

Doctrina



Crímenes nucleares de derecho internacional, principio de jurisdicción universal y parágrafo 153f de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

(A la vez, comentario de GBA JZ 2005, 311 y OLG, NStZ 2006, 117)

Kai Ambos*

Catedrático de Derecho Penal, Procesal, Comparado y Derecho Internacional. Universidad de Göttingen

RESUMEN: El artículo analiza las primeras resoluciones jurisdiccionales relativas al Código Penal Internacional alemán, en particular el caso Abu Ghraib/Rumsfeld y otros. Se explican los objetivos y contenidos del Código, y se plantea un análisis crítico de su aplicación en el caso mencionado. Concluye con una propuesta legislativa para encontrar una solución judicial ante las falta de persecución de estos delitos en base al Parágrafo 153f de la Ordenanza procesal penal alemana.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal internacional. Ordenanza procesal penal. Principio de jurisdicción universal.

SUMMARY: The paper examines the first German decisions on the new Act on International Criminal Law (*Völkerstrafgesetzbuch – VStGB*) in the Abu Ghraib/Rumsfeld et al. case. It explains the objectives and contents of the VStGB and then critically analyses its application in the said case. It concludes with a legislative proposal for a judicial remedy for negative prosecutorial decisions on the basis of § 153f Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung*).

KEY WORDS: International criminal law. Code of Criminal Procedure. Principle of Universal Jurisdiction.

Desde la entrada en vigor del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*; en adelante: CódPI)¹ y hasta el 4 de septiembre de 2006 han sido presentadas 57 denuncias por presunta comisión de crímenes codificados en esa ley.² La mayoría de esas denuncias conciernen al conflicto en medio oriente y a la guerra en Irak. Estas denuncias tuvieron por mira a miembros de gobiernos y jefes de Estado de varios países asiáticos y africanos. Hasta ahora, en 49 casos la Fiscalía General Federal (*Generalbundesanwaltschaft*)

se ha abstenido de iniciar investigaciones de acuerdo a los §§ 152 apartado 1 y 153f apartados 1 y 2 de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*; en adelante OPP). Estas denuncias han sido basadas en motivos legales (*inter alia*, inmunidad de los posibles sospechosos; inaplicabilidad del CódPI al tiempo en que fue cometido el presunto hecho) o, como puede ser el caso, en la falta de toda perspectiva de éxito (§ 153f apartado 1 frase 1 OPP). Una investigación formal fue iniciada solamente contra un ciudadano ruandés que re-

* Director del departamento de derecho penal extranjero e internacional; Juez del Tribunal estadual (*Landgericht Göttingen*). – Traducción del original alemán (*Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ*, tomo 26, 2006, 434-438) – actualizado para esta publicación – a cargo del Dr. Ezequiel Malarino y del Dr. Alejandro Kiss (ambos Universidad de Buenos Aires); revisión del autor.

1. Existe traducción al castellano por la Profesora Dra. Alicia Gil Gil, disponible en: http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html

2. Correo electrónico de 5 de septiembre dirigido al autor por el Fiscal Federal Lanz de la Oficina del Fiscal Federal General.

side en Alemania (en búsqueda de asilo) por crímenes cometidos en territorio congoleño.³

De las denuncias presentadas, la que mayor sensación causó fue aquella en contra del Ministro de defensa de los EEUU Donald Rumsfeld *et al.* por maltratos a prisioneros iraquíes en el complejo carcelario Abu Ghraib.⁴ Con decisión del 10 de febrero de 2005 el Fiscal General Federal no ha dado trámite a la denuncia.⁵ El 13 de noviembre de 2005, el Tribunal Superior estadual (*Oberlandesgericht*) de Stuttgart declaró inadmisibile la solicitud de una decisión judicial.⁶ Con ello se ha dictado la primera decisión judicial (superior) sobre la aplicación de la complicada disposición del § 153f OPP e indirectamente también sobre el principio de jurisdicción universal contenido en el § 1 del CódPI. Sin embargo, tanto la decisión del Fiscal General Federal como la del Tribunal Superior estadual de Stuttgart provocan contrariedad. Ante todo, se presenta la cuestión fundamental de si ambas decisiones comprenden correctamente el fin de la ley de los §§ 1 CódPI y 153f OPP y la interacción entre ambas disposiciones (al respecto I). Además, el examen concreto del § 153f OPP plantea numerosas cuestiones (II.). Finalmente, no convence la inadmisibilidad de un procedimiento para forzar la acusación y la falta de posibilidad de revisión judicial de decisiones conforme al § 153f

OPP que de allí se deriva; al respecto han de considerarse enmiendas legislativas (III.).

I. Fin de la ley e interacción entre los §§ 1 Código Penal Internacional y 153f Ordenanza Procesal penal

El § 1 del CódPI asienta la competencia de los tribunales alemanes –independientemente del lugar de comisión del hecho y de otros puntos de partida del derecho de aplicación de la ley penal⁷– en el **principio de jurisdicción universal puro o en sentido estricto**⁸; especialmente a través de la frase “ninguna conexión nacional”, esta disposición ha privado de base a la comprensión restrictiva del Tribunal Supremo Federal⁹ que tradicionalmente exigía un vínculo nacional.¹⁰ En ello no hay una lesión del **principio de no intervención** del derecho internacional, pues los §§ 6-12 CódPI versan sobre *crímenes nucleares* de derecho internacional (“core crimes”), cuya persecución reside en el interés de la humanidad como tal¹¹ y por ello no puede ser considerada como un asunto interno de los Estados del lugar del hecho concernidos.¹² En este punto de vista jurídico se basó también la exigencia alemana en la Conferencia de los Estados realizada en Roma en el año 1998¹³ de acoger el principio de jurisdicción

3. Concretamente, él está acusado como líder político de las Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda (FDLR), una milicia rebelde ruandés que opera en Kivu del Norte y Kivu del Sur al Este de la República Democrática del Congo (RDC), de ser responsable por las atrocidades cometidas por esta milicia sobre la población civil. Por el momento es sin embargo imposible de atribuir con certeza los crímenes cometidos en el Este del Congo a esta milicia por el simple hecho de que la región en cuestión se encuentra bajo control de numerosos grupos armados rebeldes y estos grupos o coexisten o luchan el uno contra el otro.

4. Sobre el aspecto fáctico y jurídico *Basak* Humanitäre Völkerrecht-Informationsschriften (HuV-I) 2005, 85 ss.; sobre la denuncia *RAV/Holtfort-Stiftung* (eds.), *Strafanzeige./Rumsfeld u.a.*, 2005, 26 ss.

5. Cfr. el comunicado de prensa del 10.2.2005 = *Juristenzeitung* (JZ) 2005, 311; ver traducción en el anexo I a este artículo.

6. *NStZ* 2006, 117; ver traducción en el anexo II a este artículo. El 2 de mayo de 2005 ya había sido rechazada por el Fiscal General Federal una presentación del denunciante de 10 de marzo de 2005. La solicitud de decisión judicial dirigida en primer término al Tribunal Superior estadual de Karlsruhe había sido desestimada por falta de competencia territorial, dado que es competente el Tribunal Superior estadual de Stuttgart en cuanto Tribunal del lugar en el cual el gobierno estadual tiene su asiento (§ 172 IV OPP en conexión con § 120 I número 8 de la Ley de Organización Judicial –LOJ–; *Gerichtsverfassungsgesetz*).

7. Sobre los puntos de partida legitimantes del poder penal nacional basados en el derecho internacional *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 3 nm. 2 ss.

8. En oposición al principio de jurisdicción universal condicionado, la competencia no está sujeta a condiciones (por ejemplo, presencia en el país) cfr. *Ambos* (nota 7) § 3 nm. 95

9. Cfr. los motivos de la ley en: *Lüder/Vormbaum* (eds.), *Materialien zum VStGB*, 2003, p. 26 (Proyecto del Poder Ejecutivo, *Referentenentwurf*), según Bundesrats-Drucksache [BR-Drucks.] 29/02). Cfr. también *Werle* JZ 2001, 885 (890); *Werle/Jeßberger* JZ 2002, 724 (729); *Zimmermann* Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2002, 3068 (3069); Diputado *Pick*, en: *Lüder/Vormbaum*, en el lugar citado p. 80; *Zypries*, en: *Theissen/Nagler* (eds.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, p. 11 (14).

10. *Bundesgerichtshof* (BGH) *NStZ* 1994, 232 (233); *BGH* *NStZ* 1999, 236; *StV* 1999, 240; *BGHSt* 45, 64 (65 s., 68 s.), aunque dejando abierta la cuestión respecto de los crímenes de guerra (69). Cfr. sobre la jurisprudencia también *Münchener Kommentar* (MüKo)-*Ambos*, § 6 StGB nm. 1, 4 ss.

11. Motivos de la ley en: *Lüder/Vormbaum* (nota 9), p. 26.

12. Con más detalles sobre el argumento *Ambos* (nota 7), § 3 nm. 94; MüKo-*Ambos*, § 1 nm. 4 VStGB (en curso de publicación).

13. El autor fue miembro de la delegación alemana. La posición alemana no pudo sin embargo imponerse; antes bien, el art. 12 ECPi previó el principio de territorialidad y de personalidad activa (con más detalles *Ambos*, nota 7, § 8 nm. 7 s.).

universal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).¹⁴ Por ello, es incorrecto cuando el Tribunal Superior estadual de Stuttgart habla de una “extensión objetiva desde el punto de vista del derecho internacional” de la competencia a través del principio de jurisdicción universal.¹⁵ *Jurídicamente* esta extensión es inobjetable; a lo más, ella despierta reparos desde el punto de vista de *política* internacional y precisamente el legislador quiso evitarlos con la revocación procesal del principio material de vigencia ilimitada de jurisdicción universal a través del § 153f OPP.

El § 1 CódPI adapta la persecución penal alemana de crímenes internacionales a un **sistema de justicia penal internacional** (“international criminal justice system”) el cual – para evitar la impunidad de las más graves violaciones a los derechos humanos – se apoya, en primer término, en los Estados competentes del lugar del hecho, del autor o de la víctima, en segundo término, en la CPI y, dado el caso, en otros tribunales internacionales¹⁶ y, en tercer término, en terceros Estados que tengan preferencia en virtud del principio de jurisdicción universal.¹⁷ Para proteger la **subsidiariedad condicionada** del principio de jurisdicción universal, que se relaciona con esto, el deber de persecución de la Fiscalía ha sido limitado – en cierto modo como un medio paso atrás – a través del nuevo § 153f OPP. Esta disposición debe *contrarrestar* una temida *sobre carga de la justicia*¹⁸ – no en último término por medio del llamado “forum-shopping” del denunciante¹⁹– y limitar la persecución penal a “casos razonables”.²⁰ Los

principios, opuestos en derecho procesal, de legalidad y oportunidad experimentan una concreción y un nuevo ajuste respecto de los hechos cometidos en el extranjero punibles según el CódPI frente a la regulación del § 153c apartado 1 OPP relativa a otros hechos cometidos en el extranjero.²¹ Aunque sólo los crímenes de los §§ 6-12 caigan bajo el principio de jurisdicción universal puro y respecto a los delitos de los §§ 13, 14 siga siendo aplicable el derecho de aplicación de la ley penal general (§§ 3 ss. CP), el § 153f OPP se refiere a *todos* los delitos del CódPI (§§ 6-14). Al respecto, habría bastado con la aplicación de la disposición general del § 153c OPP.²² *Grosso modo*, el ejercicio de discreción en razón del principio de oportunidad, que debe tener en cuenta la meta superior de **evitación de impunidad**, se estructura en dos direcciones²³: respecto a *hechos cometidos en el extranjero con conexión nacional* –esto es, cuando el sospechoso²⁴ se encuentra dentro del país (§ 153f apartado 1 frase 1 OPP) y/o cuando es de nacionalidad alemana (§ 153f apartado 1 frase 2 OPP)– de una conclusión a contrario de las disposiciones citadas resulta un deber *fundamental* de persecución; no obstante, puede prescindirse de la persecución de un ciudadano alemán (“solamente”) cuando el hecho sea perseguido por un Tribunal internacional o por el Estado del lugar del hecho o de la víctima (§ 153f apartado 1 frase 2 OPP), porque también de esa manera se tiene en consideración la necesidad de pena de la comunidad internacional.²⁵ Por el contrario, si no existe *conexión nacional alguna* –cuando no hay alemanes involucrados en el he-

14. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17.7.1998, Bundesgesetzblatt (BGBl = Boletín Federal de Leyes) 2000 II 1394.

15. NStZ 2006, 119 (columna izquierda).

16. Cfr. *Ambos* (nota 7), § 6 nm. 58 ss.

17. Cfr. *Ambos* (nota 7), § 3 nm. 21. Así mismo *Keller*, *Goltdammer's Archiv* (GA) 2006, 34 s., 37; *Kurth*, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS <www.zis-online.com>), 2006, 81, 84; de modo similar, a favor de un principio de jurisdicción universal “flexible” *Vest*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (ZStrR) 123 (2005), 331 s.; sin embargo, a favor de la prioridad del tercer Estado frente a la CPI el Report of the *International Commission of Inquiry on Darfur* to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004, 2005, para. 616: “(...) the ICC should defer to national courts other than those of Sudan which genuinely undertake proceedings on the basis of universal jurisdiction.”; aprobatoriamente *Delmas-Marty*, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) 4 (2006), 6.

18. Motivos de la ley en: *Lüder/Vormbaum* (nota 9), p. 60; *Werle* JZ 2001, 890. Sobre esfuerzos similares en Gran Bretaña por medio de la limitación de la persecución a las personas que luego de la comisión del hecho se establezcan en Gran Bretaña críticamente *O’Keefe* JICJ 2 (2004), 757 s.; sobre la discusión suiza *Vest*, ZStrR 123 (2005), 314 ss.

19. Sobre ese peligro de la elección (arbitraria) de la jurisdicción más expansiva *Kurth* (nota 17), 83.

20. *Zypries* (nota 9) p. 14.

21. Motivos de la ley en: *Lüder/Vormbaum* (nota 9), p. 59 s.; *Kreß* NStZ 2000, 625; *Jeßberger*, en: *Theissen/Nagler* (nota 9), p. 48; *Löwe Rosenberg* (LR)-*Beulke* § 153f nm. 9.

22. Cfr. también *Systematischer Kommentar* (SK)-*Weßlau* § 153f nm. 5.

23. Motivos de la ley en: *Lüder/Vormbaum* (nota 9), p. 60; también *Karlsruher Kommentar* (KK)-*Schoreit* § 153f nm. 2; LR-*Beulke* § 153f nm. 4.

24. La disposición habla aquí erróneamente de imputado (cfr. LR-*Beulke* § 153f nm. 14; *Weigend*, *Gedächtnisschrift* (GS = libro en memoria) *Vogler*, 2004, p. 209 con nota 49).

25. Esto tiene en cuenta el § 28 (en conexión con el 68) de la Ley para la ejecución del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LECPi) (BGBl. I 2002, p. 2144), cuando prevé la posibilidad de prescindir de la persecución (alemana) en caso de que la CPI haya

cho ni como autores ni como víctimas (§ 153c apartado 2 números 1, 2 OPP) y el imputado no se encuentra en el país, ni es de esperar tal presencia (§ 153c apartado 2 número 3 OPP) – “puede en especial” prescindirse de la persecución penal, con tal que –evitación de impunidad!– un Tribunal internacional o del Estado del lugar del hecho, del autor o de la víctima tome a su cargo la persecución. Lo mismo vale –en excepción al deber *fundamental* de persecución en caso de que el imputado se encuentre en territorio nacional conforme al § 153f apartado 1 frase 1 OPP a contrario– cuando un imputado extranjero se encuentre en el país y no haya que lamentar una víctima alemana (§ 153f apartado 2 frase 2 en conexión con el apartado 1 número 2 OPP) y su entrega a un Tribunal internacional o su extradición al Estado perseguidor del lugar del hecho, del autor o de la víctima (§ 153f apartado 2 frase 2 en conexión con el apartado 1 número 4 OPP) sea admisible y proyectada (§ 153f apartado 2 frase 2 OPP).²⁶ Además, del § 153f apartado 1 frase 1 en conexión con el § 153c apartado 1 números 1 y 2 OPP se sigue que en caso de *hechos extranjeros “puros”* en el sentido allí indicado –el sospechoso no se encuentra en el país ni es de esperar tal presencia– la Fiscalía General Federal también puede prescindir de la persecución cuando ninguna otra jurisdicción esté dispuesta a perseguir el hecho (cfr. sin embargo enseguida).²⁷

La disposición introduce por lo tanto una “**prioridad de competencia escalonada**”²⁸ dando amplia preferencia –en los casos del § 153f apartado 2 OPP– a Tribunales extranjeros más cercanos al hecho o bien a la CPI. La formulación introducida en el § 153f apartado 2 frase 1 por el Comité de derecho del Parlamento Federal “*puede en especial*” (en lugar de “debe”)²⁹ si bien expresa, por un

lado, que en los casos mencionados “normalmente”³⁰ o bien “regularmente”³¹ ha de prescindirse de la persecución, deja en claro, sin embargo, por otro lado, que con el apartado 2 no se propone una parcial retirada del principio de jurisdicción universal material puro, ni se excluye que la Fiscalía –a pesar de la existencia de los números 1-4 del apartado 2– haga uso de su competencia de persecución.³² Tampoco la considerable discreción –ya mencionada– en caso de *hechos extranjeros puros* (§ 153f apartado 1 frase 1 OPP) ha de entenderse en el sentido de una retracción del principio de jurisdicción universal, sino que ella está guiada por la consideración puramente práctica de que en tales casos una persecución penal en Alemania no prometería mucho *éxito*.³³ Se trata de evitar investigaciones innecesarias y perseguir sólo casos con perspectivas realistas de éxito.³⁴ Sin embargo, la meta superior de la **evitación de impunidad** puede conducir también en el caso de hechos extranjeros puros a una reducción de la discreción a favor de la aceptación de la persecución con el fin de preparar o respaldar, por ejemplo, una solicitud de asistencia judicial posterior o investigaciones en otro Estado o por la CPI.³⁵ A favor de tal reducción de discreción habla también la *comprensión amplia de la ‘presencia en el territorio nacional’*, dado que para este concepto debería ser suficiente todo contacto (voluntario o involuntario) con el territorio soberano alemán (estancia temporaria; viaje de paso) que posibilita una captura.³⁶

II. El examen concreto del § 153f OPP en el proceso Abu Ghraib

Ante el telón de fondo de estas consideraciones generales sobre los §§ 1 CódPI y 153f OPP, el examen concreto

declarado su intención de solicitar la entrega (cfr. también LR-Beulke § 153f nm. 24; SK-Weßlau, § 153f nm. 8). La disposición es otra prueba de la amistad con la CPI del legislador, dado que la *declaración* de presentar una solicitud de entrega sería ya suficiente sin que sea producida la prueba de efectivas investigaciones. Sobre la LECPI cfr. *Ambos*, en: Loos/Jehle (eds.), *Bedeutung der Strafrechtsgeschichte in Geschichte und Gegenwart – Manfred Maiwald zu ehren*, 2006 (en curso de publicación).

26. Cfr. con más detalles los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60 ss.

27. Cfr. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; Weigend, GS Vogler, 2004, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 3.

28. Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; Weigend, GS Vogler, 2004, p. 209.

29. Cfr. para la vieja formulación aún el proyecto de los expertos en: Bundesjustizministerium (BMJ) (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des VSTGB*, 2001, p. 14 y el proyecto del ponente en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 20.

30. Weigend, GS Vogler, 2004, p. 209.

31. KK-Schoreit § 153f nm. 7.

32. Cfr. el informe del Comité de derecho del Parlamento Federal en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 88; LR-Beulke § 153f nm. 32.

33. Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 5; Singelstein/Stolle, ZIS (www.zis-online.com) 2006, 120.

34. Cfr. también KK-Schoreit § 153f nm. 3.

35. Sobre esta idea de “investigaciones auxiliares” o “provisorias” (también en relación con el § 153f apartado 2 OPP) cfr. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; Weigend GS Vogler, 2004, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 9; LR-Beulke § 153f nm. 42; SK-Weßlau § 153f nm. 11.

36. Motivos de la ley en: BMJ (nota 9) p. 86 = Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 15; SK-Weßlau § 153f nm. 9.

del § 153f realizado por el Fiscal Federal General y el Tribunal Superior estadual de Stuttgart se enfrenta a objeciones. Ante todo, ha de diferenciarse –así aún correctamente el Fiscal Federal General y el Tribunal Superior estadual– entre las personas denunciadas que en principio no se encuentran bajo el ámbito de validez del CódPI (aquí llamado grupo de personas “sin conexión nacional” – *ausländische Personengruppe*), por ejemplo el Ministro de Defensa de los EEUU Rumsfeld, y aquellas –como el personal militar enviado por los EEUU– que se encuentran en Alemania (grupo de personas “con conexión nacional” – *inländische Personengruppe*). El grupo de personas sin conexión nacional cae *en principio* dentro del § 153f apartado 1 frase 1, el que tiene conexión nacional en el § 153f apartado 2 frase 2 OPP. En el primer caso, en principio puede prescindirse de una persecución, dado que se trata de hechos extranjeros puros; en el segundo caso puede prescindirse de ella, si están cumplidos los presupuestos del § 153f apartado 2 frase 1 números 2 y 4 y la entrega a un Tribunal penal internacional o la extradición al Estado perseguidor es admisible y está proyectada. Si en el caso del § 153f apartado 1 frase 1 fuera de esperar la presencia de la persona en el territorio federal –aunque sea sólo temporaria –, es aplicable el § 153f apartado 2 frase 2, pues entonces no se trata más de un hecho extranjero puro, sino de un hecho extranjero con –si bien escasa, pero suficiente (arriba I al final)– conexión nacional. Que en el caso concreto tal presencia era de esperar bajo todo punto de vista (participación del Ministro de Defensa de los EEUU Rumsfeld a la Conferencia de Seguridad de Munich en febrero de 2005; nueva participación de Rumsfeld en febrero de 2006 y en los años siguientes), ha sido reconocido también por el Tribunal Superior estadual de Stuttgart³⁷ y por ello ha equiparado el tratamiento del grupo de personas sin conexión nacional (§ 153f apartado 1 frase 1) con el que tiene conexión nacional (§ 153f apartado 2 frase 2):³⁸ En cuanto al grupo de personas con conexión nacional no habría una laguna de punibilidad en primer lugar, porque, como personal militar de los EEUU, cae dentro de la jurisdicción de ese país; en segundo lugar,

estarían presentes los presupuestos del § 153f apartado 2 frase 2, pues la posibilidad de intervención en todo momento del Estado que envía o del de la nacionalidad haría superflua la necesaria extradición. Lo mismo valdría para el grupo de personas sin conexión nacional (respecto del cual es aplicable también el § 153f apartado 2 frase 2 en razón de que la presencia en el país es de esperar), especialmente porque (¡sic!) existirían investigaciones en los EEUU respecto del complejo total del hecho.

Excepto la aplicación del § 153f apartado 2 frase 2 también al grupo de personas sin conexión nacional todas esas suposiciones son **atacables** –así, por ejemplo, es temerario concluir de la mera existencia de la *jurisdicción* (del Estado que envía sobre sus soldados) la falta de una laguna de *punibilidad*, pues con ello se mezclan diferentes niveles y además de la misma manera podría defenderse la tesis, tan absurda que casi no debe ser mencionada, de que la mera jurisdicción del Estado territorial sobre los delitos cometidos dentro de su territorio soberano excluiría lagunas de punibilidad-, dado que en esencia se trata de la cuestión de si una referencia no mayormente especificada sobre investigaciones conducidas en los EEUU “según el entendimiento del Fiscal General Federal”³⁹ tiene en cuenta suficientemente las exigencias legales explícitas de una **persecución penal por el Estado competente** (§ 153f apartado 2 frase 1 número 4) y el fin de la ley –**evitación de impunidad**– arriba ya muchas veces mencionado. ¿Puede decirse realmente que los hechos de Abu Ghraib son perseguidos en el sentido del § 153f apartado 2 frase 1 número 4 OPP, cuando el Estado del lugar del hecho (Iraq) deja la persecución al Estado de cuya nacionalidad es el sospechoso (EEUU) y éste lleva frente a los Tribunales militares solamente a subordinados receptores de órdenes (autor de ejecución) (James Graner y Lynndie England), mientras que los autores de la organización del nivel jerárquico medio y los autores de conducción en la cima de la cadena de mando (Casa Blanca, Pentágono)⁴⁰ permanecen sin ser molestados?⁴¹ ¿Bastan “indicios” (Fiscal General Federal) de que el Estado competente haya iniciado medidas jurídico penales? ¿debe concedérsele

37. NSiZ 2006, 118 (columna derecha) nm. 16: “eventual presencia limitada temporalmente”; diferente aún nm. 12 (“presencia ... no de esperar”), lo que probablemente ha llevado a *Singelstein/Stolle* (nota 33), 121 (columna izquierda) a la (incorrecta) crítica de que el Tribunal Superior estadual habría constatado en relación con Rumsfeld que una presencia en el país no sería de esperar.

38. NSiZ 2006, 118 (columna derecha) nm. 13 ss. (16).

39. Cfr. OLG Stuttgart, NSiZ 2006, 118 (columna derecha); GBA, JZ 2005, 312.

40. Sobre el autor de ejecución, de organización y de conducción cfr. *Vest*, *Genozid durch organisierte Machtapparate*, 2002, p. 29 s., 240 ss., 302.

41. Del personal militar de alto rango sólo el General Karpinski fue amonestado y degradado y el Coronel Pappas condenado por falta de vigilancia en servicio a una pena de multa de U\$S 8000 (cfr. <http://news.bbc.co.uk/go/em/fr/-/2/hi/americas/4812366.stm>; *Hersh*, *Guardian Weekly* 27.5.-2.6.2005, 15; cfr. también *Basak*, *HuV-I* 2005, 91). El 28 de abril de 2006 el Teniente Coronel Steven L. Jordan, director del Centro de interrogación, fue acusado con 12 cargos y pasó a ser el militar de rango más alto inculcado en conexión con el abuso de detenidos en la prisión (N.Y. Times, 29.4.2006; *El País*, 29.4.2006).

a este Estado por lo tanto un anticipo de confianza en cierto modo en razón de investigaciones concretas? ¿no son posibles y admisibles en tal situación al menos investigaciones auxiliares de apoyo en el sentido arriba mencionado (I al final)?

Si de acuerdo con el § 153f apartado 2 frase 1 número 4 el “**hecho**” debe ser “**perseguido**” por el Estado competente, entonces meros “indicios” sobre la persecución penal de algunos *receptores de órdenes* no pueden considerarse suficientes en el marco de un *complejo de hecho*; antes bien, es necesaria la **persecución de personas determinadas por hechos determinados**.⁴² La opinión contraria del Fiscal Federal General y del Tribunal Superior estadual no puede apoyarse en el concepto de “situación” (*situation*) de los arts. 13, 14 ECPI.⁴³ Este concepto se refiere a una fase determinada del proceso ante la CPI que es extraño al derecho nacional, a saber el proceso para iniciar o provocar la jurisdicción de la CPI (llamada *triggering procedure*). Esta parte procesal tiene carácter independiente y ha de diferenciarse del verdadero procedimiento de investigación (preliminar) –comparable con el derecho nacional– de los arts. 15, 53 ECPI.⁴⁴ Con el comienzo de las investigaciones la “situación” se convierte en un *case* concreto (cfr. por ejemplo art. 15 apartado 4; art. 53 apartado 1, letra b) ECPI) y la *sospecha del hecho es individualizada* –mediante el dictado de una orden de detención o la citación del sospechoso (art. 58)– sobre personas determinadas. Un proceso penal nacional se encuentra *a limine* en el estadio de la investigación en el sentido de los arts. 15, 53 ECPI, por lo cual también pueden ser efectuadas consideraciones en cuanto a la dirección en que ha de encaminarse la investigación. El art. 17, mencionado por el Fiscal Federal General, tampoco se refiere a una situación general, sino al “case” concretado, lo que resulta por ejemplo de la referencia a la “persona de que se trate” (“person concerned”) del apartado 1 letra c) de esa disposición.⁴⁵ Ha de tenerse presente también que la ausencia de persecución de autores de conducción determinados puede ser considerada como

una *falta de voluntad de persecución* en el sentido del art. 17 ECPI, cuando la persecución del autor de ejecución sirve a la protección del autor de organización y/o de conducción (art. 17 apartado 2 letra a) ECPI).

La referencia al art. 17 ECPI por el Fiscal Federal General plantea la cuestión ulterior y aún más básica de si en realidad le es aplicable el **criterio de control** de los arts. 17 – 19 ECPI vigente para la CPI. Esto no sólo significaría que la decisión material sobre la competencia incumbiría a la Fiscalía Federal General, sino que el Estado del territorio, del autor o de la víctima debería hacer valer que él mismo está llevando a cabo un proceso penal y debería soportar la carga de la prueba de su adecuación en el sentido del art. 17 ECPI. Esta carga de demostración le concierne de frente a la CPI (arts. 18, 19 ECPI), por lo cual si bien se puede hablar de complementariedad formal de la CPI de frente a la justicia penal nacional, al mismo tiempo sin embargo debe reconocerse una especie de prioridad material de la CPI en razón de su competencia de decisión.⁴⁶ *Al respecto*, también es incorrecto cuando el Fiscal Federal General constata que “un tercer Estado no [puede] examinar la praxis jurídica de Estados extranjeros según sus propios criterios”. Ante todo, de los arts. 17 – 19 ECPI se sigue, como recién se ha expuesto, exactamente lo contrario. Y del principio de no intromisión mencionado por el Fiscal Federal General no puede resultar *in casu* algo diferente, pues él de ningún modo opera, como ya fuera mencionado (arriba I), en caso de los crímenes nucleares del CódPI de los cuales aquí se trata. Por lo tanto, el recurso al ECPI, que el Fiscal Federal General ofrece como sostén de su posición, contradice en realidad su propia opinión. La verdadera y difícil cuestión es si los arts. 17 - 19 ECPI concebidos para la relación *vertical* entre la CPI y los Estados (contratantes) pueden ser transpuestos a conflictos de jurisdicción horizontales entre los Estados, esto es, si *in concreto* puede ser aplicado al § 153f OPP el criterio de la CPI. Al respecto, la igualdad soberana de los Estados debe motivar cierta cautela, al menos cuando el sistema jurídico del Estado perseguidor realmente compe-

42. En este sentido también *Keller*, GA 2006, 35 ss.; *Kurth* (nota 17), 85; *Singelstein/Stolle* (nota 33), 121 s.; *Delmas-Marty*, JICJ 4 (2006), 5.

43. Críticamente también *Keller*, GA 2006, 36; *Delmas-Marty*, JICJ 4 (2006), 5.

44. Fundamental *Olásolo*, Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?, 2003, p. 101 s., 391 ss.; *el mismo*, Int. Criminal Law Review (ICLR) 5 (2005), 122, 123 ss. En general sobre la estructura del proceso (preliminar) *Ambos* (nota 7) § 8 nm. 20 ss.

45. Del mismo modo *Singelstein/Stolle* (nota 33), 122 (columna izquierda) Cfr. también ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation en République Démocratique du Congo, Décision sur les demandes de participation a la procedure de VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 et VPRS-6, ICC-01/04, 17.1.2006, para. 65: “... des incidents spécifiques au cours desquels un ou plusieurs crimes de la compétence de la Cour semblent avoir été commis par un ou plusieurs suspects identifiés ...”; confirmada en Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 10.2.2006, para. 21, 31: “specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects.”; <www.icc-cpi.int/cases/current_situations/DRC.html>.

46. Cfr. *Olásolo* (nota 44), p. 196, 227 ss. (“primacía material”); *el mismo*, ICLR 5 (2005), 137.

tente ha de considerarse –según criterios generales– conforme a un Estado de derecho.⁴⁷ Por lo tanto, no se podrá sin más interpretar el § 1 CódPI en conexión con el § 153f OPP en el sentido de que corresponde a la autoridad judicial alemana juzgar sobre la adecuación y eficiencia de procesos penales concretos del Estado (perseguidor) realmente competente, cuando allí tiene lugar una persecución penal seria y *el Estado perseguidor es considerado un Estado de derecho*. Sin embargo, no se puede relevar a las autoridades alemanas de **examinar** esos dos presupuestos, esto es, de procurarse en cada **caso concreto** un conocimiento sólido, en primer lugar, del sistema jurídico del Estado perseguidor y, en segundo lugar, de las **investigaciones concretas** y de efectuar una valoración. La concreción del objeto de control resulta nuevamente del **concepto de hecho** que sustenta al § 153f,⁴⁸ con lo cual nos encontraríamos de nuevo en el punto de partida de nuestra argumentación.⁴⁹

III. ¿Revisión judicial de una decisión del Fiscal Federal General con motivo del § 153f OPP?

Ahora bien, si de acuerdo a la opinión del Tribunal Superior estadual de Stuttgart precisamente la cuestión central de una persecución por el Estado competente no debe ser revisable judicialmente en cuanto “propia decisión discrecional”, entonces esto genera la preocupación de que el **principio de jurisdicción universal** sea **desautorizado** fácticamente (por vías procesales) mediante una conducción ‘ejecutivista’ de la actividad de persecución penal de derecho penal internacional.⁵⁰ Al respecto, la remisión general a la posibilidad de revisión judicial de las decisiones de cierre del proceso de la Fiscalía basadas en el principio

de oportunidad (§ 153 ss OPP) (arg. ex § 172 apartado 2 frase 3),⁵¹ no puede convencer. Ella ya es atacable respecto de los motivos “tradicionales” de cierre del proceso de los §§ 153 ss.⁵² y en todo caso indefendible en el supuesto del § 153f y para nada puede entenderse como una “decisión legislativa consciente”.⁵³ De hecho, el legislador⁵⁴ ha introducido el § 153f debido a las objeciones alegadas sobre todo por el Fiscal Federal General en contra del principio de jurisdicción universal previsto en el § 1 del CódPI y sin poder reflexionar adicionalmente por razones de tiempo –la legislación alemana de implementación del ECPI debía entrar en vigor a más tardar a la fecha de la entrada en vigor del Estatuto (1.7.2002)– sobre posibilidades recursivas y especialmente sobre si el § 153f entra en la enumeración del § 172 apartado 2 frase 3 última parte OPP.⁵⁵ A la velocidad del proceso de legislación también puede atribuirse que sea posible prescindir de persecución de acuerdo al § 153f sin aprobación judicial y que un control judicial sólo pueda ocurrir *con posterioridad*. Allí existe una quiebra del sistema, pues *en principio* la intervención judicial está prevista en el caso de cierre del proceso por razones de oportunidad (§§ 153 I 1, 153a I 1, 153b, 153e OPP);⁵⁶ siempre que se renuncia a ella (§§ 153 I 2, 153a I 7, 153c y d OPP), se trata de hechos de escasa gravedad, sean delitos insignificantes (§§ 153 I 2, 153a I 7) o cualquier hecho extranjero (§ 153c), o bien de hechos a cuya persecución penal se contraponen preponderantes intereses políticos (§ 153 c III, IV, § 153d). Ninguno de estos motivos vale para el § 153f: Ni allí se trata de hechos leves (sino, todo lo contrario, de graves crímenes nucleares de derecho internacional), ni están en juego intereses políticos que puedan contraponerse a la persecución.⁵⁷ La cuestión

47. En este sentido GBA, JZ 2005, 312: “Con qué medios y en qué momento se investiga a otros posibles sospechosos ... debe quedar a criterio de las autoridades de justicia de los Estados Unidos de América”.

48. Explícitamente *Singelstein/Stolle* (nota 33), 122.

49. Texto en la nota 42.

50. SK-*Weßlau*, § 153f nm. 3.

51. Cfr. solamente LR-*Graalman-Scheerer*, § 172 nm. 21, 26 con otras referencias.

52. Sobre la exigencia general de un control de legalidad de decisiones de oportunidad cfr. § 174a del Proyecto alternativo sobre el proceso de investigación preliminar (Alternativentwurf-Ermittlungsverfahren) con otras referencias; antes ya *Horstmann*, Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen, 2002, p. 308; por un forzamiento de la acusación limitado *Erb*, Legalität und Opportunität, 1999, p. 230 s. y *Satzger*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag, 2004, C 78, aunque en el caso del § 153f en vista de la gravedad de los crímenes balancea en favor del lesionado la ponderación, en la que se asienta esta opinión, entre su interés de revisión y la economía procesal.

53. OLG Stuttgart, NSZ 2006, 118 (columna izquierda).

54. El autor fue miembro del Grupo de trabajo establecido por el Ministerio de Justicia Federal que ha elaborado el CódPI y también el § 153f OPP.

55. En esto basa su opinión el OLG Stuttgart NSZ 2006, 118 (columna izquierda).

56. Sobre la importancia de la aprobación judicial en este contexto también ya *Schroeder*, NSZ 1996, 319; también *Erb* (nota 53), p. 228 s., aunque con la correcta advertencia sobre la escasa eficiencia de control de la aprobación judicial (ebd., 224 s.).

57. Sobre exigencias análogas *Weigend*, GS Vogler, 2004, p. 209 incluida la nota 51; Kreicker en: Eser/Gropengiesser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Landesbericht Deutschland. Bd. 1, 2003, p. 434; más bien crítico *Kurth* (nota 17), 86.

—en vista de la impunidad a impedir— es únicamente si la persecución penal puede ser llevada a cabo en otra parte. Además ha de tenerse en cuenta lo siguiente: Un procedimiento para forzar la acusación o bien la investigación en contra de un cierre del proceso con base en los §§ 153 ss OPP ya es admisible según la situación jurídica vigente si es que se afirma que no han existido los *presupuestos legales de la discreción*, esto es, que el margen de discreción no estaba abierto en absoluto y por ello subsistía el deber de acusación.⁵⁸ Según la opinión de la jurisprudencia de los Tribunales superiores una solicitud de revisión judicial es admisible cuando “por razones de derecho” fue negada una sospecha inicial y por ello fue omitido todo esclarecimiento fáctico de los hechos.⁵⁹ Así, también en el caso de los §§ 153 ss entra en consideración en principio un forzamiento de la investigación para la protección del principio de legalidad, pues no puede haber ninguna diferencia entre si ya fueron efectuadas investigaciones (§ 170 OPP) o si ellas fueron desestimadas desde un principio.⁶⁰ Estas consideraciones valen *con mayor razón* para el § 153f, pues esta disposición prevé una doble excepción del principio de jurisdicción universal y del principio de legalidad para crímenes que más allá del deber de acusación del derecho procesal penal nacional⁶¹ están sujetos a un **deber de persecución y punición de derecho internacional**.⁶² El § 153f representa por lo tanto una especialidad en el sistema de los §§ 153 ss y esa especialidad debe ser tenida en cuenta al menos a través de someter los presupuestos legales contenidos en los apartados 1 y 2 a un control jurídico estricto. Esto vale especialmente para el presupuesto de la persecución (fáctica) del hecho por un Tribunal penal internacional o un Estado (§ 153f apartado 1 frase 2, apartado 2 frase 1 número 4), dado que la evita-

ción de impunidad como meta superior del principio material de jurisdicción universal sólo puede ser asegurada con el cumplimiento de este presupuesto.⁶³ En los hechos, tampoco se trata en el caso de este presupuesto —en contra del Tribunal Superior estadual de Stuttgart— precisamente de una decisión discrecional, sino de un presupuesto del tipo del § 153f apartado 2. El Tribunal Superior estadual de Stuttgart remite por lo demás incluso en el marco del examen de los presupuestos del tipo a eventuales investigaciones en los EEUU, pero algunos párrafos después pretende entender al § 153f apartado 2 frase 1 número 4 como (pura) disposición de discreción.⁶⁴

En **conclusión** todo esto significa que el principio de legalidad reforzado en el derecho internacional por el § 153f, debe ser asegurado por medio de una posibilidad de intervención judicial. Esto puede suceder con un forzamiento de la investigación a través del procedimiento para forzar la acusación según el § 172 (analogicamente) o con la inserción de una exigencia de aprobación del Tribunal Superior en el § 153f. El legislador debe proporcionar una regulación clarificadora al respecto. Desde el punto de vista de la víctima queda aún por señalar que a una decisión según el § 153f *no corresponde un efecto de agotación de la pretensión punitiva*, así que una denuncia antiguamente rechazada puede ser —en caso de nuevos hechos— presentada nuevamente.

Anexo I: Fiscalía Federal General: Alemania no efectúa investigaciones en razón de los acontecimientos denunciados de Abu Ghraib/ Irak*

El 30.11.2004 el “Center for Constitutional Rights”, New York, U.S.A. y cuatro ciudadanos iraquíes presenta-

58. LR-Rieß, § 172 nm. 26; LR-Graalman-Scheerer, § 172 nm. 22, 26; SK-Wohlens § 172 nm. 38; Kommentar zur Strafprozessordnung (KMR)-Plöd § 172 nm. 15; Krehl, en Heidelberger Kommentar (HK)-StPO, § 172 nm. 7. En el resultado igualmente KK-Schmid § 172 nm. 41 ss Meyer-Goßner § 172 nm. 3 s.; al respecto por una indagación de los elementos del tipo de la disposición respectiva de cierre del proceso a través de interpretación Singelstein/Stolle (nota 33), 118; de otra opinión Horstmann (nota 53), p. 239 ss.

59. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 10.1.2005, 1 Ws 152/04; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 16.12.2002 = Die Justiz 2003, 270 (271) con referencia a OLG Zweibrücken, NStZ 1981, 193; OLG Bremen, OLGSt StPO § 175 Nr. 1, OLG Koblenz, NStZ 1995, 50 ss; OLG Braunschweig, Wistra 1993, 31 ss; Kammergericht (KG) NStZ 1990, 355 ss.; OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2002, 2 Ws 94/02; recientemente también OLG Köln, NStZ-RR 2003, 212; OLG Hamm StV 2002, 128, 129 ss.

60. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.1.2005, 1 Ws 152/04, 5; OLG Karlsruhe, Die Justiz 2003, 271.

61. En este sentido sobre la función del procedimiento para forzar la acusación en general SK-Wohlens § 172 nm. 2 con cuantiosas referencias de la jurisprudencia; KK-Schmid § 172 nm. 1; KMR-Plöd § 172 nm. 1; Beulke, Strafprozessrecht, 8° edición 2005, nm. 344.

62. Ambos, Archiv des Völkerrecht (AVR) 1999, 319 ss.

63. En el resultado igualmente Singelstein/Stolle (nota 33), 119 s., quienes además de ello también consideran plenamente revivable por la autoridad judicial el elemento de la presencia en el territorio nacional del apartado 1 frase 1 y que la extradición sea admisible y proyecta del apartado 2 frase 2.

64. NStZ 2006 118 (columna derecha) versus 119 (columna izquierda).

* Traducción de los Dres. Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) y Alejandro Kiss (Universidad de Buenos Aires) del comunicado de prensa del 10.2.2005, publicado en Juristenzeitung (JZ) 2005, 311.

ron una denuncia penal contra Donald H. Rumsfeld, el Ministro de Defensa de los Estados Unidos de América y contra diez personas mencionadas por su nombre más otras personas no mencionadas, en la que se les atribuye haber intervenido en hechos penales contemplados en el Código Penal Internacional (CódPI). La denuncia se refiere a los acontecimientos que tuvieron lugar entre el 15.09.2003 y el 08.01.2004 en el Complejo Penitenciario Abu Ghraib/Irak. Allí, los prisioneros fueron sometidos a golpes de puño y puntapiés, en parte por varias personas en forma conjunta. En un caso un recluso resultó muerto. Además, los detenidos fueron masivamente sometidos a maltratos sexuales y también hubo un caso de violación. Los prisioneros fueron obligados a desnudarse por completo y se les quitaron sus ropas. Fueron concientemente sometidos a otros tratos humillantes y para intimidarlos fueron utilizados perros. Fueron atados por largo tiempo en las llamadas posiciones de estrés. En parte fue amenazado y en parte practicado un encierro en celdas de aislamiento.

Los hechos han sido perpetrados por los miembros de la brigada policial militar US 800 destinada en Abu Ghraib, en especial por el batallón policial militar 320 dependiente de ella, miembros de la brigada de servicios de noticias militares US 205, trabajadores civiles así como también posiblemente por miembros de los servicios de noticias.

2. Los denunciantes iraquíes también fueron maltratados y expuestos a agresiones durante su detención y encierro en otros lugares en Irak. Fueron golpeados. En parte, fueron obligados a desnudarse y les fue denegada la provisión médica necesaria, el sueño y la alimentación. También se produjeron agresiones sexuales. En tres casos, durante la detención los autores habrían sustraído objetos de valor. Los soldados le dispararon a un hombre discapacitado de 80 años, el padre de Ahmed Shebab Ahmed.

La denuncia penal les atribuye a los denunciados, como superiores civiles y militares de quienes actuaron directamente, el haberse hecho punibles en virtud de los §§ 4, 13, 14 CódPI. Ellos le habrían impartido a sus subordinados instrucciones para el tratamiento de los prisioneros que infringen las disposiciones de protección internacionalmente válidas, entre otras, la Convención de la Tortura de las Naciones Unidas. A pesar del conocimiento de los maltratos, no habrían realizado ningún paso para impedir otras agresiones por parte de sus subordinados y para castigar los maltratos ya cometidos.

A la denuncia no se le dará curso.

No es necesario evaluar si lo manifestado por el denunciante es adecuado para fundamentar una sospecha inicial que justifique el comienzo de una investigación preliminar. Del mismo modo, tampoco es necesario evaluar en qué medida las reglas de inmunidad se oponen a la inicia-

ción de un procedimiento de investigación. De la ponderación que tiene que efectuarse según el § 153 de la Ordenanza Procesal Penal (OPP) resulta que, en consideración del principio de subsidiaridad, no hay sitio para una actividad de las autoridades alemanas de investigación.

Ciertamente, respecto de los crímenes amenazados con pena en el Código Penal Internacional vale el principio de justicia mundial (§ 1 CódPI). Conforme éste, no es necesaria ninguna clase de conexión nacional para la aplicación del Código Penal Internacional. El principio de justicia mundial, no obstante, no legitima sin más una persecución penal ilimitada. La finalidad del Código Penal Internacional es cerrar lagunas de punibilidad y persecución penal. Sin embargo, esto tiene que suceder con el trasfondo de la no intervención en los asuntos de Estados extranjeros. Esto surge también del Art.17 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, que aparece en el contexto de regulación del Código Penal Internacional. Según éste, la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional es subsidiaria frente a la competencia del Estado del lugar del hecho o del autor; el Tribunal Penal Internacional sólo puede ser activado cuando los Estados Nacionales que en principio son llamados a juzgar son “unwilling or unable” de perseguir penalmente. Por las mismas razones, un tercer Estado no debe evaluar la praxis jurídica de Estados extranjeros según sus propios criterios, corregirla en un caso particular o reemplazarla por completo.

El legislador nacional de la República Federal Alemana no ha favorecido la subsidiariedad mediante un repliegue de la decisión fundamental en favor del principio de justicia mundial, sino a través de la regulación procesal diferenciada del § 153 OPP que fue sancionada simultáneamente con el Código Penal Internacional. (BT-Drucks. 14/8524 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches p. 37; Kreß ZStW 114 (2002), 845 s.). Para la interpretación y aplicación del § 153 f OPP el Estatuto del Tribunal Penal Internacional representa el modelo a seguir. Según éste, la obligación de perseguir hechos del Código Penal Internacional está regulada de modo escalonado.

En primera línea están llamados a la persecución el Estado del lugar del hecho y el Estado de nacionalidad del autor y la víctima así como un Tribunal internacional competente (Weigend, en: Gedächtnisschrift für Theo Vogler, p.209). La competencia de terceros Estados no intervinientes debe entenderse, por el contrario, como competencia de recogida que evita una impunidad (llamada “impunity”) pero que, por lo demás, no debe hacer inadecuadamente a un lado a las jurisdicciones con competencia prioritaria (BT-Drucks. 14/8524 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, p 37, 38; Werle, Jeßberger JZ 2002, 725, 733; Beulke, en Löwe/Ro-

senberg, StPO, ed. 25, apéndice 2003; § 153 f, número marginal 6; del mismo modo el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, Preámbulo, BGBl I. 112000 p. 1394, Schoreit, en: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, ed. 5, § 153 f, número marginal 2). Recién cuando la persecución penal no sea garantizada o no pueda garantizarse a través de los Estados con competencia prioritaria o un Tribunal internacional, como por ejemplo cuando el autor mediante una fuga al extranjero se ha sustraído de la persecución, surge la competencia de recogida de las autoridades de persecución penal alemanas. Esta preordenación se justifica en el interés especial en la persecución penal del Estado de nacionalidad del autor o la víctima así como en la frecuente mayor cercanía a los medios de prueba de las jurisdicciones preferentes (BT-Drucks, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches p. 37; Wiegend, en: *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, p. 209).

Concurren los presupuestos del § 153 OPP. La competencia preferente para la persecución penal, según estos principios, la tiene Estados Unidos de América como Estado nacional de los denunciados.

Los hechos denunciados han sido cometidos fuera del ámbito de validez de la Ordenanza Procesal Penal, conforme el § 153 c apartado 1 nr. 1 OPP. La República Federal Alemana no es, en este sentido, inclusive bajo la consideración de lo expuesto por el denunciante, ni lugar del hecho ni del resultado (§ 9 Código Penal).

No se presenta ningún indicio en favor de que algún alemán haya intervenido como autor en el hecho denunciado (Art. 153 f apartado 1 frase 2, apartado 2 frase 1 nr. 1 OPP) o que la víctima haya sido un ciudadano alemán (Art. 153 f apartado 2 frase 1 nr. 2 OPP).

El requisito de que exista una persecución en otro sitio (Art. 153 f apartado 2 frase 1 nr. 4 OPP) se encuentra satisfecho. El concepto de persecución del hecho debe interpretarse según el complejo global y no en relación con un sospechoso en particular y su aporte especial al hecho. Lo determinante según el texto de la disposición es el suceso en su totalidad.

Una interpretación semejante del concepto de hecho resulta del Estatuto de Roma, a cuya implementación sirve el Código Penal Internacional. El Art. 14 párrafo 1 del Estatuto menciona expresamente el concepto de “una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la Corte”. En qué orden y con qué medios el Estado con competencia preferente investiga a personas individuales en el marco de un complejo global, debe dejarse a criterio de éste en razón del principio de subsidiariedad. Algo diferente vale únicamente cuando tan sólo se investiga en apariencia o sin voluntad sería de persecución (ver BT-Drucks 14/8524 de ley para la introducción del Código Penal Internacional p. 38).

Aquí no concurren indicios de que las autoridades y los tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica se hayan abstenido o fueran a abstenerse de efectuar medidas penales en razón de los acontecimientos expuestos en la denuncia penal. Ya han sido llevados a cabo varios procedimientos en razón de los sucesos de Abu Ghraib contra intervinientes y también contra miembros de la Brigada policial militar 800. Con qué medios y en qué momento se investiga a otros posibles sospechosos en conexión con los acontecimientos expuestos en la denuncia, debe quedar a criterio de las autoridades de justicia de los Estados Unidos de América.

Con ello, respecto de los hechos narrados en la denuncia, resulta:

Dado que las personas denunciadas no se encuentran en el ámbito de validez del Código Penal Internacional y que tal presencia tampoco es de esperarse, concurren los presupuestos del § 153f apartado 1 frase 1 OPP (cfr. Wiegend, en: *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, p. 209)

Respecto de las personas denunciadas que se encuentran en la República Federal de Alemania o aquéllas cuya presencia es de esperarse, no debe darse curso a la denuncia conforme el § 153 apartado 2 frase 2 OPP.

Los acusados que conforme la presentación del denunciante se encuentran en Alemania están en las bases militares norteamericanas como miembros de su armada. Ellos también están sujetos aquí, en lo relativo a su estancia, a una obligación especial de obediencia a sus jefes. Estados Unidos de América, como Estado persecutor, tiene por ello disposición ilimitada sobre estas personas. Así, también durante su estacionamiento en Alemania se encuentran ellos a disposición de la jurisdicción americana del mismo modo que lo estarían si residieran en los Estados Unidos.

Las lagunas de punibilidad que pretenden evitarse a través del principio de justicia mundial no se presentan, de modo que no hay motivo para la competencia de recogida de las autoridades de persecución penal alemanas. Esto se sigue también del § 153 f apartado 2, frase 2 OPP. A partir de éste, puede renunciarse a una persecución cuando la extradición al país persecutor está permitida y proyectada. Esto tiene que valer aún más cuando el estado persecutor, como aquí, tiene a un sospechoso ilimitadamente a su disposición y con ello no es precisa ninguna extradición.

Lo mismo vale si es de esperarse una estadía temporalmente limitada en el ámbito de validez del Código Penal Internacional, cuando se conducen investigaciones respecto del complejo global en el Estado que posee preferencia. También en este caso, los denunciados no estarían sustraídos a una persecución penal por la justicia de los Estados Unidos.

No se presentan indicios que pudieran justificar la apertura de investigaciones, a pesar de encontrarse presentes

los presupuestos del § 153 f OPP. Pensables serían, en razón del principio de subsidiariedad, a lo sumo aquellas medidas que las autoridades Estadounidenses llamadas con preferencia a la investigación de los sucesos no pudieran, por impedimentos fácticos o jurídicos, efectuar ellas mismas. Aquí no se advierten tales impedimentos.

El Fiscal Federal General ante el Tribunal Federal Superior, Karlsruhe 10.02.2005.

Anexo II: Procedimiento para forzar una acusación respecto de los delitos de guerra en Irak (Decision OLG Stuttgart 13.09.2005)*

Ordenanza Procesal Penal §§ 153 f I, II, 172 II 3

1. Contra la decisión discrecional subordinada al principio de oportunidad del Fiscal Federal General conforme el § 153f I 1, II 1, 2 de la OPP, no está permitido ejercitar el procedimiento para forzar la acusación (§ 172 II 3 última frase OPP).

2. Sin embargo, se encuentra sujeto a control judicial si se cumplieron los presupuestos típicos del § 153 f I, II OPP.

3. Cuando se encuentran presentes los presupuestos típicos del § 153 f I, II OPP la decisión propiamente discrecional (esto es, la discrecionalidad en sentido estricto) no es justificable. La decisión tan sólo es controlable judicialmente en cuanto a si se practicó de algún modo discrecionalidad y si se superó el límite hacia la arbitrariedad.

Tribunal Estadual Superior de Stuttgart, decisión del 13.09.2005 – 5 Ws 109/05

Resumen

La competencia material del Tribunal Estadual Superior para resolver una presentación que discute el cierre del proceso decidido por el Fiscal Federal General conforme el § 153f OPP, se sigue del § 172 IV OPP, § 120 I nr. 8 Ley de Organización Judicial.

(1-4)

Como en el punto 1.

(5-6)

La exclusión del procedimiento para forzar una acusación que se sigue del § 172 II 3 OPP, sobre la base de la

consideración de los “§§ 153c a 154 apartado 1”, comprende expresamente también al § 153f OPP.

(7-8)

Como en el punto 2.

(9)

El Fiscal Federal General ha confirmado correctamente los presupuestos típicos del § 153f OPP; en particular, el § 153 f II 2 OPP es aplicable a soldados estadounidenses estacionados en Alemania.

(10-17)

Como en el punto 3.

(18-22)

A través de la competencia del Fiscal Federal General en su carácter de autoridad nacional superior de acusación conforme los §§ 142a I, 120 I nr. 8 Ley de Organización Judicial, se garantiza un máximo de calificación jurídica.

(23)

En las decisiones relativas al § 153f OPP el Fiscal Federal General tiene un amplio marco de discrecionalidad y valoración; en especial, la decisión de que tiene privilegio el Estado de nacionalidad de la persona denunciada (§ 153f II 1 nr. 4 OPP) no es controlable judicialmente.

(24-26)

Las regla del § 153f OPP es acorde con la Constitución.

(27)

Texto completo

Los hechos:

El 29 de noviembre de 2004 el abogado K, al comienzo en nombre y representación de los denunciantes nrs. 1 a 5 ampliado luego a los denunciantes 6 a 18, interpuso una denuncia penal en la Fiscalía Federal situada en Karlsruhe contra 10 personas, entre ellos el Ministro de Defensa americano, atribuyéndoles responsabilidad por el maltrato de los prisioneros producido en los años 2003 y 2004 en la prisión Abu Ghraib/Irak por lo que deberían responder ante los tribunales alemanes por delitos de guerra conforme el Código Penal Internacional de la República Federal de Alemania y otras disposiciones penales internas.

Conforme el auto del día 10.02.2005 fundado en los § 153 f I 1 y II 1, 2 OPP el Fiscal Federal General no le dio curso a la denuncia penal. Como fundamentación, expresó que de la ponderación efectuada según el § 153 f OPP ha resultado que no hay lugar para la actividad de las autoridades de investigación alemanas en razón de los principios de subsidiariedad y no intromisión en los asuntos de

* Traducción de los Dres. Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires) y Alejandro Kiss (Universidad de Buenos Aires) de la decisión publicada en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ)* 2006, 117.

los Estados extranjeros. Los reproches esgrimidos contra los denunciados fueron investigados en otro sitio, en los Estados Unidos de América.

No se presentaban indicios de que las autoridades y tribunales de los Estados Unidos de América se hubieran abstenido o que habrían de abstenerse de la persecución de los ilícitos contenidos en la denuncia penal, razón por la cual no era necesario comprobar si lo referido por el denunciante era apto para fundar una sospecha inicial que justificara el comienzo de un procedimiento de investigación.

Contra este auto, el apoderado de los denunciados nrs. 2 a 18 interpuso el día 10.03.2005 una solicitud de resolución judicial presentada en principio ante Tribunal Estadual Superior de Karlsruhe.

En su resolución del día 27.06.2005, el Tribunal Estadual de Karlsruhe se declaró incompetente indicando que el gobierno regional de Baden-Württemberg no tiene sede en Karlsruhe (§ 120 I 1 Ley de Organización Judicial).

Con un escrito presentado el 14.07.2005 ante el Tribunal Estadual de Stuttgart el abogado K solicitó, en favor de los denunciados nrs. 2 a 18, que, ante todo, se someta a una decisión del Tribunal Constitucional Federal conforme el art. 100 II de la Ley Fundamental la relación del principio de justicia mundial según el § 1 CódPI con el § 153 f OPP y que se proceda a entablar por resolución judicial la demanda pública contra las personas denunciadas o bien que se ordene a la Fiscalía Federal la realización de investigaciones.

Los denunciados defendieron la opinión de que el procedimiento previsto en la Ordenanza Procesal Penal para forzar una acusación estaba excepcionalmente permitido para el cierre de la investigación o denuncias conforme los §§ 172, 152 II OPP, en razón de que el Fiscal Federal General había ignorado los presupuestos típicos de la clausura conforme el § 153f OPP.

La solicitud de resolución judicial dirigida contra el auto del Fiscal Federal General del 10.02.2005 fue rechazada por improcedente.

Motivación:

1. II. El Tribunal Estadual Superior de Stuttgart es territorial y materialmente competente para resolver la presentación.

2. La competencia material resulta del § 172 IV 1, 2 OPP en conexión con el § 120 I nr. 8 Ley de Organización Judicial.

3. En lo relativo a la competencia territorial, para los militares y (personas denunciadas nrs. 3 y 4) existe la jurisdicción del sitio de residencia conforme el § 8 I OPP en correlación con el § 9 I 1 Cód. Civil aplicado analógi-

camente. Ambos, como soldados de las Fuerzas estadounidenses tienen su residencia en la base H. Dado que ... (las personas denunciadas nrs. 7 y 8) tienen también residencia en la base W se verifica por ello, de conformidad con el § 8 I OPP, § 9 I Cód. Civil, competencia del Tribunal Estadual Superior Frankfurt/Main y entonces puede el denunciante interponer su solicitud de resolución judicial, según su elección, ante cualquiera de los Tribunales Estadales Superiores competentes (LR-Graalman-Scheerer, ed. 25 § 172 número marginal 177).

4. No es imperativo en este caso presentar el asunto ante el Tribunal Superior Federal para que determine el tribunal competente (§ 13a. OPP) dado que, como fue expresado, dos de las personas denunciadas se encuentran en H.

5. III. La solicitud de resolución judicial del día 14.07.2005 es inadmisibles dado que la realización de un procedimiento para forzar una acusación no está permitido (§ 172 II 3 última frase de la OPP en correspondencia con el § 153f OPP).

6. El § 172 OPP sirve al aseguramiento del principio de legalidad mientras que el auto impugnado está subordinado al principio de oportunidad de acuerdo con el § 153f OPP.

7. 1. El claro texto del § 172 II 3 última frase de la OPP regula una exclusión expresa del procedimiento para forzar una acusación "en los casos de los §§ 153c a 154 I" de la OPP; esta enumeración contempla justamente también al § 153f OPP.

8. Dado que la prescripción del § 172 II 3 OPP fue modificada por última vez a través de la Ley del 20.12.1999 (BGBl, 2491), posee su validez inalterada desde el día 28.12.1999 y el legislador no la ha reformado a través de la contemporánea introducción del Código Penal Internacional, ni del § 153f OPP del día 26.06.2002 (BGBl, 2254) ni en ninguna oportunidad posterior, debe partirse de una decisión legislativa conciente contra la admisibilidad de un procedimiento para forzar una acusación en caso de las resoluciones conforme el § 153f OPP.

9. 2. Tampoco es aceptable la argumentación del denunciante en cuanto a que el Fiscal Federal General afirmó injustamente los presupuestos del § 153f OPP y que en verdad no se presenta un caso de posibilidad de clausura del proceso conforme esta prescripción, por lo que tampoco es aquí válida la exclusión del procedimiento para forzar una acusación. El control judicial realizado en esa extensión revela que –similar al caso de la revisión de la clausura de un procedimiento por un delito grave bajo la aplicación errónea del § 153a OPP, que únicamente es aplicable a los delitos menos graves– concurren todos los presupuestos típicos del § 153f OPP.

10. El Fiscal Federal General, con la resolución sustentada en el § 153f I 1, II 1, 2 OPP del día 10.02.2005, no le dio curso a la denuncia penal luego de efectuar una pon-

deración sobre la prioridad de la posible jurisdicción nacional.

11. A la vista de la circunstancia de que según lo referido en la denuncia y la solicitud se trata de hechos penales conforme los §§ 6 a 14 CódPI –delitos de guerra contra personas conforme el § 8 CódPI– y que respecto de ellos, con excepción del sitio donde se hallan las bases H. y W., no se ha expuesto ni es evidente ninguna conexión nacional dado que los lugares de los hechos se ubican en Irak y por consiguiente fuera de Alemania, las personas denunciadas son ciudadanos americanos estadounidenses y el denunciante iraquí, y con ello no hay ciudadanos alemanes sospechosos, concurren los presupuestos típicos del § 153f I 1, II 1 y 2 OPP objetadas por el solicitante.

12. a) Respecto de las 6 personas denunciadas ... (nr. 1), ... (nr. 2), ... (nr. 5), ... (nr. 6), ... (nr. 9) y (nr. 10) se presentan –sin considerar la cuestión de la inmunidad– las condiciones del § 153 I OPP, dado que según lo referido en la presentación ellas no se encuentran en el ámbito de aplicación del Código Penal Internacional y tal presencia tampoco es de esperarse.

13. Dado que los cuatro denunciados ... (nr. 3), ... (nr. 4), ... (nr. 7) y (nr. 8), conforme lo referido por el denunciante, se encuentran en la República Federal Alemana –... han de encontrarse estacionados en H., ... y W.– o bien tal presencia es de esperarse, el auto recurrido del Fiscal Federal General fue sustentado en el § 153f II 2 OPP.

14. Inclusive durante su previo estacionamiento en las bases estadounidenses estas cuatro personas denunciadas estaban, como miembros de las fuerzas estadounidenses, ilimitada e inevitablemente a la disposición de los Estados Unidos. Ellos se encontraban sometidos –tal como los restantes miembros de la milicia estadounidense que se encuentran en los Estados Unidos– al poder de la autoridad americana y a la jurisdicción americana sin consideración de su estacionamiento en Alemania. De este modo, no existe ninguna laguna de punibilidad que deba evitarse a partir del principio de justicia mundial, de manera que no se presenta la necesidad de una competencia de recogida de las autoridades de persecución penal alemanas.

15. Como consecuencia de ello, la aplicación del § 153f II 2 OPP efectuada por el Fiscal Federal General respecto de los soldados estadounidenses estacionados en Alemania parece jurídicamente adecuada. Dado que conforme el § 153f II 2 OPP se puede prescindir de la persecución cuando está permitida y proyectada una extradición en favor del Estado persecutor, ello tiene que valer aún más cuando el estado persecutor –como aquí los Estados Unidos de América– tiene ilimitadamente a su disposición a los miembros de la fuerza militar americanos y con ello no es precisa ninguna extradición.

16. Lo mismo valdría frente a una eventual estadía transitoria de alguna de las 6 personas denunciadas ... (nr. 1), ... (nr. 2), ... (nr. 5), ... (nr. 6), ... (nr. 9) y (nr. 10) en el ámbito de validez del Código Penal Internacional, dado que, según las averiguaciones del Fiscal Federal General, se conducen investigaciones respecto del complejo global en el Estado que posee preferencia (USA).

17. Por ello, se comprueban los presupuestos externos del § 153f I 1, II 1, 2 OPP.

18. b) También la decisión (propia) discrecional que tomó el Fiscal Federal General en el marco del § 153f OPP resulta jurídicamente inobjetable.

19. La decisión discrecional recurrida tan sólo es controlable, en el marco de la competencia judicial para comprobación y evaluación, en cuanto a si se practicó alguna discrecionalidad y si se superó el límite hacia la arbitrariedad.

20. En la presente, la resolución recurrida no cae en el grupo de casos de ausencia de discrecionalidad ni en el de arbitrariedad.

21. La decisión discrecional, por falta de una presencia dentro del país de las seis personas denunciadas... (nr. 1), ... (nr. 2), ... (nr. 5), ... (nr. 6), ... (nr. 9) y (nr. 10) y considerando la posibilidad prioritaria de persecución del Estado de nacionalidad de las cuatro personas denunciadas estacionadas en Alemania no se rige por el principio de legalidad sino por el de oportunidad, al cual tampoco le es aplicable un procedimiento para forzar una acusación cuando, como aquí, la decisión discrecional de la fiscalía se tomó sin intervención judicial (KK-Schmid 5° ed., § 172 número marginal 41).

22. El legislador, con la recepción del principio de justicia mundial para los delitos del Código Penal Internacional en el § 1 frase 2 CódPI, introdujo simultáneamente el § 153f OPP para limitar en el plano procesal la inmensa extensión de la competencia de las autoridades alemanas de persecución penal (LR-Beulke apéndice a la 25 ed., § 153f número marginal 4 OPP). Sin este correctivo procesal, el extenso ámbito de aplicación del § 1 CódPI conduciría a una ampliación desmesurada y objetable desde el punto de vista del derecho internacional de la persecución penal nacional, que en gran parte también debería ser estirada hacia aquellos casos en los que de antemano no existe ninguna posibilidad, o ella es extremadamente limitada, de esclarecer y sentenciar el hecho en un proceso nacional (cfr. ya el BGH NSTZ 1999, 236).

23. El competente para resolver conforme el § 153f OPP es el Fiscal Federal General (§§ 142a I, 120 I nr. 8 Ley de Organización Judicial) como autoridad nacional superior de acusación, con lo cual se garantiza un máximo de calificación jurídica; la concentración de competencia se corresponde también con el especial significado y gra-

vedad de los hechos penales según el Código Penal Internacional.

24. El § 153f OPP le otorga al Fiscal Federal General ante la concurrencia de sus presupuestos típicos –en especial cuando falta vinculación nacional– un amplio ámbito de discrecionalidad y decisión. Éste es tan extenso que, conforme el § 153f OPP –distinto del principio del § 156 OPP–, inclusive la acusación misma puede ser retirada y el proceso archivado cuando el procedimiento principal ya ha sido abierto. El retiro de la acusación es posible cualquiera sea la situación del procedimiento, también en la instancia recursiva y frente a la firmeza parcial (LR-Beulke aaO, número marginal 44). Para retirar la acusación no es necesario el acuerdo del tribunal ni el del acusado ni el del querellante. Así, en los casos del § 153f OPP, el Fiscal Federal General tiene que quedar, de acuerdo con la voluntad del legislador, como único señor del procedimiento inclusive luego de la apertura del procedimiento principal. Tanto más debe valer esto en el estadio del procedimiento previo (procedimiento de investigación).

25. c) La decisión discrecional pura, esto es la discrecionalidad en sentido estricto, es, en el marco del § 153f OPP, no judicializable (LR-Beulke, cit., número marginal 44).

26. En especial, la afirmación del requisito de una persecución en otro sitio § 153f II 1 nr. 4 OPP y la decisión del Fiscal Federal General que la acompaña en favor de la preferencia del Estado de nacionalidad de las personas denunciadas (aquí: los Estados Unidos de América) frente a la jurisdicción subsidiaria de “tercer Estado” de la República Federal Alemana no es controlable judicialmente (LR-Beulke, cit., número marginal 44, cfr. sobre ello Werle/Jeßberger JZ 2002, 725, 733; Meyer/Großner ed. 48, § 153f número marginal 1).

27. IV. La Sala no se vio obligada a efectuar una presentación ante el Tribunal Constitucional Federal conforme el § 100 de la Ley Fundamental dado que no estima que el § 153f OPP sea inconstitucional (art. 100 I Ley Fundamental) y evidentemente no hay dudas acerca de si una regla de derecho internacional forma parte del derecho federal y si de ésta resultan directamente derechos y obligaciones para el individuo (art. 100 II Ley Fundamental).