

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez Ostiz

Recensión a Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, (tomo I), 2014 (tomo II), 2016 (tomo III), por Leandro A. Dias.

Recensión a Norberto J. de la Mata Barranco/Jacobo Dópico Gómez Aller/Juan Antonio Lascurain Sánchez/Adán Nieto Martín, *Derecho penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, por Sergio Pérez González.

Recensión a Carlos Gómez-Jara Díez, *Garantismo penal europeo*, Iustel, Madrid, 2017, por Francisco de Borja Iriarte Ángel.

Recensión a Leo Zaibert, *Rethinking Punishment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, por Tomás Fernández Fiks.

Recensiones

Recensión a Kai AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013 (tomo I, 469 págs.), 2014 (tomo II, 384 págs.), 2016 (tomo III, 880 págs.)

Leandro A. Dias

Universidad de Buenos Aires

El libro “*Treatise on International Criminal Law*” (en adelante, “*Treatise*”), de Kai AMBOS, es sin lugar a dudas una obra fundamental de Derecho penal internacional (en adelante, “DPI”), que debe ser leída por quien desee comprender las bases de esta disciplina. En tres volúmenes (escritos en inglés), el profesor de la Universidad de Gotinga se encarga de desarrollar con gran destreza los aspectos centrales de la justicia penal internacional. Se trata de una obra extensa, que supera las mil páginas (sin contar el listado de bibliografía, que debió ser publicado *online* por ser demasiado voluminoso) y que abarca tres áreas fundamentales: la parte general del DPI (vol. I), la parte especial (vol. II) y el (incipiente) derecho procesal penal (vol. III). Esta división en tres partes se encuentra justificada, dado que en estos tres tomos es probable que se encuentre el tratamiento más completo y detallado de la doctrina y la jurisprudencia de Derecho penal internacional que ha surgido en las últimas décadas en diversas partes del mundo y en distintos idiomas. Pero esa extensión, poco habitual en las obras contemporáneas, no debe amedrentar al lector, dado que allí encontrará un abordaje sistemático y fácilmente comprensible de problemas de extraordinaria complejidad. En pocas palabras, se está en presencia de una obra sistemática, completa y elegante, que probablemente sea el *magnum opus* del autor.

En cuanto al contenido específico del *Treatise*, el primer tomo tiene, en lo esencial, dos partes. Por un lado, en los primeros tres capítulos se hace un desarrollo histórico detallado de la disciplina (capítulo I), así como un tratamiento conceptual y analítico de la justificación del castigo y de la estructura del delito en estos contextos (capítulos II y III). Por otro, en los capítulos siguientes (IV-VIII) el autor brinda un abordaje sistemático y profundo de los distintos aspectos de la teoría de la responsabilidad penal en DPI. Se trata, en definitiva, de una verdadera teoría del delito adaptada a contextos de criminalidad masiva.

En los primeros cuatro capítulos del segundo tomo, dedicado a la parte especial del DPI, se desarrolla lo que el lector podría esperar en una obra de esta clase: los distintos aspectos problemáticos de los cuatro crímenes internacionales clásicos, esto es, genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y agresión. Lo verdaderamente novedoso aparece en los últimos dos capítulos, a través del tratamiento de dos cuestiones que generan más dudas que certezas en el área y que, por esa razón, no suelen ser abordadas en detalle en los manuales: los llamados *treaty crimes*, o delitos internacionales derivados de tratados (capítulo V), y las teorías del concurso y de la medición de la pena (capítulo VI).

Finalmente, el tercer tomo ofrece el análisis más completo que se ha visto hasta el día de hoy en lo que se refiere al Derecho procesal penal internacional, con especial énfasis en el sistema establecido por el Estatuto de Roma. Así, el primer capítulo presenta en detalle los fundamentos filosóficos y conceptuales del Derecho procesal penal internacional, así como el devenir histórico de los procesos ante distintos tribunales internacionales. En los siguientes apartados, el autor explica los aspectos esenciales del proceso penal a nivel internacional, así como prácticamente todas las discusiones relevantes para el ejercicio de la actividad profesional ante la Corte Penal Internacional (y, eventualmente, ante otras jurisdicciones). En particular, se destaca el capítulo V, dado que ofrece una teoría completa de la producción y valoración de la prueba a nivel internacional, un tema en cierto modo descuidado por los tribunales internacionales y también (o, quizá, especialmente) por los nacionales con competencia para el juzgamiento de crímenes internacionales.

Ante una obra tan imponente es difícil llevar a cabo una recensión crítica y valiosa en términos científicos. Sin embargo, creo que es posible realizar esta tarea mediante el análisis de dos cuestiones problemáticas que se repiten en los tres tomos del *Treatise*. No se trata de falencias esenciales de la obra, sino de ciertas cuestiones que podrían ser corregidas en una segunda edición, que seguramente veremos en los próximos años.

La primera de ellas es la disparidad en el tratamiento de la literatura filosófica contemporánea sobre DPI, en el sentido de que solo ciertos temas han sido abordados en detalle a partir de esta literatura. El *Treatise* es mucho más que una mera descripción de la doctrina y jurisprudencia dominante en la materia. Por el contrario, intenta ofrecer fundamentos sólidos para el desarrollo de una disciplina que se ha caracterizado históricamente más por el pragmatismo que por la reflexión profunda sobre los distintos problemas que se presentan en la realidad. No sorprende, entonces, que AMBOS ofrezca un desarrollo filosófico de temas como la justificación del castigo en el nivel internacional (vol. I, pp. 56 ss.), el concepto de crímenes de lesa humanidad (vol. II, pp. 56 ss.) o los fines del Derecho procesal penal en el nivel internacional (vol. III, pp. 44 ss.). Para eso acude no solo a un tratamiento que da cuenta de artículos jurídicos especializados, sino también de los más recientes avances en materia de filosofía moral y política.

Sin embargo, no todos los aspectos que abarca el libro han sido desarrollados con el mismo nivel de detalle en el nivel de los fundamentos filosóficos. Véase, entre otros, el abordaje de la legítima defensa (vol. I, pp. 330 ss.). En los últimos años, la legítima defensa se ha posicionado como un ámbito extremadamente fértil para la discusión fundamental en el DPI, por las implicancias de esta causa de justificación para el análisis de agresiones llevadas a cabo en contextos de conflictos armados. Piénsese únicamente en los ya clásicos libros de David RODIN (*War and Self-Defense*, Oxford University Press, Oxford, 2002) y Jeff MCMAHAN sobre el tema (*Killing in War*, Oxford University Press, Oxford, 2009). Empero, estas discusiones no han sido abordadas en detalle por AMBOS, sino que el libro solo ofrece un análisis desde una perspectiva clásica de manual. Esto no sería un problema si el *Treatise* se limitase justamente a un análisis “de manual” de todos los temas que se presentan en el libro. Pero, como ya se señaló, AMBOS entra de lleno en el tratamiento filosófico de algunos temas, por lo que es notorio que otros han sido un tanto relegados.

A su vez, AMBOS por momentos muestra una excesiva confianza en la capacidad de persuasión de ciertos argumentos “ortodoxos” de la discusión continental al momento de analizar los fundamentos de distintas figuras jurídicas. Tómese como ejemplo solamente el análisis de la tentativa (vol. I, pp. 233 ss.). Allí el autor rechaza las teorías que plantean una equivalencia entre la responsabilidad por acciones y la responsabilidad por resultados (llamadas en el libro “teorías subjetivas”) porque el castigo de la tentativa inidónea “se acerca a la criminalización de una mera intención o voluntad, lo que recuerda un Derecho penal puro de ánimo y pensamientos” (“*its punishment comes closer to the criminalization of a mere intent or will, reminding us of a pure criminal law of ideas and thoughts*”, p. 235). Esto puede ser así respecto de ciertas teorías que plantean la equivalencia entre tentativas y consumaciones (lo que podríamos llamar “subjetivismo extremo”). Pero estas teorías prácticamente no son defendidas en la actualidad, sino que se suele establecer una equivalencia en casos en los cuales el plan de un par de autores se manifiesta externamente por medio de una acción idéntica y la única diferencia en la situación de ambos actuantes es que en un caso se produce el resultado, mientras que en el otro no, por una cuestión atribuible a la suerte (en términos de NAGEL, casos de *resultant luck*). Con esto no se pretende afirmar que AMBOS se equivoque en su apreciación, sino simplemente que la cuestión no puede ser resuelta con una mera equiparación con el Derecho penal de ánimo, por más que eso sea una opinión (hasta cierto punto) extendida en el marco de la discusión continental. Por el contrario, cuestiones como esta se encuentran en extremo discutidas en la filosofía moral y los argumentos y contra-argumentos son mucho más profundos que una comparación con el Derecho penal de ánimo (para un breve panorama de la discusión continental y anglosajona, SANCINETTI, «El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional», *InDret* 1/2017). Algo similar sucede en el abordaje de otras figuras de la parte general del Derecho penal, como el dolo, la omisión o la distinción entre autores y partícipes (para una enumeración de estos problemas, véase la completa reseña de WEIGEND en *En Letra: Derecho Penal*, (7), 2018, pp. 295 ss.). En este aspecto sin dudas se echa de menos un mayor desarrollo.

El segundo aspecto problemático se aleja un poco (aunque no demasiado) de los fundamentos filosóficos del DPI y se acerca más a lo que podría llamarse una dogmática del DPI en sentido estricto. Me refiero en particular a los problemas de interpretación “finos” que se producen en el DPI. En este aspecto, es cierto que AMBOS traslada lo mejor de la dogmática penal alemana al DPI de habla inglesa: distinciones analíticas complejas, abordaje sistemático y una búsqueda de soluciones no solo consistentes, sino también materialmente justas. Estas características están presentes en todo el libro, pero son especialmente notorias en el volumen II, que aborda la parte especial del DPI (esto es, los crímenes internacionales en específico) con un grado de claridad y sofisticación que no tiene precedentes en la disciplina. De hecho, el capítulo sexto del volumen II, dedicado a los parámetros de medición de la pena y a la teoría de los concursos es un aporte *esencial* al desarrollo de la ciencia del DPI. Estos temas han sido históricamente relegados a un segundo o tercer plano en la discusión y AMBOS no solo los aborda, sino que brinda un análisis exhaustivo, que supera ampliamente lo visto hasta la actualidad en libros similares. Es por ello que probablemente este capítulo tenga una gran influencia en el futuro en la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, en algunos segmentos puntuales de la dogmática de los crímenes internacionales el tratamiento es demasiado sucinto. Esto puede observarse, por ejemplo, en el abordaje del crimen internacional de reclutamiento, alistamiento y utilización de niños para participar activamente en las hostilidades (arts. 8(2)(b)(xxvi) y (e)(vii) del Estatuto de Roma). Uno de los elementos más discutidos de este tipo penal es el de “participar activamente”. ¿Qué significa “activamente”? ¿Que los niños sean expuestos a actividades de apoyo directo o indirecto a las hostilidades, esto es, que sean obligados a realizar una contribución a las hostilidades apta para exponerlos a cualquier riesgo característico de un conflicto armado (postura de la Corte Penal Internacional en “Lubanga”, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Especial de Sierra Leona)? ¿O que se los obligue a realizar actividades de apoyo *directo* a las hostilidades, esto es, un acto apto para convertir a los niños, específicamente, en un blanco para el bando contrario? AMBOS se decide a favor de la postura amplia (apoyo directo o indirecto), en virtud de que una extensión de la punibilidad de quien utiliza a niños en contextos de conflicto armado se encontraría justificada por el fin protector de la norma. Sin embargo, el autor no responde a las críticas que se han formulado contra esa interpretación desde al menos dos puntos de vista. Desde una perspectiva tendente a restringir la punibilidad, se ha señalado que el concepto de “participación activa” es característico del Derecho internacional humanitario y que esa disciplina utiliza, con buenas razones, una interpretación estricta, no amplia, que implica una participación *directa* (ya que solo cuando un civil participa directamente puede ser atacado como un blanco, en principio, legítimo; sobre el tema, WAGNER, «A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga Child Soldiers and Direct Participation?», *Criminal Law Forum*, 2013, 24(2), pp. 145-203). Y desde una perspectiva tendente a ampliar la punibilidad, que los casos de participación indirecta deben incluir más de lo que AMBOS está dispuesto a aceptar (por ej. actos de sometimiento a violencia sexual), para no dejar impunes conductas de utilización de niños que contribuyen el devenir (ilícito) de los conflictos armados (por ej., el voto separado y en disidencia de la jueza Elizabeth Odio Benito en el ya mencionado caso “Lubanga”). Sobre esta última postura, AMBOS realiza un breve comentario en una nota al pie, en el que señala que tal interpretación sería contraria al *nullum crimen sine lege*, pero no termina de quedar claro por qué. De hecho, parecería que el término “participación activa” es lo suficientemente general como para permitir una interpretación amplia, por lo que la cuestión decisiva estaría en otro lado, puntualmente, en el fin de la norma. Y si, como AMBOS señala, el fin de la norma es “proteger” a los niños: ¿por qué no ampliar aún más el ámbito de protección, hasta el punto de incluir actos de sometimiento de niños y niñas a violencia sexual?

Con independencia de estos dos aspectos problemáticos (disparidad en el tratamiento de fundamentos filosóficos y excesiva brevedad en la argumentación respecto de algunos problemas dogmáticos específicos), es necesario resaltar nuevamente la importancia de esta obra. Hasta hace muy poco tiempo, era realmente muy difícil recomendar un libro para estudiar DPI. Es cierto que había manuales, pero ninguno abordaba todos los problemas actuales de la disciplina. Con este *Treatise*, AMBOS se ha encargado de brindar una obra imprescindible para todo aquel que desee conocer el estado actual del DPI. Esta contribución no solo será bien recibida por estudiantes (en especial, aquellos que participan en las ya clásicas competencias de alegatos *moot court*), sino también por investigadores especializados y por quienes se dedican a ejercer la profesión ante

tribunales nacionales e internacionales con competencia para juzgar crímenes internacionales. Por tanto, solo es posible finalizar esta recensión con una felicitación al autor por esta impresionante obra.