden-Baden, pp. 979-1029.

————— (2016), «Ius Puniendi and Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», en MULGREW/ABELS (eds.), *Research Handbook on the International Penal System*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 57-79.

————— (2013), *Treatise on International Criminal Law*, t. I (*Foundations and General Part*), Oxford University Press, Oxford.

————— (2012), «The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues», *International Criminal Law Review*, 2012, pp. 115-153.

————— (2007), «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility», *Journal of International Criminal Justice*, (5), pp. 159-183.

————— (2007), «Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher's Grammar of Criminal Law», *Cardozo Law Review*, (28), pp. 2647-2673.

————— (2006), «Remarks on the General Part of International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice*, (4), pp. 660-673.

————— (2004), *Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

BADAR (2006), «'Just Convict Everyone!' – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again», *International Criminal Law Review*, (6), pp. 293-302.

BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12ª ed., Gieseking, Bielefeld.

BERSTER (2010), «'Duty to act' and 'Commission by Omission' in International Criminal Law», *International Criminal Law Review*, (10), pp. 619-646.

BITTI (2009), «Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC», en STAHN/SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Brill, Leiden, pp. 285-304.

CRYER (2009), «Royalism and the king: article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources», *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 12(3), pp. 390-405.

CUPIDO (2015), *Facts Matter: A Study into the Casuistry of Substantive International Criminal Law*, Eleven International Publishing, La Haya.

DANNECKER (2007), «Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts», en DANNECKER *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, C.H. Beck, München, pp. 25-40.

————— (2007), «§ 1», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. I, 12ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

DUBBER/HÖRNLE (2014), *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford University Press, Oxford.

ESER/HECKER (2014), «§ 1», en ESER *et al.* (eds.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 29ª ed., C.H. Beck, München.

FERRANTE (2015), «Filosofía del derecho penal», en FABRA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, México, pp. 2087-2108.

FEUERBACH (1847), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (edición a cargo de MITTERMAIER), 14ª ed., Heyer, Giessen.

FINCKE (1975), *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Schweitzer, Berlín.

FRISTER (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed, C.H. Beck, München.

GALLANT (2009), *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

GALLAS (1954), «Täterschaft und Teilnahme», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. 1, Dr. Hans Heger Verlag, Bonn, pp. 121-153;

——— (1957), «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», *ZStW* [Sonderheft: Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongress in Athen vom 26. Sept.-2. Okt. 1957], 1957, pp. 3-49.

GARROCHO SALCEDO (2016), *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*, Aranzadi, Navarra.

GIL GIL (2014), «Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. Coautoría», en AMBOS/MALARINO/STEINER (eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga*, CEDPAL/Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlín/Bogotá, pp. 263-301.

GRECO (2015), *Lo vivo y lo muerto de la teoría de la pena de Feuerbach*, Marcial Pons, Buenos Aires (entre otras).

GROVER (2014), *Interpreting Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2008), «La doctrina de la “empresa criminal conjunta” en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia», en MUÑOZ CONDE (ed.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1089-1110.

——— (2013), «“Joint criminal Enterprise” ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?», en GIL GIL/MACULAN (dirs.), *Intervención delictiva y derecho penal internacional*, Dykinson, Madrid, pp. 413-471.

HAAS, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, (119), 2007, pp. 519-546.

HARDWIG (1966), «Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (78), pp. 1-29.

HASSEMER/KARGL (2017), «§ 1», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Strafgesetzbuch*, 5.^a ed., Nomos, Baden-Baden.

HERZIG (2013), «Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs», *ZIS*, (4), pp. 189-200.

HILGENDORF/VALERIUS (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2^a ed, C.H. Beck, Múnich.

HOCHMAYR (2014), «Applicable Law in Practice and Theory. Interpreting the Article 21 of the ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, (12), pp. 655-679.

- JAIN (2011), «The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law», *Chicago Journal of International Law*, (12), pp. 157-198.
- JAKOBS (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter, Berlín.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- JESSE (2009), *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts*, Duncker & Humblot, Berlín.
- KISS (2013), «La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional», *InDret: Derecho Penal*, (2), pp. 1-34.
- KRATZSCH (1971), «§ 53 StGB und der Grundsatz nullum crimen sine lege», *GA*, pp. 65-82.
- KREß (2010), «Nulla poena nullum crimen sine lege», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, disponible en <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>, consultado el 28 de septiembre de 2018.
- KREY (1977), *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.
- KREY/ESSER (2016), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.
- MAURACH (1954), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, C.F. Müller, Karlsruhe.
- «Die Objekte der Einziehung nach § 86 StGB», *JZ*, (17), 1964, pp. 529-537.
- MANTOVANI (2003), «The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer», *Journal of International Criminal Justice*, (1), 2003, pp. 26-38.
- MURMANN (2015), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- NEUMANN (1991), «Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (44), 1991, pp. 248-259.
- OHLIN (2007) «Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise», *Journal of International Criminal Law*, (5), pp. 69-90.
- OHLIN/VAN SLIEDREGT/WEIGEND (2013), «Assessing the control-theory», *Leiden Journal of International Law*, (26), pp. 725- 746.
- OLÁSOLO (2013) «El principio *nullum crimen sine iure* en Derecho Internacional contemporáneo», *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, (1), pp. 18-42.
- (2013), *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2009) «El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata», *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, (27), pp. 71-122.
- OLÁSOLO/PÉREZ CEPEDA (2004), «The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case», *International Criminal Law Review*, (4), pp. 475-526.
- OTTO (2004), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed., Walter de Gruyter, Berlin.
- PAEFFGEN (1985), «Actio libera in causa und § 323a StGB», *ZStW*, (97), pp. 513-541.
- PAWLIK (2014), «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *GA*, pp. 369-389.
- RIGNEY (2014), «‘The Words Don't Fit You’: Recharacterisation of the Charges, Trial Fairness, and Katanga», *Melbourne Journal of International Law*, (15), pp. 1-19.
- ROBINSON (2008), «The Identity Crisis of International Criminal Law», *Leiden Journal of International Law*, (21), pp. 925-963.
- ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 4ª ed. C.H. Beck, Múnich.
- RUDOLPHI/JÄGER (2014), en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., entrega 144 (agosto de 2014), Carl Heymanns Verlag, Colonia.
- SANCINETTI (2005), *Casos de Derecho penal. Parte general*, t. I, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- (2003), *Dogmática del hecho punible y ley penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (1991), *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.
- SATZGER (2012), *International and European Criminal Law*, C.H. Beck/Hart/Nomos, Múnich.
- SCHABAS (2010), *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford.
- SCHMITZ (2017), «§ 1», en JOECKS/MIEBACH (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- SHAHABUDEEN (2004), «Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?», *Journal of International Criminal Justice*, (2), pp. 1007-1017.
- STEER (2017), *Translating Guilt: Identifying Leadership Liability for Mass Atrocity Crimes*, Springer, La Haya.
- STEWART (2014), «Complicity», en DUBBER/HÖRNLE (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 534 a 559.

————— (2012), «The End of 'Modes of Liability' for International Crimes», *Leiden Journal of International Law*, (25), pp. 165-219.

STRATENWERTH/KUHLEN (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 6^a ed., Vahlen, Múnich.

SUPPERT (1973), *Studien zur Notwehr und „notwehrähnlichen Lage“*, Röhrscheid, Bonn.

TRIFFTERER (2004), “ Art. 28 Rome Statute, an Extension of Individual Criminal Responsibility for Crimes within Jurisdiction of the Court – Compatible with Art. 22, *nullum crimen sine lege?*”, en TRIFFTERER (ed.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 213-262.

VAJDA (2014), «Distinguishing Between Principals and Accessories at the ICC - Another Assessment of Control Theory», *Zbornik PFZ*, (64), pp. 1039-1060.

VAN SLIEDREGT (2012), *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, Oxford.

WEIGEND (2001), «Zur Frage eines ‚internationalen‘ Allgemeinen Teils», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, pp. 1375-1400.

WELZEL (1939), «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, (58), pp. 491-566.

WERLE/JEBBERGER (2014), *Principles of International Criminal Law*, 3^a ed., Oxford University Press, Oxford.

WESSELS/BEULKE/SATZGER (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 46^a ed., C.F. Müller, Heidelberg (entre otras).