KAI AMBOS
Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional
y Director Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional
de la Universidad de Georg August de Göttingen, Alemania;

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

LEYER

LEYER EDITORIAL

ESTUDIOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL
ISBN 958-690-822-4

Hecho el depósito que ordena la ley.

EDITORIAL
Calle 20 No. 3-70
PBX -2821903
Telefax (1) 2822373
Sitio Web: www.editorialleyer.com
E-mail: servicioalcliente@editorialleyer.com
Bogotá, D.C. - Colombia

LIBRERÍAS

BOGOTÁ: Cra. 7ª No. 12-15 Tels. 3429097-3364200 Telefax (1) 2822373 -MEDELLÍN: Av. La Playa (Calle 52) No. 45-50 Edificio los Búcaros Local 5 Tels. 5112926-5134983 -PEREIRA: Cra. 10 No. 19-52 Local 41 Complejo Diario del Otún Tel. 3257391 -BARRANQUILLA: Calle 40 No. 44-69 Tels. 3406061-3406062 -BUCARAMANGA: Calle 35 No. 12-41 Tel. 6428265 -CALI: Cra. 7ª. No. 11-46 Tel. 6824808 -CARTAGENA: Calle del Cuartel No. 36-122 Tel. 6646632 -MANIZALES: Cra. 24 No. 21-24 Tel. 8831370 -POPAYÁN: Calle 6ª No. 9-08 Tel. 8220741 -ARMENIA: Calle 21 No. 11-29 Tel. 7441522 -MONTERÍA: Calle 27 No. 4-18 Tel. 7821879 -SANTA MARTA: Calle 17 No. 4-06 Tel. 4315734.

PRESENTACIÓN

El libro reúne varios trabajos sobre temas actuales del derecho penal internacional, todavía no publicados en Colombia, incluso algunos ni siquiera en América Latina. Estos temas son de alta relevancia para la realidad colombiano, pues el Estado colombiano ratificó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) el 5 de agosto de 2002 y este Estatuto entró en vigencia para Colombia el 1 de noviembre de 2002 (Art. 126 inc. 2 del Estatuto). Con esto, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Colombia (Art. 12 inc. 2) pueden ser investigados y juzgados por la CPI siempre y cuando la justicia colombiana no investige y sancione adecuadamente estos crímenes (Art. 17).

Agradezco a Editorial Leyer la pronta publicación de la obra y espero que encuentre mucho interés en el medio colombiano.

KAI AMBOS

ABREVIATURAS

AVR	Archiv des Völkerrechts (Revista Alemana)
BGBl	Bundesgesetzblatt (Diario Oficial)
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen (Tribunal Supremo, Sala Penal)
BGHT	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
BMI	Bundesministerium des Inneren (Ministerio del Interior)
BMJ	Bundesministerium für Justiz (Ministerio de Justicia)
BR-Drucks	Bundesrat Drucks (Boletín de la Cámara de los "landes")
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemán)
BVerfG	Entscheidungen Bundesverfassungsgericht (Colección de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Supremo Contencioso Administrativo)
CDI	Comisión de Derecho Internacional (ONU)
CEF	Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPI	Corte Penal Internacional
CVDI	Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas
CVDT	Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados
CVRC	Convención de Viena sobre Relaciones Consulares
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift (Revista alemana)
EJIL	European Journal of International Law
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
FS	Festschrift (Libro homenaje)
GA	Goltdammer´s Archiv (Revista alemana)
GG	Grundgesetz (Constitución Alemana)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial)
HRLJ	Human Rights Law Journal
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
IELR	International Enforcement Law Reporter
ILC	International Law Commission
IMG Statut	Statut des Internationalen Militärgerichtshofe (Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg)
JZ	Juristenzeitung (Revista alemana)
nm.	Número marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista alemana)
OEA	Organización de Estados Americanos
OLG	Oberlandesgericht *(Tribunal Superior de Justicia del Land)*
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de la droit international
RGDIP	Revue générale de droi international public (Revista alemana)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal)
TMI	Tribunal Militar Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia
UNTS	UN Treaty Series
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Revista alemana)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista alemana)

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I
DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO II
LOS FUNDAMENTOS DEL IUS PUNIENDI NACIONAL, EN PARTICULAR SU APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL

CAPÍTULO III
SOBRE LOS FINES DE LA PENA AL NIVEL NACIONAL Y SUPRANACIONAL

CAPÍTULO IV
IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

CAPÍTULO V
LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y AMÉRICA LATINA

CAPÍTULO VI
DERECHO PENAL Y GUERRA: ¿INTERVENCIÓN PUNIBLE DEL GOBIERNO ALEMÁN EN LA GUERRA DE IRAK?

CAPÍTULO VII
INMUNIDADES EN DERECHO PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

RESUMEN: *Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del ECPI no solo consolidan el Derecho Penal Internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal, al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Con ello se ha conseguido "reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el Derecho Penal Internacional de los estados miembros de las Naciones Unidas teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones". El objetivo del Derecho Penal Internacional es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del Derecho Penal Internacional. Se ve complementado por la persecución penal nacional de crímenes cometidos alcanzados por el derecho penal. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello una disminución de las violaciones a los derechos humanos.*

I. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL (DPI) DE HOY Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

1. Por Derecho Penal Internacional (Völkerstrafrecht)[1] se *entiende* tradicionalmente el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales[2]. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho interna-

---

[1] Sobre el concepto, utilizado por primera vez por Beling, cfr. Jescheck - Weigend, *AT* (1996), p. 119, nota 4. Decididamente en favor del concepto Jescheck, *Verantwortlichkeit* (1952), p. 8; Makarov, *FS Kern* (1968), p. 253; en contra, Oehler, *Internationales Strafrecht* (1983), p. 606; cfr. también Bremer, *Strafverfolgung* (1999), p. 44 ss.; Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), p. 9; Bruer-Schäfer, *Strafgerichtshof* (2001), p. 26 ss. En general, sobre los méritos de Jescheck y de la terminología, Triffterer, *FS Jescheck II* (1985), p. 1478 ss.; Triffterer, *ÖJZ* 1996, p. 326 s.; Triffterer, *GS Zipf* (1999), p. 500 s. Sobre la delimitación con el concepto de "internationales Strafrecht" (Derecho Penal Internacional), también ya Ambos, en: Arnold - Burkhardt - Gropp - Koch (editores), *Grenzüberschreitungen* (1995), p. 250. Sobre la evolución del Derecho Penal Internacional, fundamental Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), p. 19 ss. y passim, Bruer-Schäfer, *Strafgerichtshof* (2001), p. 35 ss.

[2] Cfr., para mayores detalles, Triffterer, *Untersuchungen* (1966), p. 34: "Derecho Penal Internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional que conectan a una conducta determinada -crímenes internacionales- ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente". Respecto del concepto de crímenes internacionales, cfr. Bremer, *Strafverfolgung* (1999), p. 68 ss.; Ahlbrecht, *Geschichte* (1999), p. 8 ss. (9).

cional. La idea central de la *responsabilidad individual* y de la *reprochabilidad* de una determinada conducta (macrocriminal) proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Nuremberg)[3], en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante ECPI)[4] no solo consolidan el Derecho Penal Internacional como sistema de derecho penal de la comunidad internacional[5], sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal (derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Como acertadamente se ha expresado en el memorando del gobierno alemán, con ello se ha conseguido "reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el Derecho Penal Internacional de los estados miembros de las Naciones Unidas teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones"[6].

2. La *relación* entre DPI y derechos humanos se construye a través de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos que fue ya investigada en otro lugar[7]. La impunidad conduce a un vacío de punibilidad fáctica[8], cuyo cierre o, en todo caso, disminución, se ha convertido en la función más importante del Derecho Penal Internacional y de su instrumento más importante, el ECPI. Basta citar los párrafos 4 y 5 del preámbulo del ECPI:

> "*Afirmando* que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar ... para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.
>
> (...)
>
> *Decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes"[9].

La teoría de la macrocriminalidad sirve como categoría para clasificar las violaciones de derechos humanos que pueden ser objeto del DPI.

II. EL CONCEPTO DE MACROCRIMINALIDAD COMO PUENTE ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

3. La "*macrocriminalidad*" comprende fundamentalmente "comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva"[10], "macro-acontecimiento con relevancia para la guerra y el derecho internacional"[11]; ésta se diferencia, por lo tanto, cualitativamente de las conocidas formas "normales" de criminalidad y también

---

[3] Cfr. el art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias del 8 de agosto de 1945): crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad.

[4] Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Conf. 183/9. Sobre el estado de las ratificaciones etc., ver <www.un.org/law/icc>.

[5] Cfr. Triffterer, *Politische Studien*, Sonderbuch 1/1995, 38.

[6] Bundesrats-Drucksache 716/99, p. 99.

[7] Cfr. Ambos, *Straflosigkeit* (1997), passim; Ambos, *Impunidad* (1999); Ambos, *KritV* 1996, p. 355 ss.; Ambos, en Fischer - Krenerich, *Gewalt*, (2000), p. 231 ss.

[8] Se trata de una laguna de punibilidad *fáctica* y no *normativa*, porque la impunidad no se ha de atribuir a la ausencia de tipos penales, sino a la falta de un interés de persecución estatal. Por ello, no se trata tampoco de un problema de diferentes niveles de la protección de bienes jurídicos, en el derecho penal interno estatal y en el Derecho Penal Internacional, como parece opinar Triffterer (en Lampe [editor], *Wiedervereinigung II* [1993], p. 131 s.).

[9] Subrayado en el original. Sobre la relación entre protección de los derechos humanos y Derecho Penal Internacional, recientemente también Stahn - Eiffler, *KritV* 1999, p. 267 ss. (p. 269: Derecho Penal Internacional como "brazo extendido" de la protección general de los derechos humanos). Ellos ven, además, (ídem, p. 263 ss.) por sobre la función de protección de bienes jurídicos individuales de los crímenes de guerra, entre otros crímenes internacionales, una función en el sentido de un derecho preventivo de protección de la paz.

[10] *Jäger*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), p. 122 s.; *Jäger*, *MschrKrim* 1980, p. 358 s.; *Jäger*, *StV* 1988, p. 172; *Jäger*, *Makrokriminalität* (1989), p. 11 ss.; *Jäger*, en Hankel - Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), p. 327; sobre *Jäger*, también infra punto 17 II. 2.

[11] Schüler-Springorum, Kriminalpolitik (1991), p. 236.

de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado[12]. La macrocriminalidad es más limitada que la "criminalidad de los poderosos" (*Kriminalität der Mächtigen*)[13], ya que ésta, discutida con frecuencia en la criminología, se refiere por lo general a los hechos cometidos por los "poderosos" en defensa de su posición de poder, y ni estos "poderosos" ni el "poder" (económico) que defienden son necesariamente idénticos con el Estado o con el poder estatal[14]. La intervención, tolerancia, omisión o hasta el fortalecimiento estatal de comportamientos macrocriminales, decisivos a este respecto, son clarificados a través del aditamento de "político". De este modo, se rechaza también -coincidentemente con JÄGER-[15] la moderna tendencia de extender el concepto a todas las amenazas criminales de gran dimensión. Macrocriminalidad política significa, por lo tanto, en sentido restringido "criminalidad fortalecida por el Estado"[16], "crimen colectivo políticamente condicionado"[17] o -con menor precisión- crímenes de Estado[18], terrorismo de Estado o criminalidad gubernamental[19]. Aquí se

[12] Cfr. sobre su delimitación con el concepto de "criminalidad organizada", a modo instructivo, *Arnold*, en Militello - Arnold - Paoli (editores), *Kriminalität* (2000), p. 93 ss.

[13] Cfr. *Scheerer*, en *Kaiser - Kerner - Sack - Schellhoss* (editores), *Wörterbuch* (1993), p. 246 ss. Similar al concepto de "criminalidad del dominio" (*Kriminalität der Herrschaft*) utilizado por *Merkel* (en Unseld [editor], *Politik* [1993]).

[14] Sobre el problemático contenido del concepto de "poder" en este contexto, *Scheerer*, en *Kaiser - Kerner - Sack - Schellhoss* (editores), *Wörterbuch* (1993), p. 246 ss.

[15] *Jäger*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), p. 122 s.; asimismo, *Kaiser*, *Kriminologie* (1996), p. 431; de otra opinión, *Rotsch*, *Wistra* 1999, p. 370, quien aboga por una inclusión de los delitos económicos y contra el medio ambiente; ver también *Prittwitz*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), p. 14 ss.

[16] *Naucke*, *Privilegierung* (1996), especialmente p. 19; aprob. *Hassemer*, *FS BGH IV* (2000), p. 443.

[17] *Jäger*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), p. 123.

[18] Especialmente utilizado por *Friedrich* (cfr. las referencias en *Rüter*, en Friedrich - Wollenberg [editores], *Vergangenheit* [1987], p. 67 ss.). Más correctamente, por cierto, "crímenes del Estado", ya que el concepto crímenes de Estado evoca a los crímenes *contra* el Estado (artículo 80 y ss. CP alemán).

[19] Sobre esto, por ejemplo, *Triffterer*, en Lampe (editor), *Wiedervereinigung II* (1993), p. 131 s.; Triffterer, en Kaiser - Jehle (editores), *Opferforschung I* (1994), p. 155 ss. Sobre el concepto de criminalidad de sistema *Rogall*, *FS BGH IV* (2000), p. 383 s.

trata siempre de criminalidad "estatal interna"[20], orientada hacia adentro contra los propios ciudadanos. Esto constituye también un interés central de esta investigación.

4. En un sentido amplio, el concepto de macrocriminalidad política comprende, ciertamente, también los crímenes internacionales de *actores no estatales*. Al respecto, es de importancia secundaria si estas actividades pueden ser atribuidas al concepto tradicional de macrocriminalidad. En su favor hablaría el hecho de que también en estos casos el Estado territorialmente competente sería responsable, al menos por omisión, de no garantizar a sus ciudadanos la protección de derecho constitucional e internacional que les corresponde. En su contra se pronunciaría la circunstancia de que tal comprensión amplia de macrocriminalidad convertiría a casi todo Estado en "criminal", pues nunca sería posible un completo control de la criminalidad no estatal y, por ello, tampoco una absoluta protección del ciudadano expuesto a esa criminalidad. Regiría el principio ¡*Nemo potest ad impossibile obligari*! A ello se podría replicar nuevamente que no se trata de la libertad del ciudadano frente a cualquier hecho penal, sino, justamente, frente a hechos macrocriminales. En relación con estos, la obligación de protección estatal debería ser ilimitada, pues, de lo contrario, se argumentaría en favor de una situación prejurídica del derecho del más fuerte. Sea como fuere, la existencia fáctica de grupos no estatales que cometen crímenes internacionales es seguramente el argumento decisivo en favor de una comprensión más extensa del concepto de macrocriminalidad. De otro modo, quedarían sin protección las víctimas no estatales, pues el derecho penal nacional la niega en esos casos. A título de ejemplo: si la organización guerrillera colombiana FARC, la más antigua y grande de Latinoamérica[21], en la "zona de distensión"[22] asignada a ella por el Estado en un momento -¡y no solamente allí!- cometió crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, entonces no tendría sentido que las víctimas de esos crímenes se remitieran a las instituciones estatales.

[20] *Triffterer*, en Lampe (editor), *Wiedervereinigung II* (1993), p. 133. Sobre las formas de manifestación de la criminalidad ya *Eisenberg*, *MschrKrim* 1980, pp. 217, 221 ss.

[21] Sobre el movimiento guerrillero colombiano cfr. *Kurtenbach, en* Altmann - Fischer - Zimmermann, *Kolumbien* (1997), p. 235 ss.

[22] Sobre la situación en la (vieja) "zona de distensión", por ejemplo, GW, 29.6.-5.7.2000, 20; Le Monde, 26.7.2000, 2.

Puesto que éstas no están presentes físicamente[23], no tienen ningún tipo de influencia sobre los autores. Aquí sólo puede ayudar, si es que puede, la directa atribución de responsabilidad jurídico-penal a los mismos grupos responsables, esto es, a su jefe y a sus miembros[24].

5. Esta comprensión amplia de macrocriminalidad se sustenta también en la concepción de los *crímenes internacionales* tal como ha sido ahora consagrada en los artículos 6 a 8[25]. En cuanto a los crímenes contra la humanidad, inclusive el genocidio[26], ya no es necesaria una relación con un conflicto armado para que puedan ser criminalizadas determinadas violaciones graves a los derechos humanos en tiempos de paz, bastando solamente que éstas se encuentren en un contexto de comisión -también no estatal-[27] determinado, generalizado

[23] En Colombia se encuentra solamente un *pequeño número de miembros de la Defensoría del Pueblo estatal en la "zona de distensión"* (conversación del autor con representantes de la Defensoría del Pueblo, Bogotá, 31.5.2000).

[24] Sobre la aplicabilidad del Art. 3 común de la CG y de su PACG II a los movimientos de rebelión, cfr. Bothe, *IYHR* 1995, 249 s. Sobre la posibilidad de lesión de derechos humanos por parte de privados, fundamental Wiesbrock, *Schutz* (1999), p. 19 ss. y passim.

[25] Cfr. más profundamente con los arts. 6 a 8.

[26] Sobre el concepto de crímenes contra la humanidad basado en el Art. 6 del EIMT (supra, nota 3), cfr. *Becker, Tatbestand* (1996), passim (crít. *Ambos, GA* 1997, 603 s.); *Van Schaack, ColJTL* 1999, p. 787 ss.; *Bassiouni, Crimes* (1999), p. 60 ss., 179 ss., 243 ss.; *Gil Gil, Derecho Penal Internacional* (1999), p. 106 ss.; Gil Gil, *ZStW* 2000, 382 ss.; *Ahlbrecht, Geschichte* (1999), p. 263 ss., 274 ss. y passim; *Swaak-Goldmann*, en McDonald - Swaak - Goldmann (eds.), *Int.Crim.L. I* (2000), p. 141 ss.; *McAuliffe de Guzman, HRQ* 2000, p. 355 ss. (359 s.); *Lattanzi*, en Fischer - Kreß - Lüder (eds.), *Prosecution* (2001), p. 473 ss.; *Kittichaisaree, Int.Crim.L.* (2001), p. 85 ss.; Vest, *SchwZStr* 2001, p. 242 ss.; Boot, *Crimen* (2002), p. 455 ss.; Ambos, *Crímenes* (2004), p. 19 ss., 111 ss.; profundizando en cuanto al (primer) desarrollo de los elementos típicos concretos, *Kreß*, en Fischer - Lüder (editores), *Verbrechen* (1999), p. 41 ss. (48 ss.); Vest, *ZStW* 2001, p. 461 ss.

[27] Sobre la exigencia de una determinada *policy* o de un plan semejante, que no debe necesariamente provenir más del Estado, cfr. ahora *Prosecutor v. Kupreskic* et al., *Judgement* 14.1.2000 (IT-95-16-T), p. 551 ss.; también *Boot*, en Klip - Sluiter (eds.), *Cases* (1999), p. 454 s.; *Bassiouni, Crimes* (1999), p. 244 s., 247; *Meron* en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), p. 50; *Robinson*, en Lattanzi - Schabas (eds.), *Essays* (1999), p. 156 ss. (162 s.); *Mc Auliffe de Guzman, HRQ* 2000, p. 368 ss.; *Werle, JZ* 2000, p. 756, nota 13; *Gil Gil, ZStW* 2000, p. 390 ss.; Vest, *ZStW* 2001, p. 468 s.; más restringido, Lagodny, *ZStW* 2001, p. 802; Gil Gil (loc. cit., 392) exige, convincentemente, que las organizaciones no estatales deban ejercitar, de facto, un poder político y, por lo tanto, no cualquier grupo u organización criminal podría ser convertirse en autor de crímenes contra la humanidad.

y sistemático[28]. Respecto de los crímenes de guerra, estos pueden ser cometidos por las partes en conflicto y, por ello, penados[29] no solo - como *grave breaches*- en un conflicto internacional, sino en todo conflicto armado (no internacional) que sobrepase el umbral del art. 1 (2) del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra (en adelante PACG II)[30]. Con esto queda en claro que la comisión de crímenes

[28] Cfr. *Prosecutor v. Tadic, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2.10.1995 (IT-94-1-AR 72), § 141: "It is by now a settled rule ... that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict. Indeed ... customary international law may not require a connection between crimes against humanity and any conflict at all" (sobre esta decision, también infra punto 6 I; confirmando esta posición, por ejemplo, *Prosecutor v. Blaškić, Judgment 3.3.* 2000 [IT-95-14-T], §. 67). Cfr. especialmente *Meron, AJIL* 1995, p. 554 ss.; Meron, *AJIL* 1996, 242; Meron, en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), p. 49; *Jescheck, RIDP* 1981, p. 348 ss.; *Jescheck - Weigend, AT* (1996), p. 125; *Triffterer*, en Hankel - Stuby (editores), *Strafgerichte* (1995), p. 199 ss.; Triffterer, en Lampe (editor), *Wiedervereinigung II* (1993), p. 153 s.; *Sunga, Eur.J.CrimeCr.L.Cr.J.* 1998, p. 386; *Askin, CLF* 1999, 40; *Robinson*, en Lattanzi - Schabas (eds.), *Essays* (1999), p. 144 ss. (148 s.); *Stahn, KJ* 1999, p. 347 s., 352; *Stahn - Eiffler, KritV* 1999, p. 258 s.; *Swaak-Goldmann*, en *McDonald - Swaak-Goldmann* (eds.), *Int.Crim.L. I* (2000), p. 159 s.; *Kreß, Nutzen* (2000), p. 6; detalladamente sobre la evolución *Van Schaack, ColJTL* 1999, p. 792 ss., 821, 829, 837, 847, 850; *Bremer, Strafverfolgung* (1999), p. 80 ss.; *McAuliffe de Guzman, HRQ* 2000, p. 355 ss. (359 s.). En favor de una *proscribing function* de los crímenes contra la humanidad, también *Bassiouni, FS Jescheck II* (1985), p. 1453-1475. Cfr. ahora también la Sección 5 de la "Regulation No. 2000/15" de la administración de transición de la ONU en Timor Oriental (UNTAET/REG/2000/15 del 6.6.2000; <www.un.org/peace/etimor/untaetR/Reg0015E.pdf>).

[29] Cfr. *Robinson - Von Hebel, YIHL* 1999, p. 193 ss.; *Momtaz, YIHL* 1999, p. 177 ss.; *Meron*, en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), p. 51 ss.; *Venturini*, en Lattanzi - Schabas (eds.), *Essays* (1999), p. 171 ss.; *Stahn, KJ* 1999, p. 348 ss.; *Stahn - Eiffler, KritV* 1999, p. 259 ss.; *Kreß, Nutzen* (2000), p. 6; *Kreß, IYHR* 2000, p. 103 ss.; Boot, *Crimen* (2002), p. 537 ss.; Ambos, *Crímenes* (2004), p. 80 ss. Sobre la evolución, cfr. *Bremer, Strafverfolgung* (1999), p. 78 ss. Cfr. ahora también la Section 6 de la llamada UNTAET-Regulation, supra nota 28. El ECPI ha quedado rezagado, sin embargo, en algunas disposiciones con relación al derecho consuetudinario vigente (cfr. *Fischer, FS Ipsen* [2000], p. 86 ss.; también *Momtaz, YIHL* 1999, p. 186 ss.; Kreß, *IYHR* 2000, p. 131, 134 ss.; en general, *Kittichaisaree, Int.Crim.L.* [2001], p. 129 ss.) y subsisten diferencias materiales entre algunos crímenes del conflicto internacional y no internacional (*Kreß, IYHR* 2000, p. 132 ss.).

[30] Aquí se aplica el art. 8 (2) (f) en el caso de un "protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups", bajando al respecto el umbral de aplicación del art. 1 (2) del PACG II (cfr. *Robinson - Von Hebel, YIHL* 1999, p. 204 s.; *Meron*, en Von Hebel - Lammers - Schukking (eds.), *Reflections* (1999), p. 54; Kreß, *IYHR* 2000, p. 117 ss.). Sobre la diferenciación entre conflicto internacional, no internacional e interno, cfr. Kreß, *IYHR* 2000, p. 114 ss.; *Ambos*, en Hasse - Müller - Schneider (editores), *Völkerrecht* (2001), p. 326 ss.

internacionales no puede ser considerada por mucho más tiempo como un "privilegio" de los actores estatales, sino que puede conducir, absolutamente, a la responsabilidad jurídico-penal de actores no estatales. El concepto de macrocriminalidad política debe extenderse, por lo tanto, según una comprensión moderna del Derecho Penal Internacional, a los actores no estatales[31].

III. UNA FUNDAMENTACIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA DE UN *IUS PUNIENDI* SUPRA O TRASNACIONAL

6. El poder punitivo supra o trasnacional que presupone un Derecho Penal Internacional protector de los derechos humanos esenciales puede fundarse con referencia a los *derechos humanos interculturalmente reconocidos*,[32] teoría ante todo desarrollada por el filósofo del derecho de Tubinga, OTFRIED HÖFFE[33]. El punto de partida del principio

[31] Desde luego, en el caso concreto puede ser difícil constatar si determinados hechos han de atribuirse exclusivamente a actores no estatales o si un Estado determinado está involucrado. Se presenta, entonces, el problema de la imputación de los hechos de privados (por ej. terroristas) a un Estado como sujeto de derecho internacional (por ej., Afganistán respecto del ataque del 11 de septiembre de 2001); sobre esto desde la óptica de los derechos humanos, *Wiesbrock, Schutz* (1999), p. 200 ss.; desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional, *Prosecutor v. Tadic, Judgement* 15.7.1999 (IT-94-1-A), § 83 ss.; sobre esto, *Ambos*, en Hasse - Müller - Schneider (editores), *Völkerrecht* (2001), p. 334 s.

[32] Cfr. también *Rössner*, en Höffe, *Strafrecht* (1999), p. 137: "en la justificación y determinación del contenido del derecho criminal en los derechos humanos está dado, sin dudas, un poder punitivo trascultural". En similar sentido, *Hassemer*, en Höffe, *Strafrecht* (1999), p. 174 s., 179 s. (consenso sobre la "proscripción de violaciones fundamentales al derecho", derecho penal como "respuesta para la protección de los derechos humanos"). En los resultados, igualmente, *Roxin*, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 389 s., cuando afirma la necesidad de punición sin limitaciones de "hechos como el genocidio y crímenes contra la humanidad" y acentúa el efecto preventivo de un Derecho Penal Internacional en actividad. Cfr. también *Stahn - Eiffler, KritV* 1999, p. 267 ss. (268, 277), quienes divisan al respecto un "consenso de valores de la comunidad internacional". Sobre la afectación de la comunidad internacional en caso de violaciones a los derechos humanos y del poder punitivo autónomo de Derecho Penal Internacional que de allí resulta cfr. también *Triffterer*, en Lüderssen (editor), *Kriminalpolitik III* (1998), p. 307 s., 311 ss., 373, quien ve al Derecho Penal Internacional como un "instrumento para la evitación y lucha contra el abuso de poder"; también Triffeterer, *GS Zipf* (1999), p. 511 s.

[33] Cfr. *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 8, 51 ss., 67 ss., 107 ss.; *Höffe, Demokratie* (1999), p. 62 ss. (64 s.), 88 s., 140 s., 269 ss., 351 ss., 367 ss. (368 s.); *Höffe*, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 309 s., 322 ss., 336 s. Crít. *Szabo*, en Höffe, *Strafrecht* (1999), p. 149 ss. (152 s.).

del ciudadano mundial propagado por este autor está constituido por los derechos humanos reconocidos universal e interculturalmente y por los principios de justicia entre los cuales se contaría especialmente el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia, esto es, la protección del cuerpo, la vida y la libertad[34]. La función principal de la república mundial complementaria[35] consistiría, pues, en proteger esos derechos humanos de sus ciudadanos mundiales de ser necesario con un derecho penal mundial[36]. La protección mínima de los derechos humanos ("moral mínima")[37] sería, al mismo tiempo, la legitimación y la limitación del derecho penal mundial: "la justificación de un derecho penal de un estado mundial se vincula con su limitación a la protección de los derechos humanos"[38]. La pretensión individual de una protección (también) jurídico-penal sería el revés de las prohibiciones fundadas en los derechos humanos[39]. En tanto los delitos penales se "puedan fundamentar con argumentos humano-generales, más precisamente con argumentos de derechos humanos... existe, sin duda alguna, un poder penal transcultural, un derecho penal intercultural"[40]. De este modo, el derecho penal mundial formaría parte "del escudo de protección de los derechos humanos y de la visible solidaridad de la ciudadanía mundial con las víctimas de las violaciones a los derechos humanos"[41]. Para que fuera válido un derecho penal legitimado en los derechos humanos, "humano-general" e "intercultural", tendría que dirigirse a hombres de todas las culturas, y no podría existir en modo alguno, desde el punto de vista del derecho penal, el extranjero:

[34] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 53, 55; *Höffe, Demokratie* (1999), p. 88, 140, 301. Sobre el "derecho del ciudadano mundial" de *Kant* fundamentado ya hace doscientos años, cfr. *Bielefeldt, Philosophie* (1998), p. 38 s.

[35] *Höffe, Demokratie* (1999), p. 296 ss.

[36] *Höffe, Demokratie* (1999), p. 351, 354.

[37] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 35.

[38] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 368 s.; *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 78; Sobre la teoría del poder punitivo de *Höffe*, cfr. ídem, p. 67 ss.

[39] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 78 s.

[40] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 107; *Höffe*, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 309 s., 325.

[41] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 8; *Demokratie* (1999), p. 369.

"Son difíciles de encontrar culturas jurídicas que sean tan diferentes por principio como para no conocer en absoluto delitos fundados en la protección de los derechos humanos; más bien, el alcance del poder punitivo se extiende. ... Aquello por lo cual nosotros nos empeñamos con ahínco, lo encontramos también en otras culturas; y especialmente aquello por lo que nosotros nos indignamos, produce también indignación en los hombres de otro lugar"[42].

7. Un *principio del ciudadano mundial* fundado en los derechos humanos persigue también JÜRGEN HABERMAS[43] cuando expresa que "el deseado establecimiento de un estado de ciudadano mundial" significa, desde su punto de vista, que las "infracciones contra los derechos humanos ... sean perseguidas como acciones criminales dentro de un ordenamiento jurídico estatal". En este sentido, los derechos humanos habrían de entenderse no solo como orientación moral del actuar político, sino también como derechos subjetivos "que deben ser implementados en sentido jurídico". Sólo cuando los derechos humanos hayan encontrado su "lugar" en un ordenamiento jurídico global, como los derechos fundamentales en nuestras constituciones, "podremos partir, también en el plano global, de que los destinatarios de estos derechos pueden considerarse, al mismo tiempo, como sus autores". Si bien este enfoque es convincente para fundamentar una intervención pacífica del derecho penal universal, resulta dudoso que con ello pueda fundamentarse una llamada intervención humanitaria, es decir, militar, "como un salto del clásico derecho internacional de los estados hacia el derecho cosmopolita de una sociedad del ciudadano mundial"[44]. Esto no solo es dudoso por razones de procedimiento -tan cierto es que el "moderado

[42] *Höffe, Strafrecht* (1999), p. 107 s.; también p. 27 s., 93, 99; *Höffe, Demokratie* (1999), p. 370. Crít. sobre el relativismo de la cultura como argumento en contra de la validez universal de los derechos humanos y en favor de ésta como "núcleo de un 'overlapping consensus' intercultural" también *Bielefeldt, Philosophie* (1998), p. 10 ss. (12 s.), 17, 115 ss. (145 ss.). Por el contrario, escéptico *Hassemer*, en Höffe, *Strafrecht* (1999), p. 172 s., para quien "recién estamos en el comienzo de una evolución, en la cual el 'gran enemigo' se nos transforma y nosotros a él...". Para *Scheerer*, en Eser - Hassemer - Burkhardt (editores), *Strafrechtswissenschaft* (2000), p. 347 la universalidad del derecho penal es sólo un "mito".

[43] *Habermas, Die Zeit* del 29.4.1999.

[44] Ídem; cfr. también *Höffe, Demokratisierung* (1999), p. 393 ss.; crít. respecto de Habermas también *Blanke, KJ* (1999), p. 410 ss.

trato jurídico con las violaciones a los derechos humanos protege[rá] frente a una 'desdiferenciación' moral del derecho"-[45], sino también a causa del conflicto material de ponderación[46] que provoca.

8. Una fundamentación semejante presupone, desde luego, una concepción del derecho penal que parta del individuo y de su *dignidad humana* inviolable, en el sentido absoluto de la relación de reconocimiento libre, igual y mutua de KANT[47], basada en esa dignidad humana. Sólo el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad garantiza "un correctivo para la revisión de las construcciones abstractas colectivas"[48]. Sólo la "asociabilidad parcial del individuo" asegura la observancia de la humanidad y de la dignidad humana garantizada constitucionalmente: "humanidad como desviación y libertad frente a la representación colectiva de manía y coacción, como protección del individuo y las minorías, como chance de autorresponsabilidad a través de la posibilidad de autodeterminación ..."[49]. La dignidad humana debe ser, por lo tanto, punto de partida y al mismo tiempo punto inconmovible de todo sistema de derecho penal; sólo así se puede poner "un obstáculo bastante abultado y que se espera infranqueable en el camino ... [del] total 'desencantamiento' del mundo (WEBER) por medio de un funcionalismo formal racional-final"[50]. Entonces, no se puede poner más en duda que el Estado y la comunidad internacional están llamados forzosamente a proteger esa dignidad humana con el derecho penal[51].

[45] *Habermas, Die Zeit* del 29.4.1999.

[46] Cfr. ya Ambos, *NStZ* (1999), p. 406; crít. de Habermas a este respecto Simon, *FAZ* del 18.6. 1999, p. 53.

[47] Sobre la utilización de la filosofía kantiana para una "filosofía de los derechos humanos" con vigencia universal cfr. ahora *Bielefeldt, Philosophie* (1998), p. 45 ss. (62 ss.), 158 ss., 202 s.

[48] *Soeffner*, en: Amelung (editor), *Verantwortung* (2000), p. 26.

[49] Ídem.

[50] Ídem, p. 27.

[51] Cfr. *Wolter*, en: Schünemann - Figueiredo Dias (editores), *Coimbra Symposium* (1995), p. 4 ss., 13; también *Figueiredo Dias*, en ídem, p. 358, quien por ello acentúa con razón la importancia del principio de culpabilidad (362) y designa al sistema de *Roxin* como el "más humano" de todos los sistemas de derecho penal hasta hoy conocidos. (365; resaltado en el original).

IV. EL ESTATUTO DE ROMA COMO INSTRUMENTO FLEXIBLE DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

9. Si bien el ECPI tiene como objetivo primordial, como ya deducimos del preámbulo, poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales (arts. 5 a 8) y por primera vez ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes, es de reconocer que el Estatuto no es un *instrumento* dogmático e inflexible, sino *flexible* y *abierto* a procesos de paz. Esto se desprende no solamente de los trabajos preparatorios sino, fundamentalmente, de tres de sus normas, a saber:

- El artículo 16, que prevé la posibilidad, para el Consejo de Seguridad las Naciones Unidas, de suspender una investigación de acuerdo con el capítulo 7 de la Carta de las Naciones Unidas.
- El artículo 17, que consagra el principio de la complementariedad; y
- El artículo 53, que contiene la cláusula de los intereses de justicia (interests of justice), típica del derecho procesal norteamericano, del sistema common law, que deja a discreción del fiscal el inicio de la investigación (formal).

Estas tres normas muestran que el Estatuto no es un obstáculo para un proceso de paz. Ellas son el resultado de las consideraciones de los relatores del Estatuto (diplomáticos, gente de la práctica, funcionarios de ministerios de Justicia, entre otros), para quienes era muy importante tener en cuenta las controversias nacionales en situaciones de conflicto armado. En particular el principio de *complementariedad* muestra que la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la *justicia penal del estado territorial la que persiga los crímenes internacionales* enumerados. En tal sentido, la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar.

10. Más allá de esas normas, surge también otra pregunta más de fondo: ¿qué entendemos por la *obligación de castigar* o investigar los delitos internacionales?[52] ¿Cuál es el contenido exacto de ese deber?

[52] Sobre esta obligación ver Ambos, *Impunidad* (1999), p. 66 y ss.

Es claro que no es posible investigar y castigar a todos los posibles autores de crímenes internacionales, por ejemplo los diecisiete mil (o más) paramilitares y los veinte o treinta mil guerrilleros colombianos. Ningún sistema judicial del mundo tiene la capacidad de perseguir todos los delitos y castigar a todos los culpables. Ni en Nuremberg, ni en Tokio, ni en los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (ICTY) y para Ruanda (ICTR) se ha castigado a todos los posibles autores de violaciones del Derecho Penal Internacional. Más bien se ha establecido una política de *persecución selectiva*. Siempre se ha argumentado, como se hizo en Nuremberg, que debe haber una selección de los individuos que deben ser perseguidos y a los cuales se les ha denominado "grandes criminales, líderes, cabecillas de las organizaciones criminales", etc. Pues bien, sabemos que muchas de las personas que trabajan en estos grupos son realmente víctimas de la demagogia, que no forman parte de esas organizaciones por convicción ideológica: hoy son paramilitares, mañana son guerrilleros; depende de quién paga mejor. En el año 1998, el Fiscal del ICTY y del ICTR decidió reevaluar su estrategia de persecución en los siguientes términos:

> "Consistente con esas estrategias (de persecución, K.A.), que implicaban focalizar la investigación en las personas con mayores niveles de responsabilidad o en quienes fueran personalmente responsables de delitos excepcionalmente aberrantes o extremadamente graves en algún otro sentido, juzgué conveniente retirar los cargos contra una serie de acusados ..."[53].

La Cámara de Apelaciones aceptó la decisión del Fiscal, otorgándole de hecho una amplia discreción para desarrollar una estrategia de persecución:

> "En este contexto, de hecho en muchos sistemas de derecho penal, el organismo encargado de las persecuciones só-

[53] ["Consistent with those strategies (of prosecution, K.A.), which involve maintaining an investigative focus on persons holding higher levels of responsibility, or on those who have been personally responsible for the exceptionally brutal or otherwise extremely serious offences, I decided that it was appropriate to withdraw the charges against a number of accused ..."] *Press release*, pág. 1, citado según Prosecutor v. Delalic *et al.*, judgement 20 February 2001 (IT-96-21-A), § 597.

lo cuenta con recursos financieros y humanos limitados, por lo que resulta poco realista esperar una persecución de todos los que cometieron algún hecho delictivo que pueda caer dentro de los términos estrictos de su jurisdicción. Necesariamente debe decidir acerca de la naturaleza de los crímenes y de los autores que serán perseguidos. Es indudable que el fiscal tiene amplia discreción en relación con la iniciación de las investigaciones y la preparación de las acusaciones"[54].

Por todo ello, es claro que existe una *limitación* de la obligación de persecución *ratione personae*, es decir, con miras a las personas que se pretende perseguir y sancionar: realmente, lo que se quiere es perseguir a las cúpulas de las organizaciones criminales, a los líderes; si eso es correcto para un sistema nacional, más lo es para la justicia penal internacional. La CPI nunca se va a preocupar por el pequeño guerrillero en el Cauca colombiano o el paramilitar en Antioquia. Se interesa por las cúpulas de estas organizaciones, y esto no es más que lógico. Con esto tenemos otro elemento de flexibilidad de la justicia penal internacional.

11. DARRYL ROBINSON, miembro de la delegación del Canadá en las negociaciones sobre la CPI, plantea en uno de sus trabajos[55] otro elemento más que demuestra la flexibilidad del ECPI: argumenta ROBINSON, y esa es una discusión actual, que se podría acudir a una figura equivalente a las que existen en el derecho penal como causales de justificación o de exculpación, esto es, a la *extrema necesidad* para justificar al Estado que no puede perseguir en tales situaciones o, posiblemente, tiene que acudir a rebajas de penas sin que necesariamente se renuncie a la persecución penal. Claro que los límites de esa excepción son difíciles de establecer y es justamente aquí donde radica la discusión, la cual se puede tener también en cuenta para el caso colombiano: la cuestión es si existen límites absolutos en el Derecho Penal Internacional que pudiéramos derivar del ECPI. En ese sentido, la pregunta es si, desde el punto de vista dogmático, tenemos que afirmar que para crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra no debe existir impunidad. Personalmente, me inclinaría por este enfoque, pese a la flexibilidad o flexibilización de la persecución penal internacional. En efecto: el castigo de los crímenes mencionados tiene que ser la regla en el derecho internacional. Sólo puede haber excepciones en caso de un estado de emergencia nacional extrema. Las condiciones para estos casos extremos deben definirse en forma restrictiva. La existencia de este estado de excepción puede llevar a una suspensión temporal de las acciones penales, pero no a una impunidad definitiva (cfr. la idea del art. 16 del ECPI). Es decir, que se trata de una *persecución penal diferida en el tiempo* pero no de una renuncia definitiva al derecho de aplicar una pena en el marco del derecho internacional.

[54] "In the present context, indeed in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments."] Ibid., § 602; see also Prosecutor v. Akayesu, *Judgement 1 June 2001* (ICTR-96-4-A), § 94; conf. Prosecutor v. Ntakirutimana, Judgement *21 February 2003* (ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T), § 870 s. Esta discreción es solamente limitada por un "discriminatory purpose" perseguido por la Fiscalía.

[55] Robinson, *European Journal of International Law (EJIL)* 14 (2003), 481 y ss.

V. LIMITACIONES. EL PAPEL DE LOS EE.UU.

12. Además de las limitaciones inmanentes de la CPI, en particular la jurisdicción esencialmente limitada al territorio de los estados parte (cfr. art. 12 ECPI),[56] hay una *oposición fuerte* del actual gobierno de los EE.UU. contra la CPI. Al respecto, EE.UU. recurre a dos mecanismos: por un lado, resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas dentro del marco del capítulo VII de la Carta y, por el otro, acuerdos bilaterales de inmunidad.

13. En cuanto al primer mecanismo, tenemos la famosa Resolución 1422 del 12 junio de 2002, que fue prorrogada en julio de este año por un año más (Resolución 1487 del 12 de junio de 2003) y que en su inciso primero señala:

> "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la *Corte* Penal Internacional, si surge un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex

[56] Ver más detalladamente Bergsmo, en Ambos - Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma* (1999), p. 179 y ss.

funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que *no* sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, *no inicie ni prosiga*, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario."

Del análisis del mismo texto se desprenden dos anotaciones más. La primera, que esta Resolución se refiere a operaciones no solo establecidas sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido "autorizada" por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta Resolución y los ciudadanos de estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aun si Irak fuera estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (art. 12, inc. 3). La segunda anotación se refiere a los "funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier estado no parte"; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados que EE.UU. pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Afortunadamente, el segundo intento de los EE.UU. de prorrogar esta Resolución en junio de 2004 fracasó debido a la oposición de varios miembros del Consejo de Seguridad, entre ellos China, que consideraron inoportuna la renovación por su coincidencia con el escándalo del abuso de los prisioneros en Irak.

14. La mencionada normatividad ha sido complementada con la Resolución 1497 del 1 de agosto de 2003, que autoriza una misión de paz en Liberia facilitando la salida del señor Charles Taylor a Nigeria. Esta Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula:

> "7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva de ese Estado* aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva."

De lo anteriormente citado se concluye que en lugar de determinar que no haya investigación en un proceso, se acude a la figura -conocida de nuestros aliados militares como en la OTAN- de acuerdos (bilaterales) de jurisdicción exclusiva para delitos en servicio; es decir, la jurisdicción exclusiva reside en el estado no parte: Estados Unidos, China, Rusia, India y otros estados.

15. Así las cosas, mirada la situación actual de la Corte Penal Internacional tenemos *dos clases de estados* judicialmente hablando, lo cual, desde la perspectiva del derecho interno, genera dificultades: unos que son parte del Estatuto de Roma y, por lo tanto, se someten a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; y otros que no se someten a ella y que no solo no ratifican el Tratado -¡y están en todo el derecho para no hacerlo!- sino que, a través de Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, están obteniendo de hecho la impunidad de sus ciudadanos frente a la Corte Penal Internacional. Desde una perspectiva más fundamental, la situación es más grave todavía:[57] con la Resolución 1422 (y 1487), el principio de la igualdad ante la ley, gran logro de la Revolución Francesa, ya no tiene validez, por lo menos en el Derecho Penal Internacional. Ahora el principio reza: "todos los seres humanos son iguales ante la ley, a menos que sean ciudadanos de los Estados Unidos de América". Que el principio haya sido dejado sin efecto simultáneamente también para otros estados no parte de la Corte Penal Internacional (CPI), sobre todo China, Rusia e India, no mejora las cosas. Esos países son gustosos beneficiarios de la iniciativa norteamericana. Pero ¿cómo compatibilizar con el sentido de la justicia que, por ejemplo, un soldado alemán -eventualmente involucrado en la misma misión de combate- deba responsabilizarse por un crimen de guerra ante la CPI, pero un soldado norteamericano no? ¿Qué consecuencias puede tener ello para la motivación y la solidaridad entre los soldados que participan en las misiones de paz de la ONU? ¿Qué legitimidad tienen las misiones de paz de la ONU marcadas con el estigma de inmunidades selectivas ante el Derecho Penal Internacional? Y no por último: ¿qué credibilidad tienen medi-

[57] Al respecto, léase mi ensayo en *Süddeutsche Zeitung* v. 16.7.02, p. 13; en castellano, en *Desarrollo y Cooperación 5/2002*, p. 7; *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile (Chile), 7/02, p. 18; *La Gaceta Jurídica*, La Paz (Bolivia), 16.8.02, p. 11.

das de mantenimiento de la paz aplicadas por una institución (el Consejo de Seguridad) si ésta tiene que desmontar al mismo tiempo el hasta ahora mayor logro de la humanidad en la lucha contra la impunidad en el caso de graves violaciones a los derechos humanos?

16. Hay otra resolución muy importante que sirve para entender la situación en que se encuentra la Corte Penal Internacional frente a la actuación de los Estados Unidos. Se trata de la Resolución 1502 del 26 agosto de 2003, la cual quería calificar como crimen de guerra los ataques contra personal humanitario, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas. El gobierno de México presentó un proyecto de resolución en el cual planteó lo siguiente:

> "...recordando que los ataques dirigidos intencionalmente contra el personal que participa en la misión de asistencia humanitaria son crímenes de guerra con arreglo al *Estatuto de Roma...*"

Así, en ese proyecto inicial del gobierno de México apoyado por Alemania y Brasil entre otros, se hizo una referencia explícita al Estatuto de Roma. El ánimo para que ello quedase así consagrado fue manifestar que se tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el art. 8 (2) (b) (iii) y (e) (iii) del Estatuto. Pues bien, el hecho de mencionar el Estatuto de Roma para los Estados Unidos ya creaba una paranoia. Fue entonces cuando este proyecto de resolución fue vetado por dicho país y, en consecuencia, comenzó a ejercerse marcada presión para modificar la referencia al Estatuto de Roma. ¿Cuál fue la consecuencia de esa presión? La respuesta está en mirar cómo quedó redactado finalmente el art. 5:

> "5. Expresa su determinación de adoptar medidas apropiadas para garantizar la seguridad y protección del personal de asistencia humanitaria y el de las Naciones Unidas y su personal asociado, inclusive, entre otras:
>
> a) Pedir al Secretario General que vele por que se incluyan, y a los países anfitriones que incluyan, disposiciones fundamentales de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, entre otras las referentes a la prevención de ataques contra miembros de las operaciones de las Naciones Unidas, *la tipificación de esos ataques como crímenes punibles* por la ley y el procesamiento o la extradición de los culpable, en los acuerdos futuros y, si es necesario, en los vigentes sobre el estatuto de las fuerzas o el estatuto de las misiones, así como en los acuerdos que concierten las Naciones Unidas y esos países, teniendo en cuenta la importancia de que dichos acuerdos se celebren oportunamente."

En síntesis, no se hace más alusión expresa al Estatuto de Roma porque para los Estados Unidos éste, en sí, legitima la Corte Penal Internacional y es, por lo tanto, incompatible con la política del gobierno actual. Vale la pena señalar, en este contexto, que con el gobierno anterior de BILL CLINTON había negociaciones serias en Roma y Nueva York y muchas de las normas del ECPI reflejan una fuerte influencia de la delegación estadounidense. Lo más sorprendente es que si hoy hablamos con representantes del gobierno de BUSH, es como si no hubieran estado en Roma, como si no hubiera existido una delegación norteamericana en Roma, a pesar de todas las concesiones que se le hicieron a los Estados Unidos en el Estatuto para que al final, paradójicamente, quedaran al margen del proyecto.

17. La otra técnica utilizada por los Estados Unidos para entorpecer la jurisdicción de la CPI es la imposición de los famosos *acuerdos bilaterales* de no entrega ya mencionados con anterioridad. ¿Cuál es el aspecto técnico que debemos considerar al respecto? Comencemos, primero que todo, con lo establecido en el artículo 98, inciso 2, del ECPI:

> "Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega.
>
> 2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un *acuerdo internacional* conforme al cual se requiera el *consentimiento* del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, a menos que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega."

La delegación estadounidense siempre entendió ese artículo en el sentido de la posibilidad de hacer, con posterioridad a la ratificación del ECPI, acuerdos bilaterales de no entrega. La Unión Europea, al igual que otros estados que apoyan la Corte, siempre defendió la

interpretación de que esta referencia hace alusión a los acuerdos bilaterales *ya existentes* con anterioridad a la entrada en vigencia del Estatuto de Roma; pues, de lo contrario, implicaría que si un Estado ratifica el Estatuto y después firma un acuerdo de ese tipo no podría cumplir la obligación fundamental de entrega consagrada en los artículos 86, 89 y ss. del Estatuto. La no entrega, a la vez impide el funcionamiento de la CPI, pues no se permite proceso en ausencia.

Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un estado parte de cooperar con la CPI (art. 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art. 89). En todo caso, si la obligación de cooperación es anterior a un acuerdo bilateral, éste sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del ECPI (art. 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, debe exigirse el consentimiento del Estado que envía (*sending state*) solamente si "un acuerdo internacional" preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea[58] y una resolución del Parlamento Europeo[59]. Así, los "Principios rectores de la UE en relación con los acuerdos entre un estado parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte", aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de septiembre de 2002,[60] tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los estados parte señalando, *inter alia*, que:

[58] Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en *Human Rights Law Journal (HRLJ)* tomo 23 (2002), p. 15; en alemán, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)* 2002, p. 469.

[59] Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, "la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...]" y expresa, en la letra F, su decepción "por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5_TA-PROV(2002) 09-26; <www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES>; en alemán en EuGRZ 2002, 554).

[60] Sesión n 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de septiembre de 2002, Doc. 12516/02, punto 6 "Corte Penal Internacional" con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>; en alemán, en *EuGRZ* 2002, p. 665.

• Deben tomarse en consideración los acuerdos internacionales existentes, en particular entre un estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.

• Celebrar los acuerdos propuestos por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería incompatible con las obligaciones de los estados parte en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por estados parte de la CPI.

• Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido crímenes que sean competencia de la Corte no queden impunes. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.

• Toda solución debe incluir únicamente a personas que no sean nacionales de un estado parte en la CPI.

18. A pesar de esta situación legal, los Estados Unidos lograron firmar varios acuerdos, entre ellos con Colombia y Bolivia[61]. Estados Unidos viene usando como regla un "acuerdo tipo o modelo" al cual sólo se le cambia el nombre del Estado, y cuya parte más importante tiene una redacción del siguiente tenor:

> "Para los fines del presente Acuerdo, la expresión 'personas de los Estados Unidos de América' significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista) o miembro del servicio militar (actual o antiguo) del gobierno de los Estados Unidos, o cualquier persona de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del Derecho Internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que los envía (los Estados Unidos de América)."

[61] Al 15 de agosto de 2004 por lo menos 80 Estados firmaron estos acuerdos; entre ellos 12 de América Latina (Antigua and Barbuda, Belice, Bolivia, Colombia, Dominica, El Salvador, Guyana, Haiti, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana) de los cuales algunos ni siquiera han ratificado el Estatuto. 57 de los 94 Estados parte del ECPI resistieron a la presión de los EE.UU. Véase <http://www.iccnow.org/documents/USandICC/BIAs.html>.

Ilustremos con un ejemplo lo que significa esta cláusula: si Estados Unidos contrata a un alemán (sea un sicario o mercenario) para que cometa un delito internacional en Colombia, el estado colombiano -por la misma existencia de este acuerdo- no debe entregar a esta persona a la CPI sin el consentimiento de Estados Unidos. Esto genera una gran contradicción porque -más allá de la obligación de Colombia frente a la CPI- Alemania, como tercer estado, es también estado parte y fuertemente comprometido con el ECPI (existe de hecho una legislación interna sobre crímenes internacionales que ofrece la base para investigar y perseguir esta clase de crímenes), situación que el acuerdo bilateral ignora. En consecuencia, tal acuerdo no solamente viola el Estatuto de Roma y el Derecho de los Tratados sino también los derechos de terceros estados parte. Así las cosas, la firma de un acuerdo de no entrega coloca al estado parte en una situación bastante complicada: de un lado, tiene la obligación frente al estado parte tercero de devolverle al sospechoso de crímenes internacionales para que se le haga un juicio en ese estado parte; por otro lado, debe entregarlo a la Corte Penal Internacional, pero no lo puede entregar sin violar el acuerdo hecho con los EE.UU. (que, obviamente, no va a dar su consentimiento a la entrega).

VI. CONCLUSIÓN

La impunidad a nivel mundial de violaciones de los derechos humanos constituye el nexo entre los derechos humanos y el DPI. El objetivo del Derecho Penal Internacional es acabar con la impunidad y remitir a los autores de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional. Con la creación de la CPI existe por primera vez un instrumento central de imposición del Derecho Penal Internacional. Se ve complementado por la persecución penal nacional de crímenes cometidos alcanzados por el derecho penal. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto disuasorio más importante y con ello -en el más largo plazo- una disminución de las violaciones a los derechos humanos. A fin de consolidar y mejorar este sistema para hacer así realidad las esperanzas que despierta, obviamente será necesario eliminar las limitaciones inherentes a la CPI y aquéllas otras externas. El mejor camino para llegar a este objetivo es el incremento permanente de los estados parte, para conferirle al ECPI la máxima eficacia global posible.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHLBRECHT, HEIKO (1999). *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Baden-Baden.

AMBOS, KAI *(1995)*. "Straflosigkeit (impunity) von schweren Menschenrechtsverletzungen und die Rolle des Völkerstra, en Jörg Arnold - Björn Burkhardt - Walter Gropp - Hans-Georg Koch (eds..), *Grenzüberschreitungen. Beiträge zum 60. Geburtstag von Albin Eser*, Freiburg i.Br., pp. 249-277.

- *(1996)*. "Impunidad", Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 79, pp. 355-370.

- (1997). Besprechung von Astrid Becker, Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts. Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1997, pp. 603-604.

- (1997). *Nuremberg Revisited. Das Bundesverfassungsgericht, das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot. Strafverteidiger (StV)*, pp. 39-43.

- (1997). *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen. Zur "impunidad" in südamerikanischen Staaten aus völkerstrafrechtlicher Sicht*, Freiburg i.Br.

- (1999). "Anmerkung zu BGH NStZ 1999", p. 396. Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), pp. 404-406.

- (1999). *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

- Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt. En: Jana Hasse/Erwin Müller/Patricia Schneider (Hrsg.)(2001). *Humanitäres Völkerrecht*, Baden-Baden, pp. 325-353.

- (2004). *Los crímenes del nuevo Derecho Penal Internacional*, Bogotá, Ibáñez, 2004.

- (2004). *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlin 2002, 2. unveränderte Auflage 2004.

ARNOLD, JÖRG *(2000)*. "Kriminelle Vereinigung und organisierte Kriminalität in Deutschland und anderen europäischen Staaten", en Vincenzo Militello - Jörg Arnold - Letizia Paoli (eds.), *Organisierte Kriminalität als transnationales Phänomen. Erscheinungsformen, Prävention und Repression in Italien, Deutschland und Spanien*, Freiburg i.Br., pp. 87-178.

ASKIN, KELLY D. (1999). "Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court", en *Criminal Law Forum (CLF)* 10, pp. 33-59.

BASSIOUNI, CHERIF M. *(1985)*. "The Proscribing Function of International Criminal Law in the Process of International Protection of Human Rights", en *Festschrift für Jescheck, Band II*, Berlin, pp. 1453-1475.

- (1999). *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, The Hague.

BECKER, ASTRID *(1996)*. *Der Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit. Überlegungen zur Problematik eines völkerrechtlichen Strafrechts*, Berlin.

BERGSMO, EN AMBOS - GUERRERO (eds.), *El Estatuto de Roma de la CPI*, Bogotá (Universidad Externado) 1999.

BIELEFELDT, HEINER *(1998). Philosophie der Menschenrechte*, Darmstadt.

BLANKE, THOMAS *(1999).* "Recht und Moral im Kosovo-Krieg. Eine Auseinandersetzung mit JÜRGEN HABERMAS", en *Kritische Justiz (KJ)*, pp. 410-425.

BOOT, MACHTELD *(1999).* "Commentary (Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-T) ", en André Klip - Göran Sluiter (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals. The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1993-1998.* Antwerp et al. 1999, pp. 452-456.

- (2002). *Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court.* Antwerpen et al. 2002.

BOTHE, MICHAEL *(1995).* "War Crimes in Non-International Armed Conflicts", en *Israel Yearbook on Human Rights (IYHR)* 24, pp. 241-251.

BREMER, KATHRIN *(1999). Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht*, Frankfurt a.M.

BRUER-SCHÄFER, ALINE (2001). *Der Internationale Strafgerichtshof*, Frankfurt a.M.

EISENBERG, ULRICH *(1980). Kriminologisch bedeutsames Verhalten von Staatsführungen und ihren Organen. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (MschrKrim)*, pp. 217-231.

FIGUEIREDO DIAS, JORGE de (1995). "Resultate und Probleme7 beim Aufbau eines funktionalen und zweckrationalen Strafrechtssystems", en Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für* Claus Roxin, Köln u.a., pp. 357-366.

FISCHER, HORST *(2000).* "The Jurisdiction of the International Criminal Court for War Crimes: Some Observations Concerning Differences between the Statute of the Court and War Crimes Provisions in other Treaties", en Volker Epping - Horst Fischer - Wolff Heintschel von Heinegg (eds.), *Festschrift für Knut Ipsen*, München, pp. 77-101.

FISCHER, THOMAS - CUBIDES C., FERNANDO *(2000).* "Paramilitarismus in Kolumbien. Von der Privatjustiz zum politischen Akteur? ", en Thomas Fischer - "Michael Krennerich (eds.), *Politische Gewalt in Lateinamerika*, Frankfurt a.M., pp. 113-132.

GIL GIL, ALICIA *(1999). Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid.

- (2000). "Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermords im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 112, pp. 381-397.

HABERMAS, JÜRGEN *(1999).* "Bestialität und Humanität", *Die Zeit* (Hamburg), 29.4.

HASSEMER, WINFRIED *(1999).* "Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturellen Strafrechts", en *Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., pp. 157-180.

- (2000). "Staatsverstärkte Kriminalität als Gegenstand der Rechtsprechung. Grundlagen der "Mauerschützen"-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts", en Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, München, pp. 439-463.

HÖFFE, OTFRIED *(1999). Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München.

- (1999). *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M.

- (2000). "Proto-Strafrecht: Programm und Anfragen eines Philosophen" en Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, pp. 307-337.

JÄGER, HERBERT *(1980).* "Gedanken zur Kriminologie kollektiver Verbrechen", *MschrKrim*, pp. 358-365.

- "Versuch über Makrokriminalität". StV 1988, pp. 172-179.

- (1989). *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt.*

- (1995). "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts", en Gerd Hankel - Gerhard Stuby (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen: Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburg, pp. 325-354.

- (1998). "Ist Politik kriminalisierbar?", en Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Frankfurt a.M., pp. 121-138.

JESCHECK, HANS-HEINRICH *(1952). Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, Bonn.

- (1981). "Development, Present State and Future Prospects of International Criminal Law", en *Revue Internationale de Droit Pénal (RIDP)* 52 (1981), pp. 337-362.

JESCHECK, HANS-HEINRICH - *Weigend, Thomas (1996). Lehrbuch des Strafrechts.* Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Berlin.

KAISER, GÜNTHER *(1996). Kriminologie.* 3. Aufl., Heidelberg.

KITTICHAISAREE, KRIANGSAK *(2001). International Criminal Law*, Oxford.

KREß, CLAUS *(1999).* "Der Jugoslawien-Strafgerichtshof im Grenzbereich zwischen internationalem bewaffneten Konflikt und Bürgerkrieg", en Horst Fischer/Sascha Rolf Lüder (eds.), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem internationalen Strafgerichtshof. Beiträge zur Entwicklung einer effektiven internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlin, pp. 15-62.

- (2000). *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, Baden-Baden.

KURTENBACH, SABINE *(1997).* "Guerillabewegungen in Kolumbien" en Werner Altmann - Thomas Fischer - Klaus Zimmermann (eds.), *Kolumbien heute. Politik, Wirtschaft, Kultur*, Frankfurt a.M., pp. 235-254.

LAGODNY, OTTO (2001). "Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs", en *ZStW* 113, pp. 800-826.

LATTANZI, FLAVIA *(2001).* "Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda", en Horst Fischer/Claus KREß/Sascha Rolf Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, Berlin, pp. 473-504.

MAKAROV, ALEXANDER *(1968).* "Betrachtungen zum internationalen Strafrecht", en Born/Lange (eds.), *Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen, pp. 253-273.

MCAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET *(2000).* "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", en *Human Rights Quarterly (HRQ)* 22 (2000), pp. 335-403.

MERKEL, REINHARD *(1993).* "Politik und Kriminalität. Über einige vernachlässigte Probleme der deutsch-deutschen Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht", en Sigfried Unseld (ed.), *Politik ohne Projekt?*, Frankfurt a.M., pp. 298-332.

MERON, THEODOR *(1995)*. "International Criminalization of Internal Atrocities", en *American Journal of International Law (AJIL)* 89, pp. 554-577.

- (1996). "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law", en *AJIL* 90, pp. 238-249.

- (1999). "The Crimes under the Jurisdiction of the International Criminal Court", en Herman von Hebel - Johan G. Lammers - Jolien Schukking (eds.), *Reflections on the International Criminal Court. Essays in honour of Adriaan Bos*. The Hague, pp. 47-55.

MOMTAZ, DJAMCHID *(1999)*. "War Crimes in Non-International Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court", en *Yearbook of International Humanitarian Law (YIHL)* 2 (1999), pp. 177-192.

NAUCKE, WOLFGANG *(1996)*. *Strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt a.M.

OEHLER, DIETRICH *(1983)*. *Internationales Strafrecht*, Köln u.a., 2. Aufl.

PRITTWITZ, CORNELIUS *(1998)*. "Einleitung", en Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band III: Makrodelinquenz, Frankfurt a.M., pp. 7-26.

ROBINSON, DARRYL *(1999)*. "Crimes against Humanity: Reflections on State Sovereignity, Legal Precision and the Dictates of the Public Conscience", en Flavia Lattanzi - William A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Volume I, Ripa Fagnano Alto, pp. 139-169.

- (2003). "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", en *European Journal of International Law* 14, 481 y ss.

ROBINSON, DARRYL - *Hebel, Herman von (1999)*. "War Crimes in Internal Conflicts: Article 8 of the ICC Statute", en *YIHL* 2, pp. 193-209.

ROGALL, KLAUS *(2000)*. "Bewältigung von Systemkriminalität", en Claus Roxin/Gunter Widmaier (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht, Strafprozeßrecht*, München, pp. 383-438.

RÖSSNER, DIETER *(1999)*. "Kriminalrecht als Kontrollinstitution", en Otfried Höffe, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., pp. 121-139.

ROTSCH, THOMAS *(1999)*. "Unternehmen, Umwelt und Strafrecht - Ätiologie einer Misere". Teil 1. Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (wistra), 321-327; Teil 2 wistra, pp. 368-375.

ROXIN, CLAUS *(2000)*. "Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft", en: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, pp. 369-395.

RÜTER, CHRISTIAAN FREDERIK *(1987)*. "Die strafrechtliche Ahndung von Staatsverbrechen, begangen durch Militär und Polizei", en Jörg Friedrich/Jörg Wollenberg (eds.), *Licht in den Schatten der Vergangenheit*, Frankfurt a.M., pp. 67-82.

SCHAACK, BETH VAN, "The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence". Columbia Journal of Transnational Law (ColJTL) 37 (1999), pp. 787-850.

SCHEERER, SEBASTIAN *(1993)*. "Kriminalität der Mächtigen", en Günther *Kaiser - Hans-Jürgen Kerner - Fritz Sack - Hartmut Schellhoss* (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch. 3. Aufl.*, Heidelberg, pp. 246-249.

- (2000). "Die Kriminalstrafe als Kulturerbe der Menscheit? (Kommentar)", en Albin Eser - Winfried Hassemer - Björn Burkhardt (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München, pp. 345-355.

SCHÜLER-SPRINGORUM, HORST *(1991)*. *Kriminalpolitik für Menschen*, Frankfurt.

SIMON, DIETER *(1999)*. "Kraftvoll zubeißen". (Frankfurter Allgemeine Zeitung) FAZ (Frankfurt a.M.), 18.6.1999, p. 53.

SOEFFNER, HANS-GEORG *(2000)*. *"Individuelle Macht und Ohnmacht in formalen Organisationen"*, en Knut Amelung (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, pp. 13-29.

STAHN, CARSTEN *(1999)*. *Internationaler Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht*, KJ, pp. 343-354.

STAHN, CARSTEN - *Eiffler, Sven-R. (1999)*. *Über das Verhältnis von Internationalem Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht anhand des Statuts von Rom. Kritische Virteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), pp. 253-277.

SUNGA, LYAL S. *(1998)*. *The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court*, Eur. J. CrimeCr.L.Cr.J. 6, pp. 377-399.

SWAAK-GOLDMAN, OLIVIA *(2000)*. "Crimes against Humanity", en Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, Volume I. Commentary. The Hague *et al.*, pp. 141-168.

SZABÓ, ANDRÁS *(1999)*. "Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?", en *Otfried Höffe, Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*, Frankfurt a.M., pp. 149-155.

TRIFFTERER, OTTO *(1966)*. *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i.Br.

- (1985). "VÖLKERSTRAFRECHT im Wandel?" en Theo Vogler (ed.), *Festschrift für H.-H. Jescheck*, Band II, Berlin, pp. 1477-1503.

- (1993). "Was kann das Völkerstrafrecht zur Bewältigung der Regierungskriminalität in der DDR beitragen?" en Ernst-Joachim Lampe (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtsheinheit. Arbeitskreis Strafrecht. Band II. Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung*, Köln usw., pp. 131-160

- (1994). "Regierungskriminalität durch Machtmißbrauch", en Günther Kaiser/Jörg-Martin Jehle (eds.), *Kriminologische Opferforschung*, Teilband I. Heidelberg, pp. 137-169.

- (1995). "Universeller Menschenrechtsschutz auch durch das Völkerstrafrecht? Von Nürnberg zum internationalen *Jugoslawien-Tribunal* in Den Haag", en *Politische Studien*, Sonderheft 1, pp. 32-55.

- (1996). "Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts", en *Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, pp. 321-343.

- (1998). "Gewalt und Völkerstrafrecht - Ein neues Gewaltmonopol zur Bekämpfung von Gewalt? ", en Klaus Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III: Makrodelinquenz*, Frankfurt a.M., pp. 272-376.

- (1999). "Der ständige internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum 'Rome Statute of the International Criminal Court' vom 17. Juli 1998", en Karl-Heinz Gössel/Otto Triffterer (eds.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Heidelberg, pp. 495-560.

VENTURINI, GABRIELLA *(1999)*. "War Crimes", en Flavia Lattanzi/William A. Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Volume I, Ripa Fagnano Alto, pp. 171-181.

VEST, HANS *(2001)*. "Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?", ZStW 113, 457-498.

- Verantwortlichkeit für wirtschaftliche Betätigung im Völkerstrafrecht? Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr) 119 (2001), 239-256.

WERLE, GERHARD *(2000)*. "Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht", en *Juristenzeitung (JZ)*, pp. 755-760.

WIESBROCK, KATJA *(1999)*. *Internationaler Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Private*, Berlin.

WOLTER, JÜRGEN *(1995)*. "Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem europäischen Strafrechtssystem", en Bernd Schünemann/Jorge de Figueiredo Dias (eds.), Bausteine des europäischen Strafrechts. *Coimbra-Symposium für Claus* Roxin, Köln u.a., pp. 3-34.

CAPÍTULO II

LOS FUNDAMENTOS DEL IUS PUNIENDI NACIONAL, EN PARTICULAR SU APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL*

* El texto está basado en el comentario extenso del autor sobre las reglas de competencia jurisdiccional (*Strafanwendungsrecht*, §§ 3-7 Strafgesetzbuch) en el Münchner Kommentar StGB, tomo 1, 1era ed. 2003. Traducción del alemán de José Antonio Santos Amáiz, Madrid; revisión del Prof. Andrés Ollero, Madrid y del autor.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: EL PRINCIPIO DE NO INTERVENCIÓN

Después de que BINDING en el año 1885 circunscribiese el ámbito del *ius puniendi* a la decisión soberana de cada Estado nacional[1], se está hoy de acuerdo en que sería inadmisible una extensión *ilimitada* de dicha potestad desde una perspectiva jurídico-internacional. Esto deriva ya de la resolución de la Corte Permanente de Justicia Internacional (*Permanent Court of International Justice* - "PCIJ") sobre el clásico caso Lotus de 1927; si bien ésta, como consecuencia de pasajes contradictorios, frecuentemente ha sido invocada para respaldar lo contrario. En el caso Lotus se reconoce ante todo el **principio de no intervención:**

> "La primera y más importante restricción que el Derecho Internacional impone a un Estado es la exclusión del ejercicio de *su* poder en el territorio de *otro Estado*"[2].

En consecuencia, el PCIJ parte, en principio, de un '*ius puniendi*' territorialmente limitado, que sólo cabe traspasar en el marco del derecho internacional:

> "En este sentido la potestad jurisdiccional está sin duda circunscrita a un ámbito espacial; no podría ser ejercitada fuera del propio territorio, si no fuera con fundamento en una regla de derecho consuetudinario internacional o de un convenio que lo permita. En estas circunstancias se puede requerir a un Estado que no traspase las fronteras que el derecho internacional establece a su ámbito competencial; dentro de estos límites el fundamento del ejercicio de su potestad jurisdiccional se encuentra en su soberanía"[3].

El principio de no intervención deriva en el moderno derecho internacional del art. 2,I de la Carta de Naciones Unidas, que establece el

---

[1] Binding *Handbuch des Strafrechts* t. I, 1885, p. 374: "El alcance de su derecho penal lo determina cada Estado soberano...".

[2] *Permanent Court of International Justice* (PCIJ), Serie A, n 9, p. 18, (subrayados del autor).

[3] *PCIJ*, ibídem.

principio de la igualdad soberana de los Estados. Éste se aplica tanto *verticalmente*, en la relación de Naciones Unidas con los Estados (Art. 2,7 de la Carta), como de forma más débil[4] *horizontalmente* en las relaciones interestatales[5]. La proyección del *ius puniendi* nacional sobre casos extraterritoriales puede representar una *intervención* en los asuntos internos de Estados soberanos, al afectar a su competencia *exclusiva* para el ejercicio de la potestad sancionadora penal en su propio territorio, obligándole a soportar el ejercicio de un *ius puniendi* "extranjero", en la medida en que el Estado extranjero ejercita su *propio* "poder de prohibición" en territorio *ajeno*. Al mismo tiempo esto puede constituir una *intervención* contraria al derecho internacional, si se constata una eficacia coactiva o una intensidad de la intromisión suficientes.

Este latente **conflicto de soberanías** ofrece considerables motivos de conflicto, ya que lo que para un Estado es soberano ejercicio de su derecho penal, es para el otro una intervención en sus asuntos internos[6]. Como una de las tareas del derecho internacional es prevenir tales conflictos, el *principio de no intervención* representa el *límite* jurídico-internacional del ejercicio del '*ius puniendi*' estatal. Todo ello es también constatable[7] en numerosos acuerdos de derecho internacional[8]. La

[4] La prohibición de intervención interestatal protege sólo frente a una injerencia bajo la amenaza o ejercicio de la fuerza (FISCHER, en Ipsen *Völkerrecht* 1999, 4ª edición, § 59 numero marginal = nm. 50), mientras el art. 2,7 de la Carta protege a los Estados de toda injerencia de Naciones Unidades en los asuntos de *domaine reservé* (FISCHER, ibidem, § 15, nm. 65).

[5] Matizando Ziegenhain Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses 1992, pp. 33 y s.

[6] Cfr. JENNINGS/WATTS *Oppenheim's international law* 1992, p. 457.

[7] Desde una perspectiva alemana: Resoluciones del Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) tomo 63, pág. 343 (369); 77, 137 (153); 92, 277 (320 y s.); también en Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2001, 240, 81; Resoluciones del Tribunal Supremo en materia penal (BGHSt) t. 27, pág. 30 (32); 34, 334 (336); BGH-Rechtsprechung in Strafsachen (BGHR) Strafgesetzbuch (StGB) § 6 no. 1 Völkermord 1; BGH NStZ 1994, 232 (233); BGH NStZ 1999, 236; BGH Juristische Rundschau (JR) 1977, 422 (423); Bayerisches Oberstes Landgericht (BayObLG) Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, 393.

[8] Cfr. últimamente al respecto la Convención de la ONU sobre el crimen organizado internacional del 3.11.2000 (documento de la ONU A/55/383/Add.1), que somete el principio de personalidad (activa y pasiva) al de la no intervención (Art. 15,2 en relación con el 4).

aceptación de una posible *competencia-sobre la competencia de los Estados*, como la que todavía se defiende en parte en la moderna literatura penalista[9], es incompatible con ese escenario jurídico, porque implica una subordinación del derecho internacional al derecho nacional. Este punto de vista ignora que, con el reconocimiento de la igualdad de los Estados, los conflictos derivados de la superposición de ámbitos de soberanía sólo pueden resolverse a través de un ordenamiento jurídico supranacional o transnacional, si no se quiere que prevalezca la ley del más fuerte, es decir, la del Estado nacional más poderoso. Partimos, por tanto, de una *competencia sobre la competencia del derecho internacional*[10].

II. EL DOBLE REQUISITO DEL IUS PUNIENDI NACIONAL

Se admite ciertamente que el derecho internacional no contiene, aparte del límite general del principio de no intervención, *ninguna regla concreta* para establecer límites al *ius puniendi* nacional. Para aclarar la compatibilidad de la extensión del *ius puniendi* con el principio de no intervención debe practicarse siempre un *examen en dos fases*. En una *primera* se comprueba si el caso de referencia muestra una especial *relación de afinidad* o un contacto suficiente con el Estado que pretende ejercer el *ius puniendi*, o, en otras palabras, si existe un **punto de conexión** suficiente. La Corte Internacional de Justicia (*International Court of Justice* - ICJ), a la hora de apreciar la relación entre un Estado y una persona natural necesaria para el ejercicio de la protección diplomática, ha exigido una *real link* o bien una *genuine connection*[11]. La jurisprudencia alemana ha remitido, desde siempre, a un

[9] GRIBBOHM en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch* 2003, 11ª edición, t. 1, §§ 1-31, especialmente § 3, nm. 145; también ESER en SCHÖNKE/Schröder *Strafgesetzbuch, Kommentar* 2001, 26ª edición, Vorbemerkung §§ 3-7, nm. 11.

[10] Cfr. ya Jescheck Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, en: Internationales Recht und Diplomatie (IRuD) 1956, 75 (83); Rosswog Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalitätsprinzips mit dem Völkerrecht 1965, p. 36 y s.

[11] INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ) Reports 1955, 3, 4, 23 (*Nottebohm*); Véase también *Barcelona Traction*, ICJ Reports 1970, 1, 42: 'test of genuine connection' también con respecto a personas jurídicas; cfr. también el Art. 5 el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 (Boletín Legislativo Federal (BGBl) 1972 II p. 1089; 1975 II p. 843); Art. 91.1 p. 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (BGBl 1994 II p. 1798; 1995 II p. 602).

punto de conexión "razonable" o "legítimo"[12]; si falta tal punto de conexión, se vulnera el principio de no intervención.

Tales puntos de conexión legítimos constituyen los **principios del Derecho Penal Internacional** o, más exacto, derecho penal de competencias, a saber: el principio de territorialidad y el del pabellón, el principio de personalidad activa y pasiva, el principio real. El principio de justicia criminal supletoria y el principio de justicia o jurisdicción universal renuncian, por el contrario, al requisito de un punto de conexión legítimo. En el primer caso, un Estado ejercita su potestad jurisdiccional penal supliendo a otro; esto supone, como veremos más adelante, que cuenta con su consentimiento. Se excluye con ello una intervención antijurídica en los asuntos internos de ese Estado. Con el principio de jurisdicción universal nos hallamos ante la protección de bienes jurídicos tan excepcionales que ningún Estado puede ejercer sobre ellos soberanía nacional exclusiva. En consecuencia tampoco ésta podría verse vulnerada. Analizaremos todos estos principios más adelante (infra III.).

Sólo cuando se cuenta con un punto de conexión legítimo surge una *presunción* favorable de la legalidad y legitimidad de la extensión del *ius puniendi*. Y con ello llegamos a la **segunda fase** o al segundo nivel y examinamos si a la extensión del *ius puniendi* legitimada por un punto de conexión *abstracto* se opone en ese caso *concreto* una expresa prohibición jurídico-internacional. Para ello sólo entran en juego como principios generales, la *prohibición* de la *arbitrariedad* y del *abuso del derecho*[13] y apenas cabe encontrar una norma prohibitiva jurídico-internacional más específica. En lo esencial tiene lugar en esta segunda fase un examen material jurídico-internacional de si el punto de conexión *general-abstracto* legitima también el *concreto* ejercicio de la potestad jurisdiccional, o sea si se muestra de hecho como razona-

[12] BVerfGE 63, 343 (369); 77, 137 (153); 92, 277 (320 y s); Resolución de 12.12.2000 2 BvR 1290/99= Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 2001, 76 = NStZ 2001, 240; BGHSt 27, 30 (32); BGHSt 34, 334 (336); BGHSt 45, 60 (65); cfr. sin embargo en relación al § 6 no. 9 recientemente BGHSt 45, 292 (306 y s.).

[13] Sobre la prohibición de la arbitrariedad cfr. Wendt *Das passive Personalitätsprinzip* 1965, p. 98 y s.; Martin *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen* 1989, p. 142; Henrich *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht* 1994, p. 186 y ss.; sobre la prohibición del abuso de derecho cfr. ya DAHM *Zur Problematik des Völkerstrafrechts* 1956, p. 38 y s.; Rosswog (nota 10), p. 158 y ss.; Zieher *Das sogenannte Internationale Strafrecht nach der Reform* 1977, p. 67 y s.; discrepando Pappas *Stellvertretende Strafrechtspflege* 1996, p. 89.

ble ('reasonable'[14]) en relación a la extensión del *ius puniendi* que lleva consigo. Por ello, generalmente se aplica el principio de la moderación y limitación en el ejercicio extraterritorial del *ius puniendi* que el juez FITZMAURICE formuló en el caso Barcelona Traction como regla de conducta estatal[15].

En *concreto*, es necesario una **ponderación de los intereses de Estado y soberanía afectados**, que ha resolverse en el sentido de un *mandato de optimización jurídico-internacional* semejante al principio jurídico-constitucional de concordancia relación a otros Estados sólo en la medida en que sea *necesario*, para no vulnerar de modo indebido sus intereses[16]. Se da una violación indebida cuando el interés del Estado lesionado en su soberanía es prevalente respecto al del Estado que pretende ejercitar su *ius puniendi* extraterritorialmente, con lo que tal ejercicio implica una intervención inadmisible en los asuntos internos del Estado afectado.

La *caracterización dogmática* de los puntos de conexión es discutida. Son calificados como "indicadores"[17], "ejemplos típicos"[18] o "instrumentos de ponderación"[19]. Generalmente, se los equipara a los llamados principios de Derecho Penal Internacional, regulados en el §§ 3-7 del Código Penal alemán; así, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) reconoce como puntos de conexión el principio de territorialidad, el de protección, el de personalidad activa y pasiva o el de jurisdicción universal, así como, el principio de justicia criminal supletoria[20]. Aquí, sin embargo, es preciso ser precavido. Los

[14] Cfr. Oxman *Jurisdiction of States* "Encyclopedia of Public International Law" (EPIL) III, 1997, 55 (56).

[15] FIZMAURICE ICJ Reports 1970, 1 (Barcelona Traction), p. 105: estatal "obligation to exercise moderation and restraint ... and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly ... exercisable by another State". También COUNCIL OF EUROPE *Extraterritorial criminal jurisdiction* 1990, p. 21.

[16] Cfr. detalladamente Ziegenhain (nota 5), p. 36 y ss.

[17] Henrich (nota 13) p. 21 y s.; en desacuerdo Scholten *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit* en § 7 StGB, 1995, p. 61.

[18] Pappas (nota 13) p. 84.

[19] Pappas (nota 13) p. 87.

[20] BVerfGE 92, 277 (320 s.); BverfG EuGRZ 2001, 76 (81); cfr. también VERDROSS/SIMMA *Universelles Völkerrecht* 1984, 3ª edición, § 1183; Geiger *Grundgesetz und Völkerrecht* 1994, § 68 II; Doehring *Völkerrecht* 1999, nm. 1155.

principios del derecho penal de competencia *nacional* no suponen *per se* un punto de conexión legítimo en sentido del derecho *internacional*, porque no fueron creados con miras al principio de no intervención sino con arreglo a consideraciones de política criminal o intereses meramente nacionales. Desde el punto de vista del derecho *internacional* tales principios -y por tanto los del Derecho Penal Internacional alemán- no pueden considerarse vinculantes sin más[21], sino sólo en la medida en que resulten compatibles con el principio de no intervención. Esto quiere decirse cuando se reclama una fundamentación jurídico-internacional de los principios (nacionales) de conexión[22]. Que el principio de no intervención no se deje traducir con trazos *claramente perfilados* al ejercicio del *ius puniendi* nacional no debe conducir a que no se le preste atención; precisamente porque su vulneración acarrearía también consecuencias intraestatales: expresa en efecto una regla general de derecho internacional, en el sentido del Art. 25 de la Ley Fundamental alemana y, como tal, tiene prioridad sobre las leyes ordinarias[23].

III. LOS PRINCIPIOS CONCRETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

1. Punto de partida: el principio de territorialidad

El principio de territorialidad vincula al *lugar de los hechos* y asigna en consecuencia a cualquier Estado el *ius puniendi* sobre todos los actos cometidos en el territorio sobre el que ejerce su soberanía. El principio es absolutamente *razonable* desde el punto de vista político-criminal, dada la proximidad de dicho Estado al hecho realizado, y es *reconocido* en el derecho internacional como expresión de la soberanía interna de ese Estado[24]. Esto se ve de nuevo confirmado por

[21] Así si bien tendencialmente GRIBBOHM (nota 9) nm. 147.

[22] Roggemann *Strafrechtsanwendung und Rechtshilfe zwischen beiden deutschen Staaten* 1975, p. 13 y s.; de acuerdo LEMKE en *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch Loseblattausgabe*, 2002, Vorbem. §§ 3-7, nm. 4.

[23] BGHSt 27, 30 (31 y s.); cfr. también HOLTHAUSEN NJW 1992, 214; del mismo autor NStZ 1992, 269.

[24] Cfr. PCIJ (nota 2) así como las 'dissenting opinions' de WEISS ibídem, p. 44; NYHOLM ibídem, p. 59, 62; ALTAMIRA ibídem, p. 95; cfr. también *Harvard Draft* Harvard University (ed.) 'Draft Convention on jurisdiction with respect to crimes' ("Harvard Draft"), American Journal of International Law (AJIL) 29, (1935), p. 480; COUNCIL OF EUROPE (nota15), p. 8; AMNESTY INTERNATIONAL *Universal Jurisdiction*, cap. I, p. 4 y ss.; Rosswog (nota 10) p. 172 y s.; Henzelin *Le principe de l'universalité en droit pénal international* 2000, p. 24, 126 y ss.; DAHM (nota 13) p. 27 y s.; GRIBBOHM (nota 9), nm. 126; JENNINGS/WATTS (nota 6) p. 458; GLORIA en: Ipsen (nota 4) § 23 nm. 3 y s.; VERDROSS/SIMMA (nota 20) § 1184; Brownlie *Principles of Public International Law* 1998, p. 303; Danilenko *The Statute of the ICC and Third States* Michigan Journal of International Law 21 (2000), 445 (457); FRIMPONG en: ESER/LAGODNY (eds.) *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law* 1992, p. 30.

el Art. 12.2(a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma),[25] al hacer depender su competencia, entre otras cosas, de que el *Estado del lugar del hecho* sea parte en el Estatuto[26]. Esta posición jurídica-internacional se ve apoyada por el derecho comparado y transnacional, que ha configurado desde tiempo inmemorial el principio de territorialidad como punto de partida del derecho penal de competencias en los principales sistemas jurídicos, del ámbito angloamericano o del continental europeo, así como en la praxis internacional de solución de conflictos interestatales. Su indiscutible ventaja radica en que la limitación de la competencia penal al territorio nacional excluye '*a limine*' colisiones *interestatales* sobre el ejercicio del *ius puniendi*.

Sin embargo, un análisis del derecho internacional y comparado pone en evidencia que el principio de territorialidad **nunca** fue reconocido de modo **absoluto** en el sentido de que el derecho penal nacional realmente renuncia a extender su ámbito de aplicación. Ya se advirtió en el caso *Lotus*, que el principio no tiene validez absoluta y en modo alguno es identificable con la soberanía territorial[27]; que de hecho "casi todas ... las legislaciones extienden su ámbito de validez a conductas punibles perpetradas fuera de su territorio"[28]. Existen, por ello, diferentes *técnicas de ruptura* del principio de territorialidad. Junto a la conexión con la *nacionalidad* -sea del autor en el sentido del principio de personalidad activa (más abajo, epígrafe 2) o de la víctima en el sentido del principio de personalidad pasiva (epígrafe 3.2)- es preciso remitir ya en este contexto al *principio del efecto* o al *principio del pabellón*.

[25] UN-Dok. A/Conf. 183/9; www,un.org/icc

[26] Ambos *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 111 (1999), 181.

[27] PCIJ (nota 2) p. 24: "territoriality of criminal law ... not an absolute principle of international law".; cfr. también JENNINGS/WATTS (nota 6) p. 457, 468.

[28] PCIJ (nota 2) p. 20.

1.1. El principio del efecto ('effects principle')

De acuerdo con el principio del efecto puede el *ius puniendi* fundamentarse *territorialmente* en que la acción realizada en el extranjero ha desplegado sus *efectos* en el interior del país que pretende ejercer la competencia penal: que -en términos jurídicos- uno de los elementos típicos del hecho exigibles para la consumación del delito tuvo lugar en el territorio nacional, particularmente cuando el mismo resultado del hecho se produce en este territorio. El caso típico es el del disparo mortal *doloso* sobre la frontera: A dispara desde el territorio del Estado X contra B que se encuentra en territorio del Estado Y. El lugar de la acción (disparo de A en el Estado X) y el del resultado (muerte de B en el Estado Y) no coinciden; de acuerdo con el principio del efecto tiene competencia para juzgar al asesino A no solamente el Estado X (desde donde actuó A) sino también el Estado Y, porque en su territorio se produjo el efecto o resultado de la acción de A, por lo que este Estado es también *Estado territorial* en cuanto al ejercicio de la competencia penal. Por ello, el principio del efecto puede entenderse como *sub-caso* del *principio de territorialidad*[29].

El principio del efecto fue aducido, como se sabe, en el caso *Lotus* para fundamentar la jurisdicción turca, pero es de dudosa aplicación cuando los efectos/resultados son causados por *negligencia (imprudencia)*, porque el autor que se comporta (sólo) de modo no diligente no sabe normalmente dónde repercutirá su conducta. Por ello en tales casos debería el hecho ser punible tanto de acuerdo con el derecho del lugar de la acción como con el del lugar del resultado. (exigencia de *doble* incriminación en el lugar del hecho)[30].

El principio del efecto es hoy *reconocido* en el derecho internacional[31]. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró en el caso *Ahlstrom v. Comission*[32] aplicable el Art. 85 del Tratado de la Comunidad con fundamento en el principio de territorialidad; porque acuerdos pactados sobre los precios *fuera* del territorio de la Comunidad se implementaron *adentro* del territorio, cobrando así un efecto: "the decisive factor is ... the place where it [el acuerdo sobre los precios, K.A.] is implemented"[33]. El abogado general del Tribunal en su informe ha hecho notar que el principio del efecto se apoya en el mismo Art. 85[34] y el Tribunal lo avaló por lo demás; se apoya en el principio de *territorialidad objetivo* y es (por eso) compatible con el derecho internacional[35]. También la Comisión ha aplicado en varias ocasiones el principio del efecto[36]. Sin embargo, la viabilidad jurídico-internacional del principio ha de apoyarse, por falta de una praxis estatal uniforme, menos en el derecho consuetudinario internacional que en los principios generales del derecho internacional, en el sentido del Art. 38.1,c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia[37].

El derecho *alemán* aúna los principios de territorialidad subjetivo y objetivo en el principio de ubicuidad, entendido éste como *lugar* de comisión del hecho, tanto *lugar de la acción* (territorialidad subjetiva), como también *lugar del resultado* (territorialidad objetiva). Para el § 9 inc.1, 3era alternativa del CP alemán (*Strafgesetzbuch* - StGB) bastaría incluso con la mera intención de causar del resultado.

---

[29] Otro punto de vista Doehring (nota 20) nm. 823, que lo orienta hacia el principio de protección en sentido amplio.

[30] En cuanto a la consecuencia incluso Kunig/Uerpmann "Jura" 1994 186 (193), que sin embargo exigen equivocadamente la punibilidad acorde con el derecho del *lugar del hecho* en vez de con el *lugar del resultado*: se trata de hecho de una doble idéntica punibilidad con arreglo al lugar del acción y del resultado, consideradas ambas jurídicamente como lugar del hecho.

[31] Akehurst *Jurisdiction in international law* British Year Book of International Law (BYIL) 46 (1972/73), 145 (152).

[32] International Law Reports (ILR) 1996, 148 (177).

[33] Ibídem. p. 196 y ss.

[34] Ibídem. p. 175 y s. El Art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (EGV) se refiere a acuerdos y comportamientos que *tengan como efecto* una alteración de la competencia dentro del Mercado Común (subrayado del autor).

[35] Ibídem. p. 177 y ss.

[36] Meng *Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of Foreign Relations Law* "Archiv des Völkerrechts" (AVR) 27 (1989), 156 (183); referencias a tratados internacionales en Oehler *Neuerer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen*, Festschrift Carstens, 1984, p. 436 y ss.

[37] Del mismo modo Meng (nota 36) p. 183; cfr. sobre la problemática de las fuentes en el derecho internacional también Ambos *Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen* AVR 37 (1999), 328 y ss.

1.2. El principio del pabellón

El principio del pabellón atribuye el poder soberano sobre buques, aeronaves y vehículos espaciales al Estado cuyo pabellón enarbolen o bajo el que estén registrados; del punto de vista del derecho internacional poseen su "nacionalidad". El Estado del pabellón ejercita por ello el *ius puniendi* sobre hechos realizados en los buques o aeronaves, con independencia de en qué lugar se consumen o cuál sea la nacionalidad de los autores En consecuencia, el § 4 del CP alemán dispone que el derecho penal será aplicable a los hechos cometidos en una aeronave o buque alemán. El principio del pabellón fue reconocido ya en el caso Lotus:

> "Es ciertamente correcto, que ... los buques en alta mar sólo están sometidos al poder del Estado, cuya bandera enarbolan"[38].

Sin embargo, su reconocido *parentesco* con el principio de territorialidad se limita a la posible extensión de la competencia penal pero no implica ninguna ampliación del *territorio* nacional:

> "... un buque en alta mar resulta *equiparado* al territorio del Estado cuyo pabellón enarbola; pues, *como en ese territorio*, el Estado ejerce allí su poder y ningún otro Estado podrá hacerlo"[39].

Del punto de vista del derecho internacional el principio del pabellón no es sino una pragmática extensión *extraterritorial* de la soberanía y del *ius puniendi*, para así evitar, por razones de orden y protección, lagunas de competencia penal en alta mar o en el espacio aéreo. Esto lleva consigo que se produzca en el mar territorial una competencia concurrente con la del Estado ribereño. El art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar dice en consecuencia:

> "La jurisdicción penal del *Estado ribereño* no debería ejercerse a bordo de un buque extranjero que pase por el mar territorial, salvo en los siguientes casos:..."

Falta ciertamente una previsión análoga a la de este artículo aplicable a las aeronaves, pero según la opinión dominante les es aplicable

[38] PCIJ (nota 2) p. 24 y ss (p. 25).

[39] PCIJ (nota 2) p. 25 (subrayados del autor).

el principio del pabellón también cuando se encuentran todavía en tierra[40].

2. El principio de personalidad activa

En el principio de personalidad activa el *ius puniendi* se conecta con la *nacionalidad del autor*, con independencia del lugar del hecho. La implícita aplicación extraterritorial del derecho nacional a los propios nacionales por hechos cometidos fuera del territorio nacional radica en el principio internacional de *soberanía personal* (principio de personalidad, *principle of nationality*). Tal principio está reconocido en derecho internacional y se ha extendido también en el derecho extranjero, al generarse la necesidad práctica de recurrir a él, especialmente en aquellos sistemas jurídicos que prohíben la extradición de los propios nacionales; o sea, de modo particular, en los del ámbito jurídico continental europeo, a los que siguen la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Así el Art. 16 inc. 2 de la Ley Fundamental alemana establece que un alemán, como regla, no puede ser entregado a un país extranjero. Se exceptúa sólo la entrega a Estados de la Unión Europea o a la Corte Penal Internacional. Por tanto, si un alemán incurre en un delito fuera del territorio de la Unión Europea, podría eludir la persecución penal, con sólo regresar a Alemania y apelar a la mencionada previsión de la Ley Fundamental.

Al someterse en el extranjero a los nacionales propios al *ius puniendi* nacional, sin exigir una idéntica *norma penal el lugar del hecho* o sea la doble incriminación de la conducta (principio **absoluto** de personalidad activa), se entra en conflicto con el derecho internacional de extranjería y con la pretensión de soberanía del Estado territorial. Si se supone que el extranjero debe observar el ordenamiento jurídico del Estado territorial o Estado receptor, al que normalmente se dirigió por propia voluntad, sometiéndose también de acuerdo con el principio de territorialidad a su *ius puniendi*, no le parecerá razonable verse perseguido por su Estado de origen por una conducta que no sea punible en el Estado receptor, en el que en ese momento reside. El *ius puniendi* que pretende ejercer su Estado de origen no respeta a la vez el ordenamiento jurídico del Estado receptor, en la medida en que no tiene en cuenta su decisión de no considerar punible la conducta en cuestión. Con este trasfondo, el principio absoluto de personalidad activa sólo

[40] Ambos en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch* 2003 (nota *), § 4 nm. 12.

puede justificarse con una *sobrevaloración ideológica* de la conexión entre Estado de origen y autor, vinculada a un punto de vista basado meramente en la nacionalidad; primaría pues el *deber de lealtad* al país de origen[41]. Pesa en éste más la realización de planteamientos valorativos jurídico-penales que el respeto al principio de no intervención.

El planteamiento de un Estado con querencia autoritaria, que cobra así expresión, ha sido clásicamente rechazado por el derecho internacional por su escaso respeto al principio de no intervención[42], ya que subordina totalmente el individuo a la voluntad estatal. Esto es *plenamente* inaceptable para el derecho internacional, cuando el principio absoluto de personalidad activa -como ocurrió durante el nacionalsocialismo con su decreto del ámbito de validez del derecho penal alemán (*Geltungsbereichsverordnung*) del 6.5.1940[43]- se convierte en la regla[44]. Como *resultado* de ello deriva que el principio de personalidad activa sólo no ofrece inconveniente para el derecho internacional cuando, más allá de la nacionalidad del autor, o bien exige una idéntica norma penal del lugar del hecho (doble incriminación) o se combina con otro punto de conexión más aceptado. Sólo entonces cabe hablar de un **principio de personalidad activa limitado** que es compatible con el derecho internacional y puede también jugar en interés del Estado territorial, en la medida en que éste descarga a su justicia penal.

Una variante del principio de personalidad activa es el **principio del domicilio.** La *raison d'être* de este principio radica en que la concesión de la nacionalidad por un Estado no constituye automáticamente un punto de conexión suficiente desde el punto de vista del derecho

[41] V.Weber *Deutsches Steuerrecht* 1940, 182 (186); Doehring (nota 20) nm. 814; Schröder *Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht* "Juristenzeitung" (JZ) 1968, 241; crítico también Jescheck (nota 10) 75 (83 y s.); Vogler *Entwicklungstendenzen im Intern. Strafrecht* Festchrift Maurach, 1972, p. 595 (597 y s.); Oehler *Internationales Strafrecht* 1983, nm. 139; GRIBBOHM (nota 9) nm. 132.

[42] También crítico, COUNCIL OF EUROPE (nota 15) p. 27 y s.; Jescheck (nota 10) 75 (80 y ss.).

[43] Reichgesetzblatt (RGBl) 754; al respecto BGH 4 Strafrecht (StR) 339/51 = NJW 1951, 769.

[44] Sobre su carácter antijurídico internacional también Mayer *Völkerrecht und internationales Strafrecht* Juristenzeitung (JZ) 1952, 609 y s.; Rosswog (nota 10) p. 173 y ss. (175) con referencias adicionales; ESER (nota 9) nm. 3; LEMKE (nota 22) nm. 4.

internacional. La Corte Internacional de Justicia, en el llamado caso Nottebohm[45], lo formuló del siguiente modo:

> "nationality is a legal band having at its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence of reciprocal rights and duties".

La doctrina considera generalmente este principio como una extensión del principio de personalidad activa. Esto es solamente correcto si el domicilio opera como alternativa al criterio de la nacionalidad. Si para determinar la personalidad se exigen ambos, nacionalidad y domicilio, operando los dos criterios acumulativamente, la exigencia del domicilio implicaría una restricción de la personalidad. Esto es el caso del § 5 no. 9 del Código penal alemán: "...cuando el autor es alemán en el momento de producirse el hecho *y* tiene sus medios de subsistencia en el ámbito espacial de validez de esta ley" (subrayado del autor).

En *resumen*, se puede concluir que el principio de personalidad activa es legal y legítimo, si se exige la punibilidad de la conducta en el lugar del hecho y si existe, además de la nacionalidad, una incardinación del autor al país de origen. En este caso, el principio no precisa ninguna restricción adicional, ni tampoco ha de combinarse con otros puntos de conexión[46].

3. *El principio de protección*

De acuerdo con el principio de protección (*protective principle*) se amplía el *ius puniendi* nacional también a hechos que lesionan o amenazan bienes jurídicos internos, con independencia de dónde y a través de quién se produzcan. En la práctica, este principio incluye en particular *hechos realizados en el extranjero* y por *extranjeros* contra bienes jurídicos nacionales. Cabe distinguir dentro del principio de protección entre un principio de protección entendido como *garantía jurídica del Estado* (**principio real**) y un principio de protección como *garantía jurídica individual* (**principio de personalidad pasiva**).

[45] ICJ Reports (nota 11).

[46] No obstante HOYER en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Loseblattsammlung* 2001, 7ª edición, nm. 20, no tiene en conjunto suficientemente en cuenta, el planteamiento jurídico-internacional.

3.1. El principio real

No hay ya prácticamente en la actualidad autores que nieguen de modo categórico validez al principio real; es *reconocido* por el derecho consuetudinario internacional y se ha *extendido* también en el derecho comparado. Late en el fondo la reflexión correcta de que ningún Estado puede verse impotente, obligado a presenciar pasivamente atentados a su integridad política y militar mientras que, como es frecuente, el Estado territorial o no puede perseguirlos por falta de punibilidad o, por razones políticas, renuncia a hacerlo.

En un voto particular del citado caso Lotus, el juez Finlay expresaba su opinión discrepante:

> "El derecho internacional no reconoce la dictaminada competencia de protección ... Si algún Estado quiere contar con autorización al respecto, debe pues *lograr a través de acuerdos el consentimiento de los otros Estados afectados*"[47].

En los famosos casos de espionaje entre las dos Alemanias la República Federal debería de acuerdo con ello haber acordado un tratado jurídico-internacional con la antigua RDA para que ésta procesara por vía penal a los propios agentes del Ministerio para la Seguridad (*Ministerium für Staatssicherheit*), que fueron entrenados y pagados para actuar contra la República Federal; situación apenas concebible, como el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido en su sentencia sobre el particular:

> "El Estado, que ha creado y mantenido tal servicio, no puede a la vez amenazar con penas a sus colaboradores y agentes[48].

Como es el autor quien pone de manifiesto a través de sus propios hechos su relación con el Estado afectado, y éste -en práctica situación de legítima defensa- tiene que poder defenderse de él por sí mismo, se puede renunciar a la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (principio de doble incriminación). Ello lleva al Tribunal Constitucional Federal alemán en su ya citada sentencia sobre espionaje a afirmar:

---

[47] PCIJ (nota 2) p. 56 (subrayados K.A.).

[48] BVerfGE 92, 277 (p. 319).

> "Es preciso partir de que la República Federal alemana, precisamente cuando tenían lugar los hechos de referencia, se veía particularmente expuesta, por su significativo papel como aliado occidental, a operaciones de los servicios de información enemigos, con los peligros consiguientes. Dada la dimensión organizativa transnacional de los modernos servicios secretos y de su actividad de investigación, que afecta a todos los pormenores del Estado, estaba claramente legitimada para proteger penalmente la seguridad de su propio Estado, también de modo amplio contra las operaciones que desde el exterior llevaban a cabo los servicios secretos extranjeros"[49].

En dicha medida, de lo que se habría tratado era de perseguir "... esa legítima finalidad de protección ..."[50].

Sin embargo, está claro que el Estado agredido *no* puede, apelando a un estado de legítima defensa, llevar a cabo de modo *ilimitado* intervenciones en el territorio del Estado del lugar del hecho aplicando su *ius puniendi* para preservar de dichos atentados todos los "bienes internos" imaginables[51]. Del punto de vista del derecho internacional, ha de tratarse más bien de atentados que lesionan o amenazan la *seguridad* y *existencia* del Estado. Pues, el principio real se refiere en efecto a hechos llevados a cabo por extranjeros en el extranjero y requiere por ello (principio de no-intervención!) un legítimo punto de conexión intraestatal.

3.2. El principio de personalidad pasiva

Más fundamental es la crítica a la extensión del *ius puniendi*, por la vía del principio de personalidad pasiva[52]. Tal principio implica la persecución de un extranjero por la Justicia del Estado de la víctima, pretendiendo el ejercicio de su *ius puniendi* sobre un hecho realizado en el extranjero contra uno de sus nacionales.

---

[49] BVerfGE 92, 277 (p. 317 y s.).

[50] BVerfG ibídem.

[51] Sin embargo en este sentido ESER (nota 9) nm. 7; de manera semejante GRIBBOHM (nota 9) nm. 129.

[52] ESER (nota 9) nm. 7; LEMKE (nota 22) nm. 11.

Desde un punto de vista *material*, tal extensión del *ius puniendi* resulta, cuestionable, ante todo porque *no* se trata aquí -a diferencia del principio real- de *proteger la existencia* del país de origen; por lo que éste sólo puede hacer valer un interés más débil por la persecución y el posible enjuiciamiento. Además, en la medida en que la relación entre el Estado de origen y el territorio estatal ajeno sólo surge a través del atentado contra el nacional del Estado de origen, ésta no existe -como ocurría con el principio de personalidad activa- en cualquier momento, ni en particular antes de la comisión del hecho. Finalmente, el Estado de origen aplica su derecho penal a autores extranjeros, que con frecuencia ni saben que han atacado a un extranjero y que por ello van a verse sometidos al derecho del país del que sea nacional, ni conocen ese derecho. Las fricciones con el principio de culpabilidad que esto conlleva sólo pueden atemperarse con la exigencia de que exista una *norma penal idéntica del lugar del hecho*[53], ya que si la conducta incriminada es también punible en el lugar del hecho, no debe el autor verse sometido -al menos sin su consentimiento- a un ordenamiento jurídico extranjero; podría también ser penado de haber cometido el hecho contra un nacional de su propio Estado (del lugar del hecho). Si él *yerra* acerca de la nacionalidad (extranjera) de su víctima, y en consecuencia sobre el derecho (adicionalmente) aplicable, no puede resultar afectado, ya que sólo puede verse sancionado si su conducta fuera también punible según el derecho nacional.

Si bien cabe dar satisfacción al principio de culpabilidad desde esa perspectiva *jurídico-individual* del autor, no se eliminan plenamente con ello las *dudas jurídico-internacionales* suscitadas por el principio de personalidad pasiva. Pues la exigencia de norma idéntica del lugar del hecho no altera la realidad de que el *Estado de origen*, con su pretensión de ejercer el *ius puniendi* sobre conductas contrarias a sus nacionales realizadas en el Estado del lugar del hecho, afecta a ese ámbito de soberanía y somete a su derecho penal a ciudadanos extranjeros. Esto no solo expresaría una desconfianza hacia la justicia penal extranjera sino que provocaría conflictos de jurisdicción en vez de evitarlos. La "intervención" implícita en todo ello podría verse atem-

[53] Sobre ello también Oehler (nota 102) nm. 127 y s., 666 y s.; Plutte *Zum Umfang der nach § 7 StGB erforderlichen Prüfung ausländischen Strafrechts* 1982, p. 41 y ss. (51); GRIBBOHM (nota 9) nm. 130; LEMKE (nota 22) nm. 11; referencias al derecho comparado en Oehler ibídem, nm. 632 y ss.

perada si se toma conciencia de que el ordenamiento jurídico del Estado del lugar del hecho es fundamento (primario) de la jurisdicción penal, en vez de ignorarlo como ocurre con una extensión del *ius puniendi* sin la existencia de una idéntica norma del lugar del hecho. Desde un punto de vista jurídico-internacional de todo ello deriva simplemente el reconocimiento de la exigencia de la *lex loci*, por razones tanto jurídicas como políticas, mientras un principio de personalidad pasiva concebido de modo **absoluto** sería *contrario al derecho internacional*[54].

Protección del *Estado*, en el sentido del principio real, y protección de los *nacionales*, en el sentido del principio de personalidad pasiva, tienden a *confundirse* a veces. Buen ejemplo de ello ofrece el ejercicio del *ius puniendi* por el país de origen ante conductas punibles realizadas contra sus diplomáticos. Cabe fundarlas tanto desde una perspectiva de protección del Estado como desde otra de protección de los individuos, ya que los diplomáticos son tanto representantes oficiales del Estado de origen como nacionales suyos. En tales casos cabe hablar de la existencia de un doble punto de conexión de los diplomáticos con el Estado de origen, que hace retroceder al principio de no intervención.

4. El principio de jurisdicción universal

El principio de jurisdicción universal[55] permite una persecución extraterritorial a nivel mundial, con independencia de cuál sea el lugar del hecho y la nacionalidad del autor o de la víctima. En tal sentido resulta idéntico al principio de justicia criminal supletoria. Sin embargo, en el principio de justicia criminal supletoria el Estado enjuiciador ha de obtener el consentimiento del Estado del lugar del hecho, propiamente competente en razón del principio de territorialidad. El *ius puniendi* del Estado enjuiciador es en este sentido *derivado*: es el Estado del lugar del hecho el que finalmente decide si el Estado enjuiciador debe extender su *ius puniendi* al hecho en cuestión. El Estado enjuiciador aparece como "representante" del Estado del lugar del hecho. Éste se

[54] En tal sentido la mayor parte de la literatura alemana, cfr. Wendt (nota 13) p. 7 y s., 44 y ss., que sigue en sus consecuencias este planteamiento (p. 118); también Rosswog (nota 10) p. 179 y ss. (181, 184), 190.

[55] Sobre sus fundamentos teóricos e históricos cfr. Henzelin (nota 24) p. 33 y ss.

refuerza con la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (*lex loci*). El principio de universalidad va sin embargo más allá. No solo renuncia a la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (véase el § 6 CP alemán: "El Derecho penal alemán se aplica ... con independencia de la ley del lugar del hecho ...). También se excluye cualquier posible influencia del Estado del lugar del hecho. El Estado enjuiciador no ejerce su *ius puniendi* supliendo o representando al Estado del lugar del hecho, sino legitimado de modo *originario*.

En el principio de jurisdicción universal debemos diferenciar dos **vías de fundamentación**: un Estado puede perseguir un hecho cometido fuera de su territorio, porque su comisión vulnera determinados *bienes jurídicos universalmente reconocidos*. Un hecho tal afecta no solo al Estado nacional relacionado con el hecho, sino a la comunidad de Estados o a la humanidad en cuanto tal, pues, quebranta valores fundamentales comunes. Esto se reconoce particularmente a la hora de proteger los *derechos humanos fundamentales*, al derivar de ellos una efecto *erga omnes* que hace que su protección no se realice sólo en interés de un Estado determinado. Se excluye ante este panorama la vulneración del principio de no intervención: el respeto a los derechos humanos fundamentales no es asunto interno de un Estado. Al ser una cuestión que afecta a toda la humanidad, sobre tales asuntos no pueden darse derechos de soberanía nacional. Por ello, estos tampoco pueden vulnerarse cuando un Estado, en el marco del principio de jurisdicción universal, extiende su *ius puniendi* a un hecho cometido en el extranjero. En consecuencia, en lo que respecta al tipo penal del *genocidio*, dice ESER de modo contundente: "Sobre el derecho a la vida de sectores de la humanidad no se pueden dar derechos exclusivos de soberanía nacional"[56]. Ahora bien, si el principio de no intervención ni siquiera resulta afectado, tampoco será exigible, para el ejercicio del *ius puniendi* en el marco del principio de jurisdicción universal, ningún punto de conexión interno que legitime la intromisión en la soberanía nacional de otro país; pues no es viable ya en este contexto una pretensión de soberanía nacional por parte de ese otro país.

Por otra parte, el principio de jurisdicción universal enlaza con hechos que lesionan, o al menos amenazan, los *intereses de seguridad* no solo del Estado enjuiciador sino también de otros Estados; en

[56] ESER *Völkermord und deutsche Strafgewalt* en Festschrift Meyer-Gossner, 2001, p. 19.

esta línea defiende comunes intereses de seguridad de todos los Estados, especialmente en ámbitos, como el alta mar, que no se hallan bajo ningún poder soberano. Un ejemplo clásico es la persecución de la *piratería*, que a todo Estado compete; lo mismo ocurre más recientemente con la persecución del *terrorismo* internacional, que en última instancia amenaza la seguridad de todos los Estados, incluso y de modo particular en su propio ámbito de soberanía[57]. Con esto como fondo, se excluye también la violación del *principio de no intervención* en estos casos: ningún Estado puede pretender ejercer su soberanía en perjuicio de la seguridad de un Estado o de la comunidad de Estados. En consecuencia, también aquí resulta superflua la existencia de un legítimo punto de conexión interno.

En lo que se refiere a **delitos concretos**, que protejan esos bienes jurídicos universalmente reconocidos, hay que aludir ante todo a la enumeración contenida en el ya mencionado Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[58]. La tarea de la CPI consiste según el Art. 1 del Estatuto de Roma precisamente en "ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional". Como tales se consideran, de acuerdo con el artículo 5.1 aquellos "... más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto". De acuerdo con ello se incluyen entre los delitos internacionales, ante todo, el *genocidio* (Art. 6) y los *crímenes de lesa humanidad* (Art. 7). Entre estos últimos se incluyen la *esclavitud* y el *tráfico de seres humanos*. Finalmente, se alude en el Art. 8 del Estatuto a los *crímenes de guerra* (internacionales o no). Es común a todos ellos la necesidad de ser perpetrados de modo colectivo y organizado, por lo que acarrean regularmente un elevado número de víctimas. Junto a ellos suelen darse hechos individualizados, que suelen provocar pocas víctimas. Estos no están recogidos en el Estatuto de Roma, pero no obstante, en la medida en que constituyan graves violaciones de derechos humanos, son igualmente objeto del principio de jurisdicción universal. Entre estos, se incluyen la *tortura*, las *ejecuciones extrajudiciales* y la llamada *desaparición forzada de personas*.

[57] Cfr. más detalladamente Ambos (nota 40), Vorbemerkung (comentario preliminar) a los §§ 3-7 nm. 55, especialmente en referencia a las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidades después del 11 de septiembre de 2001.

[58] Ver supra nota 25.

Resulta dudoso si los delitos relativo al *tráfico de drogas* caen también bajo el principio de jurisdicción universal. Pese a que estos hechos han sido criminalizados de modo amplio por los correspondientes acuerdos jurídico-internacionales[59], sería ir muy lejos, a la vista de las divergencias entre las políticas nacionales sobre drogas y las legislaciones penales sobre el particular -en concreto, en el ámbito jurídico europeo respecto al norteamericano- someter al principio de jurisdicción universal a cualquiera de las conductas contempladas en acuerdos internacionales: desde la mera posesión al tráfico transfronterizo, pasando por la venta limitada a locales específicos. En cualquier caso, podría decir que tanto los acuerdos internacionales como las numerosas formas de cooperación policial y judicial expresan la voluntad de la comunidad de Estados de luchar en común y sin límites de frontera contra el tráfico de drogas internacional. Los hechos relacionados con este tráfico internacional caerían por tanto bajo el principio de jurisdicción universal[60]. Por lo demás, dada su vinculación con el tráfico de estupefacientes, se ha ido llevando a cabo a nivel mundial -con fundamento en el Convenio de Viena sobre Drogas de 1988[61]- una penalización del *blanqueo de dinero*[62]; lo que permitiría situarlo también bajo el principio de jurisdicción universal, sobre todo cuando entra en juego bajo las formas de la llamada criminalidad organizada[63].

5. El principio de la justicia criminal supletoria

El principio de la justicia criminal supletoria colma en primer lugar lagunas en la persecución de los delitos, que surgen cuando su autor se fuga a otro Estado para eludir la pena. En tales casos la persecución penal podría tropezar con que el autor, por *razones jurídicas* o *fácticas*, no puede ser entregado por el Estado que lo capturó al Estado

[59] Cfr. Ambos (nota 40) § 6 nm. 14.

[60] Con idéntica consecuencia GRIBBOHM (nota 9) nm. 135; también *Princeton Principles on Universal Jurisdiction ("Princeton Principles")* 2001; www.princeton.edu/~lapa /unive_jur.pdf, Principle 1.1, p. 48 ("candidates").

[61] Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 20.12.1988, BGBl 1993 II p. 1136, 1994 II p. 496, Art. 3 (1) (b), c) (i).

[62] Cfr. más detalladamente Ambos *Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel "Geldwäsche"*ZStW 114 (2002), 236 y ss.; del mismo autor (nota 40) § 6 nm. 28.

[63] Cfr. también Henzelin (nota 24), p. 324 y ss. (333), que quiere amparar con el principio de justicia universal la confiscación de los bienes ilegalmente obtenidos.

del lugar del hecho. Como razones que se oponen a una extradición se mencionan al aplicarse el derecho penal alemán, según el § 7.II.2 del Código Penal, que "... una solicitud de extradición no se plantea o es rechazada o no puede ejecutarse". De esta manera entonces, podría un extranjero eludir la condena en el Estado del lugar del hecho. Tampoco resultaría posible la condena en el Estado que lo capturó: si los delincuentes y las víctimas son extranjeros, falta un legítimo punto de conexión interno, que pueda fundamentar el ejercicio de su *ius puniendi*. En consecuencia, el principio de justicia criminal supletoria renuncia también a fundarse en un legítimo punto de conexión interno.

Como ya hemos señalado (III. 4.), si el concepto de justicia criminal *supletoria* se toma en serio, el Estado que capturó o enjuició ejerce el *ius puniendi* por *representación*, es decir, en cumplimiento de la *voluntad* del Estado del lugar del hecho o Estado de origen. Una representación eficaz desde un punto de vista jurídico-internacional presupone más que la mera inviabilidad de la extradición y la *subsidiaridad* respecto al Estado del lugar del hecho o Estado de origen que de ella (de hecho) deriva. Pues, éste puede en efecto renunciar a la persecución penal, sin mostrarse por ello conforme con la persecución en el Estado que lo capturó[64]. Tampoco el requisito de la idéntica punibilidad en el lugar del hecho aclara nada sobre la voluntad real de persecución de ese Estado. Para verificar que existe y, en consecuencia, se está ejerciendo en realidad el *ius puniendi* de modo *supletorio* en nombre del Estado propiamente *competente*, es preferible obtener su *consentimiento*. El Estado del lugar del hecho tiene que transferir su *ius puniendi originario* al Estado que capturó al autor, posibilitando que ejerza un *ius puniendi derivado*. Se trata por tanto de una "extensión del *ius puniendi derivada*", de un "complemento subsidiario del *ius puniendi* extranjero". El principio no proporciona propiamente ningún punto de conexión idóneo para la aplicación del derecho penal, sino que implica la colaboración entre el Estado que captura y el del lugar del hecho, configurando un *modelo de cooperación* que recuerda más a la asistencia judicial que a una extensión unilateral del *ius puniendi*. De esto también se deduce, que las decisiones ejecutorias del Estado del lugar del hecho han de ser tenidas en cuenta por el Estado que capturó al

[64] Acertadamente Henrich (nota 13) p. 98; Pappas (nota 13) p. 95 y ss.

autor (*principio de ejecución - Erledigungsprinzip*)[65]. Sólo entonces "se toma el ... principio de representación ... realmente en serio"[66]. Con este fondo se excluye también una violación del *principio de no intervención*: si el Estado propiamente competente está de acuerdo en que otro Estado ejerza en su representación el *ius puniendi*, no puede en razón de dicha conformidad existir una intromisión en su derecho de soberanía.

Desde un punto de vista jurídico-internacional, el principio remite a la regla de *Grocio* de *aut dedere aut punire*; hoy: *aut dedere aut iudicare*. Cabe encontrarla en numerosos acuerdos de derecho internacional[67], en los que es norma que haya de cumplirse alternativamente la obligación de extraditar o enjuiciar, de modo que sólo excepcionalmente se planteen de modo jerarquizado[68]. Sólo en este caso cabe hablar *stricto sensu* de justicia criminal supletoria, dado que la *voluntad de persecución penal* del Estado del lugar del hecho, o su *consentimiento* para la persecución por el Estado que captura, deriva del correspondiente acuerdo.

El significado de la fórmula *aut dedere aut iudicare* también para la determinación del principio de justicia universal no debe empañar la constatación de que, de acuerdo con su concepción teórica, los fundamentos de la justicia criminal supletoria y del principio de jurisdicción universal no pueden ser más diferentes. En contra del punto de vista tradicional[69], está en juego más que la inviabilidad de la extradición, en el caso de la justicia criminal supletoria, o que la jurisdicción universal no dependa de la posibilidad de extradición. La justicia criminal supletoria en sentido estricto es *derivada*, como extensión del *ius puniendi* en *representación* y con el *consentimiento* del otro Estado. Dependiendo de la *voluntad de persecución penal* del Estado del lugar del hecho, el Estado que captura actúa, como ya hemos dicho, para él o en su lugar. Por el contrario, el principio de jurisdicción universal se basa en la idea de un *ius puniendi originario*, que existe respecto a determinados crímenes internacionales, con independencia de la voluntad del Estado del lugar del hecho, actuando el Estado que captura para o en lugar del conjunto de la *comunidad de Estados*. De ahí deriva en particular como consecuencia que impedir una impunidad jurídica o fáctica en el Estado del lugar del hecho no pueda ser cometido de la justicia criminal supletoria, sino sólo del principio de jurisdicción universal. Ello invita a hablar no de impunidad sino de una consecuente *delimitación* de principios.

[65] Cfr. § 7.2 Proyecto alternativo de Código penal alemán; Jescheck (nota 10) 75 (80, 91); Vogler *Geltungsanspruch und Geltungsbereich der Strafgesetze* Geburtstagsgabe Grützner, 1970, p. 157; Jescheck/Weigend § 18 III; sobre las consecuencias de la discrecionalidad punitiva cfr. con más detalle § 7 nm. 12 y ss.

[66] ESER (nota 9) § 7 nm. 17.

[67] Cfr. Ambos (nota 40) Vor §§ 3-7, nota 381 y § 6 nm. 11, 12, 14, 22 y ss.

[68] Cfr. Ambos (nota 40) nm. 52 con nota 355.

[69] Cfr. DAHM (nota 13) p. 33; Jescheck (nota 10) 75 (89) que parte de una aspiración alemana a ejercer su jurisdicción (*deutscher Strafanspruch*); Oehler (nota 41) nm. 147, 818; GRIBBOHM (nota 9) nm. 144.

6. Conclusión

Retomando la diferenciación entre jurisdicción universal y justicia criminal supletoria se puede concluir que si la sociedad internacional quiere asegurar a escala mundial la punibilidad de determinadas conductas, ha de someterlas al principio de jurisdicción universal. Por otro lado, sirve de indicio del carácter internacional del correspondiente delito la posibilidad derivada de tratados internacionales o del derecho consuetudinario de someter a juicio o extraditar al incriminado, en línea con el *aut dedere aut iudicare*, pues la distinción teórico-conceptual de ambos principios no se refleja con plenitud en la praxis de los tratados jurídico-internacionales[70].

[70] Cfr. Ambos (nota 101) § 6 nm. 20.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

AKEHURST *Jurisdiction in international law* BYIL 46 (1972/73), 145.

AMBOS *Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen* AVR 37 (1999), 328.

AMBOS, *Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs,* ZStW 111 (1999) 118.

AMBOS, *Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel "Geldwäsche"* ZStW 114 (2002), 236 y ss..

AMNESTY INTERNATIONAL *Universal Jurisdiction* chapter I.

BINDING *Handbuch des Strafrechts* I, 1885, p. 374.

BROWNLIE *Principles of Public International Law* 1998.

COUNCIL OF EUROPE *Extraterritorial criminal jurisdiction* 1990.

DAHM *Zur Problematik des Völkerstrafrechts* 1956.

DANILENKO *The Statute of the ICC and Third States* Michigan Journ.Int.L. 21 (2000), 445.

DOEHRING *Völkerrecht* 1999.

ESER *Völkermord und deutsche Strafgewalt* Festschrift Meyer-Gossner, 2001, p. 3.

ESER/LAGODNY (eds.) *Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law* 1992.

GEIGER *Grundgesetz und Völkerrecht* 1994.

Harvard Draft Harvard University (ed.): Draft Convention on jurisdiction with respect to crimes ('Harvard Draft'), AJIL 29, (1935), p. 480.

HENRICH *Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht* 1994.

HENZELIN *Le principe de l´universalité en droit pénal international* 2000.

IPSEN *Völkerrecht* 4ª ed. 1999.

JENNINGS/WATTS (eds.) *Oppenheim´s international law* 1992.

JESCHECK *Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internat. Strafrecht* en: Intern. Recht u. Diplomatie (IRuD) 1956, 75.

JESCHECK/WEIGEND *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 5ª ed. 1996.

KUNIG/UERPMANN *Der Fall des Postschiffes Lotus* Jura 94, 186.

MARTIN *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen* 1989, 609.

MAYER *Völkerrecht und internationales Strafrecht* JZ 1952, 609.

MENG *Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of Foreign Relations Law* AVR 27 (1989), 156.

OEHLER *Neuerer Wandel in den Bestimmungen über den strafrechtlichen Geltungsbereich in den völkerrechtlichen Verträgen* Festschrift Carstens, 1984, p. 435. del mismo, *Internationales Strafrecht* 1983.

OXMAN *Jurisdiction of States* EPIL III (1997), 55.

PAPPAS *Stellvertretende Strafrechtspflege* 1996.

PERMANTENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ), Serie A No. 9.

PLUTTE *Zum Umfang der nach § 7 StGB erforderlichen Prüfung ausländischen Strafrechts* 1982.

Princeton University (ed.) *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction* ("Princeton Principles"), 2001 www.princeton.edu/~lapa/unive-jur.pdf.

ROGGEMANN *Strafrechtsanwendung und Rechtshilfe zwischen beiden deutschen Staaten* 1975.

ROSSWOG *Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalitätsprinzips mit dem Völkerrecht* 1965.

SCHOLTEN *Das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit in § 7 StGB* 1995.

SCHRÖDER *Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht* JZ 1968, 241.

VERDROSS/SIMMA *Universelles Völkerrecht* 3ª ed. 1984.

VOGLER *Geltungsanspruch u. Geltungsbereich der Strafgesetze*, Grützner-GebG, 1970, p. 157.

V. WEBER *Deutsches Steuerrecht* 1940, 182 (186).

WENDT *Das passive Personalitätsprinzip* 1965.

ZIEGENHAIN *Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses* 1992.

ZIEHER *Das sogenannte Internationale Strafrecht nach der Reform* 1977.

CAPÍTULO III

SOBRE LOS FINES DE LA PENA AL NIVEL NACIONAL Y SUPRANACIONAL

con la colaboración de CHRISTIAN STEINER*

* Christian Steiner merece una mención aquí porque el texto alemán se publicó originalmente en una versión más breve, en la que Steiner colaboró (*cfr.* 40 *Juristische Schulung* (*JuS*), 2001, pp. 9-13). La versión original fue ampliada y traducida al inglés por el autor con la ayuda de Guy Cumes, docente de la Universidad de Gales del Sur, Australia. Finalmente, la presente versión fue traducida al castellano por Marta Susana Donís Galindo y revisada por el abogado Alfonso Fco. Palacios Huerta y el autor. Me siento en deuda asimismo con Emily Silverman, una colega investigadora en el Max Planck Instituto para Derecho Penal Internacional y Extranjero, por traducir las notas de pie de página y por sus comentarios críticos. Y, en fin, agradezco a Steffen Wirth, asistente en la investigación en el MPI, por sus comentarios y su apoyo técnico.

Los fines y la legitimidad de la pena raramente se ven reflejados en el debate sobre el endurecimiento del derecho penal. Dicha situación se repite en torno al debate sobre el sistema de justicia penal internacional emergente, con especial énfasis, en lo que concierne a la Corte Penal Internacional (en lo sucesivo CPI)[1]. El presente ensayo tiene por objeto llenar o al menos disminuir, en cuanto sea posible, dicho vacío, sobre la base de las doctrinas nacionales acerca de los fines de la pena.

I. SOBRE LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

1. Ámbito nacional

La cuestión en torno a la función del derecho penal es la cuestión acerca de lo que el legislador puede y debe prohibir a sus súbditos bajo la amenaza de una pena. Pero, ¿Conforme a qué criterios debe resolver el legislador este dilema? ¿Qué conductas debe, y le es permitido, prohibir al Estado? ¿Cualquier acto inmoral, indecente o antisocial? El catálogo de patrones de conducta a penalizar por el Estado no es susceptible de ser determinado con facilidad. Éste depende del sistema de valores de una sociedad determinada y es por tanto, y hasta cierto punto, relativo[2]. De hecho, los delitos cambian con el transcurso del tiempo, al igual que sus respectivas sanciones. Del

---

[1] Véase el Rome Statute of the Corte Penal Internacional (UN-Dok. A/Conf. 183/9; www.un.org/icc), adoptado el 17 de julio de 1998. Véase Zimmermann, 58 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (*ZaöRV*), 1998, pp. 47 y ss.; Ambos, 51 *Neue Juristische Wochenschrift* (*NJW*), pp. 3743 y ss.; *ibid.*, 1998, p. 111 y *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW*), 1999, pp. 175 y ss., con referencias adicionales. La versión francesa apareció en la 10 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, pp. 739-772; y en castellano, en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid), 2ª época, núm. 5, enero de 2000, pp. 127-169.

[2] El problema que está aquí en discusión es el de la teoría sustantiva de la delincuencia. Respecto de este punto véase Roxin. *Strafrecht Allgemeiner*, Teil, vol. I, § 2 márgenes núms. 1 y ss. (3ª ed., 1997); Baumann, Weber y Mitsch. *Strafrecht Allgemeiner*, Teil § 3 márgenes núms. 10 y ss. (10a. ed., 1995); Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner*, Teil, 1/1, 2/21 (2ª ed., 1991).

mismo modo, delitos diferentes pueden ser al mismo tiempo válidos en lugares distintos. Lo que hoy es punible, mañana puede ser socialmente aceptable en virtud de un cambio en las actitudes sociales de la población. En tal caso, el Estado podría, y de hecho, tendría que abstenerse de castigar[3].

En este sentido, la capacidad de un sistema de derecho penal para liberarse de las exigencias de encarnar un determinado orden moral o religioso es de enorme importancia para la adaptabilidad del mismo[4]. A este respecto, es útil recordar que la separación entre Religión y Estado -existente desde laga data en occidente- aún no lo eximen de la presencia de transgresiones morales consideradas por éste, como merecedoras de sanción[5]. En este contexto, ciertamente son menos flexibles aquellos sistemas jurídicos cuyos delitos son religiosamente prescritos, esto es, donde Religión y Derecho se encuentran estrechamente asociados entre sí, como todavía sucede, o sucedió, en algunos Estados de tradición «islámica»[6].

Un buen ejemplo acerca de la relatividad del derecho penal lo encontramos en la regulación del consumo de alcohol, el cual se encuentra estrictamente prohibido por el derecho islámico basado en la Shari'a, al menos, según algunos eruditos (aquí, nuevamente, hay espacio

[3] *Cfr.* Roxin *supra*, nota 2, § 2, margen núm. 15 menciona, por ejemplo, el exhibicionismo, que continúa siendo un delito punible según el § 183 StGB, Código General Alemán. La homosexualidad y el adulterio podrían mencionarse igualmente aquí. Véase asimismo Gropp, *Strafrecht, Allgemeiner*, Teil, § 1 C II, márgenes núms. 77 y ss. (2a. ed., 2001).

[4] En cuanto al dilema entre el pluralismo de valores en la sociedad y la desmoralización del derecho penal, véase Wolf. *Verhütung oder Vergeltung?-Einführung in die ethischen Straftheorien*, 1992, pp. 28 y ss. Wolf. Introduce cuatro respuestas posibles a la pregunta de qué puede esperar el Estado de la ley criminal, el cual puede hacer valer: 1) la verdadera moralidad, 2) la moralidad positiva, 3) su propia continuación o 4) la moralidad mínima.

[5] Tocante a la República Federal Alemana véase *supra*, nota 3. Desde luego que puede haber opiniones divergentes entre los seguidores de una misma religión, lo cual también se aplica a la justificación del castigo. Sobre la ética cristiana puede consultarse, por ejemplo, la visión general en Honecker. *Grundriß der Sozialethik*, 1995, pp. 596 y ss.

[6] Khadduri. *The Islamic Conception of Justice*, 1984, p. 135: "En el Islam la Ley (Shari'a) está íntimamente entrelazada con la religión, y ambas se consideran como la expresión de la voluntad y la justicia de Dios; sin embargo mientras el propósito de la religión es definir y determinar finalidades, entre éstas la justicia, la función de la ley es indicar el sendero (el término *Shari'a* tiene tal significado) gracias al cual se realizan la justicia de Dios y otros fines".

para la interpretación)[7]. Así, si el Estado adoptase la Shari'a como patrón de juricidad, el consumo de alcohol naturalmente tendría que ser penalizado (en tanto que en nuestra cultura se prohíbe el consumo de otras drogas)[8].

Conforme a una concepción moderna del derecho penal, éste se encuentra al servicio de una *finalidad* determinada, estos es, debe garantizar la protección de una pacífica convivencia entre los individuos que integran una comunidad[9]. Esta representación del derecho penal como «resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos» (*zweckbewusster Rechtsgütershutz*) se remonta a Platón y Séneca y ganó significado en los tiempos modernos gracias a los escritos del penalista alemán FRANZ VON LISZT[10]. Conforme a ella, de las respectivas circunstancias históricas y sociales surgen una serie de condiciones básicas para la vida en comunidad, tales como la protección de la vida e integridad física, de la libertad de autodeterminación y de la propiedad. Tales condiciones las denominamos bienes o intereses jurídicos

[7] La prohibición (al-haram) del consumo de alcohol, que por cierto se aplica a todo tipo de drogas intoxicantes, puede encontrarse en el Corán, Sure al-Maida 5:93, citado según Al-Qaradawi. *Erlaubtes und Verbotenes im Islam*, 1989, p. 67. Al-Qaradawi, *ibid.*, en la p. 73 señala que el castigo en estos casos está previsto por el mismo Corán (es el caso del llamado castigo *hadd*, como algo opuesto al *tazir*, en el caso de delitos que este libro sagrado prohíbe pero para los cuales no prescribe un castigo y, en vez de ello, deja al gobierno la resolución respectiva). Khadduri, *supra*, nota 6, p. 216, sostiene por otra parte que el consumo de alcohol no está prohibido necesariamente por el Corán con la amenaza del castigo, sino que dicho libro recomienda la abstinencia del mismo. Para una perspectiva histórica sobre la Shari'a, véase Hourani. *Die Geschichte der arabischen Völker*, 1997, pp. 154 y ss.

[8] Según Khadduris, *supra*, nota 6, pp. 214 y ss. (con referencias adicionales), los estudios legales islámicos egipcios se muestran renuentes a secularizar el código criminal.

[9] Jescheck y Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner*, Teil, § 1 I 1, 5ª ed., 1996, p. 2; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 10. Esta frase puede ciertamente exigir una validez general incluso si se somete a controversia qué es lo que protegen exactamente las leyes criminales a fin de proteger la cohabitación pacífica de los seres humanos: ¿los valores legales?, ¿los intereses?, etcétera. Para un resumen de esta disputa véase Roxin, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 42 y ss.; Jakobs, *supra*, nota 2, ¼ y ss. se aviene de una forma más fundamental a la función estabilizadora de las normas: "La misión del castigo es la preservación de la norma como modelo de orientación para la relación social" (*id.*, margen núm. 11, traducción del alemán); para él la evitación del daño en búsqueda del bien no es una función de las leyes criminales (*id.*).

[10] Séneca, De ira, liber 1, XIX-7; Platón, Nomoi, 934ª (citado por Roxin, *cfr. supra*, nota 2, § 3, margen núm. 11); Von Liszt, 3 *ZStW* (1883), pp. 1 y ss. (33 y ss.) -el denominado Programa Marburgués-. Respecto de este punto, *vid.* Roxin, *id.* márgenes núms. 11 y ss.

(Rechtsgüter)[11]. Respecto de ellos, el Estado está autorizado -e incluso obligado- a protegerlos, y sólo a ellos, mediante la amenaza de una sanción penal.

No obstante lo anterior, la utilización del derecho penal para garantizar el orden de la comunidad suele ser -por lo general- innecesaria, puesto que la mayoría de sus integrantes acatan voluntariamente los mandatos del orden jurídico. Sólo en el evento que la «totalidad del sistema de control social» fracase (familia, comunidad local, escuela, vecindario, asociaciones, etcétera), y otros medios alternativos para resolver conflictos sociales resulten ineficaces, deberá recurrir el Estado al empleo del derecho penal -entendido como *ultima ratio* de los instrumentos de orden- a fin de garantizar la integridad del orden jurídico[12]. En atención a ello, se puede hablar de la *subsidiaridad* de derecho penal[13].

La experiencia muestra sin embargo, la necesidad del recurso penal: Por un lado, la contemplación pasiva por parte del Estado de un serio quebrantamiento del Derecho, dejando con ello a disposición de los individuos la validez del ordenamiento jurídico, representaría una suerte de renuncia al poder del Estado. Por otra parte, el peligro de hacer justicia por propia mano, a lo cual probablemente se llegaría si el Estado no reaccionase en absoluto frente a los delitos cometidos, sólo puede ser sorteado por medio de un sistema penal público[14].

---

[11] Roxin, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 381. Acerca del concepto de "valor legal" en las leyes alemanas y su derivación de la Constitución véase Roxin, *supra*, nota 2 § 2, márgenes núms. 2 y ss., especialmente 9 y ss.; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2 § 3, márgenes núms. 10 y ss. Por el contrario Jakobs. "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht", en *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Isensee ed., 1992, p. 38, hace hincapié en la garantía de las normas principales, que son indispensables para la existencia prolongada de una sociedad. Es improbable que este planteamiento sea diferente.

[12] Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, §1 I 1. pp. 2 y s.; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 11 y 19, Roxin, *supra*, nota 2, § 2, márgenes núms. 29 y ss.

[13] Así, por ejemplo, Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 19; Roxin, *supra*, nota 2, § 2 XI, margen núm. 28, con referencias adicionales. Jakobs, *supra*, notas 2, 1/12 y ss. se refiere a la "resolución del conflicto sin castigo".

[14] *Vid.* Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 I 2, pp. 64 y ss. Por tal motivo se pronunciarían contra el abolicionismo Merte, Rechtstaatlichkeit und Gnade, columnas 42 y ss. (1978); Roxin. *Strafverfahrensrecht*, 326 (15ª ed., 1979).

2. *Aspectos especiales en Derecho Penal Internacional*

El Derecho Penal Internacional[15] se distingue del derecho penal nacional no solo en cuanto a su *campo de aplicación* (universal), sino también, en cuanto a otra categoría básica, esto es, en su limitación para proteger los *bienes jurídicos fundamentales* de los individuos y de la comunidad internacional[16] (protección que incluso justifica, en gran medida, el reconocimiento del deber internacional de castigar)[17]. Si el Derecho Penal Internacional pretende ser reconocido como expresión de un sistema de normas universalmente válido, en virtud de la mencionada relatividad del derecho penal nacional, no puede asumir la simple existencia de un determinado consenso valórico, fundado en un círculo cultural específico, y confeccionar con arreglo a éste sus delitos. Por esta razón, el Estatuto de Roma sólo codificó los llamados «core crimes» (o *delitos esenciales*) como una especie de estándar mínimo para el Derecho Penal Internacional contemporáneo[18].

---

[15] Por "leyes criminales internacionales" nos referimos a las leyes criminales sustantivas de carácter internacional que prueban directamente, esto es, incluso sin un decreto estatal oficial de transformación (artículo 59 II de la Ley Fundamental Alemana), la propensión criminal de las personas naturales. Véase Ipsen. *Völkerrecht*, § 42, margen núm. 1 (4ª ed., 1999), con referencias adicionales; Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 14 I, pp. 118-119, III, pp. 123-124; véase también Ambos, 76 *Deutsche Richtzeitung*, 1998, pp. 251, 252-253; *id. Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Berlín, 2002, §1.I.

[16] Véase también Safferling, 4 *Austrian Review of International & European Law*, 1999, publ. 2000, pp. 126, 149 y ss.

[17] *Vid.* Orentlicher, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2537 y ss.; Roht-Arriaza, 78 *California Law Review*, 1990, pp. 449 y ss.; Ambos. *Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 163 y ss.; *id.* 37 *Archiv des Völkerrechts Menschenrechtsverletzungen*, 1997, pp. 163 y ss.; *id.* 37 *Archiv des Völkerrechts* (*AVR*), 1999, pp. 318 y ss.; *id. Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1999, pp. 66 y ss.

[18] Entre estos se encuentran comprendidos el crimen de agresión, el genocidio, los crímenes en contra de la humanidad y los crímenes de guerra (véanse los artículos 5 y ss. del Estatuto de Roma, *supra*, nota 1). El último borrador de un código criminal mundial redactado por la Comisión de Leyes Internacionales de las Naciones Unidas aún contenía una cláusula por separado que regulaba los crímenes en contra de las Naciones Unidas y personal asociado (incluida ahora en el artículo 8 (2)(b) (iii) del Estatuto de Roma); véase International Law Commission (ILC), Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission on the work of its 48th session, 6.5.-26.7.1996, UN-Dok. A/51/10, pars. 30 y ss. = 18 *Human Rights Law Journal*, 1997, pp. 96 y ss.; tocante a este punto véase Ambos, 7 *European Journal of International Law*, 1996, pp. 519 y ss., con referencias adicionales.

II. PODER PUNITIVO NACIONAL Y SUPRANACIONAL

1. El poder punitivo del Estado nacional

¿De dónde obtiene el Estado la autoridad para hacer de un acto que es considerado dañoso, un delito punible y, en consideración a ello, castigar al malhechor? Frente a esta interrogante, afirmamos que la potestad de castigar (*ius puniendi*) forma parte del poder del Estado;[19] que el Estado tiene la misión fundamental de crear e implementar un orden jurídico destinado a facilitar la coexistencia pacífica de las personas; y que el derecho penal es una parte de dicho orden jurídico[20].

El que la titularidad y ejercicio de la potestad punitiva correspondiese únicamente al Estado, no se subentiende por sí mismo, sin un breve comentario al respecto[21]. Desde tiempos bíblicos, la clase gobernante careció de la autoridad necesaria para establecer y aplicar sanciones penales: el resarcimiento de la ofensa correspondía a la familia o clan agraviado[22]. De hecho, en un principio no hubo límites para quienes imponían estas "reparaciones" (esto es, para quienes tomaban venganza), tanto en relación a los objetos de la sanción (la venganza podía adoptarse no solo en contra de los transgresores, sino también en contra de sus familias), como en relación a su medida («Caín debió ser vengado siete veces, pero Lamec 77 veces»)[23], todo ello, en ausencia de un examen público acerca de la procedencia y justificación de la pena. Sólo con la creciente autoridad de quienes ejercían el liderazgo comunitario fue posible limitar el ejercicio de la auto tutela, sometiéndola por una parte a un examen judicial previo,[24] y limitando por otra parte la determinación de la pena a una medida equivalente (el

[19] Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 2 I 2, p. 11.

[20] Maurach y Zipf. *Strafrecht. Allgemeiner*, Teil I, § 6 I A, margen núm. 1 (8ª ed., 1992); véase también Hirsch, en *StGB*. Leipziger Kommentar. Großkommentar, margen núm. 2 vor § 46 (Jänhke, Laufhütte y Odersky, eds., 11ª ed., pp. 1992 y ss., 18 suplemento, 1995).

[21] Sobre el siguiente texto véase Hoffmann. *Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht*, 1992, pp. 8 y ss.; Roxin, *supra*, nota 2, §3 I 1, margen núm. 2. Acerca de la evolución del castigo puede consultarse Makarewicz. *Einfürung in die Philosophie des Strafrechts*, 1906, pp. 214 y ss.

[22] Esto es evidente en el Antiguo Testamento, así como en las leyes griegas clásicas en los tiempos de Solón (*ca.* 634-560 a. C.); *vid.* Hoffmann, *supra*, notas 21, 12 y 28, con referencias adicionales.

[23] Génesis 4, 24.

[24] Continuación de la ley draconiana (lo más probable alrededor del 620 a. C.). Véase Hoffmann, *supra*, notas 21, 25, 29 con referencias adicionales.

llamado *ius talionis*: "ojo por ojo y diente por diente")[25] para el delincuente específico[26]. Finalmente, la punición misma fue separada del ámbito individual, desarrollándose como una función única del Estado.

2. El poder punitivo de la comunidad internacional

La comunidad internacional se encuentra en la actualidad, donde el Estado-Nación se encontraba en los albores de su existencia: en la formación y consolidación de un monopolio de la fuerza en el ámbito del Derecho Penal Internacional, sobre cuya base *se pueda fundar un ius puniendi*. La comparación es forzada, en la medida que un monopolio supranacional de la fuerza, al menos a primera vista, parece menos urgente que uno nacional, puesto que los Estados nacionales, en cuanto sujetos de derecho internacional, son llamados a implementar no solo sus propios requerimientos punitivos, sino también los internacionales. Lo anteriormente expuesto se ve también reflejado en los principales tratados internacionales en materia penal, los cuales usualmente carecen de disposiciones directamente aplicables, sino que más bien exhortan a los Estados Parte a implementar sus preceptos punitivos[27].

Por otro lado, la instauración de tribunales penales internacionales *especiales*, tales como el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda,[28] implica el establecimiento de una primacía jurisdiccional frente a la justicia nacional[29]. La

[25] Levítico 24, 20. La costumbre, que hoy nos parece particularmente áspera, representa en su contexto histórico una limitación progresiva sobre la práctica previamente irrestricta de tomar venganza.

[26] Deuteronomio, 24, 16: "Los padres no serán muertos por causa de sus hijos, ni los hijos serán muertos por causa de los padres: todo hombre será muerto por motivo de su propio pecado".

[27] Para un ejemplo clásico de la aplicación descentralizada de las obligaciones criminales internacionales a castigar, véanse, por ejemplo, los artículos V y VI de la Convención sobre Genocidio de 9 de diciembre de 1948 (78 UNTS, 277).

[28] Sobre el fundamento legal del Tribunal de Yugoslavia (ICTY) véase, por ejemplo, Hollweg, en 48 *Juristenzeitung* (*JZ*), 1993, pp. 980, 984 y ss.; Ambos, en 51 *NJW*, 1988, p. 1044; *id.* 18 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (*NStZ*), 1998, p. 123. En la *Internet* www.un.org/icty y www.ictr.org.

[29] Véase el artículo 9, par. 2 del Estatuto del ICTY: "El Tribunal Internacional tendrá prioridad sobre los Tribunales nacionales. En cualquier etapa del procedimiento el Tribunal Internacional puede solicitar que los Tribunales nacionales se remitan al parecer de la jurisdicción del Tribunal Internacional...". Para una perspectiva alemana de los problemas resultantes de esta disposición *cfr.* Griesbaum, 10 *Humanitäres Völkerrecht -Informationsschriften* (*HuV-I*), 1997, pp. 127 y ss.-. En cuanto al desarrollo de las leyes internacionales sobre los procedimientos criminales véase Safferling. *Towards an International Criminal Procedure*, 2001, *passim*.

jurisdicción nacional depende con ello, del consentimiento del tribunal internacional competente[30]. Dicha concepción se funda en la creencia de que un tribunal internacional establecido exclusivamente en razón de un conflicto específico se encontraría en mejores condiciones de enfrentar los delitos cometidos en dicho conflicto que un tribunal nacional, por cuanto este último -en virtud de una eventual identificación política, cultural o religiosa de sus integrantes- podría estar incluso directamente involucrado en dicho conflicto. Como esta consideración colisiona con el principio de la soberanía estatal, la CPI se rige en la materia por el principio de complementariedad: según el artículo 17 del *Estatuto de Roma*, la CPI sólo ejerce una jurisdicción subsidiaria, esto es, sólo goza de jurisdicción en aquellos casos donde los procesos penales nacionales no serían posibles o estos serían ineficaces[31].

III. SOBRE LOS FINES DE LA PENA[32]

La función del derecho penal no siempre ha estado vinculada a un propósito determinado, ni éste fue siempre entendido como un "resguardo orientado a la protección de bienes jurídicos". El punto de partida de la discusión sobre el fundamento de la pena se identifica más bien con la existencia de dos planteamientos diferentes.

---

[30] Éste fue el caso de los juicios por crímenes de guerra en la ex Yugoslavia antes del Oberstes Landgericht bávaro (51 *NJW*, 1998, p. 392; sobre este punto *cfr.* Ambos, 18 *NStZ*, 1998, p. 138) y el *Oberlandesgericht-Düsseldorf* (juicio de 26 de septiembre de 1997, *AZ IV-26/96*; 2 *StE* 8/96); recientemente Ambos y Ruegenberg, 5 *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs Report* (*NStZ-RR*), 2000, pp. 193, 208. Para el caso Djajic véase Safferling, 92 *AJIL*, 1999, p. 528. Respecto de un análisis general de la jurisprudencia alemana véase Ambos y Wirth. "Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia before German Criminal Courts (1994-2000)", en *International and National Prosecution of Crimes under International Law-Current Developments*, p. 769 (Fischer, Kreß y Lüder, eds., 2001).

[31] *Vid.* Zimmermann, 58 *ZaöRV*, 1998, pp. 97 y ss.; Ambos, 111 *ZStW*, 1999, pp. 182-183. No cabe duda que la relación con formas alternativas de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, como, por ejemplo, en Sudáfrica, sigue siendo problemática (sobre este punto véase *infra* III.5.).

[32] El volumen de la literatura sobre este punto es enorme: véase, por ejemplo, Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, §§ 1, 8; Jakobs, *supra*, nota 2, 1ª y 2ª secciones; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3; Roxin, *supra*, nota 2, § 3; Köhler. *Strafrecht. Allgemeiner* Teil, 1997, pp. 38 y ss.; Hirsch, *supra*, nota 20, márgenes núms. 1 y ss., antes § 46; Maurach y Zipf, *supra*, nota 20, §§ 6-7. Sobre la actitud de la teología del idioma alemán tocante al castigo *cfr.* Kreuter. *Staatskriminalität und die Grenzen des Strafrechts*, 1997, pp. 93 y ss. Hörmann ofrece una perspectiva moral-teológica en *Lexikon der christlichen Moral*, www.stjosef.at/ morallexikon/strafe.htm. Para una selección de textos históricamente significativos consúltese: www.jura.uniosnabrueck.de/prof/shulz/material-seiten/fs-mat-strafzweck.htm.

1. ¿Retribución o prevención?

La pena puede ser considerada como la justa equivalencia al mal causado por un delito, en el sentido de una teoría de la *retribución*: *"punitur, quia peccatum est"*[33]. Desde este punto de vista, la pena carecería de efectos secundarios, y con ello, de una significación u orientación hacia el futuro. En atención a que los defensores de esta concepción estiman que la pena debe ser impuesta únicamente en consideración al delito concreto y en el solo interés de la justicia, sin atender a ninguna otra finalidad específica, se habla también de *teoría absoluta* o de teoría de la justicia. Por otra parte, también es posible atribuir a la pena una significación de anticipación, en la esperanza de que su imposición prevendrá la comisión de delitos similares en el futuro, en el sentido de una teoría de la prevención: *"punitur, ne peccetur"*[34]. Sobre dicha idea yacen las *teorías relativas* o *utilitarias*,[35] en cuanto instrumentalizan la pena para fines no relacionados con el delito efectivamente cometido (propósito de protección).

Puesto que ambas propuestas, consideradas por separado, conducen al parecer a resultados insatisfactorios, las interpretaciones conciliatorias exigen la *combinación* o *complementación* mutua de las ideas de retribución y prevención (las así llamadas teorías de la unificación o *unitarias*). Más adelante volveremos sobre ellas.

2. La relación entre la idea de la retribución y la noción de justicia

Las teorías absolutas se distanciaron de la noción de pena como venganza en tiempos de la Ilustración, durante el siglo XVIII. La pena debía restaurar la justicia, resarcir la culpa del transgresor y reestablecer el equilibrio roto por la perturbación del orden público[36]. La concep-

---

[33] La traducción libre sería la siguiente: "El individuo debe ser castigado porque infringió las leyes". Véase Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 II 1, p. 66.

[34] La traducción libre sería así: "El individuo debe ser castigado de modo que él y los demás ya no infrinjan las leyes". Sobre este punto véanse las referencias *supra*, N. 10.

[35] Conceptos que se analizan en Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

[36] Sobre las posibilidades de llegar a semejante equilibrio *cfr.* Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 III 2, pp. 70-71; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 50 y ss.; Maurach y Zipf, *supra*, nota 20, § 6 II C, pp. 72 y ss. Quien quiera abundar sobre la *lex talionis* del Antiguo Testamento y la teoría retributiva de Kant y Hegel, así como sobre los llamados castigos reflexivos de la Edad Media, *vid.* Roxin, *supra*, nota 2, §

ción de que el Estado sería capaz de velar por la justicia en el ámbito terrenal sirvió de base para esta noción de retribución. Es por así decirlo, el marco a través del cual ingresan diferentes representaciones de justicia, cuyas variedades y discrepancias culturales, religiosas e internacionales dificultan significativamente la formación de un consenso acerca de un grado justo de retribución[37].

Un claro ejemplo de este conflicto, es la cuestión relativa a la legitimidad de la pena de muerte[38]. La aceptación de su inclusión en el Estatuto de Roma por parte de aquellos Estados donde ésta ha sido abolida sería tan difícil de lograr como lo sería la aquiescencia para su prohibición a través del derecho internacional por parte de aquellos Estados donde existe una extensa práctica de la misma[39]. Así, se redactó una nota de pie de página al artículo 80 del Estatuto de Roma,[40] de conformidad a la cual, el Estatuto no afectaría (contradictorio) la práctica nacional.

Desde tiempos inmemoriales la humanidad ha tratado de encontrar una noción universalmente compartida acerca de lo que es justo o correcto. El modelo occidental representa sólo un segmento de las ideas existentes (el 11 de septiembre lo hizo brutalmente evidente), y si bien podría ser razonablemente aceptado por "humanistas ilustrados" o cristianos, podría del mismo modo ser ofensivo o ridículo, por ejemplo, para el sentido budista de justicia[41]. En este sentido, el significado "*correcto*" de justicia, en cuanto producto de un lento proceso

3 I 1, márgenes núms. 2 y ss. Más recientemente Walther, 111 *ZStW*, 1999, pp. 123, 136, con referencias adicionales, ha criticado la exigencia de proporcionalidad entre el delito y el castigo como una "versión contemporánea" del concepto de equilibrio.

[37] Jescheck y Weigend, *supra*, nota 9, § 8 III, pp. 70-71. Se opone a esto, con seguridad, Köhler, *supra*, notas 32, 43, quien considera que el objetivo de esta propuesta es restituir la relación legal modificada.

[38] Para un estudio completo de este asunto véase Schabas. *The Abolition of the Death Penalty in International Law* (2ª ed., 1997).

[39] El gobierno de Ruanda criticó el Estatuto del Tribunal de Ruanda por no incluir la pena capital (ver al respecto Akhavan, 90 *American Journal of International Law*, 1996, pp. 501, 507-508.

[40] *Cfr. supra*, nota 1.

[41] Sobre la concepción occidental de la justicia véase, por ejemplo, la visión general de Zippelius. *Rechtsphilosophie*, §§ 11-22 (3ª ed., 1994); sobre el pensamiento islámico puede consultarse a Khadduri, *supra*, nota 6, *passim*. Walther, en 111 *ZStW*, 1999, pp. 111, 123, 136, señala con igual resultado que ello depende de la idea que tenga la humanidad.

sociocultural a cuyo término es posible establecer un orden jurídico equivalente -y al menos, en el caso ideal- respaldado por la mayoría de la población,[42] no puede ser impuesto a persona o cultura alguna.

3. *Las diversas funciones preventivas de la pena*

El que la función del derecho penal sea vista como una efectiva protección de bienes jurídicos, nada dice acerca de la *forma* en que este objetivo ha de ser alcanzado[43]. Es comúnmente aceptado entre las teorías utilitarias de la pena, el que ésta simplemente se limite a prevenir la comisión de futuros perjuicios a determinados intereses o bienes jurídicos; mas no así, al *resarcimiento* de delitos que ya han sido perpetrados. No obstante lo anterior, el referido efecto preventivo puede ser alcanzado de distintas maneras, según las circunstancias individuales de cada caso. Más aún, es menester tener presente, que el efecto preventivo de la pena (o su simple amenaza) exige una evaluación completamente distinta, según la naturaleza de los delitos específicos de que se trate (esto es especialmente importante en cuanto a la perspectiva del Derecho Penal Internacional, véase *infra* 4).

La teoría de la *prevención especial* aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en tres estadios distintos. Por medio de la pena, se debe proteger a la comunidad del delincuente; disuadir al delincuente de cometer nuevos delitos; y durante el proceso de ejecución de la misma, resocializar al delincuente en términos tales que permita evitar su reincidencia[44]. Sobre el particular, es pertinente recordar -aunque sea brevemente- tres importantes críticas formuladas a este respecto en el ámbito del derecho penal *nacional*, las cuales pueden ser relevantes en materia de Derecho Penal Internacional. En primer lugar, se debe mencionar la discrepancia entre la teoría y la práctica de la resocialización. Las expectativas -aun sin confirmación- depositadas en la posibilidad de prevenir la reincidencia del delincuente mediante programas terapéuti-

[42] Respecto a este punto véase Khadduri, *supra*, nota 6, p. 160. Él distingue entre la "justicia legal", que acepta una sociedad como algo que la obliga (esto es, la ley local en vigor), y la justicia filosófica y ética, que aún está en proceso de desarrollo y no ha logrado un consenso.

[43] Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I, margen núm. 1; Maurach y Zipf, *supra*, nota 20, § 6 I A, margen núm. 1; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, margen núm. 24.

[44] Sobre los tres aspectos de la prevención especial pueden verse las referencias *supra*, nota 10.

cos apropiados, en la práctica han obtenido -por el momento- resultados bastante desalentadores[45]. En segundo lugar, un planteamiento orientado exclusivamente en los propósitos de la prevención especial adolece de una limitación inherente a la severidad de la sanción penal. Finalmente, el reparo hegeliano[46] continúa gozando de validez: La educación forzada de un adulto sería contraria a la dignidad humana[47].

La teoría de la *prevención general* propone un efecto preventivo frente a la comunidad[48]. Por una parte, la amenaza de una pena disuadiría a los potenciales delincuentes que integran una comunidad de cometer ilícitos penales (prevención general *negativa*); y por otra, fortalecería la confianza de quienes integran dicha comunidad en la capacidad de ejecución y vigencia del orden jurídico, y consecuencialmente con ello, la fe de la misma en el Derecho (prevención general *positiva*)[49]. Según esta teoría, la conciencia jurídica de la comunidad se concilia con el delincuente por medio de la pena, resolviéndose de esta manera el conflicto existente entre ambos (efecto de pacificación: el componente de la *prevención integradora -Integrationsprävention-* como parte de la prevención general)[50]. Sin embargo, a fin de que la amenaza que importa la imposición de una pena sea considerada seriamente, en el evento de que ésta fracase, esto es, frente a la comisión de un delito, es menester que la *imposición* y *ejecución* de la misma se efectúen de manera "pública y explícita"[51]. En este sentido, la pena es considerada como un mal que debe ser aceptado en nombre de la eficiencia. Así las cosas, serán víctimas de delito no solo quienes han sido directamente afectados por estos, sino que todos

[45] También la Cámara de Juicio II del ICTY, *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, juicio de 22 de febrero de 2001, IT-96-23-T e IT-96-23/1-T, par. 844.

[46] Hegel. "Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)", en *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, vol. 2, siglos XIX y XX, pp. 58, 65 (Vormbaum, ed., 1993).

[47] En vez de a otros véase Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 16 y ss.; Baumann, Weber y Mitsch, *supra*, nota 2, § 3, márgenes núms. 42 y ss.

[48] Sobre la teoría de la prevención general véase Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 3, márgenes núms. 21 y ss., Jakobs, *supra*, nota 2, ¼-16 y 1/27-34.

[49] Jakobs es iluminador en este punto. *Cfr. supra*, nota 2, 1/5.

[50] Véase Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 3, margen núm. 27, con referencias adicionales. No debe confundirse con ésta la función constructora de valores -cuyo alcance tiene muy probablemente sólo un grado reducido- de las leyes criminales. Véase, por ejemplo, Gropp, *supra*, nota 3, § 1 C I, margen núm. 75.

[51] *Cfr.* Hassemer, 30 *ZRP*, 1997, pp. 316, 318-319.

quienes integran dicha comunidad, en cuanto confían que ningún delito quedará impune[52]. Con ello, el efecto deseado -y aquí radica la diferencia conceptual con la teoría de la retribución- no depende del *sufrimiento personal del delincuente*, sino que más bien de una *compensación per se*, esto es, de la producción de una justicia «abstracta»: el sufrimiento personal del delincuente es aceptado simplemente en función de esta compensación, pero para la pena fundada en la idea de la prevención general, éste no es un fin en sí mismo.

Las debilidades de la teoría de la prevención general son evidentes[53]. Al igual que en el caso de la prevención especial, carece de una pauta que limite la duración de la pena. Del mismo modo, se podrían justificar penas excesivamente rigurosas, en función de sus claros efectos disuasivos. Finalmente, el individuo corre el riesgo de ser utilizado como medio para alcanzar un propósito social colectivo. En estos términos, el delincuente sería degradado a la condición de simple objeto de la prosecución estatal con finalidades preventivas[54].

Las así llamadas *teorías* de la *unificación o combinación*[55] intentan evitar las desventajas de las teorías de la prevención especial y de la prevención general mediante un modelo unificado. Los penalistas alemanes ROXIN y JAKOBS abogan por una teoría "dialéctica"[56] o "complementaria" de unificación[57]. En general, consienten la pena únicamente con fines de prevención, rechazando la idea de la retribución. Por otra parte, estiman necesario limitar la intensidad de la pena sobre la base de la culpabili-

[52] *Id.*

[53] Acerca de los juicios críticos sobre este punto véase Roxin, *supra*, nota 2, § 2 I 3, margen núm. 31. Por su parte Jakobs rechaza por completo la prevención general negativa. Véase *supra*, nota 2, 1/28 y ss. ("El resultado... inservible", a.a.O., margen núm. 32). También Hirsch se muestra crítico sobre la similitud estructural entre la retribución y la prevención general en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr Geier der Universität Köln*, 1988, pp. 399, 425, con referencias adicionales.

[54] Consúltese Höfling, en *Grundgesetz. Kommentar*, artículo 1, márgenes núms. 13 y ss. (Sachs, ed., 2ª ed., 1999) para la intención protectora del artículo 11 de la Ley Fundamental Alemana.

[55] Véanse las referencias proporcionadas por Jakobs, *supra*, nota 2 1/n. 70. Köhler, por su parte, se muestra crítico desde una perspectiva metodológica. *Cfr. supra*, notas 32, 44. Sobre la ley angloamericana véase Primoratz. *Justifying Legal Punishment* (1989).

[56] Roxin, 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 382-383; *id. supra*, nota 2, §3 I 5 a, márgenes núms. 37 y ss.

[57] Jakobs, *supra*, nota 2, 1/48 y ss.

dad del delincuente, a fin de prevenir la utilización de penas disuasivas excesivamente rigurosas, por eficaces que éstas pudiesen ser. De esta manera, le asignan a la noción de equivalencia contenida en las teorías absolutas una función estrictamente reguladora o de limitación de la pena, desponjándola de todo contenido justificatorio.

4. Los fines de la pena en el Derecho Penal Internacional

Las diferencias culturales, religiosas o idiosincrásicas existentes en torno a la noción de justicia no deben ser sobreestimadas en el ámbito del Derecho Penal Internacional. En este estadio, nos encontramos más bien en presencia de crímenes graves en contra de bienes jurídicos fundamentales de la humanidad, los cuales difícilmente podrían ser aceptados por cultura alguna[58]. En efecto, el que algunos Estados suelan impedir el castigo de tales crímenes se encuentra más bien vinculado a consideraciones políticas de poderío nacional, que a un rechazo de determinadas concepciones valóricas. A la luz de lo anterior, y a pesar de las continuas e irreconciliables discrepancias existentes entre diferentes culturas, es posible afirmar que la concepción de justicia no representa en sí misma, un obstáculo insuperable para la persecución internacional de crímenes graves.

En este ámbito, al igual que a nivel nacional, se de debe rechazar la *retribución* en cuanto fundamento o finalidad de la pena[59]. Buscar la equivalencia al perjuicio sufrido en el caso de crímenes de masas resulta sencillamente impensable[60]. No obstante lo anterior, los precedentes

[58] En este contexto el examen que se encuentra en Perrys, en 19 *Human Rights Quarterly* (*HRQ*), 1997, pp. 461 y ss., es informativo en cuanto al desafío relativista respecto de un concepto universal de los derechos humanos. Con razón sostiene: "Los seres humanos son todos parecidos en algunos aspectos que permiten hacer generalizaciones tanto de lo que es bueno como de lo que es malo no solo para algunos seres humanos, sino para todos los seres humanos" (471). Sobre el relativismo moral en el contexto de los juicios de crímenes de guerra véase el precursor artículo de Birmingham, en 24 *University of Pittsburgh Law Review*, 1962, pp. 132, 139 y ss.

[59] Véase Jescheck. *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952, pp. 191-192 (el juicio como venganza).

[60] Véase Jäger, en 76 *Kritische Vierteljahreseschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*KritV*), pp. 259, 270 (1993), quien señala el polémico juicio crítico sobre los veredictos en contra de los criminales de guerra nazis, que convierten "las matanzas individuales imputables a los acusados en unidades temporales de encarcelamiento [...] que sólo pueden darse en minutos".

del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia* o ICTY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda* o ICTR) le concedieron a la noción de retribución -frente a otros fines de la pena- un rol marcadamente preponderante, en términos tales, que ésta llegó a quedar en pie de igualdad frente a la *disuasión* general, esto es, a la prevención general negativa. Así, en el fallo más reciente de la Cámara de Apelaciones en Celebici se ratificó que los "principales fines para dictar condena... son la disuasión y la retribución"[61].

A este respecto, merecen tener consideración las reflexiones formuladas por ROHT-ARRIAZAS[62] en torno al efecto disuasivo de la pena, en el caso de delincuentes institucionalmente obligados (cumplimiento de un deber): Como estos delincuentes son protegidos por su respectiva "fachada organizacional", todo intento de disuasión y resocialización estaría destinado al fracaso. A este respecto, sólo una reforma institucional podría ser de utilidad[63]. Más aún, atendido el carácter excepcional de los delitos y delincuentes internacionales, la disuasión especial tendería a perder significación[64].

[61] Cámara de Apelaciones del ICTY, *Prosecutor vs. Delilac et al.*, juicio de 20 de febrero de 2001, IT-96-21-A, pars. 799 y ss. (806), con referencias adicionales; *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 838 y ss., donde se distingue entre el refrenamiento o disuasión general y el especial. Véase también Ambos y Nemitz. *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, vol. 2, The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994.1999, pp. 835 y ss. (Klip y Sluiter, eds., 2001). *Cfr.* asimismo Safferling, *supra*, nota 16, en las pp. 135 y ss. (139), quien, siguiendo a Andrew von Hirsch, considera que la finalidad del castigo nacional consiste, *inter alia*, en la expresión de "una desaprobación moral" (censura) y transfiere esta idea al nivel internacional (pp. 156 y ss.). Por otra parte admite que, por lo menos en el mundo occidental, "los sentimientos de venganza prácticamente se han extinguido" (pp. 162-163).

[62] Roht-Arriaza. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, 1995, p. 14.

[63] *Ibid.*, p. 15: "Con todo, en el caso presente estas actitudes no son ni personales ni aberrantes, sino que más bien se inculcan deliberadamente en un ambiente institucional como parte de una misión más amplia, por ejemplo, la de la seguridad nacional, que incluso puede considerarse válida. En este contexto la rehabilitación significa la reforma institucional". Véase también Malamud-Goti, 12 *HRQ*, 1, 10 (1990). Para un planteamiento parecido puede consultarse también a Limbach, 4 *Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift* (*DtZ*), pp. 66, 69 (1993), quien interpreta el concepto "solidaridad y culpabilidad" de la Iglesia protestante alemana (1945) en el sentido de que las personas que fueron culpables de uno u otro modo actuaron a menudo creyendo que obraban de acuerdo con su país y su sociedad.

[64] *Cfr. Prosecutor vs. Kunarac et al.*, *supra*, nota 45, pars. 840, 843. Consúltese asimismo Safferling, *supra*, nota 16, p. 137.

A pesar que la jurisprudencia de dichos Tribunales hace referencia a distintas finalidades de la pena, éstas desempeñan para ellos un rol ciertamente secundario. Esto quedó de manifiesto en el referido proceso, en lo que a la *prevención especial* bajo la modalidad de la *rehabilitación* respecta, cuando la Cámara de Apelación de Celebici rechazó contundentemente la apelación interpuesta por el acusado Mucic: "...si bien la rehabilitación... debe ser considerado como un factor relevante, no es de aquellos que deban recibir una consideración desmedida"[65] Esta opinión contrasta radicalmente con el artículo 10 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). A este respecto, no es incorrecto afirmar que las teorías contemporáneas acerca de los fines de la pena no han recibido una ponderación adecuada por parte de los Tribunales *Ad hoc*[66]. Por otra parte, dichos Tribunales parecieran no apreciar el valor de la retribución y de la disuasión como una exigencia de resarcimiento por parte de la comunidad internacional, sino que más bien, como expresión de su determinación por evitar la impunidad de estos crímenes[67]. En este sentido, es posible identificar una aproximación más positiva -nuevamente en la reciente decisión Celibici- cuando la imposición de condenas apropiadas, esto es, de condenas que reflejen adecuadamente la totalidad de la conducta criminal y de la culpabilidad individual,[68] es considerada como necesaria para la restauración de la confianza pública en la integridad de la administración de justicia penal[69]. Este razonamiento puede ser interpretado como expresión de una cierta proximidad a la teoría de la prevención integradora, desde el momento que, tanto estos crímenes como sus autores específicos, son

[65] *Prosecutor vs. Delialic et al., supra*, nota 61, par. 806; así también *Prosecutor vs. Kunarac et al., supra*, nota 45, pars. 844, 857.

[66] Véase también *Prosecutor vs. Kunarac et al., supra*, nota 45, par. 837: "Sea cual fuere el nombre por el que sea conocido..."

[67] Véase la Cámara de Juicios del ICTY II, *Prosecutor vs. Kupreskic et al.*, juicio de 14 de enero de 2000, IT-95-16-T, par. 848; asimismo Cámara de Apelaciones del ICTY, *Prosecutor vs. Aleksovski*, juicio de 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, par. 185; fue concurrente *Prosecutor vs. Kunarac et al., supra*, nota 45, par. 841. Para juicios anteriores consúltese Ambos y Ruegenberg, 5 *NStZ-RR*, 2000, pp. 193, 200, 206.

[68] *Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, nota 61, pars. 429-30, 755, 769, 771, 847; fue concurrente *Prosecutor vs. Kunarac et al., supra*, nota 45, par. 856.

[69] *Prosecutor vs. Delalic et al., supra*, nota 61, par. 756. Para un efecto preventivo de la jurisprudencia de los tribunales puede consultarse también a Akhavan, 95 AJIL 7, 2001, pp. 9 y ss. y 30.

situados en el contexto más amplio de la lucha internacional contra la impunidad y de la búsqueda de la justicia y la paz para la comunidad mundial considerada como un todo.

La necesidad de sancionar crímenes internacionales fue vinculada tempranamente con distintos aspectos *preventivos*. Así, durante 1952, JESCHECK identificó en los juicios de Nuremberg ideas de prevención general, tanto en un sentido positivo (mantenimiento del respeto al Derecho), como en uno negativo (disuasivo)[70]. Con todo, las consideraciones clásicas de la prevención especial o general, basadas en un orden jurídico nacional, no son susceptibles de ser transferidas fácilmente a la punición de crímenes internacionales[71]. A este respecto, es posible afirmar con cierta certeza, que una teoría internacional sobre los fines de la pena aún se encuentra en vías de desarrollo. No obstante lo anterior, esto no quiere decir que la persecución de crímenes internacionales -tanto a nivel nacional (por parte de terceros Estados), como a nivel internacional- no pueda hallar justificación en su eventual efecto disuasivo (general). El caso Pinochet,[72] al menos, pareciera haber puesto fin al deseo de viajar de otros ex-dictadores latinoamericanos o de otras nacionalidades. En todo caso, y en ausencia de un orden penal internacional en funcionamiento, pareciera ser que el propósito de castigar por medio de tribunales penales internacionales se encuentra más bien identificado con un efecto de prevención general positiva, entendida ésta en el sentido de efectuar una *contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional*

[70] *Cfr.* Jescheck, *supra*, nota 59, pp. 194-195 y 302 y ss. (con notas y referencias de varios juicios). No obstante también indica que el fracaso del castigo a los vencedores obstaculiza el refrenamiento (195) y que aún no se ha desarrollado el conjunto común de valores respecto de lo deseable que pueda ser el castigo de ciertos tipos de conducta.

[71] Tocante a este punto véase Ambos, 79 *KritV*, 1996, pp. 355, 365. No está convencido a pesar de todo Jäger, 1 *Kritische Justiz* (*KJ*), pp. 143, 147 (1968/69), quien más adelante se inclina sin embargo hacia el reconocimiento de un efecto preventivo general, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271.

[72] Véase Ambos, 54 *JZ*, 1999, p. 16; *id.* 54 *JZ*, 1999, p. 564; *id.* 4 *Revista Penal* (España), 3 (1999); International Commission of Jurists, *Crimes against Humanity. Pinochet Faces Justice; Arán* y Garrido (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet* (2000). *Cfr.* también Nicholls, 41 *Virginia Journal of International Law* (*Va. J. Int'l L.*), 2000, p. 140; Byers, 10 *Duke Journal of Comparative and International Law* (*Duke J. Comp. & Int'l L.*), 2000, p. 415; Horowitz, *Fordham International Law Journal* (*Fordham Int'l L.*), 1999, p. 489.

(penal) de valores comunes[73]. Este futuro orden penal internacional dificultaría -en el largo plazo- la comisión de crímenes internacionales, por medio de un sistema de ejecución de sanciones penales, que por lo mismo, podría desarrollar efectos (generales) de disuasión. En todo caso, la creciente determinación de la comunidad internacional de combatir crímenes graves contra la humanidad mediante la utilización de medios militares apunta precisamente en esa dirección.

En cuanto a la justificación del castigo de criminales nazis que mientras tanto se habían integrado a la sociedad, es posible afirmar que[74] la impunidad no solo ofendería la conciencia jurídica (ficticia) de la población, sino que también conduciría, sobre la base del principio de igualdad de trato, a la impunidad de todos los delincuentes que dejen de presentar un riesgo o peligro reincidencia[75].

5. Opciones alternativas a la reacción penal (pura)[76]

No es posible concluir un análisis acabado sobre los fines de la pena en el ámbito del Derecho Penal Internacional sin prestar atención a los

[73] *Cfr.* Triffterer. "Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum", en 70 *Geburtstag*, vol. 2, pp. 1477, 1502 (Vogler *et al.*, eds., 1985); Franz, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Völkerrecht* 32 (1996); Hollweg, 48 *JZ*, 1993, p. 980; Werle, 110 *ZStW*, 1997, pp. 808, 822 y ss., quien subraya además el efecto satisfactorio de los juicios criminales internacionales, en los que se reconoce la pasada maldad y se individualiza la culpabilidad. Véase asimismo Ambos, 79 *KritV*, 1999, pp. 355, 366-367.

[74] Roxin, *supra*, nota 2, § 3 I 2, márgenes núms. 19 y § 3 I 5 b, margen núm. 43; *id.* 6 *JuS*, 1966, pp. 377, 383. Piensa de manera similar Jäger, 1 *KJ*, pp. 143, 148-149 (1968/69), con una referencia a la credibilidad de la justicia criminal.

[75] De manera similar piensa Limbach, 4 *DtZ*, 1993, pp. 66, 71, respecto del contexto de la injusticia en la RDA. Jakobs, *supra*, nota 11, 42, hace hincapié en la estabilización de la norma cuando sostiene que el castigo de los delincuentes nazis fue necesario a fin de restablecer un sistema estable basado en el imperio de la ley. De aquí se sigue, con seguridad, la renuncia al castigo en un Rechtstaat estable, como en el caso del crimen de Estado en la RDA.

[76] Para un análisis legal comparativo del papel de la ley criminal a fin de hacer un ajuste de cuentas con el pasado, véase Arnold, 6 *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 1998, p. 140; puede consultarse asimismo Eser/Arnold (eds.), *Criminal Law in Reaction to State Crime. Comparative Insights into Transitional Processes*. Internacional Colloquium Freiburg, 1999, *passim*, 2000. *Cfr.* también Kreuter, *supra*, nota 32, particularmente sobre las opciones, pp. 110 y ss. Por el contrario Walther, 111 *ZStW*, 1999, pp. 123, 133 y ss., está en favor de la complementación del castigo y de las medidas mediante un tercer tipo de condena, la "medida legal criminal", que se ajusta a las compensaciones en el contexto de la ley criminal.

importantes esfuerzos, que en materia de resolución alternativa de conflictos han sido llevados a cabo, atendida su capacidad de alcanzar -incluso de mejor manera- los propósitos de la pena perseguidos por la mera reacción penal. En este contexto, la Comisión de Verdad y Reconciliación sudafricana (*Truth and Reconciliation Commission-TRC)* es un ejemplo a seguir:[77] mediante la renuncia a la punición de actuaciones políticamente motivadas (¡!) -condicionada a la confesión pública y detallada de sus autores- se buscó la reconciliación de la sociedad como un todo, no por medio de la persecución penal, sino que primordialmente, por medio del descubrimiento de la verdad, como asimismo, y en el mejor de los casos, mediante el arrepentimiento de los transgresores y el perdón de sus víctimas. Del mismo modo, las audiencias públicas y la compensación de las víctimas o sus deudos, como asimismo, el más acabado esclarecimiento de las faltas del Estado habrían de contribuir decididamente a este propósito.

Desde ese punto de vista, atendidos sus efectos de largo plazo en materia de reconciliación, incluso se podría identificar un efecto disuasivo en el sentido de la prevención integradora (por lo demás, idea que suele ser la principal motivación de las diversas "comisiones de verdad")[78]. Por cierto que tal efecto no agrega nada a la punición en el contexto de la reacción penal pura; pero ofrece frente a ésta, una suerte de "efecto secundario" de tal entidad, que la imposición y ejecución de una pena -al menos en el contexto de esta lógica- incluso podría llegar a ser superflua. El esclarecimiento y el descubrimiento de la verdad, el establecimiento de hechos históricos (como asimismo, la identificación de los responsables de un régimen inicuo, con el objeto de impedirles la apropiación de posiciones clave después de un cambio de sistema)[79] podrían alcanzarse con independencia de un proceso

[77] *Cfr.* Werle, 29 *Verfassung und Recht in Übersee* (*VRÜ*), 1996, p. 58; Asmal, en *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 465 (Hankel y Stuby, eds., 1995); Makue, en *Straflosigkeit, Gerechtigkeit, Vergebung: Christliche Wege zur Versöhnung?*, p. 35 (Collett *et al.*, eds., 1996). Sobre la compatibilidad de las regulaciones de amnistía y la Constitución sudafricana *cfr.* Venter, 56 *ZaöRV*, 1996, p. 147. Consúltese también www.truth.org.za con vínculos con el reciente informe de la Comisión.

[78] Sobre el descubrimiento de la verdad como requisito previo para el perdón y, por tanto, también de la reconciliación, véase Kreuter, *supra*, nota 32, pp. 380-381.

[79] *Cfr.* Jäger, 1 *KJ*, 1968/1969, pp. 143, 149. Este problema surge después de cada cambio de sistema y requiere de un equilibrio entre la "justicia" sustantiva para las víctí-

penal, e incluso, con mayor eficacia que en estos, por ejemplo, mediante el ofrecimiento de incentivos de cooperación a los transgresores (*verbigracia.* promesas de amnistía). En tales caso, nos adentramos sin embargo en un ámbito donde el estado de derecho y el principio de un juicio justo pueden ser seriamente vulnerados. En este contexto, y sólo por vía de ejemplo, bien podría suscitarse la cuestión acerca de si la declaración "voluntaria" del delincuente, hecha con la expectativa de una amnistía, puede ser posteriormente utilizada en un proceso penal, en el caso que ésta sea finalmente denegada[80].

El éxito de estos enfoques alternativos es en verdad difícil de predecir (más aun, cuando la ventura de los mismos se encuentra estrechamente vinculada al prestigio o influencia de quienes integran estas comisiones, como sucede en el caso sudafricano con NÉLSON MANDELA y el obispo *Tutu*); sin embargo, si estos se encuentran fundados en un amplio consenso social y los criminales no reciban una amnistía general -como en parte sucedió en América Latina-[81] no son menos promisorios que los intentos de reconciliación por medio de una "rigurosa" persecución penal. Lo anterior, es especialmente relevante en ausencia de condiciones fácticas o jurídicas para detener y juzgar a los responsables en un proceso justo.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, la renuncia a la persecución penal en el ámbito del Derecho Penal Internacional no solo reconoce ciertos límites,[82] sino que debe ser derechamente rechazada, cuando se trata de una renuncia incondicional decretada por los propios transgresores en beneficio propio. En este contexto, es útil destacar la trascendencia que detenta la reacción penal pura en materia de satisfacción y reparación de las víctimas y de la sociedad, atendida su función de esclarecimiento y descubrimiento de la verdad[83]. Así las cosas, es precisamente en ausencia de ambos remedios,

mas, la marginación exagerada de los delincuentes y las exigencias prácticas de la situación histórica concreta.

[80] Son interesantes en este contexto las experiencias de la Comisión de la Verdad Sudafricana (véanse las referencias en la nota 77).

[81] *Vid.* Nolte (ed.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*, 1996, *passim*; Ambos, 29 *VRÜ*, 1996, p. 465.

[82] Véase *supra*, nota 16, con más referencias.

[83] En este sentido se manifiesta Jäger, 76 *KritV*, 1993, pp. 259, 271-272.

cuando la necesidad de una prosecución penal internacional, sea por medio de la CPI, sea por medio de un enjuiciamiento penal descentralizado a través de terceros Estados (como sucedió en el caso Pinochet), asume un carácter particularmente apremiante.

6. Conclusión

Las funciones y fines del derecho penal nacional no son susceptibles de ser fácilmente transferidas al Derecho Penal Internacional. Sin perjuicio de lo anterior, las similitudes entre ambos planos son inequívocas[84]. Mientras el derecho penal nacional sirve la pacífica convivencia de las personas dentro de un Estado, el Derecho Penal Internacional persigue esta finalidad cruzando las fronteras, y sólo en el evento de graves violaciones a los derechos humanos o grandes amenazas a la paz y seguridad de la humanidad. Por otra parte, mientras el derecho penal nacional pretende generar el mismo efecto, tanto para el individuo como para la sociedad en su conjunto, el Derecho Penal Internacional sirve más bien, atendidas las especiales características de sus delitos y de quienes los ejecutan, al propósito de crear una conciencia jurídica universal; esto en el sentido de una prevención general positiva e integradora que llama a la reconciliación, con el reconocimiento de que no se renunciará a la esperanza de alcanzar un efecto de prevención general negativo, *esto es,* a la consecución de una disuasión general íntegra.

[84] Safferling contempla un vínculo más próximo entre los niveles nacional e internacional. *Cfr. supra*, nota 16, en particular en la p. 161.

CAPÍTULO IV

IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE ROMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A. REQUISITOS DEL ESTATUTO

El Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno. Como única excepción *normativa* puede considerarse el art. 70 inc. 4 letra a, que obliga a los Estados partes a extender sus leyes penales que castiguen delitos contra la administración de justicia a los delitos contra la Corte Penal Internacional (CPI) contenidos en el art. 70.

Si bien ésta es la única excepción normativa de la regla de que no hay obligación específica, podemos deducir más excepciones *fácticas* de, por un lado, la *obligación de cooperación* de los Estados partes (arts. 86 y ss.) y, por otro, del principio de complementariedad (art. 17). En cuanto a lo primero, es claro que los Estados partes solamente pueden cumplir con su obligación de cooperación si tienen una legislación procesal adecuada, en particular una ley de cooperación con la CPI. El art. 88 explícitamente exige que los Estados partes se aseguren "de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas de la presente parte".

El principio de *complementariedad* presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra en el sentido de los arts. 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional -caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo-, está obligado *de facto* a adaptar su legislación nacional al Estatuto. De lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto. La cuestión se vuelve más complicada todavía si se toma en cuenta la compleja relación entre crímenes internacionales y ordinarios nacionales. Si bien los actos individuales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra se encuentran reglados en la legislación nacional -por ejemplo, el asesinato, la lesión, etc.-, no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir, en

caso de crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple, y en caso de crímenes de guerra, como requisito mínimo, la existencia de un conflicto armado. Como resultado, se puede decir que el principio de complementariedad implica una *obligación de facto* de implementación.

B. OPCIONES DE IMPLEMENTACIÓN [1]

Partiendo de las explicaciones de la sección A, es claro que la "*opción cero*" (ver anexo B) no es ninguna opción. Los Estados partes tienen que introducir, por lo menos, normas que protegen la administración de justicia de la CPI (art. 70 [4]) y un régimen procesal de cooperación con la CPI (implementación *limitada* o *parcial*). En todo caso, lo más recomendable es una implementación *total* o *completa*.

Los modelos a seguir dependen de las exigencias constitucionales de cada Estado. En general, el sistema continental o de civil law -al cual pertenecen también la gran mayoría de los Estados de América Latina- no permite una aplicación directa de normas (penales) internacionales o una transformación de estas normas a través de una referencia al instrumento internacional por las exigencias de los principios *nullum crimen sine lege* (certa) y *nulla poena sine lege*. La cuestión es detalladamente discutida en el informe sobre Argentina en este libro acerca del caso "Simon" (más conocido como "Poblete"), fallo del 6 de marzo de 2001 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n 7 (juez Cavallo)[2].

En consecuencia, las opciones posibles para los países latinoamericanos son la adopción literal de los arts. 5 y ss. del Estatuto (modelo belga) o una codificación nueva en la parte especial del Código Penal o en una ley especial. Mientras el legislador alemán tomó la última opción, en la mayoría de los Estados latinoamericanas se optó u optará por modificaciones al CP[3].

[1] Ver detalladamente *Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, Juristenzeitung (JZ) 2001, 885, 886 y s.; también *Werle/Jessberger*, International Criminal Justice is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law, Criminal Law Forum 13 (2002), 191, 193 y ss.

[2] El fallo es publicado en Nueva Doctrina Penal 2000, tomo B, p. 527. Véanse los puntos B.b.4 y F. del informe de Argentina en este libro.

[3] Véase el punto G de los informes nacionales en este libro.

C. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Aparte de la cuestión del rango y de la aplicación directa del Estatuto de Roma (arts. 5 y ss.) en la legislación interna, hay varios otros problemas que deben ser tomados en cuenta en el proceso de implementación:

1. Si bien los crímenes codificados en los arts. 5 a 8 del Estatuto son reconocidos por el derecho consuetudinario internacional, incluso como *ius cogens* (en particular el genocidio), para algunos de ellos no es claro si el Estatuto establece el principio de ***jurisdicción universal***. En contra de ello parece hablar la competencia limitada de la Corte sobre hechos cometidos en el territorio o por nacionales de un Estado parte (art. 12 inc. 2). Por otro lado, el Estatuto presupone que es "deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales" (preámbulo, § 6). En todo caso, si bien los Estados (partes) no son *obligados* a introducir el principio de jurisdicción universal en su derecho interno, tienen el *derecho* de hacerlo. Así la nueva Ley alemana de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch-VStGB*), que entró en vigor el 30 de junio de 2002,[4] prevé en su art. 1 (ámbito de aplicación): "[E]sta ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, incluso cuando el hecho haya sido cometido en el extranjero y no muestre ninguna relación con el territorio nacional". Esta norma *sustantiva* se encuentra, sin embargo, limitada mediante una modificación procesal en la Ordenanza Procesal Penal alemana referente al ejercicio del principio de oportunidad por la Fiscalía. Un nuevo § 153 f dispone que la Fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible cuando el culpable no se encuentra en territorio nacional ni es de esperar su presencia (inc. 1) y cuando el hecho es perseguido por la CPI o por el Estado territorial del sospechoso o de la víctima (inc. 2). En otras palabras, la competencia alemana es subsidiaria a la CPI y a la de terceros Estados que asumen el juzgamiento del caso.

2. Si bien el ***principio de culpabilidad*** ha sido reconocido en Derecho Penal Internacional ya en Nuremberg,[5] el principio de la responsa-

[4] Bundesgesetzblatt 2002 I p. 2254; traducción en los idiomas oficiales de la ONU se encuentran en <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>.

[5] Véase *Ambos*, Responsibilidad penal individual en Derecho Penal Internacional, Revista Penal (Salamanca) n 7, enero 2001, pp. 5 y ss. (5 y s.); también en: íd., Temas del Derecho Penal Internacional, Bogotá 2001 (Universidad Externado de Colombia), pp. 63 y ss.

bilidad del superior (*command responsibility*, art. 28) choca con este principio en cuanto a la responsabilidad del superior por hechos cometidos por sus subordinados sin su conocimiento positivo o sin dolo (eventual)[6]. Por lo tanto, el *VStGB* hace una distinción entre la responsabilidad del superior como *autor* de una omisión dolosa de impedir crímenes cometidos por sus subordinados (§ 4), es decir, de un delito impropio de omisión, y su responsabilidad como mero *cómplice* por infracción del deber de vigilancia u omisión de la comunicación de un delito (§ 13, 14).

3. En cuanto al ***principio de legalidad*** material (*nullum crimen sine lege*), especialmente en su forma de *lex certa*, el Estatuto prevé muchas figuras inciertas que pueden ser consideradas incompatibles con este principio. Ejemplos son los "actos inhumanos" del art. 7 (1) *k* o los daños "claramente excesivos" en relación con la ventaja militar (art. 8 [2] *b* [iv]). A este respecto, una implementación compatible con los requisitos constitucionales hace necesaria una concreción de estas conductas a través de una referencia a la parte especial del CP. Así, por ejemplo, el *VStGB* refiere, en cuanto a los actos inhumanos, al § 226 (lesión corporal grave) del CP alemán (§ 7 [1] n 8). Además, el principio *nulla poena sine lege* exige que la legislación interna asigne penas concretas a cada uno de los delitos.

4. En cuanto a la ***cadena perpetua*** (art. 77), surge un problema para Estados que, como Colombia o Brasil, tienen una prohibición constitucional expresa al respecto. Sin embargo, como se puede ver en los informes nacionales en este libro, esta prohibición no es un obstáculo insuperable para la ratificación e implementación del Estatuto. En todo caso, desde el punto de vista material parece poco convincente esta prohibición si los mismos Estados prevén penas *temporales* que no solamente superan la posible cadena perpetua en otros Estados -por ejemplo, en Alemania[7]- sino también la cadena perpetua impuesta por la CPI, es decir aprox. 37,5 años[8].

[6] Para un análisis detallado véase *Ambos*, en: Temas, supra nota 5, pp. 117 y ss.; también en: íd. (coord.), La nueva justicia penal supranacional, Valencia (España) 2002, pp. 159 y ss.

[7] La pena temporal máxima en Alemania son 15 años (§ 39 inc. 2 CP), la cadena perpetua es limitada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que exige que siempre debe existir la posibilidad de recuperar la libertad (BVerfGE 45, 187, 227 ff.; 86, véase: Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán (Konrad

5. Si bien el Estatuto distingue entre ***extradición*** entre Estados y ***entrega*** entre un Estado y la Corte (art. 89), ésta es una clarificación meramente terminológica que no resuelve el problema de fondo de que se trata de una sustracción de un ciudadano de su jurisdicción nacional. Por lo tanto, es recomendable una modificación constitucional que permita la extradición/entrega a la CPI[9].

6. En cuanto a la ***inmunidad***, se debe distinguir entre la inmunidad frente a una *Corte internacional* y entre *Estados*. En el primer caso no existe más la inmunidad como obstáculo procesal para la persecución de crímenes internacionales, como se desprende de todas las normas emitidas desde Nuremberg y recogidas en el art. 27 del Estatuto de Roma. La situación es más compleja en cuanto se refiere a la persecución de estos crímenes por un tercer Estado, pues en este caso es aplicable la vieja regla de *par in parem no habet imperium* (entre iguales no hay quien domine), es decir, ningún Estado puede juzgar a otro persiguiendo a sus funcionarios (inmunidad estatal). La regla ha sido confirmada en la reciente sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Congo v. Bélgica*, en la cual la Corte declaró ilegal una orden de detención belga contra el ex ministro de Relaciones Exteriores del Congo por violar la soberanía del Congo[10]. Si bien la *ratio* de la inmunidad estatal y diplomática -la preservación del funcionamiento normal de las relaciones interestatales- no debe ser sacrificada sin más en favor de la jurisdicción universal para cada caso de injusticia en nuestro planeta, por otro lado no se debe pasar por alto que la criminalización internacional de violaciones graves de derechos

Adenauer Stiftung), pp. 18s.; por lo tanto, existe la posibilidad de una suspensión del resto de la pena también en estos casos después de haber cumplido 15 años (§ 57a CP); así la pena raramente excede 25 o 30 años.

[8] Aunque la cadena perpetua no está definida en el Estatuto, se puede deducir de la revisión de 25 años (art. 110 [3]), considerando esto como dos terceras partes, que la pena puede llegar a 37,5 años (siendo 12,5 años una tercera parte).

[9] Véase, por ej., el art. 16 inc. 2 modificado de la Constitución alemana: "Ningún alemán podrá ser extraditado al extranjero. Por ley se podrá establecer una *excepción* respecto a la extradición a un país miembro de la Unión Europea o a la *Corte Penal Internacional*, en la medida en que se respeten los principios del estado de derecho."

[10] *ICJ*, Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement, 14 February 2002, § 51 y ss. y pássim; opinión disidente de *Higgins/Kooijmans/Buergenthal*, § 81 y ss. Véase también la critica de *Cassese* y *Wirth* en Eur. Journal of International Law 13 (2002) 853, 877; también *Guilherme de Aragao*, Humanitäres Völkerrecht 2002, 77.

humanos encuentra su más importante campo de aplicación en el caso de violadores que pertenecen al gobierno. En consecuencia, desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional la inmunidad no puede impedir la persecución si el sospechoso, como en el caso ante la CIJ, no ejerce ya funciones oficiales y por lo tanto no representa más al Estado afectado. Un concepto menos guiado por los intereses estatales pero más por los de los derechos humanos aun limitaría la inmunidad de jefes de Estado y miembros del gobierno todavía activos si los crímenes bajo examen son tan graves que el interés de persecución y castigo debe prevalecer sobre el funcionamiento normal de las relaciones internacionales[11]. Evidentemente, esto no puede ser decidido *en abstracto* sino solamente en cada caso particular.

En cuanto a posibles *acuerdos bilaterales* entre los Estados Unidos y Estados partes con base en el art. 98,[12] parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (art. 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art. 89). En todo caso, si esta obligación existe antes de un acuerdo bilateral el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (art. 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado que envía (*sending state*) solamente si "un acuerdo internacional" preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea[13] y una resolución del Parlamento Europeo[14]. Así, los "Principios recto-

[11] Véase más detalladamente *Ambos*, in: Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo I, 2003, observaciones preliminares a los § 3-7, notas marginales 135 y ss.

[12] Al 12 de marzo de 2003 24 Estados firmaron estos acuerdos; entre ellos tres de América Latina (El Salvador, Honduras y República Dominicana) que ni siquiera han ratificado el Estatuto. Véase <www.iccnow.org/otherissuesimpunityagreements.html>.

[13] Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en Human Rights Law Journal (HRLJ) tomo 23 (2002), p. 15; en alemán en Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 2002, p. 469.

[14] Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, "la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...] **sirvien-dos** indebidamente" y expresa, en la letra F, su decepción "por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5_TA-PROV(2002) 09-26; <www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2& LANGUE=ES>;en alemán en EuGRZ 2002, 554).

res de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte", aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de septiembre de 2002,[15] tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes señalando, *inter alia*, que:

- Deben tomarse en consideración los acuerdos internacionales existentes, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.
- Celebrar los acuerdos propuestos por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería incompatible con las obligaciones de los Estados parte en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por Estados partes de la CPI.
- Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido crímenes que sean competencia de la Corte no queden impunes. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.
- Toda solución debe incluir únicamente a personas que no sean nacionales de un Estado parte en la CPI.

[15] Sesión n 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, Doc. 12516/02, punto 6 "Corte Penal Internacional" con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>; en alemán en EuGRZ 2002, 665.

A. REQUISITOS DEL ESTATUTO

Regla: No hay obligación específica

Excepciones:

- Art. 70 para. 4 (delitos contra la administración de justicia)
- Cooperación (Art. 86 et seq.) => normas procesales (Art. 88 !)
- Complementariedad (Art. 17)

⇓

→ importancia de persecución nacional
(ver también Preámbulo y Art. 20 III)

→ obligación de facto de implementar ?

- vacíos en derecho nacional?
- crímenes ordinarios?

B. OPCIONES DE IMPLEMENTACION

1. Ninguna implementación = "opción cero"

→ No es opción (ver arriba)

2. Implementación *limitada*

→ Art. 70 IV

→ Normas procesales

3. Implementación *total/completa*

a) "Modelo de Referencia" ("Reference model")

- aplicación directa (África del Sur)
- referencia al Estatuto (Canadá, Nueva Zelandia)
- adopción literal (Bélgica)

b) "Modelo de codificación (especial)" ("Special codification model")

- implementación modificada en Código Penal o Ley Especial (Alemania)

C. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- jurisdicción universal
- principio de culpabilidad
- principios de legalidad (material), certeza (*nullum crimen*), ej. "inhumane acts" (Art. 7 (1) (k)), "clearly excessive" (Art. 8 (2) (b) (iv))
- cadena perpetua (Art. 77, revisión Art. 110)
- extradición - entrega (Art. 89)
- inmunidad
  - → derecho nacional
  - → acuerdos bilaterales Art. 98 (EE.UU.)

CAPÍTULO V

LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y AMÉRICA LATINA*

* Agradezco al Prof. Dr. Francisco Muñoz Conde (Sevilla, España) por la traducción de este texto y valiosas sugerencias. Asimismo agradezco el apoyo de Rodrigo Aldoney en la redacción final.

La internacionalización del Derecho penal avanza a grandes pasos. Desde la perspectiva europea se muestra en dos formas: Por un lado, como un auténtico Derecho Penal Internacional ("International Criminal Law", "Droit pénal international"), en el sentido de un Derecho penal (supranacional) de Derecho internacional; lo que en alemán se denomina "Völkerstrafrecht"; y, por otro lado, como un Derecho penal europeo, limitado al ámbito europeo, que, obviamente, no puede pretender una validez supranacional comparable a la del Derecho Penal Internacional.

I. DERECHO PENAL EUROPEO

1. Concepto genérico: Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto

Consideremos en primer lugar con más detenimiento el Derecho penal europeo. ¿Qué se entiende por tal? Aquí comienza el primer problema. El "Derecho penal europeo" constituye un "conjunto no homogéneo (heterogéneo) inabarcable" que no está codificado y del que, por tanto, es difícil dar un concepto[1]. Realmente, por tal sólo se puede entender - en el sentido de un concepto genérico muy amplio- todas las normas y praxis materiales y procesales que son reconducibles al o que proceden del Derecho y de las actividades de la Unión Europea (Derecho europeo en sentido amplio) y del Consejo de Europa (Derecho europeo en sentido estricto)[2] y que llevan (o deben llevar) a una armonización[3] de los Derechos penales nacionales de los países europeos. En este sentido no es exagerado hablar de una europeización del Derecho penal[4] a

---

[1] *Jung*, JuS 2000, 417 (424).

[2] Sobre el término Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto *Dannecker*, Festschrift BGH IV, 2000, p. 345; también *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, p. 29.

[3] Sobre la clase y formas de armonización, cfr. *Tiedemann*, en: *Scheuing/Kreuzer /Sieber* (edit.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU, 1997, p. 133, 137 ss.; de acuerdo *Otto* Jura 2000, 99; más recién *Vogel*, GA 2003, 314 y ss.; sobre los riesgos de la armonización, *Zieschang* ZStW 113 (2001), 266 p.; crítico del concepto *Klip* NStZ 2000, 626.

[4] Cfr. sobre la terminología la sg. nota 5.

través de y en el marco de las citadas instituciones; sin que ello signifique, sin embargo, que, como ya indicábamos al principio, exista también un Derecho penal europeo que merece el nombre, es decir, un Derecho penal supranacional de la Unión Europea[5]. Es más, es algo más que dudoso si en un tiempo previsible podemos hablar de un Derecho penal europeo en forma de un Derecho penal y procesal penal europeo armonizado;[6] por lo menos si se refiere a un sistema penal integral mas allá de una armonización parcial en algunos ambitos particulares de criminalidad, por ej., en los delitos financieros, el narcotráfico y el crimen organizado[7].

Pues bien, por lo que se refiere al Derecho europeo en sentido amplio, corresponde al Consejo de Europa, a través de la conclusión y propuesta de tratados internacionales y de una completa actividad asesora, la tarea de armonizar el Derecho penal y conseguir la colaboración efectiva en el ámbito penal de sus 45 Estados[8]. El Consejo ha desarrollado con la Convención Europea de DDHH y su interpretación por la Corte Europea de DDHH de Estrasburgo un standard mínimo de derechos humanos - mundialmente respetado[9], cuya vulneración puede incluso fundamentar en Alemania y en Austria, para citar sólo dos ejemplos, un recurso de revisión (§ 359 Nr. 6 OPP alemana; § 363a OPP austriaca)[10].

---

[5] Sobre la distinción entre "Derecho penal europeo" en el sentido de normas (jurídico-comunitarias) supranacionales y "europeización del Derecho penal" en el sentido de influencia en el derecho penal nacional, véase *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, p. 8 p.; de acuerdo *Prittwitz* ZStW 113 (2001), 774 (789).

[6] Escéptico *Schomburg* NJW 2001, 801: "un intento que se puede situar entre una tentativa inidónea y irreal".

[7] Sobre la armonización de la "parte especial" ver *Vogel*, GA 2003, 322 y ss.

[8] Cfr. <www.coe.int>; también *Wilkitzki* ZStW 105 (1993), 821 (824 p., 826); *Jung* JuS 2000, 417 (418 p.); *Eisele* JA 2000, 424 (427); *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (71); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 18 VII. 2; *Pradel/Corstens*, Droit pénal européen, 1999, p. 239 ss.

[9] Se trata aquí sobre todo de cuestiones procesales, pero tambien jurídicomateriales, como por ejemplo si la regulación de la legítima defensa que hace el art. 32 del CP alemán debe ser limitada por el art.2. inc. 2 de la CEDH -más allá de la teoría de los límties etico-sociales- (al respecto véase *Kühl* ZStW 109 (1997), 780 p.; *Eisele* JA 2000, 424 (427ss.)). Cfr. también *Petri*, Europol, 2001, p. 112 ss., 123 ss.; *Kühne* StV 2001, 73 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 279 ss.; *Weigend* StV 2001, 63 p.; *Jung* JuS 2000, 417 (422); *Thomas* NJW 1991, 2233 (2237 p.); sobre jurisprudencia detalladamente *Esser*, 2002; ver también *Ambos/Ruegenberg* NStZ-RR 1998, 161; 1999, 193; 2000, 193; *Ambos*, NStZ 2002, 628 y 2003, 13.

[10] Cfr. *Dannecker* (nota 2) p. 342 ss.; *Kühl*, Festschrift Söllner, 2000, 614.

En lo que se refiere al Derecho europeo en sentido estricto hay que diferenciar dos ámbitos: el de la Comunidad europea (CE)[11] y el de la Unión europea (UE)[12]: Mientras en el primer caso se trata de obligatoriedad jurídica comunitaria o, en su caso, de comunitarización en el marco de la llamada 1ª Columna, la Unión europea funciona como cooperación política, intergubernamental, conforme a reglas del Derecho internacional en el marco de las Columnas 2ª y 3ª (política de seguridad y exterior común y cooperación en el ámbito de la Justicia y de Interior)[13]. No obstante, hay que tener en cuenta que con el Tratado de Amsterdam las cuestiones de la cooperación en el ámbito de la Justicia y de Interior que no tienen carácter penal fueron incluidas en la 1ª Columna, así que en la 3ª Columna sólo ha quedado la cooperación policial-judicial (jurídicopenal) (Art. 29 ss. Tratado de la UE)[14]. A ello se añade todavía -bajo el techo de la Unión europea- el llamado acquis (acervo) del acuerdo de Schengen que analizaremos más adelante.

2. *El Derecho europeo en sentido estricto: sin competencia legislativa propia, pero con influencia en las legislaciones nacionales*

Por lo que respecta a la Columna 1ª inmediatamente debe hacerse una restricción, ya que la Comunidad Europea -aunque es una organización supranacional con amplias facultades-, no posee (todavía) facultad o competencia para crear derecho en el ámbito del Derecho penal, es decir, en lo que se refiere al sistema de sanciones propios del Derecho penal en sentido estricto, penas privativas de libertad y pecuniarias[15]. Pues conforme al principio de la competencia limitada a

---

[11] Tratado de Creación de la Unión europea de 25.3.1957, en la redacción del Tratado de Amsterdam de 2.10.1997.

[12] Tratado de la Unión Europea de 7.2.1992, en la redacción del Tratado de Amsterdam de 2.10.1997.

[13] Cfr. *Satzger* (nota 5) p. 141 ss., 465 ss.; *Dannecker* Jura 1998, 80; *Jung* JuS 2000, 417 (419); *Vervaele*, Revista Penal 9 (en. 2002), p. 137 p. Sobre las tres columnas *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 p.; *Satzger* (nota 5) p. 19; *Jokisch* (nota 2) p. 29 p.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 2003 num.marg. 51 con prs. 1

[14] Cfr. también *Satzger* (nota 5) p. 18; *Jokisch* (nota 2) p. 30; *Vervaele*, Revista Penal 9 (2002), p. 138.

[15] Sobre la delimitación entre Derecho penal en sentido amplio (sanciones no punitivas) y en sentido estricto (sanciones punitivas), cfr. *Satzger* (nota 5) p. 58 p.; 72 ss. (77); *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung,

actos individuales ("begrenzte Einzelermächtigung")[16], una competencia de esta clase tendría que derivarse directamente del Tratado de la Comunidad Europea pero en este Tratado sólo se prevén competencias para establecer sanciones en sentido amplio, es decir, de carácter administrativo (multas)[17]. Tampoco el Art. 280 apartado 4 del Tratado[18] cambia en nada esta situación jurídica[19]. Ciertamente hay que reconocer, que en el Tratado de Amsterdam se puede ver un salto cualitativo a conceder más competencias en materia penal a la Unión y a la Comunidad europea; además, la protección autónoma, supranacional de

2000, p. 86 ss., 146; *Camevali*, Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea, 2001, p. 157 ss.; también *Musil* NStZ 2000, 68.

[16] Cfr. general *Satzger* (nota 5) p. 33 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 199 ss.; a también *Dannecker* (nota 2) p. 346.

[17] BGHSt 25, 190 (193 p.); 27, 182; 41, 131 s.; fundamental *Satzger* (nota 5) p. 90 ss. (109, 143 p.), 699; *Deutscher* (nota 15) p. 213 ss., 281 ss., 309 ss.; igualmente, *Tiedemann* NJW 1993, 23 (27); *el mismo*, Roxin FS, 2001, p. 1403 p.; *Sieber* ZStW 103 (1991), 957 (969 ss.); *Dannecker*, Strafrecht der EG, en: *Eser/Huber* (edit.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 1995, p. 26, 40 ss., 83 p.; *el mismo*, Jura 1998, 79 p.; *el mismo*, Festschrift Hirsch, 1999, p. 147; *el mismo* (nota 2) p. 346 ss.; *Zuleeg*, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, en: *Sieber* (edit.), Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, 1993, p. 41 (43 ss.); *Camevali* (nota 15) p. 166 ss., 247 ss.; *Wilkitzki* ZStW 105 (1993), 821 (826); *Weigend* ZStW 105 (1993), 774 (779 s.); *el mismo*, StV 2001, 66 p.; *Otto* Jura 2000, 98; *Jung* JuS 2000, 417 (419, 420); *Gröblinghoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der EG, 1996, p. 34, 141 s.; *Jokisch* (nota 2) p. 62 p., 65, 104 p.; *Moll* (nota 29) p. 4 ss.; *Gleß* GA 2000, 225 (227); *Kühl* (nota 10) p. 615 p.; *Musil* NStZ 2000, 68 p. (70); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 136; *Eisele* JA 2000, 897 (899); *Thomas* NJW 1991, 2233 (2234); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. 3. d); *Kühne* (nota 13) num marg. 54.

[18] El inc. 4 reza: "El Consejo ... adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia."

[19] Igual BRDrS 784/97 p. 159; *Satzger* (nota 5) p. 105 p., 138 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 342 ss. (350); *Jokisch* (nota 2) p. 63 p.; *Musil* NStZ 2000, 68 p.; *Braum* JZ 2000, 493 (500); *Prittwitz* ZStW 113 (2001), 774 (790 p.); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (621) (para el derecho procesal penal); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. f); quizás también *Kühl* (nota 10) p. 616; *Weigend* StV 2001, 67; *Vervaele*, Revista Penal 9 (2002), p. 136; otra opinion *Tiedemann* GA 1998, 107 (108 nota 7); *el mismo*, Agon 17 (1997), p. 12 p.; Agon 23 (1999), p. 7; *el mismo* (nota 17) p. 1406 ss.; *Dannecker* (nota 93) p. 144 (lo deja abierto en nota 2) p. 349); *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 260; Schönke/Schröder/*Eser* antes del § 1 num.marg. 26; quizás también *Kühne* (nota 13) num.marg. 54 con nota 29 y *Moll* (nota 29), p. 6.

sus intereses financieros no es sólo legítima, sino necesaria[20]. Igualmente puede subsanarse el deficit democrático que presenta el Consejo de Ministros de la Unión Europea con la posibilidad de participación más amplía del Parlamento europeo (Art. 280 apt. 4, 251 Tratado de la CE). Sin embargo, la creación de una competencia en el ámbito jurídico penal -en la medida que significa un cambio fundamental en la distribución de competencias entre la Comunidad europea y sus Estados miembros- tendría que haberse expresado de una forma más clara de lo que ha ocurrido con la concurrencia dudosa y aparentemente contradictoria del Art. 280 apartado 4 frases 1 y 2 del Tratado. De *lege lata* del Art. 280 apart. 4 del Tratado no se deduce inequívocamente la voluntad de los Estados que firmaron el Tratado de traspasar a la Comunidad europea una competencia originaria para establecer sanciones de carácter estrictamente penal; más bien, este precepto puede ser alegado, según se enfatize la primera o la segunda frase, tanto por los partidarios, como por los opositores de una tal ampliación de competencias,[21] debiéndose tener en cuenta de todos modos que el principio de subsidiariedad (Art. 5 del Tratado de la CE) impone una interpretación restrictiva. De *lege ferenda* sería, por tanto, recomendable que los Estados miembros aclararan si realmente debe crearse en este sector una competencia legislativa de la Comunidad europea - indudablemente deseable- complementaria y subsidiaria[22]. Una propuesta se encuentra formulada como Art. 280a del Tratado[23].

Pues bien, la ausencia de una competencia originaria de carácter penal en la Unión europea tiene ciertamente como consecuencia que no pueda haber un Derecho penal originario europeo supranacional; sin embargo, ello no excluye que el Derecho penal nacional de los Estados miembros sea influenciado de forma relevante por el Derecho

[20] Cfr. *Tiedemann* (nota 17) p. 1408; *Dannecker* (nota 17) p. 146 ss.; *el mismo*, Jura 1998, 79 (86 p.); *Gröblinghoff* (nota 17) p. 149 ss. (166); *Deutscher* (nota 15) p. 46 ss.; *Camevali* (nota 15) p. 319 ss.; *Eisele* JA 2000, 897 (898); también *Weigend* StV 2001, 68; diferenciado *Hefendehl*, FS Lüderssen, 2002, 411 ss. Cfrs. también § 6 num.marg. 18. - Sobre la situación de los países candidatos a entrar en la UE, cfr. *van den Wyngaert*, ERA-Forum 3/2001 (special issue).

[21] Cfr. las referencias supra nota 19.

[22] *Tiedemann* (nota 17) p. 1409.

[23] Cfr.sobre ello *Weigend* StV 2001, 67; *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (621). Sobre la competencia *futura* en materia penal, *Deutscher* (nota 15) p. 391 ss.

comunitario correspondiente a la Columna 1ª o por los esfuerzos de carácter jurídico internacional en el marco de la columna 3ª o del Consejo de Europa. En otras palabras, la falta de la competencia originaria no exluye la ya mencionada europeización del derecho penal[24].

En primer lugar, el *Derecho comunitario* primario y secundario contiene numerosas *remisiones a los Ordenamientos jurídicos nacionales* con finalidad de conseguir su llamada *asimilación*,[25] sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido aquí un cierto rechazo ante la dudosa situación jurídica que provoca la técnica de remisión de carácter jurídico secundario a través de la utilización de reglamentos[26]. Según la opinión tradicional, de esta manera se crea incluso derecho comunitario supranacional de eficacia inmediata,[27] lo que, sin embargo, es dificilmente compatible con la falta de competencia en materia penal de la Unión europea[28]. Existen, en cambio, *remisiones en forma de normas en blanco de las leyes nacionales (alemanas)* al Derecho comunitario[29], o se amplía su

[24] Cfr. en lugar de muchos, básico sobre el Derecho penal material, *Satzger* (nota 5) p. 187 ss., 291 ss., 475 ss. y passim; ejemplar sobre el Derecho penal alimenatario y de la competencia *Hecker*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, p. 46 ss., 78 p., 282 ss. y passim; cfr. también las referencias en la siguiente nota. Sobre el Derecho procesal penal *Jokisch* (nota 2) p. 104 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (730 ss.); *Zuleeg* (nota 17) p. 56 ss.; sobre la problemática "nullum crimen" cfr. *Gleß* GA 2000, 227 ss. Sin embargo, *Kühl* (nota 10) p. 615, prefiere no hablar de "amplia" europeización.

[25] En el derecho primario se puede referir al Art. 194 del Tratado de la Comunidad Atomica Europea (BGHSt 17, 121) y Art. 27 Estatuto del Tribunal Europeo de la Comunidad Europea, Art. 28 Estatuto del Tribunal Europeo de la Comunidad Atomica Europea. Cfr. también *Johannes* EuR 1968, 63 (69 ss., 80 ss., 103 ss.); *Satzger* (nota 5) p. 188 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 378 ss.; *Tiedemann* NJW 1993, 25; *el mismo* (nota 32) p. 1405; *Dannecker* (nota 17) p. 34 ss.; *el mismo* Jura 1998, 79 (80 s.); *el mismo* (nota 2) p. 349 ss.; *Wilkitzki* ZStW 105 (1993), 821 (825 s.); *Jescheck*, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, p. 592 s.; *Gröblinghoff* (nota 17) p. 52 ss.; *Jokisch* (nota 2) p. 87 ss.; *Camevali* (nota 15) p. 270 ss.; *Eisele* JA 2000, 897 (899 s.); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. c); Schönke/Schröder/*Eser* vor § 1 num.marg. 26. *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 465 ss. lo designan como "méthode mixte".

[26] *Satzger* (nota 5) p. 206 ss.; *Dannecker* Jura 1998, 79 (81); *el mismo* (nota 2) p. 351; *Eisele* JA 2000, 897 (900).

[27] *Johannes* EuR 1968, 63 (69 ss., 81); *Tiedemann* NJW 1993, 25; *Dannecker* Jura 1998, 79 (81); *el mismo* (nota 2) p. 350 s.; *Gröblinghoff* (nota 17) p. 52, 53; *Jokisch* (nota 2) p. 87; *Eisele* JA 2000, 897 (900).

[28] Cfr. también *Satzger* (nota 5) p. 193 ss. (198 ss., 700 s.) con más referencias.

[29] Grdl. *Moll*, Europ. Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? 1998, p. 49 ss. und passim; también *Satzger* (nota 5) p. 210 ss.; 701; *Dannecker* Jura 1998, 79 (85 s.);

ámbito de protección a bienes jurídicos de carácter comunitario, como sucede, por ejemplo, en la estafa de subvenciones (§ 264 Apt. 7 Nr. 2 CP alemán)[30]. Pero incluso sin remisiones expresas de carácter jurídico comunitario el derecho comunitario ejerce a partir del Art.10 del Tratado de la Comunidad europea,[31] conforme a los principios de *aplicación prevalente del Derecho comunitario*[32] y de *interpretación conforme al Derecho comunitario*[33], una relevante influencia en la legislación y jurisprudencia nacionales. En el Derecho procesal penal se observa esta influencia en, por ejemplo, la posibilidad e incluso obligatoriedad de que un Tribunal Superior se pueda dirigir (directamente) al Tribunal Europeo (de Bruselas), de acuerdo con el Art. 234 del Tratado de la Comunidad europea (y no al Tribunal Supremo del propio país, como dispone, por ejemplo, en el caso de Alemania el Art. 121 apart. 2 de la Ley de Organización Judicial - *Gerichtsverfassungsgesetz*)[34]. Por último, la Comunidad europea posee una llamada *competencia de remisión* (de carácter jurídico secundario),

Gröblinghoff (nota 17) p. 52; *Jokisch* (nota 2) p. 88 s.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 462 s.; *Zuleeg* (nota 17) p. 51 s.; *Hugger* NStZ 1993, 421 (423 s.); krit. *Sieber* ZStW 103 (1991), 957 (965); *Kühl*, ZStW 109 (1997), 785; *el mismo* (nota 10) p. 615.

[30] Cfr. también *Tiedemann* NJW 1993, 24; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 461; *Braum* JZ 2000, 493 (494); *Dannecker* (nota 2) p. 357; *Kühl* (nota 10) p. 615; *Otto* Jura 2000, 98 (100); *Thomas* NJW 1991, 2233 (2236 s.); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. a). Zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs aus rechtvergleichender Sicht cfr. *Dannecker* (Hrsg.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, 1993.

[31] Cfr. detalladamente *Gröblinghoff* (nota 17) p. 9 ss. mit einer Untersuchung der schutzwürdigen Interessen der Gemeinschaft (p. 38 ss., 69 ss.); también *Jokisch* (nota 2) p. 78 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 50, 55, 57. Sobre la sentencia fundamental de la Corte la UE en el caso del "escándalo del maíz griego" (colec. 1989, 2965) cfr. etwa *Gröblinghoff* (nota 17) p. 12 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 55 s.; *Tiedemann* (nota 3) p. 143 s.; *Dannecker* Jura 1998, 79 (81).

[32] *Satzger* (nota 5) p. 43 ss.; *Hecker* (nota 24), p. 78 s.; *Dannecker* (nota 17) p. 15 ss., 77 ss.; *el mismo* Jura 1998, 84; *el mismo* (nota 2) p. 359 ss.; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, p. 1408; *Jokisch* (nota 2) p. 45 ss., 59 s.; *Gleß* GA 2000, 226 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 432 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 50; *Hugger* NStZ 1993, 421 (423); *Jung* JuS 2000, 417 (419 s.); *Eisele* JA 2000, 897 (900); especialmente sobre el Derecho procesal penal cfr. *Kühne* (nota 13) num marg. 56 s.

[33] *Satzger* (nota 5) p. 291 ss., 475 ss., 704 s.; *Dannecker* (nota 17) p. 17 s., 64 ss.; *el mismo* Jura 1998, 79 (84 s.); *el mismo* (nota 2) p. 351 ss., 364 ss.; *Tiedemann* NJW 1993, 27; *el mismo* (nota 32) p. 1405; *Gröblinghoff* (nota 17) p. 58 ss.; *Jokisch* (nota 2) p. 47 ss., 89 ss.; *Hugger* NStZ 1993, 421 (422); *Kühl* ZStW 109 (1997), 783 s.; *el mismo* (nota 10) p. 615; *Jung* JuS 2000, 417 (420).

[34] BGHSt 33, 76; 36, 92. Cfr. también *Dannecker* (nota 17) p. 363 s.; *Thomas* NJW 1991, 2233 (2235 s.); *Kühne* (nota 13) num marg. 58. Zu Art. 35 EUV, § 1 EuGHG p. num.marg 12.

dirigida a la armonización de los preceptos nacionales en base a los arts. 94 ss del Tratado de la Comunidad europea, o como competencia anexa las facultades especiales del Tratado de la Comunidad europea (*implied powers*)[35]. En relación con esto se puede mencionar, por ejemplo, la directriz sobre blanqueo de dinero de 1991[36], modificada en el 2001[37].

Con los Arts.29 y ss del Tratado de la Unión Europea se fortalece la tendencia a la *armonización* en el marco de la cooperación policia-judicial intergubernamental, por un lado, a través de la equiparación del derecho penal en el ámbito de la criminalidad organizada, el terrorismo[38] y el tráfico ilegal de drogas (Art. 29 apart. 2 subapart. 3, Art. 31 e EUV); y, por otro, a través de una estrecha cooperación policial y judicial (Art. 29 apart. 2 subapart. 1 y. 2, Arts. 30, 31)[39]. Para ello se implementa esta política no con los instrumentos jurídicos del Derecho comunitario tradicional (cfr. Art. 249 Tratado de la Comunidad, especialmente reglamentos y directrices), sino con medidas del Consejo de Ministros conforme al Art. 34 apart. 2 Tratado de la Unión, especialmente con decisiones marcos (letra b)[40] y convenios (d)[41]. Se trata, por un lado, de un proceso

---

[35] *Satzger* (nota 5) p. 393 ss., 703; *Johannes* EuR 1968, 63 (100 ss.); *Tiedemann*, NJW 1993, 24 (26); *Sieber* ZStW 103 (1991), 957 (965 s., 972 s.); *Dannecker* (nota 17) p. 59 ss.; *el mismo* Jura 1998, 79 (81 ss.); *Jescheck*, nota 25, p. 594; *Gröblinghoff* (nota 17) p. 83 ss., 91 ss.; *Jokisch* (nota 2) p. 80 ss., 108 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 206 ss.; 210 s., 361 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 463 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 53 ss.; *Thomas* NJW 1991, 2233 (2237); *Carnevali* (nota 15) p. 291 ss.; *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. b); Schönke/Schröder/*Eser* antes del § 1 mn 26; krit. *Kühl* ZStW 109 (1997), 784 s.

[36] Boletín Oficial (BO) de la Comunidad Europea No. L 166, 28.6.1991, p. 77.

[37] Directriz 2001/97/EG del Parlamento y del Consejo 4.12.2001 (BO No. L 344, 76); cfr. para más detalles *Ambos* ZStW 114 (2002), 236 (238 s.).

[38] Sobre los esfuerzos desde el 11 de Septiembre cfr. Frankfurter Allgemeine Zeitung 21.9.2001.

[39] Cfr. *Satzger* (nota 5) p. 465 ss.; *Tiedemann* (nota 32) p. 1412; *Eisele* JA 2000, 897 (898); *Musil* NStZ 2000, 68 (69); *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (732 ss.); *Kühne* (nota 13) num marg. 70; *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 138 s.; *Lirola Delgado*, in: *Olesti Rayo* (edit.), Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam, 2000, p. 193 ss. Sobre la cooperación en el marco de Trevi desde 1975 cfr. *Scheller* (nota 69) p. 19 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (734 s.); *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (71 s.); *p.A. Albrecht* StV 2001, 69 (70); *Jokisch* (nota 2) p. 31.

[40] Cfr. por ej. la decisión marco del 29 de mayo de 2000 "über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro" (ABl Nr. L 140, 1), modificado por la decisión marco del 6 del diciembre de 2001 (BO No. L 329, 3). Sobre ello *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (618). - Según el Art. I-32 y 33 del Proyecto de la Constitución Europea elaborada por la

simplificado, porque no requiere de ninguna ratificación interna del Estado, como en el caso de los Tratados internacionales; pero, por otro lado, se requiere la implantación fáctica dentro del Estado y ciertamente en el caso de las decisiones marcos, porque éstas sólo son vinculantes e inmediatamente eficaces respecto a la meta (Art. 34 Apt. 2 b))[42]. El Art.1 de la Ley del Tribunal Europeo redactado conforme al Art. 35 Tratado de la Unión[43] prevé respecto a estas medidas que un Tribunal nacional pueda presentarlas (Apt. 1) y un deber de presentación en el caso de que se trate de Tribunales de última instancia en la Corte de la UE (Abs. 2)[44]. Los intentos de crear un Derecho penal *supranacional* europeo (*Corpus Juris*,[45] Código penal modelo[46]) delimitan el marco, pero no han pasado del nivel de Proyecto, no en última instancia, porque presuponen -y así volvemos al comienzo- un poder de creación de Derecho penal en la Comunidad europea.

Convención Europea (CONV 797/1/03, Rev. 1, 12 de junio de 2003) la decisión marco se convierte en "ley marco".

[41] Ver por ej. el tratado sobre la protección de los intereses financieros de la CE del 26 de julio de 1995 (BO No. C 316, 49) con base en el antiguo Art. 209a del Tratado de la CE y el nuevo Art 280 del Tratado así como los dos protocolos del 27 de set. de 1996 (BO No. C 313, 2) y del 29 de nov. de 1996 (BO No. C 151, 2). Sobre ello detalladamente *Gröblinghoff* (nota 17) p. 153 ss.; también *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 470 ss.; *Dannecker* Jura 1998, 79 (86 s.); *Deutscher* (nota 15) p. 55 ss.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 256 s.; crit. *Kühl* ZStW 109 (1997), 782. Sobre la propuesta de una directriz de la Comisión del 23 de mayo de 2001 cfr. *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (618) con nota 8.

[42] *Musil* NStZ 2000, 68 (69); *Eisele* JA 2000, 897 (898); *Zieschang* ZStW 113 (2001), 262.

[43] Bundesgesetzblatt 1998 I p. 2035; 1999 I p. 728.

[44] Cfr. también *Kühne* (nota 13) num marg. 59; *Jokisch* (nota 2) p. 30.

[45] *Delmas-Marty* (Hrsg.), Corpus Juris zum Schutz der strafrechtlichen Interessen der EU, 1998 (traducción alemana); *Delmas-Marty/Vervaele* (Hrsg.), The implementation of the Corpus Juris in the Member States, Vol. I-IV, 2000/2001; *Huber* (edit.), Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts, 2000; cfr. también *Satzger* (nota 5) p. 87 ss.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 257 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (752 s.); *Jung* JuS 2000, 417 (423); *Otto* Jura 2000, 98 (99 ss.); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), *p.* 140 ss.; *Eisele* JA 2000, 897 (901); *Kühne* (nota 13) num.marg. 63 ss.; *Carnevali* (nota 15) p. 119 s.; krit. *Braum* JZ 2000, 493 (498 ss.); *Weigend* StV 2001, 65 s., 68; *Jokisch* (nota 2) p. 106 ss.; *Prittwitz* ZStW 113 (2001), 774 (798). Cfr. también BTDrS 14/4991, 33: "base de discusión".

[46] Sieber ZStW 103 (1991), 957 (978); *el mismo* JZ 1997, 369; *el mismo*, Gedächtnisschrift Schlüchter 2002, p. 107; *Jung* JuS 2000, 417 (423); crit. *Weigend*, ZStW 103 (1991), 774, 790 ss.; le sigue *Kühl*, ZStW 109 (1997), 797 s.; *el mismo* (nota 10) p. 622; escéptico *Eisele* JA 2000, 897 (901).

3. ¿Eficacia por institucionalización y armonización vs. respeto a los principios de un Estado de Derecho?

La europeización descrita del Derecho penal nacional viene acompañada de una creciente *institucionalización*, que va acompañada además de una armonización del Derecho de asistencia judicial para conseguir una más eficiente *lucha contra la criminalidad transfronteriza*[47]. En el marco de la Columna 1ª debe mencionarse la Oficina para la lucha contra el fraude OLAF (*Office pour la Lutte AntiFraude*). Se creó como Sección de la Comisión (UCLAF, *Unité de Coordination de la Lutte Anti-Fraude*) y puede calificarse como una Oficina de Investigación supranacional[48]. En cambio, la Oficina europea de policía *Europol* -como sucesora de la European Drug Unit (EDU)- se basa en un acuerdo de los Estados miembros de 26.7.1995[49] y se integró con el Tratado de Amsterdam también formalmente en la cooperación judicial-policial de la Columna 3ª[50]. Conforme al Art. 30 apart. 2 Tratado de la Unión la Europol también tiene facultades operativas y un derecho de iniciativa para llevar a cabo investigaciones penales en los Estados miembros (Art. 30 apart. 2 del Tratado de la Unión)[51]. Con ello se abre el camino a una *policialización*[52], sin que hasta

[47] Sobre los cinco tipos de persecución penal transfronteriza cfr. *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 ss.; sobre protección legal: *Gleß/Lüke* Jura 2000, 400.

[48] Cfr. *Jokisch* (nota 2) p. 75 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (773 ss. (745)); *Gleß* EuZW 1999, 618; *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (78 s.); *Gleß/Zeitler* Eur. Law Journal (ELJ) 7 (2001), 219 (223 ss.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 (71 s.); *Jung* JuS 2000, 417 (420 s.); *Eisele* JA 2000, 897 (898 s.); *Kühne* (nota 13) num marg. 94 ss. Cfr. también Berliner Zeitung v. 10.12.01 con una entrevista del director de OLAF, Franz-Herrmann Brüner. - Una institución comunitaria es también la *Oficina de Observación de Drogas de Lisboa*, creada por recomendación del CELAD (Comité Européene de Lutte Antidrogue) en 1993 (cfr. *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (78); *Jokisch* (nota 2) p. 31).

[49] BO. No. C 316 del 27.11.1995, 1; también *Schomburg/Lagodny* p. 1325 ss.

[50] Cfr. detalladamente *Petri* (nota 9) p. 23 ss. así como *Gleß* NStZ 2001, 623 ss.; también *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (75 ss.); *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (739 ss.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 ss.; *Jung* JuS 2000, 417 (421, 423); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620); *Jokisch* (nota 2) p. 32 s.; *Kühne* (nota 13) num marg. 98 ss. Cfr. también FAZ 4.10.01 así como la entrevista con el Director de Europol Storbeck en Die Welt v. 5.10.01. Sobre el acuerdo con la Policía americana fededral FBI cfr. FAZ v. 21.9.01.

[51] Cfr. también *Gleß* NStZ 2001, 623 (624). Cfr. finalmente la decisión del Consejo de 6.12.2001 sobre la ampliación de la Europol a formas graves de criminalidad internacional (BO No. L 362, 1).

[52] *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (730, 738, 741, 742, 746 s.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69.

ahora se haya conseguido establecer a nivel nacional o europeo un control y vinculación judicial de las actividades de la Europol;[53] más bien sus funcionarios a través de un llamado protocolo de inmunidad[54] quedan en principio exentos de la jurisdicción nacional[55]. *De lege ferenda* un tal control puede ser garantizado por una reformada Instancia de Control Comunitaria,[56] oficinas nacionales Clearing o -por lo que quizás sea lo más efectivo-una *Fiscalia europea*[57], aunque esta última propuesta presupondría la correspondiente facultad para crear derecho[58] y un Derecho procesal penal común europeo[59]. En el ámbito específico de la lucha contra la corrupción ya existe una tal Fiscalía en forma de OLAF,[60] y aún más allá en ámbito transnacional en forma de (pro)*Eurojust* como centro de coordinación de las Fiscalías nacionales[61]. Ultimamente, la propuesta citada de la Comisión[62] recibió el apoyo del Parlamente Europeo[63] y forma parte de

[53] Cfr. la completa exposición de *Gleß/Grote/Heine* (edit.), Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol, Band 1, 2001; de acuerdo *Gleß* NStZ 2001, 623 (625 ss.).

[54] Prot. sobre los privilegios e inmunidades para Europol etc. del 19 de junio de 1997 (BO C 221 v. 19.7.1997, 1).

[55] Cfr. (crit.). *Petri* (nota 9) p. 28 ss.; *Gleß* NStZ 2001, 623 (625); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 (71); *Hamm* StV 2001, 84 s.; *Kühne* (nota 13) num marg. 100.

[56] La GKI se basa *de lege lata* en el Art. 24 del Acuerdo Europol (nota 49), pero actualmente no es más que una oficina de datos compuesta por expertos nacionales.

[57] Cfr. *Comisión de la CE*, Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, 11.12.2001, KOM (2001) 715, p. 10 ss.; nota de seguimiento del 19 de marzo de 2003, KOM (2003) 128 final. Ver también *Jokisch* (nota 2) p. 121 s.; *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620 ss.); *Tiedemann* (nota 32) p. 1413; *Gleß* NStZ 2001, 623 (627 s.); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 142, 144 ss. Cfr. también Art. 18 ss. Corpus Juris 2000, in: *Delmas-Marty/Vervaele I* (nota 45), p. 189 ss.; crit. *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (622).

[58] Cfr. *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (621).

[59] Escéptica al respecto *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (747); cfr. también *Jokisch* (nota 2) p. 122 p.; *Gleß* NStZ 2001, 623 (628).

[60] Cfr. la entrevista con su Director Franz-Herrmann Brüner, Berliner Zeitung de 10.12.01.

[61] Sobre la creación de pro-Eurojust cfr. Ratsbeschluß vom 14.12.2000 (BO L 324 del 21.12.2000, 2). Sobre Eurojust hay un Proyecto de una decisión del Consejo de 6.12.2001 (Dok. 14766/1/01); cfr. también el informe de actividad 2001 de Eurojust de 20.12.2001 (Dok. 15545/01). De la bibliografía cfr. *Schomburg* NJW 2001, 801 (802 s.); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620); *Gleß* NStZ 2001, 623 (628); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 140; Süddeutsche Zeitung del 28.9.01. - Sobre la red europea de Justicia (EJN) cfr. *Schomburg* NJW 2001, 801 (802); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620).

[62] Supra nota 57.

la Constitución Europea[64]. La centralización de la persecución penal que ella implica, conjuntamente con sus efectos asociados (el reconocimiento recíproco de las medidas de coerción[65] y pruebas[66], así como la elección -ligada a la competencia- del lugar del tribunal y del juez de instrucción[67]) pone a la defensa en un punto de partida que ha de imaginarse malo[68].

Paralelamente al fortalecimiento de la investigación en todo el ámbito europeo hay que observar una *armonización del derecho de ejecución y asistencia judicial*, que procede tanto de las iniciativas del Consejo de Europa como también de la Comunidad y la Unión europeas;[69]

---

[63] Conf. en primer lugar Informe del 24 de febrero de 2003, Documento de la sesión plenaria, definitivo A5-0048/2003, en el que es reproducida la solicitud de resolución de la Comisión competente del control del presupuesto, conjuntamente con la fundamentación y opiniones de otras comisiones competentes. Posteriormente el PE acoge positivamente el Libro Verde y apoya "la idea" de la creación de la Fiscalía Europea, pero declara, por otro lado, la necesidad de mejoras en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales (p. 7 y ss.). La solicitud fue aprobada en la sesión del 27 de marzo de 2003 <www.europarl.eu.int>.

[64] Conf. art. III-175 I del "Proyecto de Constitución de la UE" (veáse nota 62 para las partes I y II) del 18 de julio de 2003 (CONV 850/03- consultable en http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.de03.pdf = EuGRZ 2003, 389) que le da al Consejo sólo la posibilidad ("puede") unánimemente (!) con el acuerdo del Parlamento Europeo promulgar una ley europea para la creación de una Fiscalía Europea a partir de Eurojust (!). La fiscalía será competente no solo en casos de hechos cometidos en perjuicio de los intereses financieros de la UE, sino también para los delitos penales graves que afecten a varios estados miembros (art. III-175 II).

[65] Libro Verde Fiscal Europeo, supra nota 57, pp. 67 y s.; críticos *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler*, Analyse des Grünbuchs etc., 2002, pp. 31 y ss., 50 y s. consultable en www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/europa.htm; opinión de profesores alemanes de derecho penal del 30 de mayo de 2002 <http://europa.eu.int/comm/ anti_fraud/green_paper/contributions/date.html#jul>, Nr. 4; *Schünemann*, StV 2003, p. 119; *Satzger*, StV 2003, pp. 138 y s.

[66] Libro Verde Fiscal Europeo, supra nota 57, p. 64; críticos *Biehler/Gleß /Parra/Zeitler*, supra nota 66, pp. 35 y ss.; *Gleß*, ZStW 115 (2003), pp. 136 y ss; *Braum*, ZRP 2002, p. 513; *Schünemann*, StV 2003, p. 121; *Bendler*, StV 2003, pp. 134 y ss.; *Satzger*, StV 2003, pp. 138 y s., 140 y ss.; *Castaldo*, StV 2003, p. 125; crítico también Informe del PE, supra nota 63, pp. 17 y s.

[67] Libro Verde Fiscal Europeo, supra nota 57, pp. 60 y ss., 67 y s., 70. Críticos *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler*, supra nota 66, p. 51; *Braum*, ZRP 2002, p. 513; *Sommer*, StV 2003, p. 126; *Kempf*, StV 2003, p. 129; *Schünemann*, StV 2003, p. 121; *Satzger*, StV 2003, p. 139; *Madignier*, StV 2003, p. 132; crítico también Informa del PE, supra nota 63, pp. 15 y s.

[68] Conf. *Bendler*, StV 2003, pp. 133 y s.; *Salditt*, StV 2003, pp. 136 y s.; *Satzger*, StV 2003, p. 139.

[69] Cfr. instructivo *Schomburg/Lagodny* p. 2 ss.; *Wilkitzki* ZStW 105 (1993), 821 (827 ss.); *Kühne* (nota 13) num marg. 82 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 35 ss.; referencias del acuerdo en *Schomburg/Lagodny*, p. 419 ss. (Consejo de Europa), 767 ss. (UE); *Schomburg* NJW 2001, 801; para una evaluación cfr. el "Informe final sobre la primera ronda de expertos" BO CE C 216/14 de 1.8.2001; para una sistematización de los fundamentos jurídicos nacionales e internacionales, así como sobre el marco jurídico-constitucional *Scheller*, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe, 1997, p. 39 ss., 129 ss.

por último, debe citarse el Acuerdo sobre auxilio judicial en asuntos penales entre los Estados de la Unión europea de 29.5.2000[70] y el procedimiento simplificado de "entrega" en base a la Euroorden[71]. El -hasta ahora- más avanzado instrumento para la simplificación de la asistencia judicial el Acuerdo de Ejecución de Schengen[72] está en vigor en 15 Estados[73]. Fue integrado en el marco de la Unión europea con el Tratado de Amsterdam (Arts. 29 ss. Tratado de la Unión)[74] y sirve de base a la competencia del Tribunal europeo (Art. 35 del Tratado). Pero con la entrada en vigor de la Euroorden el 1.1.2004 quedarán derogados los Arts. 59 ss. del Acuerdo de Schengen. Tampoco el Acuerdo de Schengen puede, sin embargo, modificar nada en la actual inabarcabilidad y complejidad de las relaciones de asistencia judicial

---

[70] BO No. C 197, 1. Sobre ello *Schomburg* NJW 2001, 801 (802).

[71] Doc. del Consejo No. 14867/1/01/Rev 1 y 14867/1/01/Rev 1/Add 1. Cfr. también *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (619 s.). Cfr. también ya Art. 25ter Corpus Juris 2000, en: *Delmas-Marty/Vervaele I* (nota 45), p. 205.

[72] BGBl 1993 II p. 1010, 1997 I p. 1606; Sartorius II 280; también impreso y comentado en algunos apartados en: *Schomburg/Lagodny*, p. 920 ss. Cfr. también Schomburg NJW 1995, 1931 ss.; Schübel NStZ 1997, 105 (107 s.); *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (72 ss.); *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (728); Scheller (nota 69) p. 42 s.; *Kühne* (nota 13) num marg. 74 ss. Sobre SDÜ también abajo nota 73 ss. y texto. Ultimamente, Reglamento No. 2424/2001 del Consejo de 6.12.2001 sobre el desarrollo del sistema de Información de Schengen de segunda Generación (BO No. L 328, 4).

[73] Los Estados firmantes del Tratado de Schengen de 1.2.2002 son Bélgica, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Suecia y España, así como los Estados asociados de Noruega e Islandia; Gran Bretaña e Irlanda tienen un derecho "opt in" (cfr. *Schomburg/Lagodny* p. 919; *Schomburg* NJW 2001, 801 (802); *http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/willkommen/einreisebes-timmungen /schengen_html#1*). Los territorios en los que rige Schengen y la UE no son, por tanto, los mismos.

[74] Cfr. Protocolo sobre la inclusión del *acquis* (acervo) de Schengen en el marco de la UE, BO No. C 340 del 10.11.1997, 1 ss., 93 ss.; también en *Schomburg/Lagodny* p. 1021 ss. (obsérvese la posición especial de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca conforme al Art 3-5). Cfr. también Art. 61 ss. EGV así como BO CE L 239 del 22.9.2000, 1 sobre la transformación. Sobre ello tambien *Schomburg* NJW 2001, 801 (802); *Jokisch* (nota 2) p. 32; *Kühne* (nota 13) num marg. 81. Sobre la posible competencia de la Corte Europea de DDHH *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (738 s.).

de los estados miembros de la Unión; la situación es tal que incluso para los especialistas es difícil encontrar los fundamentos jurídicos respectivos en cada caso[75].

Pero por muy necesaria que sea la meta de luchar de forma eficaz o más eficaz contra la criminalidad con todos estos fundamentos jurídicos y medidas, no puede perderse de vista la creación o, en su caso, el mantenimiento de las *garantías (nacionales) del Estado de Derecho*[76]. En esto no solo se trata de la institucionalización de los mecanismos de control, que ya han sido mencionados en relación con la Europol, sino también y sobre todo de la fundamentación normativa de un *standard mínimo de derechos humanos y fundamentales*. Para ello es importante naturalmente de forma especial la Conv. Europea de DDHH y su interpretación y desarrollo por el Tribunal Europeo de DDHH, pero también el concepto elaborado por el Tribunal europeo de la Unión de *derechos comunitarios fundamentales*[77], que en conjunto representan el *fundamento valorativo* común de los derechos humanos de la Unión (Art. 6 I del Tratado)[78]. La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión[79] va incluso más allá, pero no goza de la misma fuerza legal[80]. Sin embargo, la nueva Constitución Europea contiene una parte segunda dedicada exclusivamente a los Derechos Fundamentales y básicamente imitando la Carta[81]. En cuanto al peligro de

[75] Cfr. la reciente exposición en *Schomburg* NJW 2001, 801 (804 s.) así como el anexo 18 en *Schomburg/Lagodny* p. 1516, donde se encuentra también un valioso esquema (p. 425, 515).

[76] Cfr. ya *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (747 ss.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 (72 s.); sobre la dicotomía del Derecho penal europeo *Weigend* StV 2001, 63 (67 s.). En relación con la OLAF cfr. *Gleß/Zeitler* ELJ 7 (2001), 219 (226 ss.).

[77] Cfr. *Satzger* (nota 5) p. 175 ss.; *Dannecker* (nota 17) p. 368 ss.; *Jokisch* (nota 2) p. 39 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 47; *Gleß/Zeitler* ELJ 7 (2001), 219 (229 ss.); *Jung* JuS 2000, 417 (422 s.); *Camevali* (nota 15) p. 54 ss.

[78] Ver al respecto el libro verde de la Comisión titulado "Garantías procesales para sospechosos e inculpados en procesos penales en la Unión Europea", 19 de febrero de 2003, KOM (2003) 75 final.

[79] Cfr. *Deutscher Bundestag* (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der EU, 2001, p. 40 ss.; <www.auswaertiges-amt.de/www/de/eu_politik/vertiefung/grundrechtscharta_html>. Ver también *J. Meyer* (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003.

[80] Cfr. *Busse* EuGRZ 2001, 561 (562 s.), que correctamente pretende atribuirle al menos el carácter de soft law.

[81] Ver también el Art. I-7 de la Constitución (supra note 40) que se refiere a la Convención Europea de DDHH.

una doble persecución vale la pena señalar que el Art. 54 del Acuerdo de Schengen reconoce por lo menos un *ne bis in idem* parcial (entre los Estados miembros del Acuerdo de Schengen)[82].

II. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Tradicionalmente se entiende por Derecho Penal Internacional[83] el conjunto de todas las normas jurídicas internacionales que imponen consecuencias jurídicas de carácter penal. De acuerdo con una definición ya corriente acuñada por Triffterer[84], "Derecho penal internacional en sentido formal es ... el conjunto de todas las normas jurídicas internacionales de naturaleza penal que a una determinada conducta -el delito internacional-[85] vincula determinadas consecuencias jurídicas reservadas característicamente al Derecho penal y que son aplicables como tales directamente". Se trata de una combinación de principios penales e internacionales: La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabildad de una determinada conducta (macrocriminal) procede del Derecho penal; mientras que los tipos penales clásicos (de Nuremberg y Tokyo)[86] son atribuibles formalmente al Derecho internacional, de tal forma que la respectiva conducta esté sometida a una penalidad jurídico internacional autónoma (principio de la

[82] Ver al respecto *Radtke/Busch*, NStZ 2003, 287 con un analisis de la reciente sentencia del Tribunal Europeo (*EuGH* NStZ 2003, 332 (332) = NJW 2003, 1173 (1173)).

[83] Sobre el concepto utilizado por primera vez por Beling *Gardocki* ZStW 98 (1986), 703 (706 ss., 713); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 14 I 2 en nota 4. Decidido en favor del concepto *Jescheck*, nota 25, p. 8; *Makarov*, FS Kern, 1968, p. 253; cfr. también *Triffterer*, Jescheck FS II, 1985, p. 1478 ss.; *el mismo*, ÖJZ 1996, 326 s.; *el mismo*, GS Zipf, 1999, p. 500 s.; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts - Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, p. 40 ss.; Henzelin, Le principe de l'universalité en droit pénal international, 2000, p. 10 s.; Schönke/Schröder/*Eser* 22; *Bremer*, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht, 1999, p. 44 ss.; *Ahlbrecht* p. 9; *Eisele* JA 2000, 424. Sobre el desarrollo del Derecho Penal Internacional *Jescheck* GA 1981, 51 ss.; básico *Ahlbrecht* p. 19 ss. y passim.

[84] *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, p. 34.

[85] Instructivo sobre ello *Dahm*, Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956, p. 47 ss. Cfr. también infra num. marg 47 y 53 sobre el concepto *delicta iuris gentium*.

[86] Cfr. Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Anexo al Acuerdo de las Cuatro Potencias de 8 Agosto 1945): Crimenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la Humanidad.

responsabilidad penal directa individual conforme al Derecho internacional[87]).

La creación de *Tribunales Ad-hoc* para la antigua Yugoslavia[88] y Ruanda[89] por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por un lado, y el acuerdo de un Tratado internacional en Roma en 1998 ("*Estatuto de Roma*"), para el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente (CPI),[90] por otro lado, ha llevado a que la conducta punible conforme al Derecho internacional se definan con mayor exactitud en los llamados *delitos nucleares* (*core crimes*). Se han formado así los delitos de genocidio, contra la humanidad y los crímenes de guerra. Junto a ellos está el delito de agresión,[91] sobre cuya tipificación no se ha conseguido todavía un consenso[92]. Con el Estatuto de Roma

[87] Sobre ello básico *Dahm* (nota 85) p. 14 ss.

[88] Resolución Consejo de Seguridad 827 de 25.5.1993 = Doc. No. S/RES/827 (1993), en: HRLJ 1993, 197. El texto de la formulación se encuentra en el Anexo a la resolución anteriormente citada y en: "Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808" (1993), 3.5.1993 (UN-Dok. S/25704) para 32 ss. Así como en: ILM 32 (1993), 1192 ss.; HRLJ 1993, 211 ss.; BGBl 1995 I p. 485; ZaöRV 1994, 434 ss. Cfr. también www.un.org/icty .

[89] Resolución del Consejo de Seguridad 955 del 8.11.1994, UN-Dok. S/RES/955. El texto de la formulación se encuentra en el Anexo a la resolución anteriormente citada, así como en: ILM 33 (1994), 1598 ss.; BGBl 1998 I p. 483. Cfr. también <www.un.org/ictr>.

[90] Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Cons. 183/9 = BGBl 2000 II p. 1394. Una exposición de conjunto Tomuschat, Friedenswarte 1998, 335; Seidel/Stahn Jura 1999, 14; Triffterer, Zipf GS, 1999, p. 495; Ambos ZStW 111 (1999), 175; monográficamente Schabas, International Criminal Court, 2001; profundizando en algunas cuestiones *Lagodny* ZStW 113 (2001), 800 ss.; obras en forma de comentarios editados por *Triffterer* y *Cassese/Gaeta/Jones* (ver bibliografía).

[91] Cfr. Art. 5-8 del Estatuto de Roma (nota 90) así como los elementos del crimen aprobados entretanto infra nota 95. Cfr. sobre estos delitos: *Sunga* Eur.J.Crime Crim.L. & Crim. J. 6 (1998), 377; *Askin* CLF 10 (1999), 33; *von Hebel/Robinson*, en: *Lee* (Edit.), The International Criminal Court, The Hague et al. 1999, p. 79. Sobre los Fundamentos de Nuremberg *Dahm* (nota 85) p. 57 ss.; *Jescheck*, nota 25, p. 588 ss.; *el mismo*, GA 1981, 53 ss. Sobre los Crímenes contra la Humanidad: *Robinson*, AJIL 93 (1999), 43; *van Schaack*, Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999), 787; *McAuliffe de Guzman*, HRQ 22 (2000), 335; *Swaak-Goldman*, in: *McDonald/Swaak-Goldman* (Hrsg.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law vol. I, The Hague et al. 2000, 141; *Ambos/Wirth*, Criminal Law Forum 12 (2001), 1-90.

[92] Sobre el último estado cfr. el informe de la Comisión Preparatoria del 24 de julio de 2002, Part II, Proposals for a provision on the crime of aggression, Doc. PCNICC /2002/2/Add.2, 13 ss. (<www.un.org/law/icc/prepcomm>).

se ha conseguido además la codificación del Derecho Penal Internacional hasta ahora más precisa -y la primera potencialmente universal-. Con ello se ha alcanzado, como acertadamente se expresa en la Memoria del Gobierno alemán en la Ley de ratificación, "compendiar y desarrollar el Derecho Penal Internacional en una codificación unitaria, teniendo en cuenta los distintos sistemas jurídicopenales de los Estados miembros con sus respectivas tradiciones"[93]. Como ya es sabido, el Estatuto de Roma ha entrado en vigor el 1 de Julio 2002 y a la fecha (8 de octubre de 2004) ha sido ratificado por 97 Estados. El 12 de marzo tomaron posesión los 18 Jueces elegidos en febrero 2003 en un acto solemne que tuvo lugar en La Haya; el 16 de junio de 2003 el Fiscal Jefe, el argentino Luis Moreno Ocampo, fue jurado[94]. Hasta el momento hay más de 100 denuncias por los delitos señalados, que sólo esperan a que se ocupe de ellas el Fiscal recién nombrado. Entre otras importantes codificaciones hay que mencionar los Elementos de Crimen para la CPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba[95].

Con este trasfondo no es exagerado decir, que no solo se ha consolidado el Derecho Penal Internacional como sistema de Derecho penal de la Comunidad internacional[96], sino que se ampliado su ámbito normativo más allá de los fundamentos jurídicos materiales hasta otros sectores penales accesorios (derecho sancionatorio, ejecución de la pena, cooperación y asistencia judicial), el derecho procesal y de organización de los tribunales. Con ello no solo estamos antes un Ordenamiento penal internacional nuevo y autónomo, sino también ante uno que, por lo menos en lo que se refiere a las violaciones más graves de los derechos humanos, es completo,[97] y que influirá en el Derecho penal nacional, como ha sucedido ya de momento en Alemania,

[93] Bundesrats-Drucksache. 716/99, p. 99. Análogamente *Lagodny* ZStW 113 (2001), 800 (801, 808).

[94] V. www.un.org/law/icc e www.iccnow.org.

[95] *Preparatory Commission for the International Criminal Court.* Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Part II. Finalized draft text of the Elements of Crimep. PCNICC/2000/1/Add. 2. 2 November 2000; *la misma.*, Part I. Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, PCNICC/2000/1/Add. 1. 2 November 2000; cfr. sobre ello *Ambos* NJW 2001, 405 ss.; también *Triffterer*, Roxin FS, 2001, p. 1415; *Lagodny* ZStW 113 (2001), 800 (807).

[96] *Triffterer*, Politische Studien, Sonderheft 1/1995, 38.

[97] Cfr. también *Werle* ZStW 109 (1997), 808 ss.; *Ambos* (nota 83) p. 40 p., 873.

donde una Comisión de Expertos creada por el Ministerio de Justicia presentó en mayo del 2001 un Código de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch)* que entró en vigor el 30 de junio de 2002,[98] y como muestran también otras numerosas leyes nacionales y proyectos de leyes de implementación del Estatuto de Roma en todo el mundo. En relación con ello, debe señalarse también la posibilidad de *persecución descentralizada* de las violaciones de los derechos humanos por Estados terceros, que dada la limitada competencia de la CPI seguirá teniendo importancia[99].

III. EL IMPACTO EN AMÉRICA LATINA

Esto me lleva a plantear la cuestión de cuál es el efecto que la internacionalización del Derecho penal puede tener en América Latina. En lo que se refiere al Derecho penal europeo, es evidente que éste no tiene efectos directos en América Latina, pero en todo caso se discute si y hasta qué punto el modelo de la Unión Europea puede ser aplicable a los esfuerzos armonizadores en el Cono Sur (Mercosur) y en Centroamérica y Méjico (Nafta, Acla).

En todo caso, mayor repercusión ya tiene y tendrá el desarrollo del Derecho Penal Internacional y sobre todo la implementación del Estatuto de Roma en las legislaciones nacionales. Sobre ello el Instituto Max Planck (IMP) de Derecho Penal Extranjero e Internacional lleva a cabo un Proyecto mundial de Investigación titulado "Persecución penal nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada"[100]. En el marco de este proyecto tuvo lugar un Seminario Internacional, organizado por el IMP en colaboración con el Programa de Estado de Derecho para América del Sur de la Fundación Konrad Adenauer. En este Seminario colegas de 11 países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú, Uruguay y Venezuela) y una colega de

[98] Bundesgesetzblatt 2002 I 2254; traducción a todos los idiomas de la ONU <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>. El Proyecto del Grupo de trabajo - coincidente en lo fundamental- en: BMJ (edit.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs, 2001 (sobre ello *Kreß* NStZ 2000, 617 ss.; *Werle* JZ 2001, 885 ss.; *Satzger*, NStZ 2002, 125 ss), así como en la citada website.

[99] Sobre el clásico caso Pinochet ver *Ambos*, Revista Penal (España) no. 4 (1999), 3-20 = Nuevo Foro Penal (Medellín, Colombia) no. 62 (setiembre a diciembre 1999), 159-185.

[100] V. <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2_ep.html>.

España presentaron informes sobre el estado de adaptación de sus respectivos derechos nacionales a la evolución del Derecho Penal Internacional, especialmente al Estatuto de Roma. Los resultados de la investigación son publicados en otro lugar[101] pero quisiera aprovechar esta oportunidad de adelantarles ya algunas conclusiones:[102]

En primer lugar, la gran mayoría de los países latinoamericanos han dado el primer paso y *ratificado* el Estatuto de Roma: luego de la primera ratificación de Venezuela (a mediados de 2000),[103] han seguido las de Argentina,[104] Paraguay,[105] Costa Rica,[106] Perú,[107] Ecuador,[108] Panamá,[109] Brasil,[110] Bolivia,[111] Uruguay,[112] Honduras[113] y Colombia[114]. Solamente Chile, México, El Salvador, Cuba, Nicaragua y Guatemala aún no han ratificado aunque los dos primeros sí lo han firmado[115].

La ratificación del Estatuto puede verse como una continuación de la *línea política* seguida a nivel internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión. Es más, la ratificación significa para un Estado la asunción

[101] *Ambos/Malarino* (coords.), Persecución nacional de crimenes internacionales en América Latina, Montevideo 2003 (Fundación Adenauer y Instituto Max Planck); pedidos pueden ser dirigidos a <rspkas@adinet.com.uy>

[102] La versión completa de estas conclusiones es publicada en el estudio mencionado en la nota anterior.

[103] Suscripción: 14 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2000.

[104] Suscripción: 8 de enero de 1999; ratificación: 8 de febrero de 2001.

[105] Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 14 de mayo de 2001.

[106] Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2001.

[107] Suscripción: 7 de diciembre de 2000; ratificación: 10 de noviembre de 2001.

[108] Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 5 de febrero de 2002.

[109] Suscripción: 18 de julio de 1998; ratificación: 21 de marzo de 2002.

[110] Suscripción: 7 de febrero de 20 00; ratificación: 20 de junio de 2002.

[111] Suscripción: 17 de julio de 1998; ratificación: 27 de junio de 2002.

[112] Suscripción: 19 de diciembre de 2000; ratificación: 28 de junio de 2002.

[113] Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 1 de julio de 2002.

[114] Suscripción: 10 de diciembre de 1998; ratificación: 5 de agosto de 2002.

[115] Chile, el 11 de septiembre de 1998; México, el 7 de septiembre de 2000.

de un *compromiso diferenciado* de persecución penal de crímenes internacionales, pues con ella no solo se revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que, específicamente se admite que en caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción (bien porque no esté dispuesto o bien porque no esté en condiciones de hacerlo, arts. 17 del Estatuto) sea la Corte Penal Internacional el órgano autorizado a llevar adelante el proceso.

Por otro lado, si bien la aprobación del Estatuto ha servido en muchos Estados de Latinoamérica para impulsar la *discusión* sobre la necesidad de contar con una legislación nacional completa y eficiente para hacer frente a los crímenes internacionales y sobre la necesidad de crear mecanismos de cooperación entre los Estados y la Corte Penal Internacional, esta discusión no ha logrado salir del círculo cerrado de grupos de derechos humanos y ciertos intelectuales y, lo que es mas grave, no ha logrado cambios efectivos y sustanciales en las legislaciones nacionales, ni al nivel material a través de reformas del Código Penal o de la creación de una ley especial tipo *Völkerstrafgesetzbuch,* ni al nivel procesal a través de una -ciertamente necesaria!- ley de cooperación[116]. Solamente en Argentina y Brasil las perspectivas son más alentadoras, pues ambos países han encarado la elaboración de un proyecto integral de implementación del Estatuto de Roma que, de aprobarse, tendrá la forma de una ley especial. Ambos proyectos -o más correcto "anteproyectos"- se encuentran en estos momentos recién por iniciar su trámite parlamentario, razón por la cual seguramente se necesitará todavía de un tiempo más o menos prolongado (y no previsible) para poder contar con una primera ley integral de implementación del Estatuto de Roma en Latinoamérica.

El lento o, en algunos Estados, ni siquiera existente proceso de implementación del Estatuto de Roma no se explica o se justifica a la luz de la legislación existente *en la materia. Al nivel procesal simplemente no existe legislación que posibilitaría la cooperación entre los Estados y la Corte. Al nivel material la situación es más complicada pero de ninguna manera satisfactoria: En los once países examinados* se en-

[116] Ver sobre las necesidades y formas de implementación *Ambos*, en Ambos/Malarino, supra nota 101.

cuentra tipificado el crimen de *genocidio* en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. En cuanto a los *crímenes contra la humanidad,* prácticamente no existen tipificaciones en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se acerquen a las previsiones del Estatuto de Roma. Solamente algunos Estados han incluido en sus legislaciones el crimen de desaparición forzada de personas, como es el caso de Colombia, El Salvador, Venezuela y Perú. Si bien el crimen de tortura está previsto en la mayoría de los Estados de la región, existe como crimen individual con modalidades muy diversas entre los países y respecto del Estatuto de Roma y a veces bajo un *nomen iuris* diverso. En el resultado, ninguno de estos tipos penales contiene la exigencia de un acto colectivo (*Gesamttat*) del art. 7 punto 1 del Estatuto, es decir que el delito se cometa "como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque"; por ello, estos tipos son crímenes individuales y no pueden considerarse como crímenes contra la humanidad. Los *crímenes de guerra* están contemplados en las legislaciones latinoamericanas también de manera extremadamente escasa, principalmente por medio del derecho penal militar. Se prevén algunas pocas conductas correspondientes a crímenes de guerra en las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú, Venezuela. Por último, ningún de los Estados examinados ha tipificado el crimen de *agresión.* La carencia de normas específicas es aún más marcada en lo que respecta a normas de *parte general* de Derecho Penal Internacional[117]. A las figuras de crímenes internacionales contenidas en la parte especial de los códigos penales de la región se les aplican, en general, las normas de parte general previstas para los delitos comunes. Si bien esto es más aceptable que la aplicación de la parte especial del Código Penal -incluso el *Völkerstrafgesetzbuch* contiene una remisión general a la parte general del StGB- no debe pasarse por alto que se está desarrollando una dogmática de la parte general del Derecho Penal Internacional que de una u otra forma tiene que reflejarse en la legislación interna. Finalmente, el principio de *jurisdicción universal* se encuentra previsto en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos como una excepción al prin-

[117] Sobre la parte general del d.p.i. ver mi estudio "Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts", 2002.

cipio de territorialidad[118]. El alcance y la forma como se incorpora este principio no es, sin embargo, el mismo en todos estos ordenamientos.

En cuanto a la *jurisprudencia* latinoamericana vale la pena señalar que en los pocos procesos que en Latinoamérica se han ventilado hechos de esta naturaleza se han aplicado casi con exclusividad normas del derecho penal común. La razón de ello ha sido, desde luego, el ya mencionado retraso legislativo en cuanto a la previsión de normas específicas de Derecho Penal Internacional. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos se puede constatar en los últimos años una tendencia en la jurisprudencia favorable a aplicar normas del Derecho Penal Internacional en el ámbito interno. Este fenómeno se ha dado con gran fuerza en *Argentina*, donde la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la vigencia no estricta del principio de legalidad penal al juzgar crímenes internacionales,[119] sobre la imprescriptibilidad de estos crímenes[120] y sobre la imposibilidad de amnistiarlos de acuerdo al derecho internacional[121]. E incluso se ha afirmado (aunque en definitiva sin resolver el caso por esta vía) la posibilidad de recurrir directamente a las figuras de crímenes internacionales de las convenciones internacionales para suplir la ausencia de tipos específicos en la legislación interna del país. Pero también los tribunales de otros países de la región han comenzado a ocuparse de la materia y a aplicar normas de Derecho Penal Internacional en el ámbito interno. Así, por ejemplo, en Colombia y Chile se encuentran pronunciamientos en contra de la posibilidad de conceder amnistías en caso de crímenes internacionales[122]. A nivel regional no puede dejar de mencionarse la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* del 14 de marzo de 2001. En esta decisión la Corte declaró que las leyes de amnistía dictadas por el gobier-

[118] Ver *Ambos/Caro/Guzmán/Modollel/Moreno/Pastor/Rocha de Assis/Velásquez*, Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina, Revista Penal (La Ley, España), No. 10 (2002), 130 y ss.

[119] Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *in re* Schwammberger, en ED, t. 135, p. 323 y ss.

[120] Cfr. el fallo citado en la nota anterior y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia *in re* Priebke del 2/11/1995, en JA 1996-I, p. 331 y ss.

[121] Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 7, *in re* Simon del 6/3/2001, en NDP 2000/B, p. 527.

[122] Corte Constitucional, sentencia No. C.578 de julio de 2002.

no peruano en favor de policías, militares y civiles que hubieren cometido o participado entre 1980 y 1995 en hechos de violaciones a los derechos humanos carecían de efectos jurídicos al ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos pronunciamientos jurisprudenciales reducen en cierta medida la brecha que existe entre el derecho interno de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y las normas del Derecho Penal Internacional. Por último, deben mencionarse tres sentencias de tribunales latinoamericanos que analizan e interpretan la misma normativa del Estatuto de Roma. Por un lado, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de *Venezuela* del 9 de diciembre de 2002 que realiza un detallado análisis de diversos elementos típicos del crimen de lesa humanidad del art. 7 del Estatuto de Roma[123]. Por otro lado, la decisión de la Corte Constitucional de *Colombia* que ha declarado la compatibilidad entre la Constitución colombiana y las normas del Estatuto de Roma ha analizado y se ha expedido sobre ciertas normas del Estatuto de Roma[124]. Finalmente, no se debe pasar por alto la sentencia del Tribunal Constitucional *chileno* que declaró incompatible el Estatuto de Roma con la Constitución chilena de 1980 y así constituye ciertamente un retraso[125].

[123] Tribunal Supremo, Sala Constitucional del 9/12/2002.

[124] Sentencia C-578 (del 30 de julio) de 2002 de la Corte Constitucional sobre la Constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 mediante la cual se incorporó al derecho colombiano el Estatuto de Roma.

[125] Sentencia de abril de 2002, rol 346. Crit. *Correa G./Bascuñan Rodríguez*, Revista de Estudios de la Justicia No. 1 (2002), p. 129 que corectamente consideran "paradójica" (159) que el tribunal justifica la inconstitucionalidad del Estatuto en última instancia con una presunta desprotección de los derechos fundamentales generado por él.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

P.A. ALBRECHT, Europäische Informalisierung des Strafrechts, StV 2001, 69;

AMBOS, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts, ZStW 111 (1999) 175.

El mismo, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts - Ansätze einer Dogmatisierung, 2002.

El mismo, Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel "Geldwäsche", ZStW 114 (2002), 236-256.

El mismo, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren, NStZ 2002, 628 u. 2003, 13

BASSIOUNI, Crimes against Humanity, 2. Aufl. 1999

BRAUM, Das "Corpus Juris" - Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 2000, 493.

BREMER, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht, 1999.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea, 2001.

Casses/Gaeta/Jones (eds.), The Statute of the ICC. A commentary, 2002.

DAHM, Zur Problematik des VÖLKERSTRAFRECHTS, 1956.

DANNECKER, Strafrecht der EG, en: Eser/Huber (edit.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 1995.

El mismo, Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, Jura 1998, 7987.

El mismo, Der Allgemeine Teil eines europ. Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, Hirsch FS, 1999, p. 141.

El mismo, Das Europäische Strafrecht in der Rspr. des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, BGH IV FS, 2000, p. 339.

DEUTSCHER, Die Kompetenzen der EGen zur originären Strafgesetzgebung, 2000.

DIECKMANN, Europäische Kooperation im Bereich der Strafrechtspflege, NStZ 2001, 617.

EISELE, Einführung in das Europäische Strafrecht, JA 2000, 896.

El mismo, Internationale Bezüge des Strafrechts, JA 2000, 424.

ESSER, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002.

GLEß, Zum Begriff des mildesten Gesetzes (§ 2 Abs. 3 StGB), GA 2000, 224.

La misma, Europol, NStZ 2001, 623.

GLEß/LÜKE, Strafverfolgung über die Grenzen hinweg, Jura 1998, 70.

GLEß/ZEITLER, Fair Trial Rights and the European Community's Fight against Fraud, ELJ 7 (2001), 219.

GRÖBLINGHOFF, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der EG, 1996.

HEFENDEHL, Strafvorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen der Europ. Union: Gestalten, korrigieren oder verweigern?, in: Prittwitz et al. (Hrsg.), FS Lüderssen, 2002, p. 416.

HUGGER, Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung dt. Strafvorschriften, NStZ 1993, 421.

JESCHECK, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach VÖLKERSTRAFRECHT, 1952.

El mismo., Gegenstand u. neueste Entwicklung des Intern. Strafrechts, Maurach FS, 1972, S. 579.

El mismo., Entwicklung, gegenwärtiger Stand u. Zukunftsaussichten des intern. Strafrechts, GA 1981, 49.

JOHANNES, Das Strafrecht im Bereich der europ. Gemeinschaften, EuR 1968, 63.

JOKISCH, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000.

JUNG, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 2000, 417.

KREß, VÖLKERSTRAFRECHT in Deutschland, NStZ 2000, 617.

KÜHL, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 109 (1997), 777.

KÜHNE, Strafprozeßrecht 6ª ed. 2003.

LAGODNY, Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 113 (2001), 800.

MUSIL, Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts, NStZ 2000, 68.

NELLES, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa? ZStW 109 (1997), 727.

OTTO, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU, Jura 2000, 98.

PRADEL/CORSTENS, Droit pénal européen, 1999.

PRITTWITZ, Nachgeholte Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, ZStW 113 (2001), 774.

Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001.

El mismo., Das neue Völkerstrafgesetzbuch, NStZ 2002, 125.

Schabas, International Criminal Court, 2001.

SCHOMBURG, Ein neuer Start! Internationale vertragliche Rechtshilfe in Strafsachen etc., NJW 2001, 801.

SIEBER, Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957.

El mismo, Einheitliches europ. Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung?, in: Duttge et al. (eds.), Gedächtnisschrift Schlüchter, 2002, p. 107.

TIEDEMANN, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, 23.

El mismo., EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, ROXIN FS, 2001, S. 1401.

THOMAS, Die Anwendung europ. materiellen Rechts im Strafverfahren, NJW 1991, 2233.

TRIFFTERER, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen VÖLKERSTRAFRECHTS seit Nürnberg, 1966.

El mismo, VÖLKERSTRAFRECHT im Wandel, JESCHECK FS II, 1985, S. 1477.

El mismo, Der ständige internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum 'Rome Statute of the International Criminal Court' vom 17. Juli 1998, Zipf GS, 1999, S. 495.

El mismo (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999.

VERVAELE, La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea, Revista Penal 9 (enero. 2002), 134.

VOGEL, Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union, GA 2003, 314.

WEIGEND, Spricht Europa mit zwei Zungen?, StV 2001, 63.

WERLE, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997), 808.

El mismo, VÖLKERSTRAFRECHT und geltendes deutsches Strafrecht. JZ 2000, 755.

El mismo, Konturen eines deutschen VÖLKERSTRAFRECHTS. JZ 2001, 885.

WILKITZKI, Die Regionalisierung des intern. Strafrechts, ZStW 105 (1993) 821.

ZIESCHANG, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113 (2001), 255.

ZULEEG, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, en: Sieber (edit.), Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, 1993, p. 41. - Cfr. también supra bibliografía general.

CAPÍTULO VI

DERECHO PENAL Y GUERRA: ¿INTERVENCIÓN PUNIBLE DEL GOBIERNO ALEMÁN EN LA GUERRA DE IRAK?***

---

* Agradezco al licenciado en Derecho Sr. Dennis Miller (Gotinga/Hannóver) por la valiosa ayuda.

** Traducción del original "Strafrecht und Krieg: strafbare Beteiligung der Bundesregierung am Irak-Krieg?", libro homenaje a Eser, 2005, realizada por Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M., Friburgo de Brisgovia/Gotinga; revisión por el autor.

ALBIN ESER ha dirigido una y otra vez la mirada desde los problemas puramente dogmáticos del Derecho Penal y Procesal Penal hacia los problemas actuales político-criminales de nuestro tiempo. Como director del Instituto Max-Planck para Derecho Penal extranjero e internacional, se ha dedicado progresivamente a temas de "derechos humanos", ya sea intercediendo decididamente en favor de una justicia penal acorde a los derechos humanos,[1] por la persecución de graves violaciones a los derechos humanos[2] o en favor de la nueva Corte Penal Internacional (CPI)[3] o promoviendo, de acuerdo a sus posibilidades, numerosos proyectos sobre la situación del respeto a los derechos humanos en Latinoamérica[4]. Sin embargo, ESER también ha intervenido en forma práctica en estos ámbitos, ya sea como coiniciador de un proyecto alternativo para el estatuto del CPI[5] o como coredactor de la "Declaración de Friburgo sobre la posición de la fiscalía en

---

[1] Cfr. "Menschengerechte Strafjustiz im Zeitalter von Europäisierung und Globalisierung", libro homenaje a Waltos, 2002, p. 169; entre otros, en español en: Universidad Nacional de la Educación a Distancia (ed.), Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, 2001, p. 15.

[2] Cfr. por ejemplo "Harmonisierte Universalität nationaler Strafgewalt: ein Desiderat internationaler Komplementarität bei Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen", libro homenaje a Trechsel, 2002, p. 15.

[3] Cfr. por ejemplo "Auf dem Weg zu einem Internationalen Strafgerichtshof", libro homenaje a Spinellis, 2001, p. 339.

[4] Al autor le fue posible concluir, entre 1992 y 2003, cuatro proyectos de investigación en el Instituto Max-Planck gracias al apoyo decidido de Eser, cfr. *Ambos*, Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen, 1997; *Ambos/Maier/Woischnik* (eds.), Las reformas procesales penales en América Latina, 2000; *Ambos/Gómez Colomer/Vogler* (eds.), La policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos, 2003; *Ambos/Malarino* (eds.), La persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España, 2003.

[5] Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC)/ Max Planck Institut for Foreign and International Criminal Law (MPI), Draft Statute for an International Criminal Court - Alternative to the ILC Draft (Siracusa Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br., July 1995 ("Siracusa Draft I"); *los mismos*, 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications (updated Siracusa-Draft), prepared by a Committee of Experts, Siracusa/Freiburg i.Br./Chicago, 15 de marzo de 1996 ("Siracusa Draft II"). Al respecto también *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2004, pp. 476, 483 y ss.

un Tribunal Penal internacional permanente"[6]. El punto cúlmine de estas actividades lo constituye de momento, sin duda, la elección de ESER como juez *ad litem*[7] del tribunal para la ex-Yugoslavia, respecto de la cual recibió ya, en la primera votación, la necesaria aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas[8]. También las cuestiones jurídicas asociadas a la guerra de Irak han sido y siguen siendo de gran importancia para el homenajeado, de modo que el autor de estas líneas puede estarse seguro del especial interés del homenajeado por el siguiente artículo. ¡Es por ello que se dedica esta contribución a ALBIN ESER con los mejores deseos!

Introducción

El Fiscal General Federal (GBA) ante el Tribunal Supremo alemán negó, el 21 de marzo de 2003, la sospecha inicial de una conducta delictiva del Gobierno Federal alemán según el § 80 del Código Penal[9] por su intervención en la guerra de Irak[10]. En concreto se trataba de la concesión de derechos de utilización, sobrevuelo y transporte en favor de los EEUU y de la intervención de soldados alemanes en vuelos AWACS de la OTAN sobre territorio turco. Con esa decisión el § 80 salió de la sombra de un Derecho Penal meramente simbólico[11] y debería gozar también a futuro de una reconocimiento no solo teórico, atendido el creciente compromiso militar de la República Federal de Alemania (RFA) en el marco de conflictos internacionales. *KREß* fue el primero en presentar una amplia e innovadora investigación de Derecho Penal nacional e

[6] Cfr. *Arbour/Eser/Ambos/Sanders* (eds.), The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court, 2000, pp. 667 y ss. (en inglés, francés, español y alemán).

[7] Los jueces *ad litem* son elegidos por cuatro años y luego designados por el presidente del Tribunal para la ex-Yugoslavia (ICTY), según las necesidades, en determinados procesos con las mismas facultades que los jueces permanentes (cfr. art. 13 *ter* y *quater* estatuto del ICTY, www.un.org/icty).

[8] ESER obtuvo en la elección del 12 de junio de 2001, ya en la primera votación, 129 de los 171 votos válidamente emitidos. Su período de funciones dura hasta el 11 de junio de 2005. En septiembre de 2004 comenzó a ejercer el cargo en La Haya.

[9] Parágrafos sin especificación corresponden al Código Penal alemán.

[10] Comunicación/Comunicado de prensa del 21 de marzo de 2003 publicado, inclusive los motivos, en JZ ("Juristenzeitung") 2003, p. 908 con comentario de *Kreß*.

[11] LK-*Laufhütte*[11], § 80, previo n.m. 1; Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*[26], § 80, n.m. 1. NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 2 con ulteriores referencias, hace presente la escasa relevancia práctica de la prescripción.

internacional[12] en la cual se tratan, prácticamente de modo exhaustivo, todas las cuestiones fundamentales de Derecho Penal Internacional necesarias para la comprensión del § 80. De modo que en estas líneas se abordarán las preguntas que plantea el § 80 en torno a la teoría de la intervención punible[13] y especialmente en consideración a las medidas de apoyo otorgadas por la RFA. En tal sentido, el origen de Derecho Penal Internacional del § 80 hace naturalmente inevitable una fundamentación *penal internacional*. Al respecto, debe distinguirse entre una intervención en el ámbito macro y una en el ámbito micro (*infra* I.) y, sobre la base de esta dicotomía, examinarse la punibilidad internacional e interna por las mencionadas medidas de apoyo (*infra* II. y III.).

I. INTERVENCIÓN EN EL ÁMBITO MACRO Y EN EL ÁMBITO MICRO

A fin de poder dar suficiente cuenta de la "naturaleza mixta de la agresión tanto como fenómeno interestatal como también jurídico-individual"[14], surge la posibilidad de distinguir entre dos planos de intervención. Por un lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito macro*, puede intervenir en una guerra de agresión un *Estado*, vale decir, puede ya sea dirigir una guerra de agresión *propia* -en cierto modo como autor- o puede cooperar o inducir a una guerra de agresión *ajena* -en cierto modo como partícipe-. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención punible *estatal*. Si el término de la intervención sólo abarca la intervención "activa" como agresor ("Estado-autor") o si, asimismo, abarca la "pasiva" como agredido ("Estado-víctima"), puede aún quedar abierto en este punto (*cfr. infra* III. 1.). Por otro lado, en la aquí denominada *intervención en el ámbito micro*, pueden los miembros de un Estado beligerante o que apoyan una guerra ajena ser autores o partícipes del respectivo delito, siendo de momento irrelevante si resulta punible ya la preparación o recién el

[12] ZStW 115 (2003), p. 294. El comentario en JZ 2003, p. 911 representa esencialmente una versión resumida de las explicaciones en ZStW 115 (2003), pp. 334 y ss., por lo que acá se citará en principio solamente el último trabajo referido.

[13] En el texto se designa con el término *intervención* (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) el concepto englobador de toda forma -principal o accesoria- de aportación al hecho (en el original: "Beteiligung") y que frecuentemente se designa también con la expresión *participación* (en sentido amplio). Este último término (y sus correspondientes formas verbales y sustantivas) se reserva en el texto a la intervención en calidad de inductor o cómplice (en el original: "Teilnahme").

[14] *Hummrich*, Der völkerrechtliche Straftatbestand der Aggression, 2001, p. 149.

desencadenamiento de la guerra de agresión. En tal sentido, podemos hablar también del plano de la intervención *individual*.

En el supuesto de intervención "activa" son concebibles, por lo tanto, un total de cuatro constelaciones jurídico-penales relevantes *individualmente*:

- autoría individual al interior del "Estado-autor"
- participación individual al interior del "Estado-autor"
- autoría individual al interior del "Estado-cómplice"
- participación individual al interior del "Estado-cómplice".

Si se reconoce, aun más allá, la posibilidad de una intervención "pasiva", también es concebible, en principio, la situación de una intervención (individual) en el "Estado-víctima". Sin embargo, sólo sería posible una punibilidad en caso de una intervención (individual) en la guerra de agresión del Estado autor o cómplice desde el territorio del Estado-víctima. A modo de ejemplo, si la RFA es atacada por un Estado, entra en consideración una responsabilidad penal individual por intervención en una guerra de agresión sólo para aquellos que actúan de parte de este Estado-autor. Aquellos que intervienen de parte de la RFA como Estado-víctima sólo hacen uso del derecho de autodefensa derivado, según el artículo 51 del Estatuto de la ONU. Por ende, esta constelación no presenta nuevos problemas en cuanto a la intervención punible, por lo que la intervención pasiva no requiere, ya por tal motivo, de un tratamiento separado[15].

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1. En cuanto a la punibilidad de la "guerra de agresión"

Consideraciones en torno a la intervención en la guerra de agresión suponen, en primer lugar, una claridad respecto del objeto a relacionar con la intervención, *scil.* el *concepto de guerra de agresión* o también denominada *agresión*. El hecho de que se trate de un concepto penal internacional[16] no debiera requerir, precisamente en Alemania, de una fundamenta-

[15] En cuanto a la problemática de la jurisdicción competente al actuar desde el extranjero (§ 5 N° 1) cfr. *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 343 y ss.

[16] Cfr. *Hummrich* (nota 13), pp. 86 y ss.; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 307 y ss.; LK-*Laufhütte*[11], § 80, n.m. 2. Cfr. también GBA JZ 2003, pp. 909 y ss. Al respecto de otra opinión *Müller*, Die Pönalisierung des Angriffskrieges im GG und StGB der Bundesrepublik

ción especial aunque, de todos modos, haga necesarias algunas consideraciones básicas propias de esta rama del Derecho.

Si bien la punibilidad penal internacional de la guerra de agresión es indiscutida, en principio, desde Nuremberg[17] y ha sido reforzada por el artículo 5 párrafo 1 (d) del Estatuto de la CPI[18], no existe acuerdo en cuanto a los contornos exactos del tipo de la agresión. Si bien el grupo de trabajo de la Comisión Preparatoria de la CPI (*Preparatory Commission* - PrepCom) y ahora de la Asamblea de Estados (*Assembly of State Parties* - ASP), constituidas a partir del art. 5 párrafo 2 del Estatuto de la CPI, ha elaborado hasta ahora numerosas propuestas, no ha presentado una definición susceptible de consenso[19]. Acorde a la distinción, relevante para el Derecho Penal Internacional, entre prohibi-

Deutschland, tesis doctoral Heidelberg 1970, pp. 64 y s., 83 y ss., especialmente p. 89, el que determina el concepto de guerra de agresión únicamente a partir del art. 26 párrafo 1 GG (Constitución Federal alemana).

[17] Cfr. *Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, ns.ms. 1150 y ss. (1154, 1156); *Cassese*, International Criminal Law, 2003, p. 113 (con referencia al fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso Nicaragua); *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 295 y ss.; *el mismo*, Journ. of Int. Criminal Justice 2 (2004), p. 348 s.; *Müller-Schieke*, Leiden Journal of International Law (LJIL) 14 (2001), pp. 414 y s., 428; *Gaja*, en: *Cassese/Gaeta/Jones* (eds.), The Rome Statute of the ICC, vol. I., 2002, p. 431; *Griffiths*, International Criminal Law Review (Int.Cr.L.Rev.) 2 (2002), pp. 303 y ss.; en cambio, la toma de posición de la delegación de los EEUU en la PrepCom en AJIL 95 (2001), p. 400 contradice la opinión de que la resolución 3314 haya sido o sea expresión de Derecho Internacional consuetudinario; crítico al respecto *Cassese*, op. cit. Más allá aun, *Ronneberg*, Der Tatbestand des Verbrechens gegen den Frieden, tesis doctoral, Würzburg 1998, p. 202, niega que exista siquiera una punibilidad de Derecho Internacional consuetudinario de la guerra de agresión. *Schuster*, Criminal Law Forum (CLF) 14 (2003), pp. 50 y s., aboga por la eliminación de la guerra de agresión del Estatuto de la CPI.

[18] Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) del 17 de julio de 1998, publicado en BGBl. [boletín oficial de legislación alemana, n. del tr.] 2000 II, pp. 1394 y ss.

[19] Respecto del estado de las negociaciones y de las propuestas del "Working Group on the Crime of Aggression" cfr. el "Discussion paper proposed by the Coordinator", en: Report de la PrepCom del 24 de julio de 2002 (Addendum. Part. II. Proposals for a provision on the crime of aggression, UN-Doc. PCNICC/2002/2/Add.2), así como www.un.org/law/icc/documents/aggression/aggressiondocs.htm.; también publicado en *Clark*, LJIL 15 (2002), pp. 887 y ss; asimismo en www.icc.cpi.int/library/basicdocuments/ ICCASP2_EN.pdf, pp. 9, 234. En cuanto a la discusión y al desarrollo de Derecho Internacional cfr. también *Bruha*, Die Definition der Aggression, 1980; *Ronneberg* (nota 16); *Hummrich* (nota 13). Instructivo respecto de las negociaciones en curso *Clark*, op. cit.; *Westdickenberg/Fixson*, en: *Frowein/Scharioth/Winkelmann/Wolfrum* (eds.), Verhandeln für den Frieden, 2003, pp. 483 y ss.; *Schuster*, CLF 14 (2003), pp. 1 y ss.; *Politi/Nesi* (eds.), The ICC and the crime of aggression, 2004.

ción de Derecho Internacional y punibilidad de Derecho Internacional se debe distinguir, respecto de la guerra de agresión, entre *conductas* de agresión contrarias al Derecho Internacional (*acts of aggression*) y la guerra de agresión *punible* en Derecho Internacional (*war of aggression*), o sea, un *crimen* de agresión (*crime of aggression*). En tal sentido, las conductas de agresión contrarias al Derecho Internacional, como las que pueden hallarse en el anexo de la famosa resolución 3314 (XXXIX) de la Asamblea General de la ONU,[20] no implican siempre la existencia de una guerra de agresión punible, o sea, de un crimen de agresión[21]. Esto ya resulta de la circunstancia de que el art. 5 (2) de la resolución 3314 define la "war of aggression" por separado como "*crime* against international peace",[22] con lo que se pretendía marcar la diferencia respecto de las (meras) conductas de agresión que solamente conllevan responsabilidad del Estado por el ilícito internacional cometido. La punibilidad penal de Derecho Internacional supone, por lo tanto, una *calificación de la conducta de agresión*. Es así como el mencionado grupo de trabajo de la CPI exige una conducta de agresión que "by its character, *gravity* and scale, constitutes a *flagrant* violation of the Charter of the United Nations."[23] Este requisito es compartido por lo que puede considerarse opinión mayoritaria en la doctrina, al exigirse que se sobrepase un cierto umbral de violencia ("treshold"), ya sea mediante una lesión flagrante o unívoca de la prohibición internacional de la violencia[24], mediante una cierta extensión e intensidad de las conductas violentas[25] o a través de algo mayor que

[20] 14 de diciembre de 1974, U.N. GAOR, 29th session, supplement 31, pp. 142 y ss.; versión alemana por ej. en AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 17.

[21] Cfr. *Bruha* (nota 18), pp. 127 y s.; *Hummrich* (nota 13), pp. 87 y s.; Triffterer/*Zimmermann*, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999, Art. 5, n.m. 19; *Westdickenberg/Fixson* (nota 18), pp. 485 y s., 490; *Werle* (nota 16), n.m. 1164; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), pp. 417 y s.; *Griffiths*, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), p. 362.

[22] Respecto de este término también *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), pp. 418 y s.; crítico *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 878, que lo considera un "unhelpful concept".

[23] Discussion paper (nota 18), Nr. 1 (destacado por el autor).

[24] *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 299, 302 y ss. (306); *Clark*, LJIL 15 (2002), pp. 876 y s.; *Hummrich* (nota 13), pp. 217 y s. Cfr. también GBA JZ 2003, p. 911: "lesión evidente de la prohibición de violencia".

[25] *Werle* (nota 16), n.m. 1162.

una mera utilización de violencia "de minimis"[26]. Si se intenta concretizar la implícita restricción objetiva del tipo, se estará intentando delimitar las *conductas de agresión* que alcanzan o que aun sobrepasan este umbral de violencia de aquéllas inferiores, meramente constitutivas de *conductas hostiles*. Será difícil hallar en este punto criterios abstractos, sin embargo, se puede sostener, en todo caso, que las conductas de índole preparatoria (como la concentración de tropas en la frontera, el rearme) o de menor intensidad (como, por ejemplo, escaramuzas fronterizas menores, ingresos esporádicos a territorio soberano ajeno para la persecución de sublevados) no constituyen una guerra de agresión punible[27]. Por lo demás, la punibilidad de *actos preparatorios* tampoco es reconocida por la costumbre internacional, al menos cuando ni siquiera alcanzan una tentativa de guerra de agresión[28]. Por lo tanto, la punibilidad por la intervención en la "planificación" (planning) y en la "preparación" (preparation) de una conducta de agresión (calificada), propuesta por el grupo de trabajo de la CPI,[29] supone que la agresión haya alcanzado, al menos, el estado de tentativa.

Una restricción adicional del tipo resulta de entender la agresión en sentido clásico como "state crime", vale decir, exigiendo un conflicto armado internacional en el cual un Estado ataca a otro[30]. En este caso quedarían excluidos del tipo tanto conductas de agresión interna, por ejemplo, en contra de determinados grupos étnicos, como también conductas de agresión de actores no estatales. Si bien es cierto que prácticamente resulta imposible controvertir esta restricción del tipo desde la perspectiva del Derecho Internacional consuetudinario, resulta cuestionable si es apropiada, lo que no puede ser profundizado aquí.

Más difícil y controvertida es la pregunta acerca de si el tipo requiere una restricción adicional con miras a un determinado *resultado típico* o una determinada finalidad por parte de los autores. El grupo de trabajo

[26] *Griffiths*, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 319 y s., 366, 372: "use of force which is more than de minimis ...".

[27] Parecido *Werle* (nota 16), ns.ms. 1156, 1164; *Cassese* (nota 16), p. 114; *Griffiths*, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 319 y s.

[28] *Cassese* (nota 16), p. 114; *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 298.

[29] Discussion paper (nota 18), Nr. 1.

[30] *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), p. 420.

de la CPI propone, en tal sentido, que la conducta de agresión deba tener como finalidad o como resultado la ocupación o anexión del Estado agredido[31]. De ese modo, por una parte, se mezclan presupuestos de punibilidad objetivos y subjetivos: por un lado resultado, por el otro finalidad. Por otra parte, se recurre a la comprensión tradicional de la guerra de agresión, basada en Nuremberg y Tokio, como guerra de ocupación o anexión[32]. En la doctrina se recoge esta propuesta en el sentido de una finalidad "trascendente" y "agresiva respecto del hecho completo"[33]. Es, sin embargo, muy dudoso si la restricción a la ocupación y a la anexión, como finalidades principales de una guerra de agresión, es apropiada o si, con ello, no se excluyen de la punibilidad penal casos dignos de castigo. Adicionalmente, una tal "subjetivización" del tipo no es, sin más, compatible con la opinión absolutamente mayoritaria que una "intención en sentido técnico" no es necesaria, sino que es suficiente el dolo general[34]. Volveremos sobre ambas cuestiones (*infra* 4.).

La situación jurídica penal internacional descrita explica las aprehensiones constitucionales existentes en cuanto al *principio de certeza legal*. Sin embargo, la progresiva concreción del tipo muestra también que la calificación del término "guerra de agresión" como inconstitucional[35] es excesiva, especialmente si se considera la relativización general del principio desde una certeza o determinación legal a una determinabilidad[36]. Por ello, la doctrina absolutamente mayoritaria contradice acertadamente el veredicto de inconstitucionalidad mediante la restricción a casos inequívocos[37]. Eso obviamente no cambia en nada que la cruz con que carga todo tipo penal de guerra de agresión sea la falta de definición del concepto mismo en el Derecho Internacional. La codificación interna se convierte así en un *tipo penal en blanco* que además es *accesorio al Derecho Penal Internacional*[38] dependiendo, por lo tanto, de la dinámica del desarrollo del Derecho Penal Internacional.

[31] Discussion paper (nota 18), Nr. 1, options 1 y 2: "... object or result of establishing a military occupation of, or annexing, the territory of another State or part thereof".

[32] *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 303; *Werle* (nota 16), n.m. 1159.

[33] *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 304 y ss. (306 y ss.); *Werle* (nota 16), n.m. 1159 y ss.

[34] *Werle* (nota 16), n.m. 1170. Cfr. asimismo *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 874; *Griffiths*, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 369 y ss.; *Cassese* (nota 16), pp. 115 y s.; *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 312; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), pp. 420 y ss.; De otra opinión *Hummrich* (nota 13), pp. 218 y s.

[35] Así NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 13; anteriormente ya *Schroeder*, JZ 1969, p. 47 el que, sin embargo, modificó su parecer con la resolución 3314, cfr. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT, tomo 2, § 90, n.m. 2. Según *Steinhausen*, Der Straftatbestand des Friedensverrats (§ 80 StGB) und die Erfordernisse des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG), tesis doctoral, Colonia 1969, pp. 124 y ss., 129, la norma se encuentra "en el límite inferior de lo que en la ley ...se puede aceptar como constitucional". Crítico también *Müller* (nota 5), pp. 85 y ss. (p. 89) el que, sin embargo, mantiene finalmente esta pregunta abierta, ya que quiere determinar el término constitucionalmente. Asimismo lo deja abierto *Hummrich* (nota 13), p. 89 el que, por lo demás, no ve una mayor ayuda en la resolución 3314 (pp. 87 y ss.). *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 313, quiere dejar que se aclare la pregunta mediante "decisión judicial constitucional".

2. *Intervención en el "ámbito micro"*

En el ámbito micro de la intervención *individual* es reconocido hoy en día que, en el caso de la guerra de agresión, se trata de un *crimen de dirigentes*[39], es decir, que este delito sólo puede cometerse por las élites funcionales políticas o militares, por los miembros del círculo de dirigentes más estrecho. En tal sentido, resulta relevante que el autor se encuentre en una posición en la cual esté efectivamente ("effective-

[36] Cfr. *Roxin*, AT I, 3ª ed. 1997, § 5, ns.ms. 67 y ss.; respecto de la jurisprudencia de la Corte Europea de DDHH en relación con el art. 7 Convención Europea de DDHH cfr. en este sentido *Ambos*, KritV 2003, pp. 39 y s.

[37] Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*, § 80, n.m. 4; AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 18; *Lackner/Kühl*, § 80, n.m. 2; LK-*Laufhütte*, § 80, n.m. 2; SK-*Rudolphi*, § 80, n.m. 3; *Werle* (nota 16), n.m. 1180. A favor de la certeza de, al menos, el "núcleo terminológico" *Klug*, en: *Baumann*, Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969, p. 165.

[38] La denominación de NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 12, como un "concepto accesorio en función de la resolución de la ONU" es algo impreciso, ya que se trata de la facultad soberana de definición del Consejo de Seguridad de la ONU. Sin embargo, mientras éste ejerza alguna influencia relevante para el tipo legal, por ejemplo, con miras a la imputación de una conducta de agresión a un Estado (cfr. Art. 23 (2) del Draft Statute der International Law Commission [ILC] for an International Criminal Court [ICC], Report of the ILC on the work of its forty-sixth session, pp. 43 y ss.) o con miras a la determinación de una conducta de agresión (Discussion Paper (nota 18), Nº 5), deberá efectivamente hablarse de un concepto accesorio en función del Consejo de Seguridad. Cfr. también *Hummrich* (nota 13), pp. 222 y ss.; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), pp. 421 y ss.; *Clark*, LJIL 15 (2002), pp. 869 y ss.; *Werle* (nota 16), ns.ms. 1177 y s.; *Griffiths*, Int.Cr.L.Rev. 2 (2002), pp. 310 y ss.; *Gaja* (nota 16), pp. 432 y ss.

[39] *Westdickenberg/Fixson* (nota 18), pp. 503 y ss. con ulteriores referencias; *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 334; *Werle* (nota 16), n.m. 1165; *Müller-Schieke*, LJIL 14 (2001), pp. 419 y ss.; *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 873; *Schuster*, CLF 14 (2003), p. 21; antes ya *Dahm*, Völkerrecht, tomo 3, 1961, p. 306.

ly") en condiciones "to excercise control over or to direct the political or military action of a State..."[40] Por lo tanto, no interesa su posición formal como miembro del gobierno, de lo cual, a su vez, resulta que también pueden ser autores las élites funcionales económicas[41].

Otra pregunta, hasta ahora no aclarada y que ya fue discutida de forma polémica en Nuremberg y Tokio[42], dice relación con un posible "carácter amplio de *delito especial*"[43] de la guerra de agresión como resultado de la limitación del círculo de los autores y, con ello, la primacía de la parte especial y la inaplicabilidad de las reglas generales de la participación del artículo 25 párrafo 3 ECPI,[44] de modo que los intervinientes en un plano medio o inferior como *extranei* no sean punibles y, en última consecuencia, no lo sean siquiera como cómplices de una guerra de agresión[45].

El Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg consideró punible la "colaboración" con el plan hitleriano de la guerra de agresión en la medida que se conociesen sus fines[46]. Al respecto, no circunscribió *a limine* el círculo de posibles autores a los acusados como criminales de guerra principales, sino que se refirió en general a "hombres de Estado, dirigentes militares, diplomáticos y hombres de negocios"[47]. De modo que no es posible deducir, en el juicio respecto de los criminales de guerra principales, una limitación de la punibilidad al plano dirigencial (nacionalsocialista) inmediato, especialmente porque se pueden formular dudas respecto de la pertenencia al plano dirigencial de todos

[40] Cfr. Discussion paper (nota 18), Nº 1.

[41] Así de manera convincente *Clark*, LJIL 15 (2002), pp. 873 y s. con nota 51.

[42] Cfr. las referencias en *Ambos*, AT, (nota 5), pp. 136 y ss.

[43] *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 336.

[44] Así Discussion paper (nota 18), N° 3; asintiendo *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 884.

[45] *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 336 y s.; en cuanto a la consecuencia también *Westdickenberg/Fixson* (nota 18), p. 505; dejando abierto el punto *Vogel*, ZStW 114 (2002), p. 424; en términos parecidos en favor de la inaplicabilidad del art. 25 ECPI y de una comisión exclusivamente en carácter de autor *Hummrich* (nota 13), p. 214; a favor de una punibilidad con una fundamentación político-criminal *Triffterer*, en *Hankel/Stuby* (eds.), Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen, 1995, pp. 231 y s.

[46] TMI, Der Nürnberger Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher, 1947, tomo I, p. 189 (pp. 252 y s.).

[47] Ibíd., p. 252.

los "criminales de guerra principales"[48]. En los doce juicios posteriores de Nuremberg se trató, por regla general, de personas relevantes en la dictadura nacionalsocialista, sin embargo, de ningún modo todos ellos pertenecieron al círculo de dirigentes más estrecho de Hitler (piénsese solamente en el proceso en contra de juristas que afectó a funcionarios públicos del ministerio de justicia del *Reich*). Por lo demás, se consideraron de modo muy amplio los presupuestos para una punición por una guerra de agresión como intervención activa, participación, promoción, etc.[49].

El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (Tribunal de Tokio) hizo depender la condena por conspiración ("conspiracy"), para la realización de una guerra de agresión, de la posibilidad (objetiva) de una intervención en la planificación y del conocimiento (subjetivo) de los planes de agresión[50]. Si bien al respecto tuvo presente la posición y función del acusado, más bien consideró la posición de dirigente para fundamentar un deber activo de evitación en razón de una posición de garante, y no para una restricción *a limine* del círculo de autores, especialmente porque no se delimitó claramente el "policy-level" del de los funcionarios públicos de nivel medio. Incluso se discutió controvertidamente mediante un *obiter dicta* la cuestión de la punibilidad de simples soldados por participación en la guerra de agresión. Mientras que el presidente del tribunal *Webb* abogaba por la punibilidad de todos los partícipes -"no matter how high or low rank or status"-[51] el juez *Röling* se opuso decididamente a ello[52].

Un análisis pormenorizado de los casos precedentes de orden penal internacional *no* fundamenta, por ende, sin más la conclusión a la que arriba especialmente *Kreß*[53] de una impunidad de los intervinientes

[48] Cfr. respecto del rol y función de los acusados en el sistema nacionalsocialista ibíd., pp. 314 y ss.

[49] Referencias en *Ambos*, AT (nota 5), p. 92; una lista de los procesos se encuentra en ibíd., p. 878

[50] Cfr. respecto de lo que sigue *Ambos*, AT (nota 5), pp. 137 y s.

[51] Voto especial en: *Röling/Rüter* (eds.), Tokyo Judgment tomo I, 1977, p. 469 (p. 475)

[52] Voto especial en: *Röling/Rüter* (eds.), Tokyo Judgment tomo II, 1977, p. 1041 (p. 1117): "No soldier who merely executed government policy should be regarded as a criminal, as guilty of the crime against peace."

[53] *Supra* nota 43.

que no pertenezcan al nivel de dirigentes. Más bien admite la conclusión contraria, que también otras personas pueden realizar una aportación al hecho constitutivo de una guerra de agresión que sea relevante desde la perspectiva penal internacional. Si se examina detenidamente se puede apreciar que la caracterización tradicional penal internacional de la guerra de agresión como crimen de dirigentes, tanto en el pasado como en el presente, no se ocupa en absoluto de la punibilidad por participación, en el sentido del modelo diferenciador, ya que se basa en el modelo unitario de intervención punible, centrado en el autor[54]. Al respecto, no se ha modificado nada con el reconocimiento del modelo funcional y unitario de participación en el art. 25 del Estatuto de la CPI,[55] ya que dicha disposición no ha de aplicarse, en absoluto, al tipo de guerra de agresión. Sin embargo, la propuesta del Grupo de Trabajo de la CPI resulta contradictoria precisamente en este punto: por una parte se acentúa el carácter de crimen de dirigentes de la guerra de agresión, centrándose con ello en el dirigente-autor al describirse al que "comete" ("commits") el crimen de la guerra de agresión. Por otra, sin embargo, "comete" el tipo *cualquiera* que "*participa*" activamente en la planificación, preparación, etc.,[56] abarcándose, por lo tanto, toda aportación al hecho[57]. ¿Por qué no debieran *en tal medida* recibir aplicación, al interior del círculo de dirigentes, las reglas generales de responsabilidad por participación en un delito especial?[58] Volveremos sobre el punto en el marco del § 80 (III. 2.).

3. *Intervención en el "ámbito macro"*

En el ámbito macro, vale decir, en la participación *estatal*, debe distinguirse entre el Derecho internacional referente a los *conflictos* (armados), el Derecho internacional *de los hechos ilícitos estatales* y el Derecho Penal Internacional.

---

[54] *Ambos*, AT (nota 5), p. 362 y *passim*.

[55] Cfr. *Ambos*, AT (nota 5), pp. 543 y ss.

[56] Discussion paper (nota 18), Nº 1: "participates actively in the planning, preparation, initiation or execution of an act of aggression ...".

[57] Acertado *Clark*, LJIL 15 (2002), p. 875.

[58] Esta pregunta parece estar nuevamente abierta, luego del "Intersessional" del Grupo de Trabajo del 21 al 23 de junio de 2004 en Princeton (EEUU), ya que allí, ahora sí, se consideró como posible la aplicación del art. 25 a la guerra de agresión (esta información se la debo agradecer a *Claus Kreß*).

En el *Derecho internacional de los conflictos* (Derecho humanitario en sentido estricto) un Estado es partícipe de una guerra cuando es parte en un conflicto armado internacional[59]. La teoría penal de la participación carece, en este sentido, en principio de importancia, por cuanto se trata del Estado como actor colectivo. Consideraciones en torno al grado y tipo de participación de personas individuales solamente pueden jugar un rol, cuando mucho, al tratarse la cuestión (de relevancia para el Derecho internacional de los conflictos) de la internacionalización de un conflicto mediante el control por un tercer Estado de una parte propiamente intraestatal[60].

Al contrario, el Derecho internacional delictivo sí puede utilizarse fecundamente para el tratamiento de preguntas de intervención penal. Esto porque en este ámbito -y apoyado en el art. 16 del borrador de la comisión de Derecho Internacional de la ONU (International Law Commission- ILC) de noviembre de 2001[61] como también en el idéntico art. 16 de la resolución 56/83 del Consejo General de la ONU sobre la responsabilidad del Estado[62] -puede considerarse como reconocida la prohibición de la *complicidad* en un hecho ilícito internacional estatal[63]. Según dichas disposiciones un Estado es responsable por la complicidad con o el apoyo a una conducta antijurídica de acuerdo al Derecho internacional, cuando copulativamente presta ayuda con conocimiento de las circunstancias de esta conducta y además esta conducta también hubiese sido antijurídica en este ámbito, de haberla

---

[59] *Ipsen/Ipsen*, Völkerrecht, 5ª ed. 2004, § 64, n.m. 1; *Vitzthum/Bothe*, Völkerrecht, 2ª ed. 2001, pp. 642 y ss.

[60] Cfr. en tal sentido, respecto del caso Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia y el caso Tadic ante el Tribunal para la ex-Yugoslavia, *Ambos*, Zur Bestrafung von Verbrechen im internationalen, nicht-internationalen und internen Konflikt, en: *Hasse/Müller/Schneider* (eds.), Humanitäres Völkerrecht, 2001, p. 325 (pp. 332 y ss.) con ulteriores referencias.

[61] ILC, Report on the Work of its Fifty-Third Session (2001), Official Records of the General Assembly, Fifty-Sixth Session, Supplement Nº 10 (A/56/10), ch. IV. E. 1.; al respecto *Pellet* en: Vohrah *et al.* (ed.), Man's Inhumanity to Man, libro homenaje a Cassese, 2003, p. 655. Respecto de una versión anterior Yearbook ILC 1978, vol. II.2., pp. 98 y ss.

[62] U.N. Dokument A/RES/56/83, 12.12.2001; en la versión del servicio de traducción alemán ante las Naciones Unidas bajo www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf, pp. 530 y ss.

[63] *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3ª ed. 1984, pp. 866 y s.; *Ipsen/Ipsen* (nota 57), § 40, ns.ms. 1, 42; *Vitzthum/Schröder* (nota 57), p. 501.

cometido el propio estado cooperador. Sin embargo, no se encuentra en el Derecho internacional delictual una prohibición a la *inducción* a una conducta antijurídica según el Derecho internacional,[64] de modo que puede hablarse, usando una terminología continental-europea, (solamente) de una prohibición de participación limitada.

Ahora ¿es posible transferir este resultado al *Derecho Penal Internacional*? Vale decir, ¿puede considerarse, junto a una *prohibición* de la complicidad en el Derecho internacional (delictual), una *punibilidad* de Derecho internacional de la complicidad con una guerra de agresión? De la jurisprudencia internacional de Nuremberg y Tokio no se puede, *en tal sentido*, extraer conclusiones, ya que no se enjuició la dirección de la guerra por una coalición de Estados con aportaciones *susceptibles de ser escalonadas*. Ésta fue precisamente la situación en la guerra de Irak, donde una coalición de Estados "de buena voluntad" condujo -en cierto modo a título de autor- la guerra propiamente tal y un gran número de Estados -en cierto modo a título de cómplices- realizó diversas conductas de apoyo. Ya a partir de esta constelación se puede apreciar que la punibilidad de los "Estados cómplices", o más exactamente de las personas allí responsables, no puede fracasar por el carácter de delito de sujeto especial del crimen de la guerra de agresión, por cuanto con ello no se busca la impunidad de estas personas directivas, sino que -¡en el mejor de los casos!- de los partícipes que se ubican más abajo en la jerarquía. Expresado de otro modo: la finalidad de la punibilidad de la guerra de agresión -castigo de los dirigentes responsables- exige realmente una punibilidad del personal dirigencial también del Estado cómplice[65].

Esta punibilidad presupone tres aspectos:

- A existencia de un hecho principal punible en forma de una guerra de agresión de el o los Estado(s) autor(es);
- A conducta de apoyo relevante desde el punto de vista del Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales del Estado cómplice (en el sentido del art. 16 del borrador del ILC);
- La ocasión imputable de la conducta de apoyo por parte de la dirección (política).

[64] Kommentar ILC (nota 59), ch. IV. E. 2., p. 154. Al respecto parece que la ILC estima la inducción/incitación (incitement) como menos grave que la complicidad (aid or assistance).

[65] En cuanto al resulta igual *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 336.

4. Resultado: ¿complicidad punible de la RFA por Derecho Penal Internacional?

La punibilidad de Derecho internacional de la concesión de derechos de utilización, transporte y sobrevuelo en favor de los EEUU para la conducción de la guerra contra Irak depende, según las explicaciones anteriores, decisivamente de la calificación que se haga de esa guerra. Si bien existe un consenso amplio respecto de su *antijuricidad* internacional,[66] con ello aún no se responde la cuestión en torno a su *punibilidad* internacional. En todo caso, ya no se plantea, como sí se hacía en Nuremberg, el problema de la irretroactividad[67] ya que la punibilidad de una guerra de agresión se reconoce en principio, según se ha explicado anteriormente[68]. Sin embargo, la falta de contornos del tipo de Derecho internacional consuetudinario existente y su falta de codificación en el ámbito contractual internacional dificultan el examen de la punibilidad, sino acaso la imposibilitan. Si bien la antijuricidad de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra contra Irak puede ser un indicio para un comportamiento relevante desde la perspectiva penal internacional, esta antijuricidad no sustituye la prueba de una *calificación* de la conducta de agresión en el sentido descrito *supra* de la superación de cierto *umbral de violencia*[69]. Una lesión *inequívoca* o *flagrante* de la prohibición de violencia y, con ello, de una guerra de agresión, deberá negarse en todo caso cuando, siguiendo a *Kreß*, se estima que existe una justificación del empleo de la violencia que "no es completamente insostenible"[70]. La debilidad de esta posición consiste claramente en la invocación de la premisa de una justificación de Derecho internacional del empleo de la violencia de la coalición de guerra, que el propio *Kreß* considera "difícil de sos-

[66] Con detalle *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 313 y ss. (p. 331); cfr. también las referencias en *Ambos/Arnold* (eds.), Der Irak-Krieg und das Recht, 2003.

[67] Cfr. en tal sentido *Ambos*, AT (nota 5), notas 111 y s.

[68] *Supra* 1. en la nota 16.

[69] Cfr. *supra* 1 en las notas 20 y ss.

[70] *Kreß*, JZ 2003, p. 916; detallado *el mismo*, ZStW 115 (2003), pp. 328 y s., 331, en cuanto a que la opinión jurídica de la coalición para la guerra no es "insostenible"; igualmente *Simma*, SZ del 1./2.2.03, p. 11 (= *Ambos/Arnold* (nota 64), p. 396), defiende la posición que señala que la Resolución 1441 sería "ambigua" y "un producto del arte jurídico, un típico caso de una fórmula de compromiso".

tener"[71] y que es contraria a la opinión mayoritaria en la doctrina en el Derecho internacional[72].

Queda entonces solamente la diferenciación entre antijuricidad de Derecho internacional del empleo de la violencia la cual, en cuanto al resultado, también es sostenida por *Kreß*[73] y el carácter inequívoco o flagrante de la antijuricidad de Derecho internacional, que recién toma el empleo de la violencia en el crimen internacional de la guerra de agresión. Sin embargo, ¿sigue siendo esta diferenciación, casi quisquillosa, susceptible de ser fundamentada racionalmente y comprensible en la práctica? ¿Se ofrece de este modo a un tribunal como la CPI un parámetro confiable y aplicable para la delimitación del empleo de violencia meramente antijurídica o ya relevante penalmente desde la perspectiva del Derecho internacional? ¿O acaso no otorga más bien un apoyo a quienes prefieren entregar la decisión de la pregunta central del crimen de agresión, *scil*, la comprobación de conductas de agresión calificadas, al Consejo de Seguridad de la ONU, es decir, a quienes quieren decidir la cuestión de forma exclusivamente política?

En oposición a este intento de desarrollar un parámetro objetivo de delimitación, la *subjetivización* del tipo ya descrita, en el sentido de una *finalidad* específicamente agresiva o antijurídica para el Derecho internacional[74] tiene, al fin y al cabo, la ventaja de otorgar, al menos *prima facie*, un criterio de delimitación más unívoco. De entenderse esta finalidad, siguiendo a *Werle*, en el sentido de una ocupación, anexión o subordinación del Estado agredido, difícilmente se podrá achacar esto a la coalición de guerra, al menos no como *finalidad principal o última* del empleo de la violencia[75]. Con una observación más exacta es posible, sin embargo, formular numerosas objeciones a esta concepción. En primer lugar, esta concepción se ve confrontada al *problema práctico-procesal* referido a cómo debe determinarse el objetivo de un determinado empleo de la violencia. Si se quiere confiar

[71] *Kreß*, JZ 2003, p. 916.

[72] Cfr. ya las referencias en nota 64.

[73] *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 331.

[74] *Supra* nota 30.

[75] Así *Werle* (nota 16), n.m. 1161. También *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 331 y ss., estima que la necesaria finalidad, específicamente contraria al Derecho Penal Internacional, estino estaría dada.

solamente en las declaraciones de la dirección de los estados beligerantes,[76] fácilmente se estará expuesto al reproche de la ingenuidad e inocencia en relación con las "verdaderas" finalidades del empleo de la violencia. Sin embargo, estas verdaderas finalidades -en concreto, por ejemplo, el reproche del cambio de régimen y la explotación de los recursos petrolíferos de Irak- generalmente tampoco pueden probarse de manera confiable[77]. Seguidamente, se presenta la cuestión de cómo ha de *llenarse concretamente* el requerimiento de una finalidad "agresiva" específica. Ya se señaló *supra*[78] que la limitación a finalidades tradicionales de las guerras de agresión, *scil.* la ocupación y la anexión, probablemente no den cuenta de nuevas formas de agresión. Incluso *Kreß* formula dudas razonables en tal sentido, cuando considera preferible ver el injusto adicional "en la (avisada) lesión de la integridad territorial o de la independencia política (entendidas en sentido estricto) del Estado tenido como objetivo."[79] Finalmente, se presentan numerosos problemas intrincados en relación con la *concepción de la intención* que se encuentra detrás de este concepto. Cuando *Werle* no quiere exigir una "intención en sentido técnico",[80] se presenta inmediatamente la pregunta de cómo quiere comprender sino la exigencia de una finalidad agresiva, defendida por él. ¿Acaso no se trata de un elemento subjetivo del tipo más allá del dolo, que transforma la guerra de agresión en un delito de intención o finalidad equivalente al genocidio?[81] Si se incorpora entonces esta exigencia en la

[76] Así probablemente *Werle* (nota 16), n.m. 1159.

[77] Cfr. en tal sentido también *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 331 y s., quien parte de la "finalidad declarada" de la coalición para la guerra, *scil.* el desarme de Irak, respecto de lo cual incluso resulta dudoso *a cuál* declaración y *de quién* debe estarse. Al fin y al cabo *Wolfowitz*, el ministro de defensa subrogante de los EEUU, sostuvo luego de concluida la guerra, en entrevista con "Vanity Fair" (9 de mayo de 2003): "The truth is that for reasons that have a lot to do with the U.S. government bureaucracy we settled on the one issue that everyone could agree on which was weapons of mass destruction as the core reason".

[78] *Supra* 1. en nota 33.

[79] *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 307.

[80] *Werle* (nota 16), n.m. 1170.

[81] Cfr. en tal sentido respecto de la discusión altamente dogmática sobre el genocidio: *Gil Gil*, Derecho Penal Internacional, 1999, pp. 178 y ss. (p. 179), pp. 231 y ss. (pp. 258 y ss.); *la misma*, ZStW 112 (2000), p. 394 y s. así como *Ambos*, AT (nota 5), pp. 789 y ss., con ulteriores referencias.

dogmática general sobre la intención, deberá al mismo tiempo distinguirse entre finalidades intermedias, accesorias y últimas de la conducta típica. Según es sabido, no solo existe una intención respecto de las finalidades últimas o principales del comportamiento típico, sino que también respecto de aquéllas intermedias o accesorias, cuando éstas son causadas concientemente y representan resultados (intermedios) deseados en relación con la finalidad última[82]. De este modo, se podrá sostener, que no es posible considerar la subordinación u ocupación de Irak como finalidad última o principal de la coalición de guerra. Sin embargo, por otra parte, resulta difícil cuestionar que representa una finalidad intermedia y un estadio de paso *con miras a la finalidad última* de la desmilitarización y democratización y que, en tal medida, fue cometida "intencionalmente"[83].

De todo ello se sigue que al menos no es posible negar ni afirmar, con una fundamentación incuestionable, la existencia de una guerra de agresión. El Fiscal General Federal evitó la respuesta a esta pregunta mediante la restricción del § 80 por vía teleológica y basada en el Derecho internacional de los conflictos. Estimó que, de este modo, podía dejar abierta tanto la cuestión en torno a si las conductas de apoyo de la RFA constituyen una conducta de agresión, en el sentido del art. 3 (f) de la Resolución 3314,[84] como también la pregunta respecto de la admisibilidad en el Derecho internacional de la aplicación de la violencia por parte de la coalición de guerra[85]. Sin embargo, es imprescindible dar respuesta a esta cuestión a fin de poder dilucidar la pregunta aquí planteada acerca de la complicidad de la RFA en una guerra de agresión punible internacionalmente. Si se niega la existencia de una guerra de agresión, quedaría excluida una complicidad de la RFA por faltar un hecho principal relevante desde el punto de vista penal internacional. Si se reconoce su existencia, resulta fácil fundamentar la relevancia para el Derecho Penal Internacional de las conductas de apoyo de la RFA como complicidad en una guerra de agresión ajena: por un lado, la concesión de derechos de sobrevuelo, entre

[82] Cfr. *Roxin* (nota 35), § 12, ns.ms. 7 y ss. (ns. ms. 10 y s.).

[83] En principio también así *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 332 y s.

[84] Art. 3 (f) abarca la puesta a disposición del territorio nacional soberano para la realización de conductas de agresión.

[85] GBA JZ 2003, pp. 910 y s.

otros, representa una conducta de complicidad reconocida en el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales,[86] por otro, la dirección del Estado, mediante el gobierno federal, ha ocasionado de manera imputable las conductas de apoyo.

III. PREPARACIÓN DE UNA GUERRA DE AGRESIÓN EN EL SENTIDO DEL § 80

1. *Ámbito macro: Intervención de Alemania en una guerra de agresión*

La opinión mayoritaria entiende la "intervención" de la RFA en una guerra de agresión no solo en un sentido activo, sino que también en uno pasivo, por lo que incluye la hipótesis de un ataque a la RFA[87]. Al respecto, esta opinión recurre a la voluntad del legislador, ya que las actas legislativas hablan de una "guerra de agresión, en la que ha de ser agredida la RFA, como también...en la que ha de ser agresora..."[88]. Seguidamente, se argumenta a través del fin de protección del § 80. Éste también protegería justamente la paz internacional, la que sería amenazada independientemente de si la agresión se dirige en contra o surge desde Alemania[89]. Si esta opinión dominante es acertada o no, puede quedar abierto acá[90]. En nuestro contexto sólo es de relevancia

[86] Así también el comentario del ILC (nota 59), ch. IV. E. 2., pp. 157 y s, *inter alia*, haciendo referencias al apoyo alemán a la intervención en el Líbano; antes ya el comentario al Art. 27 del proyecto de la ILC sobre la responsabilidad de los Estados (nota 59), p. 102, Nº 13.

[87] LK-*Laufhütte*[11], § 80, n.m. 3; AK-*Sonnen*, § 80, ns.ms. 12, 22; *Tröndle/Fischer*[52], § 80, n.m. 4; *Lackner/Kühl*[24], § 80, n.m. 2; Schönke/Schröder-*Stree/Stemberg-Lieben*[26], § 80, n.m. 2 [de otro modo aun *Stree* en la edición anterior]; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 18; *Steinhausen* (nota 34), pp. 89 y ss.; *Müller* (nota 15), pp. 92 y s.; *Werle* (nota 16), n.m. 1180 (pero contradictorio en n.m. 118 al final); sin resolver en MüKo-*Classen*, § 80, n.m. 29. Con opinión distinta *Schroeder*, JZ 1967, p. 47; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (nota 34), § 90, n.m. 6.

[88] Cita de la BT-Drucksache [publicación del parlamento federal alemán, n. del Tr.] V/2860, p. 2. Así también *Wulf, Maaßen, Güde*, Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5° período de elecciones, 100ª sesión, p. 1987; opinión distinta, sin embargo, *Arndt*, ibíd. Respecto de las contradicciones en las deliberaciones *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 345 y s.

[89] Cfr. *Steinhausen* (nota 34), pp. 90 y s.

[90] *Schroeder*, JZ 1967, p. 47, ya señaló tempranamente que la valoración y/o tendencia incluida en el concepto de "guerra de agresión" impedía considerar a la víctima como interviniente, por lo que el § 80 sólo podía abarcar una agresión (activa) de la República Federal de Alemania (de acuerdo Schönke/Schröder-*Stree*[25], § 80, n.m. 2; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp.

que con ello se favorece una comprensión de *Derecho internacional de los conflictos* en el sentido expuesto *supra* (II. 3.), ya que según ésta sólo interesa la posición del país partícipe como parte del conflicto, independientemente de si es agresor o agredido. El Fiscal General Federal también argumenta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos cuando presupone para la conducta típica "que la RFA deba participar como *fuerza estatal conductora de una guerra* bajo implementación de sus fuerzas armadas o de forma *comparablemente* masiva."[91] La perspectiva de *Derecho internacional de los conflictos* tiene, por cierto, la consecuencia ulterior, que meras actuaciones de apoyo en favor de una parte del conflicto -como la de Alemania en la guerra de Irak- por regla general, no pueden abarcarse por la "intervención" en el sentido del § 80[92]. Esto porque, desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos, se debe distinguir entre una co-dirección de la guerra ("cobelligerency") y una mera prestación de ayuda en favor de la parte que dirige la guerra. Mientras que con aquélla se transforma un Estado en una de las partes que dirige la guerra, con ésta no se sobrepasa el umbral relevante de participación desde la perspectiva del Derecho internacional de los conflictos[93].

Esta consecuencia podrá ser la deseada desde la perspectiva de los responsables de las decisiones políticas y del Fiscal General Federal, ya que con ello se puede rechazar el § 80 sin aclarar la posible existencia de una guerra de agresión[94] y de las preguntas subsecuentes en torno a la intervención punible individual[95]; ella es, sin embargo, por

338, 348). A favor de la opinión dominante está, sin embargo, al fin y al cabo, la circunstancia que una limitación a la guerra de agresión activa puede ser formulada con mayor claridad, cfr. en tal sentido, solamente *Baumann et al.*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. BT. Politisches Strafrecht, 1968, p. 5: "Friedensverrat: Wer es unternimmt, Streitkräfte der BR Deutschland zu einem Angriffskrieg oder zu einem bewaffneten Überfalls auf ein Gebiet außerhalb der BR einzusetzen, oder wer einen solchen Einsatz vorbereitet, wird wegen Friedensverrats ... bestraft" (extraído desde AK-*Sonnen* § 80 n.m. 5).

[91] GBA JZ 2003, pp. 911 (destacado por el autor).

[92] En cuanto al resultado igualmente *Steinhausen* (n.34), p. 89; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 337 s.; así también probablemente *Müller* (n. 15), p. 93 al final.

[93] Cfr. *Steinhausen* (n. 34), p. 89, el que en este sentido habla de una neutralidad "benévola" y/o "discriminatoria"; así también *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 338.

[94] Cfr. *supra* II. 4. en n. 82 y ss.

[95] Al respecto inmediatamente *infra* 2.

varias razones insatisfactoria. Desde una perspectiva de la *sistemática penal* se crea para el § 80 una dogmática penal especial de Derecho internacional de los conflictos que deja sin efecto las reglas generales de intervención punible. En contra del concepto de intervención punible del § 28 II, se limita la participación en el § 80 a el o los autores, vale decir, a los Estados autores, que a su vez son partes del conflicto y se excluye de la responsabilidad penal a aquellos que, perteneciendo a la cúpula de dirigentes en los Estados cómplices, apoyan la guerra de agresión. Resulta cuestionable, desde el punto de vista del Derecho internacional y de la política-criminal, que a partir de esta posición sea punible la preparación de una guerra *en contra* de la RFA, pero no lo sea la participación alemana en una guerra agresión *ajena*, un comportamiento, por ende, que al menos desde la perspectiva de las víctimas de la agresión presenta un mayor desvalor de injusto que la preparación en calidad de autor de una guerra en contra de la RFA. Finalmente, ha de considerarse, desde la perspectiva del *fin de protección* de la norma, que el § 80 al menos debe proteger también la paz mundial *de* guerras de agresión alemanas,[96] vale decir, que junto a la legítima componente egoísta incluye también una altruista. Desde este punto de vista, sin embargo, es difícil comprender que se sancione solamente la preparación en calidad de autor y no la complicidad a la preparación de una guerra de agresión. Al fin y al cabo la literatura constitucional mayoritaria parte de la afirmación que el art. 26 GG (Constitución federal alemana, n. del tr.) prohíbe la complicidad en una guerra ajena con fines contrarios al Derecho internacional[97]. De ello resulta, como sostiene correctamente *Kreß*, que "forma parte de la teleología del § 80, en relación con el art. 26 GG, el promover que Alemania no extienda su mano para apoyar guerras de agresión ajenas"[98]. Por todas estas razones, ha de sustituirse un concepto de intervención punible basada en el Derecho internacional de los conflictos, por uno del *Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales*.

[96] *Güde, Amdt*, Protokolle (n. 86), p. 1987; cfr. también *Klug* (n. 36), p. 167; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 345 y ss. (p. 348); GBA JZ 2003, p. 911 ("evitar que desde suelo alemán vuelva a desencadenarse una guerra"); en favor de una protección mediata de la paz mundial: NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 1; *Kreß*, op. cit., p. 348.

[97] Cfr.. *Dreier/Pernice*, GG, tomo 2, art. 26, n.m. 17; *Doehring*, Handbuch des Staatsrechts, tomo 7, § 178, n.m. 34; *Maunz/Dürig*, GG, art. 26, n.m. 29.

[98] *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 339.

Esto, porque el Derecho internacional de los hechos ilícitos estatales reconoce una participación en forma de complicidad -¡no así de inducción!- respecto de una conducta contraria al Derecho internacional (cfr. *supra* II. 3.) y abarca, de ese modo, también el apoyo de una guerra de agresión ajena por parte de un Estado cómplice.

2. Ámbito micro: intervención punible individual en la preparación de una guerra de agresión

Si se sigue la argumentación recién expuesta y, de ese modo, se parte de la base que en el ámbito macro es posible una complicidad a una guerra de agresión ajena, se presenta en el ámbito micro, *en este sentido*, la pregunta respecto de la participación individual en el Estado cómplice. Se trata, por ende, de las últimas dos de las cuatro constelaciones penales *individuales* presentadas inicialmente (*supra* I.):

- Autoría individual al interior del "Estado cómplice" y
- Participación individual al interior del "Estado cómplice"

Al respecto, no tiene incidencia en la pregunta sobre la participación individual el lugar de comisión del hecho, vale decir, Estado del autor o del cómplice.

a) Autoría individual al interior del Estado cómplice

En el caso de una guerra de agresión se trata, desde una perspectiva penal internacional, de un delito de dirigentes (*supra* II. 2.). El legislador federal alemán quiso ratificar esta valoración, eso si, sin limitar expresamente el ámbito de los autores a las personas dirigentes[99]. En cambio, el § 80 aparece a primera vista como un delito común ("el que")[100] cuyo círculo de autores se quiere restringir mediante el, en este sentido doblemente limitante, requisito de la producción causal del peligro de una guerra[101]. Según la doctrina dominante, entran en consideración como autores solamente personas que, en razón de su

[99] Cfr. *Güde, Arndt* y *Maaßen*, Protokolle (n. 86), pp. 1983 f.

[100] Respecto de la problemática de los extranjeros como autores del § 80 véase *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 342 y ss.

[101] Junto a la restricción con miras al círculo de autores alcanzado de ese modo, este elemento del tipo lleva *per se* a una restricción, toda vez que se interpreta desde una perspectiva del Derecho internacional de los conflictos (cfr. *Kreß*, JZ 2003, p. 914).

autoridad o posición clave se encuentran, en realidad, en una situación de poder provocar un peligro de guerra para la RFA[102]. En realidad, se trata de las personas ya perseguidas en Nuremberg y mencionadas en el § 85 DDR-StGB (Código Penal de la República Democrática de Alemania, n. del tr.) que se encuentran en "una función responsable sea estatal, política, militar o económica". Por eso, el legislador habría hecho mejor en limitar el ámbito de los autores a estas personas y transformar, de tal modo, el § 80 en un verdadero delito de sujeto especial, en vez de uno pseudo especial[103].

Sea como fuere, está claro que personas que se encuentran al margen del ámbito de dirección como "*extranei* a la dirección" no pueden ser, en todo caso, autores en el sentido del § 80. Por supuesto, los *intranei* pueden estar relacionados en forma de coautoría[104].

b) Participación individual al interior del Estado cómplice

Se discute si es, en general, posible una participación punible en el § 80. La discusión se basa en la peculiar configuración de la regulación como pseudo delito especial. Por lo tanto, también en este sentido es preferible la construcción como un verdadero delito especial. Esto porque, mientras en estos se aplican las reglas de participación generales, especialmente la relajación de la accesoriedad del § 28, resulta con muy buenas razones discutible en el § 80, ya que la admisión de una punibilidad de *extranei* como partícipe burlaría la limitación deseada a los *intranei*[105]. La posición contraria, que pretende aplicar las re-

[102] NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 24; LK-*Laufhütte*, § 80, n.m. 9; SK-*Rudolphi*[5], § 80, n.m. 10; AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 31; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (n. 34), § 90, n.m. 8; *Tröndle/Fischer*, § 80, n.m. 9; de modo indirecto probablemente también Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*, § 80, n.m. 6 ("medidas de especial peso"). En contra de la restricción a representantes del poder estatal MüKo-*Classen*, § 80, n.m. 34. Cfr. también *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 340 y s.

[103] Crítico también *Schroeder*, JZ 1969, pp. 47 y s.

[104] Por lo que las aprehensiones de *Schroeder*, JZ 1969, p. 48 no convencen: siempre, pues, debe tratarse de un coautor *dirigente*!

[105] Así originalmente LK-*Willms*[10], § 80, n.m. 9; de acuerdo SK-*Rudolphi*[5], § 80, n.m. 10; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 26; *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 340 y s. - El posterior argumento, que no sería posible una participación en conductas preparatorias (LK-*Willms*[10], §§ 80, n.m. 9, 83, n.m. 11), no convence en cuanto a su construcción y, además, es cuestionado (cfr. solamente *Jescheck/Weigend*, Strafrecht-AT[5], § 49, VI. 3).

glas de participación en forma ilimitada,[106] excede la estructura típica específica del § 80. *Sonnen* mostró una salida a este dilema proponiendo una diferenciación entre autoría y participación *al interior* de los *intranei*[107]. De ese modo, se mantiene la limitación de la punibilidad a personas dirigentes; sin embargo, se distingue al interior de *este* grupo según autoría o participación. En principio, esto resulta convincente en cuanto a la construcción, ya que efectivamente existen al interior del grupo de dirigentes distintas competencias y responsabilidades[108]. Así, al Canciller Federal, como Jefe de Estado, le corresponde una mayor responsabilidad en razón de su competencia directiva que al respectivo ministro del ramo; éste a su vez, por ejemplo, el ministro de defensa y/o de relaciones exteriores, carga con una mayor responsabilidad respecto de una decisión militar que el ministro de transportes o del medio ambiente. Más allá habrá que distinguir en relación con las personas que no pertenecen formalmente al gabinete ministerial, pero que, como asesores o expertos, tienen una influencia determinante sobre las decisiones del gabinete. Este grupo de personas se extiende mucho más allá del entorno inmediato del gabinete y se ubica en parte en la administración pública especializada, de preferencia en los servicios secretos y de seguridad. Sin embargo, con ello ya se hace patente un primer problema *práctico* al intentar un criterio diferenciador al interior de los *intranei*: la estratificación según distintas formas de intervención, perfectamente posible en cuanto a su construcción, no siempre se puede llevar a cabo en forma abstracta con suficiente precisión como para poder permitir una diferenciación entre las distintas formas de intervención. Los conocidos problemas en la diferenciación entre autoría y participación (complicidad) se potencian. Sin embargo, debe reconocerse a su vez, que la *inseguridad en la diferenciación* no se limita a la participación al interior de los *intranei*, sino que representa una dificultad estructural propia de un tipo concebido como crimen de dirigentes, ya que no se puede establecer en forma abstracta con una seguridad definitiva quién pertenece al plano de dirigentes y quién no. El problema ya fue descrito *supra* al tratarse de la exégesis de las fuentes del Derecho Penal Internacional (II.2.).

[106] LK-*Laufhütte*[11], § 80, n.m. 9; Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*[26], § 80, n.m. 6; MüKo-*Classen*, § 80, n.m. 34; *Tröndle/Fischer*[52], § 80, n.m. 9.

[107] AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 32.

[108] Parecido NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 26.

Un siguiente problema consiste en que el § 80, mediante la *preparación* de la guerra de agresión, basa la punibilidad en una conducta típica que, desde la mera complicidad hasta la autoría, abarca todo lo que objetivamente es apto para provocar una guerra de agresión[109]. La reducción teleológica a conductas de un especial peso[110] no modifica nada en cuanto a que una conducta típica, concebida de un modo tan amplio, es sumamente inadecuada para dar cuenta de las valoraciones diferenciadas de la dogmática de la intervención punible. Expresado de otro modo: si la conducta típica efectiva del § 80 acoge todas las formas de intervención, las diferenciaciones dogmáticas respecto de la intervención punible se tornan sin sentido ya que todo interviniente, independientemente de su aportación al hecho, siempre puede ser (solamente) preparador de una guerra de agresión[111]. Si se analiza con exactitud, la configuración del § 80 se orienta por un modelo unitario de autoría en el cual, por cierto, el preparador sólo es autor por la construcción típica, siendo en realidad solamente partícipe, ya que, precisamente, por regla general, conductas de preparación fundamentan únicamente una participación y no una autoría. La "autoría" del § 80 es, en esencia, una participación; autoría puede ser, en esencia, sólo la dirección de una guerra de agresión. ¡la que precisamente no es abarcada por el § 80! En tal sentido puede afirmarse, por ende, que el § 80 establece un modelo unitario de *participación*.

Obviando esta dificultad práctica y dogmática, la proposición de *Sonnen* sí indica sobre un problema del § 80 que, ya desde una perspectiva de justicia, requiere una solución, *scil.* la alta *penalidad* que amenaza a todos los actos preparatorios subsumibles bajo el § 80. La restricción típica a conductas de especial peso otorga aquí sólo una ayuda insuficiente, no tanto por indeterminación, sino que, en mayor medida, porque sólo extrae un ámbito pequeño de actos preparatorios del tipo legal y con ello mantiene, dentro del ámbito de lo punible, un espectro amplio de actos de preparación de diversa índole que posiblemente no merezcan todos una pena mínima de 10 años. Si, en tal

[109] LK-*Laufhütte*[11], § 80, n.m. 4; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 14; *Maurach/Schroeder /Maiwald* (n. 34), § 90, n.m. 7: "toda promoción objetiva". También *Müller* (n. 15), p. 90; *Hummrich*, (n. 13), p. 208.

[110] LK-*Laufhütte*[11], § 80, n.m. 4; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 14; *Maurach/Schroeder /Maiwald* (n. 34), § 90, n.m. 7; también GBA JZ 2003, p. 911.

[111] Parecido seguramente *Kreß*, ZStW 115 (2003), p. 341.

caso, el juez de primera instancia es de la opinión que un determinado acto de preparación equivale en su contenido de injusto sólo a una conducta de complicidad, resulta posible una aplicación analógica y orientada a los resultados del § 27 II y, con ello, una atenuación conforme al § 49. La propuesta, en tal sentido, de *Kreß*[112] merece, por lo tanto, aprobación. Sin embargo, debería diferenciarse con exactitud entre el plano macro y micro: la atenuación de la pena no se refiere a la complicidad estatal en el ámbito macro, sino que al carácter cooperador de los actos individuales preparatorios en el ámbito micro. La comparación hecha por *Kreß*[113] respecto del peso de los actos preparatorios puede, hasta cierto punto, confundir, ya que precisamente no se trata de una conducta de poco peso -¡qué ya estaría excluida del tipo!- sino que de una conducta preparatoria en el sentido del § 80 que, sin embargo, no justifica una pena mínima de 10 años.

c) La faz subjetiva

Según la doctrina dominante el "autor", en el sentido del § 80, debe actuar sólo con dolo eventual en relación con la calidad de su conducta para la preparación de una guerra de agresión y la consiguiente causación de un peligro de guerra[114]. Si bien es posible construir el § 80 como un delito de intención en forma de un delito de resultado cortado, tomando en consideración la *intención* perturbadora de la paz del art. 26 GG[115] o la finalidad especial de la guerra de agresión discutida a nivel del Derecho Penal Internacional[116] no convence, sin embargo, esta construcción desde la perspectiva de la dogmática penal. Porque si el § 80 se refiere efectivamente a una conducta de preparación con miras a la verdadera guerra de agresión, entonces los "autores" del § 80, como ya se ha señalado *supra*, son en realidad partícipes (cómplices) y, como tales, deben solamente conocer las intenciones particulares del autor principal -autor de la verdadera guerra de agresión- y no poseerlas ellos mismos. En tal sentido, vale aquí lo mismo que respecto de la intención destructora en el genocidio: el cómplice sólo debe conocerla, vale decir, saber que actúa como parte de un acto completo con carácter de genocidio, no así querer, él mismo, destruir al grupo protegido[117]. Por lo demás, la subjetivización de los delitos políticos como la agresión siempre alberga el peligro de un Derecho Penal sancionador de meras convicciones NdelTr.[118] Finalmente, acá también valen las objeciones presentadas en la discusión desde la perspectiva del Derecho Penal Internacional[119].

[112] *Kreß*, ZStW 115 (2003), pp. 341 y s.

[113] Ibíd. con n. 238.

[114] Cfr. LK-*Laufhütte*[11], § 80, n.m. 8; NK-*Paeffgen*, § 80, n.m. 23; AK-*Sonnen*, § 80, n.m. 29; Schönke/Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*[26], § 80, n.m. 8; SK-*Rudolphi*[8], § 80, n.m. 9.

[115] *Maunz/Dürig*, GG, art. 26, n.m. 15; *Müller*, (n. 15), pp. 95 y s.

[116] Cfr. ya *supra* II. 1. con nota 30 y 4. con nota 72 y ss.

IV. CONCLUSIONES

En el otorgamiento de conductas de apoyo a una guerra de agresión ajena por parte de la RFA, como en el caso de la guerra de Irak, es posible reconocer una punibilidad de miembros del gobierno federal[120] cuando se ocasiona un peligro de una guerra para la RFA por medio de las conductas de apoyo y los intervinientes han actuado al respecto

[117] Cfr. *Ambos*, AT (n. 5), p. 789 y ss. (pp. 794 y s.) con ulteriores referencias; *el mismo* en: Vohrah *et al.*, (n. 59), p. 11 (pp. 18 y ss., 23). Igualmente *Vest*, Genozid durch organisatorische Machtapparate, 2002, p. 243 (con n. 33), pp. 248, 265, 385; *Eser*, en: Cassese/Gaeta/Jones (nota 16), p. 806; *Werle*, (n. 16), n.m. 416; *Jones*, en Vohrah *et al.*, op. cit., p. 467 (p. 479).

[118] Cfr. ya *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970, pp. 297 y ss.

[119] Cfr. *supra* II. 4. con nota 72 y ss.

[120] La problemática de la causalidad e imputación de las diferentes aportaciones en el marco de tomas de decisión colectivas no puede ser profundizada acá. Sin embargo, debiera estar claro que, por un lado, la *aprobación* de un acuerdo de apoyo fundamenta una responsabilidad del aprobante mientras que, por otro lado, el *rechazo* de tal acuerdo excluye la responsabilidad ya que el rechazante escapa mediante su rechazo de la decisión en favor del hecho producido por el colectivo y por ello no le son imputables las conductas típicas basadas en tal decisión (cfr. *Jakobs*, libro homenaje a Miyazawa (1995), pp. 421 y ss.; diferenciado, sin embargo, En cuanto al resultado también *Dencker*, en: *Amelung* (ed.), Verantwortung (2000), pp. 63 y ss. (pp. 68 y s., 70); *Rodríguez Montañés*, libro homenaje a Roxin (2001), pp. 310 y ss. (pp. 316 y ss.); Schönke/Schröder-*Cramer/Heine*[26], § 25, n.m. 76 b). Todas las demás configuraciones de casos son controvertidas y presentan, a la vez, cuestiones complejas de causalidad (cumulativa) y de imputación objetiva (cfr. Jakobs, op. cit., pp. 419 y ss.; Dencker, op. cit., pp. 63 y ss.; *el mismo*, Kausalität und Gesamttat, 1995, pp. 179 y ss., pp. 217 y ss. [pp. 219, 224 y s.]), respecto de lo cual sería determinante si el comportamiento en la votación, individualmente considerado, aumenta el riesgo para la ocurrencia del resultado global (sobre ello también *Vest*, [nota 115], pp. 324 y ss.). Con detalle respecto de esta problemática también *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, pp. 83 y ss., 159 y ss. y *passim*.

dolosamente. En este sentido, ha de reconocerse (y en ello coincidir con el Fiscal General Federal),[121] que el elemento típico de la causación de un peligro de guerra, en los casos de complicidad estatal, sólo debería poder afirmarse en casos excepcionales. De todos modos, es válido en principio: en un caso tal la RFA actúa en el *ámbito macro*, desde la perspectiva correcta penal internacional, como Estado cómplice. Aquellos que participan individualmente de las decisiones de apoyo pueden -en el ámbito micro, tanto en el estado autor como en el cómplice- actuar como autores o partícipes, en la medida que puedan ser incluidos en el plano directivo. Las aportaciones de los *intranei* pueden ser escalonadas *entre ellas*, mientras que *a limine* queda excluida la punibilidad de los *extranei*. Si uno de los *intranei* presta una aportación en términos de complicidad, puede considerarse una atenuación de la pena según los §§ 27 II y 49, en la medida que la aportación sea realmente de un peso suficiente como para ser considerada como conducta preparatoria en el sentido del § 80.

El problema de la aplicabilidad práctica del § 80 se encuentra principalmente en que el tipo es *accesorio desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional*, ya que la punibilidad depende de una guerra de agresión (ajena), es decir, de un término que debe determinarse de conformidad al Derecho Penal Internacional (II.1.). Por lo tanto, la punibilidad del dirigente (*intranei*) del Estado cómplice queda excluida cuando no se está en presencia de una guerra de agresión, desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional. Su existencia sólo puede calificarse en la actualidad de forma hipotética por carecerse de una definición asegurada en el Derecho Penal Internacional (II.4.). Por cierto, esto significa para el futuro que la intervención en guerras contrarias al Derecho Penal Internacional *puede* llevar perfectamente a una punibilidad por la preparación de una guerra agresión en el sentido del § 80.

[121] GBA JZ 2003, p. 911.

CAPÍTULO VII

INMUNIDADES EN DERECHO PENAL NACIONAL E INTERNACIONAL*

* El autor agradece al doctor D. Virgilio Rodríguez Vázquez, investigador del área de Derecho Penal de la Universidad de Vigo, la traducción realizada. La traducción ha sido revisada y actualizada por el autor.

RESUMEN. *El presente escrito explica los fundamentos del derecho de inmunidades (I) y analiza los efectos de la inmunidad (II.) preparando así el terreno para el tratamiento de la cuestión principal: los límites de la inmunidad, en particular en casos de violaciones de derechos humanos con base en el Derecho Penal Internacional (III.2.). Al respecto se defiende la siguiente conclusión: Si bien la ratio de la inmunidad estatal y diplomática -la preservación del funcionamiento normal de las relaciones interestatales- no debe ser sacrificada sin más en favor de la jurisdicción universal para cada caso de injusticia en nuestro planeta, por otro lado no se debe pasar por alto que la criminalización internacional de violaciones graves de derechos humanos encuentra su más importante campo de aplicación en el caso de violadores que pertenecen al ámbito estatal o gubernamental. En consecuencia, desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional la inmunidad no puede impedir la persecución si el sospechoso no ejerce ya funciones oficiales y por lo tanto no representa más al Estado afectado. Un concepto menos guiado por los intereses estatales pero más por los de los derechos humanos aún limitaría más la inmunidad de jefes de Estado y miembros del Gobierno todavía activos si los crímenes bajo examen son tan graves que el interés de persecución y castigo debe prevalecer sobre el funcionamiento normal de las relaciones internacionales. Evidentemente, esto no puede ser decidido en abstracto sino solamente en cada caso particular.*

I. INTRODUCCIÓN: FUNDAMENTOS

Inmunidad o **exención** de jurisdicción se refiere a un relevante status de las personas que, como representantes de su Estado, ejercen tareas oficiales. Estas personas deben ser excepcionadas de la jurisdicción nacional, por cuanto de alguna manera -así la más temprana *teoría de la extraterritorialidad*- son consideradas[1] como **extraterritoriales** para que puedan ejercer sin interferencias las tareas que les corresponden como representantes del Estado de envío en el territorio del Estado extranjero[2].

---

[1] Cfr. *Schönke*, Festschrift (en adelante FS) Metzger, 1954, pp. 108 y s.; Rüping, FS Kleinknecht, 1985, p. 401; Fischer, en: *Ipsen*, Völkerrecht, 2004, § 35 nm. 34; *Doehring*, Völkerrecht, 2004, nm. 676; Brownlie, *Principles of Public International Law, 2003, p.* 343; recurren al derecho *Oehler* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (en adelante ZStW) 91 (1979), pp. 395, 413 y ss, y *Vogler* ZStW 92 (1980), pp. 1021,1027, 1040 y ss, para un concepto contrario a la localización.

[2] Así la dominante Teoría de la representación y necesidad funcional, cfr. *Fischer* (*supra* nota 1), § 35 nm. 34; Brownlie *(supra* nota 1*)*, p. 343.

Según el Derecho Internacional, bajo el principio de igualdad entre Estados, como sujetos clásicos del Derecho Internacional, ningún Estado puede arrogarse la soberanía para juzgar a otro Estado (*par in parem non habet imperium*)[3]. De esto se infiere el principio básico de la **inmunidad estatal** (state immunity) según el cual un Estado extranjero está exento de la jurisdicción del Estado territorial[4]. Pero no solamente el Estado mismo sino también sus órganos (p. ej. el funcionario correspondiente) gozan de inmunidad *ratione materiae* para actos oficiales de servicio (*acta iure imperii*), porque estos son imputables al Estado mismo;[5] de ésta hay que diferenciar la inmunidad, en principio absoluta, *ratione personae*, que se extiende también a los actos no oficiales de servicio (*acta iure gestionis*) y así mismo a los actos puramente *privados*, pero de determinadas personas. Por lo tanto se limita en concreto a los actos del Presidente del Gobierno/del Jefe del Estado (antiguo), de los Ministros de Asuntos Exteriores[6] y de los Diplomáticos (sobre ello más adelante)[7]. Para determinar el radio de alcance de la inmunidad estatal se debe distinguir por un lado la posición del órgano y por otro la delimitación de significados entre actos oficiales de servicio, actos no

[3] La máxima procede de *Batolus* (Tractus represaliarum, 1354), cfr. *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Ed. 1984 § 1168.

[4] Cfr. Bothe en Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (en adelante ZaöRV) 31 (1971), pp. 247 y ss.; Bröhmer, State Immunity and the Violations of Human Rights, 1997, pp. 9 y ss.; *Verdross/Simma* (*supra* nota 1), §§ 1168 y ss.; *Jennings/Watts*, Oppenheim's International Law, 1992, p. 460 y s.; *Herdegen* ZaöRV 47 (1987), pp. 221, 223 y ss.Cfr. también Art. 6 proyecto de la CDI (ILM 30 [1991] p. 1554) así como Art. 3 proyecto de la OEA (ILM 22 [1983], p. 292), sobre esto también Bröhmer, en otra parte, pp. 125 y ss., 136 y ss.

[5] Bundesgerichtshof (en adelante BGH) Neue Juristische Schulung (en adelante NJW) 1979, p.1101; Bundesverwaltungsgericht (en adelante BverwG) NJW 1989, p. 678; Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576, 578 m.N.

[6] Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ), Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement, 14.2.2002, pp. 51 y ss.; conforme a este criterio así mismo *Higgins/Kooijmans/ Buergenthal*, Joint Separate Opinion, pp. 81 y ss.

[7] Sobre esto Dahm, FS Nikisch, 1958, pp. 167 y ss.; Lüke, Immunität staatlicher Funktionsträger, 2000, pp. 91 y ss.; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Número. I/1, 2. Ed. 1989, pp. 252 y ss. (para el Jefe de Estado), 277 y ss. (para Diplomáticos); Doehring (*supra* nota 1), nm. 670 y ss.; Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576, 577; *Herdegen* ZaöRV 47 (1987), pp. 221 y ss.; Zappalà European Journal of International Law (en adelante EJIL) 12 (2001), pp. 595 y ss. Sobre la inmunidad de los miembros del gobierno *Bothe* ZaöRV 31 (1971), pp. 246 y ss.

oficiales de servicio y actos privados (sobre ello más abajo). Una consecuencia de la inmunidad estatal es también la inmunidad de guerra y la inmunidad de los buques de guerra y otros, pues son entendidos como órganos del Estado (Art. 32, 95, 96 de la Convención de la Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar)[8]. No obstante hay que tener en cuenta que la inmunidad de los órganos estatales -como inmunidad derivada originariamente de la inmunidad estatal- corresponde sólo al Estado. De esto se deduce que solamente el Estado puede y debe renunciar a ella y que no puede sobrevivir sin la existencia misma del Estado[9].

La inmunidad estatal es diferente a la **inmunidad diplomática**[10] porque ésta depende de la aceptación del Estado de recepción en forma del *plácet* (Art. 4 Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18.4.1961 -en adelante "CVDI"[11]) y no solamente de un acta de creación por parte del Estado de envío, como en la inmunidad estatal[12]; y se le concede únicamente en principio a los diplomáticos acreditados en el Estado de recepción *ad personam* (Art. 29, 31 entre otras cosas el CVDI). Se refiere por tanto al status del diplomático y a su función representativa (*ne impediatur legatiao*), de lo cual se infiere que, esta inmunidad abarca también los actos privados[13], por lo que la diferencia entre actos de servicio y privados no desempeña ningún papel; por otra parte esta inmunidad depende de una relación de Derecho Internacional entre el Estado de envío y el Estado de recepción y esta relación *inter partes*

[8] Cfr. *Gribbohm*, en: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Dir.), Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), 11. Ed. 1992-2002, antes § 3, nm. 258 y ss; *Verdross/*Simma (*supra* nota 3), § 1129. Diferentes a ellos son los buques privados, incluyendo los buques mercantes del Estado, que exclusivamente o en su mayoría realizan una actividad lucrativa. Para un caso especial de ilegalidad en auguas jurisdiccionales extranjeras se citan los buques de guerra, cfr. Mössner NJW 1982, pp.1196, 1197.

[9] Bundesverfassungsgericht (en adelante BVerfG) Deutsch-Deutsche Rechtszeitschrift (en adelante DtZ)1992, p. 216; Entscheidungen des BVefG (en adelnate BverfGE) pp. 95, 96, 129 y ss.

[10] Para una estricta diferenciación *BVerfGE* 96, 68 (NJW 1998, 51), pp. 85 y ss.; Crit. Faßbender NStZ 1998, pp.144 y ss; cfr. también *Verdross/Simma* (*supra* nota 1), § 910 nm. 68: "Dos círculos..., que se intersectan "

[11] UN Treaty Series (en adelante UNTS) 500, p. 95.

[12] *Dinstein* The International and Comparative Law Quarterly (en adelante ICLQ) 15 (1966), pp. 76 y 88.

[13] Cfr. Rüping, supra nota *1*, p. 401 y s.; Zappalà EJIL 12 (2001), pp.595 y 599; Doehring (*supra* nota 1), nm. 679; Brownlie (supra *nota* 1), pp. 352 y ss.

excluye un efecto *erga omnes* de la inmunidad diplomática, incluso frente a terceros Estados[14]. Por tanto un diplomático acreditado en un determinado Estado está expuesto a persecución[15] penal en cualquier otro Estado, aunque pueda alegar para las acciones oficiales de servicio la inmunidad estatal. Finalmente, el régimen diplomático despliega así mismo un tercer efecto, en cuanto un Estado de tránsito debe reconocer inmunidad a un diplomático (Art. 40 CVDI)[16].

También la continuidad de la inmunidad funcional para actos cometidos bajo el status de diplomático, una vez finalizada esta condición, la así llamada **"inmunidad continuada"** (Art. 39, apartado 2, p. 2 CVDI), sólo es aplicable frente al Estado de recepción pues se vincula al anterior status a través del plácet de este Estado[17]; la inmunidad continuada también es aplicable a quienes gozan de *inmunidad estatal*[18]. En cuanto a la relación entre inmunidad estatal y diplomática, ésta -llamada *self contained regime*[19] para las relaciones diplomáticas- goza de prioridad en el sentido de una *lex specialis*[20]. No debe pasarse por alto, sin embargo, que ambos regímenes de inmunidad se refieren a actos oficiales estatales realizados con medios diplomáticos[21]; un diplomático, por tanto, también -como órgano del Estado- puede disfrutar de inmunidad estatal *ratione materiae*[22].

---

[14] Así *BVerfGE* 96, pp. 68, 87 y ss.) con referencias posteriores en el mismo sentido Doehring (*supra* nota 1), nm. 680; Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 34.

[15] Crítico en esta punto Faßbender NStZ 1998, pp.144 y 145.

[16] De donde se infiere la concreta inmunidad respecto a la jurisdicción penal (Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 79).

[17] *BVerfGE* 96, pp. 68, 86, 89 y s.). - A este respecto antes República Democrática Alemana- Los diplomáticos no hacían caso omiso de dicha continuidad de la inmunidad en la República Federal en el proceso de la sucesión estatal (*BVerfGE* 96, pp. 68, 91 y ss.); crit. Faßbender NStZ 1998, pp.144 y146).

[18] *Bothe* ZaöRV 31 (1971), pp. 246, 263 y s.; Doehring (*supra* nota 1), nm. 672; Gloria, *en:* Ipsen, *Völkerrecht, 1999,* § 26 nm. 29; también *Ambos* Juristenzeitung (en adelante JZ) 1999, pp.16,19 y s. con referencia al derecho británico.

[19] Informes del CIJ, 1980, 1 (Departamento diplomático y consular), 40; cfr. también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 39; Doehring (*supra* nota 1), nm. 675.

[20] *BVerfGE* 96, pp. 68 y 91. Crit Faßbender NStZ 1998, pp. 144 y 146.

[21] Correctamente Brownlie (supra *nota* 1), p. 343: "double aspect of diplomatic representation".

[22] En este sentido Faßbender NStZ 1998, pp. 144 y 145 en contra de BVerfG*E* 96, 68 (91).

De lo explicado anteriormente es necesario distinguir el concepto de inmunidad desarrollado por la jurisprudencia anglosajona a través del **Act-of-state-Doktrin.** En este caso la inmunidad se refiere al acto oficial como tal, pues con esta doctrina se prohíbe de manera general para un determinado órgano el examen de sus actos por tribunales extranjeros ("acts of state")[23]. En este sentido se trata de una expresión de la inmunidad estatal, porque supone la no revisión judicial de los actos oficiales en el sentido de una "judicial restraint"[24]. Así también puede sostenerse una inmunidad (jurisdiccional) en un caso determinado con la Act-of-state Doktrin; ésta puede servir de base *material* para construir la inmunidad *procesal.* Sin embargo esta doctrina no es reconocida en el ámbito del Derecho Europeo Continental[25].

II. EFECTOS O CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INMUNIDAD

En la discusión (jurídicopenal) alemana se debate si la inmunidad despliega un efecto **jurídico-material** o sólo **procesal.** Mientras que la opinión dominante, incluyendo la jurisprudencia, sostiene el último punto de vista considerando la inmunidad como un *obstáculo procesal,*[26] una considerable minoría quiere aceptar en todos los casos lla-

---

[23] Cfr. *Dahm,* Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956, pp. 39 y ss.; Bröhmer (supra *nota* 4), *pp.* 41 y ss.; Scheffler, Die Bewältigung hoheitlich begangenen Unrechts durch fremde Zivilgerichte, 1997, pp. 254 y ss.; *Lüke* (*supra* nota 7), pp. 64 y ss.; Verdross/Simma (*supra* nota 1), §§ 1178 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm. 658.

[24] Correctamente Bröhmer (supra *nota* 1), p. 45: "same basic considerations", de opinión semejante Scheffler (*supra* nota 23), p. 255; Wirth Jura 2000, pp. 70,72 y ss, que diferencia de la doctrina las expresiones Derecho Internacional y Derecho nacional.

[25] *BVerfGE* 92, pp. 277, 321 y s.; BVerfGE 96, pp. 68, 90; aprob. *Gribbohm* (*supra* nota 8), § 5 nm. 23.

[26] Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (en adelante RGSt) 52, 167 y s.; Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen (en adelante BGHSt) 14, pp.137 y139; 21, 29 y 32; BGHSt 32, pp. 275 y 276; *OLG* NJW 1974, 431; OLG NJW 1992, 641; Oberlandgericht (en adelante OLG) Düsseldorf NStZ 1987, pp. 87 y s.; OLG Köln NStZ 2000, 667; Rüping (supra *nota 1),* p. 406; *Jakobs* NStZ 1987, p. 88; Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576 y 577; *Gribbohm* (*supra* nota 8), nm. 337 y s.; *Hoyer,* en: *Rudolphi/Horn* y otros (Dir.) Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. ed. 2001, observaciones preliminares a §§ 3 ss., nm. 7; *Fischer,* en: *Tröndle/Fischer,* Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 52. ed. 2004, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., nm. 21; *Lackner* en: *el mismo/Kühl,* Strafgesetzbuch, 24. ed. 2001, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., nm. 10; Pfeiffer, *en: el mismo (Dir.) Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetzen, 5. Ed. 2003,* § 18 Gerichtsverfassungsgesetz (en adelante GVG) nm. 7; *el mismo.,* Strafprozessordnung und Gerichtsver-

mados de "auténtica" extraterritorialidad, lo que significa todos los casos excepto los regulados por el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelante "CEF") de 19 de junio de 1951,[27] un *principio material de exención penal*[28].

Sin embargo la distinción entre extraterritorialidad "auténtica" y otra ("no auténtica?") no es convincente porque toda forma de inmunidad prevista en los §§ 18-20 de la *Gerichtsverfassungsgesetz* (en adelante "GVG"- Ley de Organización Judicial) depende del Derecho Internacional y justamente la inmunidad de las tropas aliadas extranjeras es expresión de la inmunidad estatal para actos oficiales, que nuevamente, como regla general del Derecho Internacional son parte del Derecho del Estado Alemán (Art. 20 II GVG en relación con Art. 25 *Grundgesetz* [-en adelante "GG"- Constitución Alemana]). En verdad, el concepto material de inmunidad alcanza, a la vista de los dos escalones del *régimen jurisdiccional* del CEF, su límite, y debe por lo tanto establecerse una diferencia entre "auténtica" y "no auténtica" extraterritorialidad, para poder sostener la tesis del efecto material de la inmunidad para aquellos casos que no caben dentro del CEF.

La verdadera **naturaleza jurídica** de la inmunidad y de su efecto respecto a la jurisdicción interna sobre un extranjero realmente "inmune" sólo se puede deducir si procede de la **base del Derecho Internacional**. El Art. 31 CVDI habla al respecto de "inmunidad de la *jurisdicción penal*" ("criminal *jurisdiction*"), el Art. 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24.4.1963 -en adelante "CVRC"-[29] aplica la inmunidad igualmente a la "jurisdicción". Sería,

fassungsgesetz, 4. Ed. 2002, § 18 GVG, nm. 2; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 47. ed. 2004, § 18 GVG nm. 4; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Ed. 1996, § 19 III. 2.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, p. 162; crit. Volk, Prozeßvoraussetzungen, 1978, pp. 221 y 232. Cfr. también la más reciente *jurisprudencia del CIJ* (*supra* nota 6).

[27] Bundesgesetzblatt (en adelante BGBl) 1961 II p. 1190.

[28] *Schönke* (*supra* nota 1), p. 109; *Eser*, en: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. ed. 2001, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., nm. 44 y s.; *Lemke*, en: *Neumann/Puppe/Schild* (obra colectiva), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand 2002, observaciones preliminares a §§ 3 y ss., nm. 56 y ss. Para una "Doble Función" Oehler, Internationales Strafrecht, 1983, nm. 528.

[29] Obtenido de <www.univie.ac.at/RI/KONTERM/intlaw/konterm/vrkonen/html/doku/consul.htm#1.0>.

sin embargo, prematuro deducir de esto el carácter procesal de la inmunidad ya que el concepto de "jurisdiction" es *ambiguo*[30]. Siguiendo la perspectiva fundamentadora de la US-Restatement[31], se la puede entender -*materialmente*- como "jurisdiction to prescribe" en el sentido de una competencia oficial de regulación, o -*procesal*- como "jurisdiction to adjudicate/enforce" en el sentido de ejercicio y ejecución de la *competencia jurisdiccional*. En este doble sentido se usa también la jurisdicción en la base jurídica de los Tribunales Penales Internacionales. Ya en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (-en adelante "TMI")[32] se estableció en relación con la "jurisdiction and general principles", transcribiendo la Parte II, no solo la competencia jurisdiccional sobre la persona natural, es decir la competencia formal del TMI, sino también la competencia "jurídico-material" (*subject matter jurisdiction*) en la forma de los concretos tipos penales. En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante "CPI")[33] se encuentran normas relacionadas con la "jurisdiction" etc. en la Parte II, titulada "jurisdiction", tanto para la "subject matter jurisdiction" como para la competencia formal del Tribunal (Art. 11s.). En consecuencia, según la comprensión general del concepto de "jurisdicción" éste puede ser entendido desde un punto de vista[34] más estricto (procesal)[35] y desde un punto de vista más extenso (material)[36].

El concepto de "jurisdicción" en sí mismo no proporciona por tanto ninguna aclaración, por lo que se debe preguntar al Derecho Internacio-

[30] Fundamental, Mann, *The doctrine of jurisdiction in International Law*, RdC 111 (1964 i), 1 y ss.

[31] Cfr. *Ambos*, en: Münchener Kommentar, Tomo. 1, 2003, para §§ 3-7, nota marginal (nm) 6.

[32] Statut des Internationalen Militärgerichtshofe (en adelante IMG Statut) de 8.8.1945, en: UNTS 82 (1951), 280 = AJIL 1945, p. 258; deutsch y otros en: IMG, Prozess (1947), Tomo. I, p. 10; *Heinze/Schilling*, Rechtsprechung, 1952, p. 317.

[33] Cfr. *Ambos* (*supra* nota 31), nm. 34.

[34] Deja abierto por ejemplo H. Schultz Goltdammer's Archiv (en adelante GA) 1966, p. 193.

[35] Así por ejemplo *Jennings/Watts* (*supra* nota 4), p. 461: "prevent the enforcement of the law" (Destacado por el autor).

[36] Así por ejemplo Oehler (*supra* nota 28), nm. 527 (exención del "Derecho penal del Estado de envío"), que no obstante no diferencia conceptos.

nal por **el sentido y el objetivo** de las normas de inmunidad (Art. 31 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23.5.1969 -en adelante "CVDT")[37]. Éste se sintetiza en que -prescindiendo de la amplia inmunidad *ratione personae* de los jefes de Estado y de los diplomáticos- los portadores de la soberanía de los Estados extranjeros deben poder dedicarse tranquilamente a sus tareas oficiales y deben poder representar al Estado de envío en todas aquellas materias que supongan el ejercicio soberano de actos oficiales[38]. Estrictamente entendida la inmunidad se introduce en el Derecho Penal como un cuerpo extraño procedente del Derecho Internacional, como ya una vez explicó *Jakobs*, "un obstáculo al Derecho Penal impuesto por necesidades diplomáticas"[39].

Así pues la inmunidad representa un obstáculo al **proceso judicial** o sea **un obstáculo procesal**. Salvaguarda a los *diplomáticos* de acciones de investigación *procesales* y de medidas coercitivas en general[40]. Al respecto el funcionario consular goza también de la citada protección cuando actúa en ejercicio de los deberes consulares (Art. 43 I CVRC). Por lo tanto, las escuchas telefónicas del consulado son ilegales cuando se basan en la sospecha de la realización de un tipo que está en conexión con la observación de los deberes consulares[41]. Un arresto o una prisión preventiva son ilícitos si el funcionario consular no es acusado de un delito peligroso (41 I CVRC). La medida coercitiva adoptada en contra de esta regla *no podrá ser utilizada* en un proceso;[42] sin embargo esto se aplica sólo al personal diplomático o consular y no a las personas no integrantes de este grupo[43].

---

[37] UNTS 1155, p. 331.

[38] Cfr. también OLG Düsseldorf NStZ 1987, p. 87 y s. Así también la teorías de la representación y de la necesidad funcional, cfr. ya arriba *supra* nota 2. Cfr. también Rüping (supra *nota 1)*, pp. 402 y ss.; *Brownlie* (*supra* nota 1), pp. 343.

[39] *Jakobs* NStZ 1987, p. 88.

[40] *Kleinknecht/Meyer-Goßner* (*supra* nota 26), § 18 GVG nm. 2; Pfeiffer, *en: Karlsruher Kommentar (nm.* 26), § 18 GVG nm. 5; *el mismo*, Strafprozessordnung (en adelante StPO) (nm. 26), § 18 GVG nm.1. Cfr. también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 35, 43, 60.

[41] BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

[42] BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30 y 31.

[43] BGHSt 36, pp. 396, 400 y ss.; 37, 30, 32 y ss.

Si a la inmunidad se le atribuyese por otro lado un *efecto* **material**, ésta excedería del límite -sin necesidad- de la capacidad interna y eliminaría el *ius puniendi* mismo del Estado. De aquí se deducirá que la persona o el status determinado de la acción en un Estado democrático no cambian para nada la punibilidad y el merecimiento de pena de un determinado comportamiento. A modo de ejemplo: si un diplomático borracho causa un accidente de tránsito con resultado de muerte, provoca una "perturbación social",[44] igual que si el homicidio imprudente hubiese sido causado por un ciudadano normal. También los diplomáticos están obligados a la observación de la Ley del Estado de recepción (Art. 41 CVDI), la cuestión es si pueden ser *procesados*. El *ius puniendi* del país receptor permanece intacto. De hecho puede en cualquier momento *resurgir* si el Estado de envío renuncia a la inmunidad (Art. 32 CVDI, 45 CVRC) o se elimina el status que determina tal privilegio[45]. En caso de una solución jurídico-material, la punibilidad debería ser establecida de nuevo en primer lugar y *ex post* en estos casos, lo que entraría en colisión con la prohibición de retroactividad (Art. 103 apartado 2 GG). *Last but not least*, la Corte Internacional de Justicia (-en adelante "CIJ"-) ha confirmado recientemente el concepto procesal[46].

El ya mencionado efecto continuo de la inmunidad diplomática conforme al Art. 39 II 2 CVDI tampoco habla -contrario a *Lemke*[47]- a favor de la concepción material, pues es válida sólo para acciones de servicios efectuadas mientras se ejerce un cargo. Continúa por tanto obrando únicamente la inmunidad *ratione materiae*, mientras que la inmunidad *ratione personae* no procede;[48] por lo demás el Estado de envío puede renunciar a la inmunidad continuada *ratione materiae* en cualquier momento. Finalmente la protección contra la persecución penal más allá del ejercicio del cargo diplomático se puede entender también como un *obstáculo procesal continuo*.

---

[44] Jakobs NStZ 1987, p. 88.

[45] *Jescheck/Weigend* (*supra* nota 26), § 19 III. 2; *Gribbohm* (*supra* nota 8), nm. 339.

[46] *CIJ* (*supra* nota 6), para 60: "immunity from jurisdiction ... does not mean ... impunity ... Immunity ... and individual criminal responsibility are quite separate concepts ... "; así mismo aprob. *Higgins/Kooijmans/Buergenthal*, Joint Separate Opinion, pp. 74.

[47] *Lemke* (*supra* nota 28), nm. 56.

[48] Doehring (*supra* nota 1), nm. 679.

Si además los seguidores de la concepción material quieren entender la inmunidad como **causa de exención personal de la pena**,[49] es decir, reconociendo la posibilidad de una conducta antijurídica y culpable de un autor privilegiado, queda en la *sustancia* de la diferencia con la concepción procesal sólo el componente temporal: exención material *permanente* o procesal temporalmente *limitada* a la relación de servicio o al acto de servicio[50]. Entonces parece tratarse sólo de una controversia terminológica lo que explicaría por qué al Derecho Internacional no le interesa tanto la naturaleza jurídica sino las consecuencias jurídicas de la inmunidad. Por lo demás existe consenso en cuanto a que la participación en el hecho del *privilegiado* por la inmunidad y la *legítima defensa* contra él es posible[51]. Finalmente un efecto material de la inmunidad iría también en contra de la limitación creciente de la inmunidad con base en el Derecho Penal Internacional (sobre ello más abajo en III.2).

III. LÍMITES DE LA INMUNIDAD

1. General

El alcance y los límites de la inmunidad son examinados *de oficio y de forma autónoma* por los jueces[52]. Los tribunales no están sujetos a las opiniones del ejecutivo, en particular a las que provienen del Ministerio de Asuntos Exteriores[53]. La incorrecta apreciación de la inmunidad no conlleva la nulidad sino solamente la *anulabilidad* de la sentencia[54]. Por lo demás es válida la diferencia expuesta antes entre inmunidad estatal e inmunidad diplomática.

En el ámbito de la **inmunidad estatal** el principio de inmunidad absoluta ha sido desplazado progresivamente por un concepto *restrictivo*

[49] *Eser* (*supra* nota 28), nm. 44; *Lemke* (*supra* nota 28), nm. 57; Oehler ZStW 91 (1979), pp. 395 y 411.

[50] Cfr. también *Jakobs* NStZ 1987, pp. 88 y ss. Con referencias posteriores.

[51] *Eser* (*supra* nota 28), nm. 44 por un lado; *Gribbohm* (*supra* nota 8), nm. 338 por otro lado; igualmente Oehler (*supra* nota 28), nm. 528.

[52] BGH NJW 1979, p. 1101; Rüping *(supra nota 1)*, pp. 406 y ss.

[53] BGHSt 32, pp. 275 y 276 (Caso Tabatabai). En sentido contrario en EE.UU y Gran Bretaña cfr. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 58.

[54] Rüping (supra *nota 1)*, pp. 408 y ss.

de inmunidad[55]. Así, la inmunidad (funcional) de los órganos del Estado por la ejecución de un determinado acto depende de si el hecho es calificado como de oficial de servicio (*actum iure imperii*), no oficial de servicio (*actum iure gestionis*) o únicamente *privado*. Ya que el Derecho Internacional no proporciona ninguna regla al respecto, esta delimitación debe hacerse interpretando la *"naturaleza del acto"* desde el punto de vista del derecho *nacional* (sobre esto a continuación)[56]. Al menos el *Bundesverfassungsgericht* (-en adelante "BVerfG"- Tribunal Constitucional Alemán) ha identificado un *"núcleo central"* del poder estatal, en el que siempre se puede hablar de actuación oficial, tal es el caso del ejercicio del poder exterior y militar, el poder legislativo, el poder de la policía y la Administración de Justicia[57]. Sin embargo, un estándar *internacional* que va más allá de las típicas tareas del Estado no encuentra ningún reconocimiento en el Derecho Internacional[58]. El derecho alemán por lo menos ha reconocido que el alcance de la inmunidad está limitado a los familiares del Jefe del Estado en el marco de una invitación oficial (§ 20 Apartado 1 GVG), pero estos no gozan más allá de ninguna inmunidad, por ejemplo si estudian en una Universidad del Estado de recepción[59].

En el campo de la **inmunidad diplomática** no puede establecerse en *principio* ningún límite a la protección de la inmunidad porque desempeña una importante *función de ordenación* internacional y presenta, como ya se dijo antes, un *"self contained regime"*, que regula concluyentemente la respuesta frente a posibles abusos, como por ejem-

[55] BVerfGE pp.16, 27, 28, 36 y ss., 60 y ss.: en el proceso de regulación por convenios y normativización la inmunidad estatal ilimitada ya no es considerada como un principio general del Derecho Internacional. Cfr. también *Verdross/Simma* (*supra* nota 1), §§ 1168 y ss.; *Gloria* (*supra* nota 18), § 26 nm. 20 y ss.; *Doehring* (*supra* nota 1), nm. 660 y ss.; también ya en *Ambos* JZ 1999, pp. 16, 20 y ss.

[56] BVerfGE 16, pp. 27, 61 y ss.; cfr. también *Verdross/Simma* (*supra* nota 1), § 1173; *Gloria* (*supra* nota 18), § 26 nm. 18; *Brownlie* (*supra* nota 1), pp. 354.

[57] BVerfGE 16, pp.27 y 63; fundamental. *Dahm* (*supra* nota 7), p. 166 y s.; también *Verdross/Simma* (*supra* nota 1), § 1173.

[58] Cfr. en este punto la moción desarrollada del DGV (BDGV 8, 1968, p.284; crit. *Gloria* (*supra* nota 18), § 26 nm. 19).

[59] Cfr. Parte. II. A. 1 a) Rundschreiben des Bundesministerium des Inneren v. 17.8.1993 "Diplomaten und andere bevorrechtigte Personen", Gemeinsames Ministerialblatt 93, pp. 591 y ss. = *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, § 18 GVG nm. 11; Pfeiffer, *Karlsruher Kommentar* (supra *nota* 28), § 20 GVG nm. 2.

plo la declaración de un diplomático como "persona non grata" (Art. 9 CVDI)[60]. No obstante la diferencia entre acto de servicio y privado puede ser relevante, por un lado, en el marco de la "continuidad" de la inmunidad conforme al Art. 39 II 2 CVDI, y por el otro para los nacionales del Estado de recepción, que se encuentran en el servicio diplomático del estado de envío, o para otros miembros de la misión (Art. 38 CVDI). Además la inmunidad comprende para el **personal consular** los actos que son ejecutados "en observación de las tareas consulares" (Art. 43 I CVRC). Pero tampoco aquí el Derecho Internacional ofrece criterios para la delimitación entre acto de servicio y privado,[61] así que de nuevo se tiene que acudir al Derecho nacional. Así pues para ambas formas de inmunidad pueden ser invocados los criterios de delimitación desarrollados.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia un **acto de servicio** existe siempre que un "*diplomático* obra como órgano ejecutivo de su Estado de envío y su actuación es así imputable al Estado",[62] incluso si el acto infringe el Derecho nacional del Estado receptor;[63] esto es válido también si realiza tareas *consulares*[64]. Se debe partir de la inmunidad *"en casos dudosos"* si la actuación (consular) está relacionada de alguna manera con el acto de servicio[65]. La jurisprudencia se basa en un *concepto amplio*, y entiende que cada actuación para conseguir un determinado objetivo político forma parte de un acto de servicio,[66] siempre que esto resulte fácil de constatar externamente[67]. La prueba en contrario sería que la acción con igual finalidad pudiera haberse realizado por un particular[68]. En caso de la **utilización de un vehículo** solamente existe inmunidad ante comportamientos estre-

[60] BVerfGE 96, pp. 68, 82 y ss. En el resultado también Rüping *(supra nota 1)*, pp. 403 y ss.

[61] Crit. Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 42.

[62] BVerfGE 96, pp. 68 y 80; *Salmon*, Manuel de Droit Diplomatique, 1994, pp. 458 y ss.

[63] BVerfGE 96, pp. 68 y 80; BGHSt 36, pp. 396 y 401; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (*supra* nota 481), pp. 311 y s.; *Salmon* (*supra* nota 62), p. 466.

[64] BGHSt 36, pp. 396, 400 y s.

[65] BGHSt 36, pp. 396 y 401 (destacado por el autor).

[66] OLG Köln NStZ 2000, p. 667; *Folz/Soppe* NStZ 1996, pp. 576 y 578.

[67] Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576 y 578.

[68] Cfr. también Doehring (*supra* nota 1), nm. 662.

cha y objetivamente relacionados con las tareas propias del consulado,[69] o si se trata del "ejercicio de un acto de servicio";[70] en particular la visita a un bar y a continuación el regreso en coche son vistos como actuaciones privadas[71]. **Medidas coercitivas**, por ejemplo un arresto corto, también pueden ser empleadas contra un *diplomático* si se quiere prevenir un crimen inmediato,[72] esto es consecuencia del ya mencionado derecho a la *legítima defensa* contra delitos de diplomáticos[73]. La protección de *funcionarios consulares* es en todo caso más débil.

2. *Límites en caso de violaciones de DDHH con base en el Derecho Penal Internacional*

a) Hacia una restricción de la inmunidad

En el más reciente desarrollo del *Derecho Penal Internacional* los límites de la inmunidad reconocidos **por causa de la protección de los Derechos Humanos** se fundan en la idea de que existen violaciones *graves de derechos humanos* o *crímenes internacionales* que no pueden ser exceptuados de persecución penal por ninguna razón - tampoco por consideraciones diplomáticas-[74]. *In concreto* esto se refiere sin duda a los **crímenes nucleares** ("core crimes"), reconocidos en el Estatuto de Roma de la CPI, es decir a *genocidio, delitos contra la*

[69] BayObLG NJW 1974, 431 (destacado por el autor). Así mismo OLG Hamburg NJW 1988, 2191. Cfr. también Rdschr. BMI (*supra* nota 59) IV B Nr. 4.

[70] BayObLG NJW 1992, p 641.

[71] OLG Hamburg NJW 1988, p. 2191 (Abendessen mit Besuch auf Reeperbahn). Cfr. también Rüping *(supra nota 1)*, p. 399.

[72] CIJ informes 1980, 40; sobre esto también Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 39.

[73] Cfr. también *Doehring* (*supra* nota 1), nm. 677.

[74] Cfr. en general Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576, 578 y s. con refencias sobre doctrina en pp. 581 y ss.; Princeton University *(ed.), The Princeton Principles on Universial Jurisdiction ("Princeton Principles"), 2001, <www.princeton.edu/~lapa/univejur.pdf>*, Principle 5 (p. 31), pp. 48 y ss. (diferenciando entre "substantive" y "procedural immunity"); *Amnesty International*, Universal Jurisdiction, chapter XIV, pp. 36 y ss.; Bianchi EJIL 10 (1999), pp. 237, 259 y ss.; Flauss, RSDIE/SZIER 2000, pp.311 y ss.; Zappalà EJIL 12 (2001), pp. 595, 601 y ss; Herdegen ZaöRV 47 (1987), pp. 221 y 224; *Danilenko Michigan JouRn Int. L. 21 (2000), pp. 445*, 472 y s.; Bungenberg *AVR 2001, pp.170*,196 y s.; *Doehring* (*supra* nota 1), nm. 684 (*ejecución* de la inmunidad); Hormazábal Malarée, La inmunidad del Jefe del Estado, en: *García Arán/López Garrido* (Dir.), Crimen internacional y jurisdicción universal, 2000, pp. 163,165 y ss., 182 y ss.; también *Ambos* JZ 1999, pp.16, 20 y ss.

humanidad y crímenes de guerra (Art. 5-8)[75]. Según el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, "ICTY" -en adelante "TPIY"-) los responsables de tales delitos no pueden alegar la inmunidad ni ante los tribunales nacionales ni ante los tribunales internacionales, "even if they perpetrated those crimes while acting in their official capacity."[76] Qué otros delitos, llamados *delicta iuris gentium*,[77] reconocidos en otros tratados de Derecho Internacional, pueden levantar la protección de la inmunidad, es una pregunta que depende de la interpretación de estos tratados y de la praxis de los Estados. Con el caso *Pinochet* debería haber quedado claro que por lo menos la *tortura* -también como crimen individual- no puede ser enumerado entre los actos abarcados por la inmunidad del Jefe de Estado, porque el Derecho Internacional no puede proteger algo que al mismo tiempo -en concreto a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes- prohíbe[78].

Sin embargo, en este contexto, no se trata tanto de si también los actos delictivos pueden ser calificados como actos oficiales, sino más bien de **una limitación jurídico-material de la inmunidad**. Porque difícilmente se puede dudar que los delitos internacionales -cometidos en nombre y en el interés de un determinado Estado y de su orden político y gobierno- son realizados inicialmente[79] para conseguir objetivos oficiales o al menos de servicio[80]. Iría demasiado lejos no ver la comisión de los hechos delictivos en general como una acción oficial o de servicio, pues entonces la protección de la inmunidad restante quedaría "sin contenido"[81].

Ahora bien, en cuanto a la **extensión de la inmunidad** a los delitos nucleares ya citados, el Art. 7 del Estatuto del TMI y el Art. 6 del Estatuto del TMI de Tokio ("International Military Tribunal for the Far East") excluyeron el *cargo oficial* de los reos como una causa de exención penal. De forma análoga el Art. 7 apartado 2 del Estatuto del TPIY, Art. 6 apartado 2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ("International Criminal Tribunal for Rwanda", "ICTR"- en adelante "TPIR") y Art. 27 apartado 2 del Estatuto de Roma declaran insignificante cualquier "cargo oficial" con respecto a la responsabilidad penal de la persona referida. Según el Art. 27 apartado 2 del Estatuto de Roma la jurisdicción del CPI no debe ser estorbada por la inmunidad que con tales condiciones oficiales es sostenida[82]. Mientras no se discute que la inmunidad no supone[83] ningún obstáculo para un procedimiento jurídicopenal *internacional* y su limitación es reconocida incluso como una norma consuetudinaria internacional,[84] esto no es válido sin más respecto a las **relaciones interestatales** en las que

---

[75] *Ambos* (*supra* nota 31), nm. 35 y 366 y ss.

[76] Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (en adelante TPIY), Prosecutor v. Blaskic, sentencia de 29.10.1997 (IT-95-14-AR108bis), párr. 41. Ähnlich Watts, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RDC 247 (1994/ III) 9, 84; aprob. en el resultado también Kreß IYHR 2000, pp. 157 y ss, 161.

[77] Cfr. Sobre esta idea *Verdross/Simma* (*supra* nota 1), §§ 430 y ss.

[78] *House of Lords*, sentencia de 24.3.1999, en: *Ahlbrecht/Ambos* (coord.), Der Fall Pinochet(s), 1999, p. 148 (Lord Browne-Wilkinson), pp. 155 y ss. (p. 164: "contundentes razones..., que el empleo de tortura..., ninguna función estatal puede amparar"; p. 167: "Por esta razón respondió el senador Pinochet... ya no con función alguna ..., la inmunidad *ratione materiae* deja de aplicarse, si él ... organizó y autorizó la tortura ..."); aprob. *Higgins/Kooijmans/Buergenthal*, Joint Separate Opinion, supra nota 6, párr. 85. Sobre esto también Ambos JZ 1999, pp. 16, 22 y s., 565 y s.; Bank ZaöRV 59 (1999), pp. 677, 691 y s.; Kreß IYHR 2000, pp.103 y 157 con referencias posteriores.; Wirth Jura 2000, pp.70 y 74.

[79] Sobre la tríada oficiales-de servicio-privados cfr. ya *Ambos* (*supra* nota 31), nm. 102.

[80] Cfr. ya Ambos JZ 1999, pp.16 y 23 con referencias posteriores.; en sentido parecido Lord Hope Weekly Law Reports (1999), pp. 827, 880-01.

[81] Correctamente BVerfGE 96, pp. 68 y 82; también Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576 y 578.

[82] Sobre la dificultad de este precepto ver Art. 98 apartado. 1 Estatuto de Roma cfr. Kreß IYHR 2000, pp. 103,159 y s. Escéptico sobre la eficacia frente a terceros (frente a Estados no firmantes) del Art. 27 Estatuto de Roma Danilenko *Michigan JouRn Int. L. 21 (2000), pp. 445*, 471 y s.; contra la eficacia frente a terceros *Schabas*, Tribunal Penal Internacional (en adelnate TPI), p. 92.

[83] Cfr. House of Lords, Regina v. Bartle/Evans, ex parte Pinochet, sentencia de. 25.11.1998, en: WLR 1998, Tomo. 3, 1465 = ILM 37 (1998), p. 1302; deutsch (resumido) en: *Ahlbrecht/Ambos* (*supra* nota 78) p. 103, aquí p. 104 (Lord *Slynn*): "No existe ninguna duda sobre que los Estados que han reconocido ciertos crímenes, no están amparados por el derecho a la inmunidad, si las acusaciones fueron realizadas por Tribunales *Internacionales*." (destacado por el autor). Sin embargo esta sentencia fue revocada por otra posterior de 24.3.1999, la declaración de Lord Slynns no ha perdido nada de su validez. (a.A. wohl Kreß IYHR 2000, pp.103 y 159).

[84] Cfr. ya Prosecutor v. Blaskic (*supra* nota 76) así como Zappalá EJIL 12 (2001), pp.595, 602 y ss. En el resultado también Kreß IYHR 2000, pp.159 y ss, 161 así como Werle, Völkerstrafrecht, 2003, p. 173: "El interés se pone frente a la salvaguarda de la soberanía estatal... detrás la ... sanción del crimen de Derecho internacional."

estados iguales entre sí se encuentran frente a frente y la regla del *par in parem* resulta de aplicación. Por lo tanto, la CIJ, en el procedimiento *Congo v. Belgium*, levantó la *orden de detención* belga contra el (entonces) Ministro de Asuntos Exteriores del Congo porque consideró que éste tenía inmunidad (personal)[85] y excluyó explícitamente una limitación de esta inmunidad para los delitos mencionados[86]. Aún si esta sentencia va demasiado lejos (sobre esto más abajo), la restricción de la inmunidad a nivel interestatal requiere una transposición interna por parte del Derecho nacional (cfr. Art. 46, 60 IV GG). En un orden jurídico *dualista* estricto como el Derecho inglés es necesaria[87] una norma nacional que transponga el Derecho Internacional al Derecho interno. En un (moderado) orden jurídico *monista*, como el Derecho alemán, se da una recepción automática, en cierto modo, de todas las reglas de Derecho Internacional (cfr. § 20 II GVG), sin ningún paso intermedio[88].

Independientemente del método o la forma elegidos se establece claramente que el Derecho nacional se debe ajustar al **desarrollo del Derecho Internacional** para la persecución penal de los delitos internacionales. Así, en el marco de un proceso de consultas iniciado en el Consejo de Europa sobre el CPI quedó comprobado que "solutions must be found in order tu secure full compliance with the ICC Statute"[89]. En otras palabras, las inmunidades nacionales, que impiden la persecución de los delitos incluídos en el Estatuto de Roma, deben ser eliminadas. El Código Alemán de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) no prevé sin embargo ninguna regla sobre esto, "puesto que el Derecho penal alemán de todos modos no conoce una eventual exclusión de la punibilidad general para los miembros del

[85] CIJ (*supra* nota 480), párr. 70.

[86] Ibídem., párr 58 y ss.

[87] Cfr. ya *Ambos* JZ 1999, pp.16 y 23 y 565; posiblemente omitido por Zappalá EJIL 12 (2001), pp.595 y 604 en su crítica al fallo emitido por la *House of Lords* en el caso Pinochet.

[88] Cfr. ya *Ambos* JZ 1999, pp.16, 23 y s.

[89] *Council of Europe*, Second European Consultation on the ICC (Tribunal Penal Internacional), 13/14.9.2001, Strasbourg, conclusion 12 (<www.legal.coe.int/criminal /icc>). En sentido parecido *Amnesty International* (*supra* nota 548), chapter XIV, pp. 39 y s.

gobierno o los parlamentarios"[90]. En cuanto a la inmunidad parlamentaria del Art. 46 apartado 2 GG, fue considerada suficiente suponiendo que el parlamento levantase la inmunidad en caso de un crimen internacional perpetrado por un diputado, p.ej. instigación al genocidio[91].

La **jurisprudencia alemana** también reconoce en principio una limitación de la inmunidad con base en los DDHH. El Tribunal Costitucional Alemán remite a la correspondiente discusión en la literatura científica[92] y a los discutidos límites jurídicopenales de la inmunidad estatal[93]. La recusación de la queja constitucional del antiguo embajador de Siria en la República Democrática Alemana, a quien fue reprochada la asistencia en actos terroristas, ha sido considerada como un intento del Tribunal Constitucional Alemán de fundamentar, basándose en el Derecho consuetudinario interno, una restricción de la inmunidad en supuestos de *terrorismo*[94]. Esto es convincente en relación a actos terroristas con carácter masivo, similares a los atentados del 11 de septiembre de 2001[95] y 11 de marzo de 2004 (en Madrid), siempre teniendo en cuenta, sin embargo, que los actos estatales u oficiales clandestinos perpetrados en territorio extranjero (caso Mykonos!) no gozan en ningún supuesto de protección a través de la inmunidad[96]. El *Bundesgerichtshof* (-en adelante "BGH"- Tribunal Supremo Alemán) rechazó pronunciarse en el caso *Honecker* sobre el Tribunal competente conforme al § 13ª de la *Strafprozeßordnung* (en adelante "StPO"- Ordenanza Procesal Penal Alemana) por causa de la inmunidad del Derecho Internacional[97] sin embargo el Tribunal Supremo determinó el Tribunal competente en los procesos contra los militares argentinos y *Pinochet* planteando la pregunta de "si su inmunidad de Derecho in-

[90] Ver fundamentación del *Völkerstrafgesetzbuches* (BGBl. 2002 I S. 2254), Bundesrat Drucks (en adelante BR-Drucks. Boletín de las Cortes . 29/02 v. 18.1.02, § 2 j), 36, traduc. al castellano de Alicia Gil Gil.

[91] Ibídem. Para la inmunidad de los diputados recientemente *Brocker* Goltdammer's Archiv (en adelante GA) 2002, p.44

[92] BVerfGE 96, pp.68 y 72.

[93] BVerfGE 96, pp.68, 84 y s.

[94] Faßbender NStZ 1998, pp.144 y 146.

[95] Cfr. también Zappalà EJIL 12 (2001), pp.595, 607 y ss., 609 y s.).

[96] Cfr. Bothe ZaöRV 31 (1971), pp. 246 y 252; Folz/Soppe NStZ 1996, pp. 576 y 578.

[97] BGHSt 33, p.97.

ternacional [de Pinochet, K.A.] comprendía los hechos señalados."[98] El *Oberlandesgericht* (-en adelante *"OLG"- Tribunal Superior de Justicia) de* Köln al menos reconoció -en cuanto al entonces presidente iraquí Sadam Hussein- que una recusación de la inmunidad (estatal) puede, en principio, ser posible si los delitos internacionales en cuestión se encuentran codificados, *in concreto* sin embargo negó la existencia de tales crímenes[99].

En otros países europeos merece atención la sentencia de la *Corte de Justicia de Amsterdam* en el proceso contra el antiguo Jefe de Estado de Surimán, *Bouterse*. El tribunal de justicia afirmó que un antiguo Jefe de Estado no podía hacer valer ninguna inmunidad estatal por la tortura (como crimen contra la humanidad) porque la perpetración de estos delitos no podía ser considerada como "one of the official duties of a head of state"[100]. Sin embargo el juicio fue anulado por el *Tribunal Supremo Holandés* debido a un vicio de competencia[101]. En el proceso *francés* contra el Jefe del Estado del Líbano, *Ghadafi*, la Corte de Apelación de París en primer lugar confirmó un límite de la inmunidad, sin embargo la Corte de Casación anuló este juicio porque en su opinion la restricción a la inmunidad supone una regla del Derecho Internacional[102]. Un juez instructor belga decretó una orden de detención contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; esta orden de detención fue, sin embargo, declara-

[98] BGH Resolución de 17.6.1998, 2 Ar 80/98 (argentinische Militärs); resolución de 18.11.1998, 2 Ars 471/98 y 474/98 (Pinochet), respecto a ello Pressemitteilung Nr. 83a v. 19.11.1998, reproducido en *Ahlbrecht/Ambos* (*supra* nota 78), p. 100. Cfr. también ya *Ambos* JZ 1999, pp.16 y 23.

[99] OLG Köln NStZ 2000, 667 con nota de Wirth NStZ 2001, p. 665.

[100] Gerechtshof Amsterdam (Corte de Justicia), 20 November 2000, *Nederlandse Jurisprudentie* (2001), 302 (No. 51), 303; Traducción: International Commission of Jurists <www.icj.org/objectives/decision.htm>.

[101] Sentencia de 18.9.2001, número de referencia 00749/01 CW 2323, Nr. 6: El reconocimiento de la potestad penal holandesa fue una violación del principio de irretroactividad, porque Holand todavía no había ratificado en el momento del hecho la Convenció contra la tortura de la ONU. Además el Hoge Raad solicitó pruebas posteriores, en concreto la comparecencia de los sospechosos antes el alto tribunal holandés. Cfr. también IELR 2001, pp. 514 y s.

[102] *Arrêt* de 20.10.2000 así como *Arrêt* de 13.3.2001, cfr. Revue générale de droi international public (en adelante RGDIP) 105 (2001), pp. 473 y ss.

da ilegal por el ya mencionado juicio del CIJ[103]. Por último un Tibunal Civil **norteamericano** declaró improcedente una reclamación por daños y perjuicios contra *Robert Mugabe* y su Ministro de Exteriores por la existencia de "inmunidad diplomática": a pesar de una "tendencia dominante" ("prevailing trend") hacia la limitación de la inmunidad por graves lesiones de los DDHH, prevalece *todavía* el interés de "friendly relations among sovereign states"[104].

b) El status especial de miembros de las Fuerzas Armadas

En relación a la inmunidad es de especial interés la posición de los miembros de las fuerzas armadas. A modo de ejemplo nos referimos al Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (CEF)[105] y a su Protocolo adicional del 3.8.1959 aplicable a las tropas extranjeras establecidas en Alemánia (en adelante "PA CEF")[106]. En cuanto a la **jurisdicción** sobre los delitos e infracciones[107] de los miembros de las fuerzas armadas establecidas en territorio alemán, existe un conflicto entre los principios internacionales de la *soberanía territorial* del Estado de recepción, por un lado, y de la *soberanía personal* (sobre sus nacionales) del Estado de envío por otro; en particular existe una fuerte controversia en cuan-

[103] Cfr. ya *CIJ* (*supra* nota 6).

[104] U.S. District Court for the Southern District of N.Y., *Tachiona et al. against Mugabe et al.*, 30.10.2001, 169 F. Supp. 2d 259; ratificada en 14.2.2002.

[105] Sobre ello *Rumpf*, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969, pp. 14, 16 y ss. - El Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas (en adelnate NTS) es válido para todos los estados integrados en la OTAN excepto Islandia, así pues es válido para Bélgica, Francia, Noruega, EE.UU (desde 23.8.1953), Dinamarca (27.6.1955), Italia (21.1.1956), Canadá (27.9.1953), Luxemburgo (18.4.1954), Holanda (18.12.1953), Gran Bretaña (12.6.1954), Turquía (17.6.1954), Portugal continental (22.12.1955), España (9.9.1987, BGBl 1988 II p. 105), cfr.. BGBl II, Agencia de empleo B, 2001, p. 327. Se amplió por "el acuerdo de 19.6.1995 entre los Estados firmantes del Tratado del Atlántico Norte y los otros en la colaboración para la paz de los Estados integrantes en el pacto sobre la posición jurídica de sus tropas" (BGBl 1998 II p. 1340) a los miembros del acuerdo la pacificación de los Estados Unidos.

[106] BGBl 1961 II pp. 1183, 1218, revocado por la sentencia de 21.10.1971, BGBl 1973 II p. 1022; Sart. II 66 c.

[107] El concepto de culpabilidad utilizado en el Art. VII NTS incluye la ilegalidad (Schwenk JZ 1976, 581).

to al status especial procedente de la soberanía personal[108]. El CEF prevee un régimen de dos escalones, que diferencia entre jurisdicción exclusiva y concurrente (Art. VII CEF)[109].

Un caso de **jurisdicción exclusiva** se presenta cuando un determinado acto está penado sólo por el derecho del Estado de envío o sólo por el derecho del Estado de recepción (Art. VII apartado. 2 CEF)[110]. El Estado de recepción tiene que verificar en este caso -al igual que sucede cuando se trata de constatar la existencia de una norma idéntica en el lugar del hecho en relación a la personalidad pasiva o activa (§ 7 *Strafgesetzbuch* -en adelante "StGB, Código Penal Alemán)- que la conducta es igualmente punible en el respectivo Estado de envío. Este examen corresponde a las autoridades alemanas competentes, es decir a la Fiscalía del Estado,[111] o al tribunal, en cooperacion con la autoridad competente del Estado de envío en el marco de un llamado trámite de certificación ("Bescheinigungsverfahren", Art. 17 PA CEF): la autoridad extranjera puede presentar a instancia de la autoridad alemana o *proprio motu* una certificación sobre la punibilidad en el Estado de envío. La autoridad alemana decide en consonancia con esta certificación, sin embargo, aquélla puede ser revisada a nivel del Gobierno Federal. En el caso contrario -el Estado de envío se vale de la jurisdicción exclusiva- el proceso es aplicable análogamente. *In concreto* los delitos puramente militares pertenecerían a la jurisdicción exclusiva del Estado de envío, mientras que los delitos de circulación y del deber de pagar alimentos conforme al § 170 del StGB quedarían bajo la jurisdicción exclusiva del Estado de recepción (en este caso: alemán)[112]. Además de lo referido, sobre "los actos contra la seguridad del Estado" en el Art. VII apartado 2 b) CEF rige la competencia juris-

[108] Cfr. *Witsch*, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen, 1970, pp. 7 y ss.; *Rumpf* (*supra* nota 105), p. 14; cfr. también Oehler (*supra* nota 28), nm. 617 y ss.; Doehring (*supra* nota 1), nm. 692 y ss.

[109] Cfr. más próximo *Witsch* (*supra* nota 108), pp. 17 y ss.; *Rumpf* (*supra* nota 105), pp. 24 y ss.

[110] Más próximo *Witsch* (*supra* nota 108), pp. 60 y ss.

[111] Sobre esto así mismo existe un "compromiso" *entre las Administraciones alemana y americana*. Cfr. *Gribbohm* (*supra* nota 8), nm. 361.

[112] OLG Stuttgart NJW 1967, p. 508. Cfr. también *Schwenk* NJW 1963, p.1425, *ders.* JZ 1976, p. 581; *Marenbach* NJW 1974, p. 1598.

diccional del Estado de recepción por los delitos contra la seguridad del Estado, en concreto los crímenes de traición, sabotage, espionaje y traición de secreto (cfr. Art. VII Apartado 2 c) CEF).

De mayor relevancia son los casos de la **jurisdicción concurrente**,[113] ya que se establece entre Estados integrantes de la OTAN, que sostienen, en lo esencial, los mismos valores y una misma idea sobre la conducta merecedora de pena, especialmente a nivel europeo, implicando tal grado de armonización que la mayoría de los actos sea punible en todos los ordenamientos legales de la OTAN[114]. Así pues corresponde al Estado de envío una prerrogativa si se trata de hechos que son dirigidos sólo contra sus bienes jurídicos, en particular su patrimonio o su seguridad (se trata de "actos inter se") o se encuentran en conexión con actuaciones de servicio (llamado "delitos on duty") (art. VII Apartado 3 a) CEF)[115]. Aquí se manifiestan, por un lado, los principios de personalidad pasiva y de protección; por otro lado el enjuciamiento privilegiado de los "delitos on duty" también puede ser un resultado directo de la inmunidad estatal si se trata de actos oficiales de servicio -*acta iure* imperii no solo *gestionis*-[116]. En todos los otros casos el Estado de recepción posee el privilegio para ejercer la jurisdicción (Art. VII Apartado 3 b) NTS). Ambos Estados podrían renunciar a la preferencia (Art. VII Apartado 3 c) NTS).

Esta distribución de **competencia** es modificada por Alemania -a través del Art. 19 PA-CEF en relación con el protocolo de firma (*Unterzeichnungsprotokoll* -UP-) al PA[117]- en favor del **respectivo** Estado de envío[118]. Según esto Alemania se comprometió a renunciar de manera general a la correspondiente prerrogativa en cualquiera de los casos

[113] Más próximo *Witsch* (*supra* nota 108), pp. 73 y ss.

[114] Cfr. Sobre el asesinato y el homicidio por ejemplo la investigación de Heine/Vest en: *McDonald/Swaak Goldmann* (Dir.), Substantive and procedural aspects of International Criminal Law I, 2000, pp. 175 y ss.

[115] Sobre esta terminología también *Witsch* (*supra* nota 108), p. 73.

[116] Cfr. *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen? (Informe del Bundesministerium für Justiz (en adelante BMJ)), 2001, <www.sbg.ac.at/ssk/lago.pdf>, § 7 A. I.

[117] Ley de 18.8.1961, BGBl II pp. 1183, 1313; promulgación de 16.6.1963, BGBl II pp. 745.

[118] OLG Nürnberg NJW 1975, pp. 2151 y 2153: Zuständigkeitsverschiebung. Más próximo *Witsch* (*supra* nota 108), pp. 93 y ss.

del Art. VII apartado 3b) CEF, si un Estado de envío lo solicita. Ésta -a primera vista considerable- *pérdida de soberanía* se atenúa ya que después de 21 días Alemania puede retirar la renuncia temporal e invocar su competencia si "importantes intereses de la justicia alemana" así lo exigen (Art.19 apartado 3 PA CEF). Según el Art. 2 a) UP-PA-CEF se aplica esta regla a los actos juzgados en primera instancia por los Tribunales Superiores (§ 120 GVG) en caso de delitos referentes a la defensa del Estado, así como asesinatos y graves delitos de violencia. Por lo demás la renuncia se refiere sólo al *ejercicio* de la prerrogativa en el sentido del art. VII apartado 3. b) CEF, mientras que la *jurisdicción* alemana permanece intacta para delitos cometidos en territorio nacional alemán[119]. En particular la jurisdicción exclusiva territorial puede recaer en el Estado de recepción (Alemania), en el caso de que la impunidad fuese la consecuencia, por ejemplo, si el Estado de envío ya no se encuentra realmente en la posición de hacer uso de su prerrogativa, porque el sospechoso deja de formar parte del ejército[120]. Los miembros de las fuerzas armadas extranjeras con una *presencia eventual* en territorio alemán también están sujetos, en principio, a la jurisdicción alemana, por lo que deben ser puestos a disposición judicial siempre que se afecten los intereses esenciales de la Administración de Justicia[121]. Éste debería ser entonces el caso si se trata de los delitos citados en el Art. 2 a) UP-PA-CEF.

Mientras en los casos anteriores se trata de la jurisdicción exclusiva del Estado de envío a nivel *interestatal*, el gobierno actual de EEUU pretende asegurar la inmunidad de sus soldados (y de todos sus ciudadanos) **frente a la CPI** con dos mecanismos. El primero consiste en excluir de la jurisdicción de la CPI a los nacionales de Estados no parte que participen en misiones de paz autorizadas por la ONU. La Resolución inicial 1422 del 12 junio de 2002, prorrogada el 12 de junio de 2003 por Resolución 1487 un año más, señala al respecto en su inciso primero:

> "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Estatuto de Roma, que la *Corte* Penal Internacional, si surge

[119] Zutr. OLG Stuttgart NJW 1977, pp. 1019 y 1020; sobre esto también *Gribbohm* (*supra* nota 8), nm. 364.

[120] BGHSt 28, pp. 96 y 99.

[121] Cfr. Art. 2 § 7 StreikrāfteaufenthaltsG v. 20.7.1995 (BGBl II S. 554); sobre esto también Borchmann NJW 1997, pp. 101 y s.

> un caso en relación con acciones u omisiones relacionadas con operaciones establecidas o autorizadas por las Naciones Unidas y que entrañe la participación de funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier Estado que *no* sea parte en el Estatuto de Roma y aporte contingentes, *no inicie ni prosiga*, durante un período de doce (12) meses a partir del 1 de julio de 2002, *investigaciones o enjuiciamiento* de ningún caso de esa índole, salvo que el Consejo de Seguridad adopte una decisión en contrario." (énfasis K.A.)

Del análisis del mismo texto se desprenden varias conclusiones. La primera, que esta Resolución se refiere a operaciones no solo establecidas sino *autorizadas* por las Naciones Unidas; esto significa que si, por ejemplo, la guerra contra Irak hubiera sido "autorizada" por ese organismo, tendría lugar la aplicación de esta Resolución y los ciudadanos de estados no parte no podrían ser sometidos a la CPI aunque Irak fuera estado parte de la ECPI o hubiera aceptado la competencia mediante declaración *ad hoc* (art. 12, inc. 3). La segunda conclusión se refiere a los "funcionarios, ex funcionarios, personal o antiguo personal de cualquier estado no parte"; es decir, se hace mención no solamente a los soldados del ejército u oficiales de la fuerza pública, sino también al personal contratado por los Estados Unidos como, por ejemplo, mercenarios de empresas privadas de seguridad. Es justamente por la participación de estas personas en conflictos armados por lo que EE.UU. pretendía extender esta norma a ese personal y a los ex funcionarios. Como ya se apunto críticamente, estas Resoluciones crearon dos clases de Estados[122]. Finalmente, el segundo intento de prórroga a petición de los EE.UU. no prosperó y el proyecto correspondiente tuvo que ser *retirado* el 23 de junio de 2004 en el Consejo de Seguridad[123].

Las normas mencionadas han sido complementada con las Resoluciones 1497 del 1 de agosto de 2003 y 1502 del 26 de agosto de 2003.

[122] Cfr. *Ambos*, Süddeutsche Zeitung de 16.7.02, 13 (en castellano en Desarollo y Cooperación 5/2002, 7; Gaceta Jurídica, Santiago de Chile (Chile), 7/02, 18; La Gaceta Jurídica, La Paz (Bolivia), 16.8.02, 11; crit. también *Kreß* Blätter für deutsche und internationale Politik 2002, Nr. 9, 1087; *Stahn* EJIL 14 (2003), p. 85.

[123] Ver la declaración del embajador de los EE.UU. antes la ONU enfatizando el rechazo de la CPI por los EE.UU. (UN Press Release # 112 (04) del 23. de junio de 2004).

La primera -autorizando una misión de paz en Liberia facilitando la salida del señor Charles Taylor a Nigeria- establece la *jurisdicción exclusiva* del Estado de envío que no sea Estado parte del Estatuto de la CPI, es decir de EE.UU., China, Rusia, India etc[124]. La segunda calificó, a raíz del atentado en Bagdad contra las Naciones Unidas, los ataques contra personal humanitario como crimen de guerra pero los EE.UU. vetaron una referencia explícita al Estatuto de Roma (que tenía una definición consensuada del ataque en contra del personal de asistencia humanitaria en el art. 8 (2) (b) (iii) y (e) (iii)). el art. 5) sustituyéndola por una referencia a "la tipificación de esos ataques como crímenes punibles por la ley" (para. 5).

A *nivel bilateral* los EE.UU. logran la inmunidad a través de convenios de no-entrega de sus nacionales que ya cerraron con más que 80 Estados[125]. La parte decisiva de estos convenios -en esencia idéntica en todos ellos- dice:[126]

1. Para los fines del presente Acuerdo la expresión "persona de los Estados Unidos de América" significa cualquier funcionario, empleado (incluido cualquier contratista), o miembro del servicio militar, actual o antiguo, del Gobierno de los Estados Unidos que goce de inmunidad frente a la jurisdicción penal en virtud del derecho internacional o que esté sujeta, de cualquier manera, a la jurisdicción del Estado que Envía (los Estados Unidos de América).

2. Una persona de los Estados Unidos de América, el Estado que Envía, no será, salvo con el consentimiento expreso de los Estados Unidos de América:

a) entregada ni trasladada de ninguna manera a la Corte Penal Internacional para ningún propósito, ni

[124] La Resolución establece en la cláusula 7 la siguiente fórmula: "7. Decide que los ex funcionarios u oficiales, o los que están actualmente en servicio, de un Estado aportante que no sea una parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, quedarán sujetos a la *jurisdicción exclusiva de ese Estado* aportante en relación con todos los presuntos actos u omisiones dimanantes de la fuerza multinacional o de la fuerza de estabilización de las Naciones Unidas en Liberia, o relacionados con ellas, a menos que ese Estado aportante haya renunciado expresamente a dicha jurisdicción exclusiva." (las itálicas son mías)

[125] Véase <www.iccnow.org/documents/otherissuesimpunityagreem.html>. De Latinoamérica han firmado hasta ahora en tal Convenio El Salvador, Honduras, República Dominicana, Bolivia y Colombia.

[126] Cito aquí del Convenio con Colombia de 17.9.2003.

b) entregada ni trasladada de ninguna manera a ninguna entidad o tercer país, ni expulsada a un tercer país. con el propósito de entregarla o trasladarla a la Corte Penal Internacional.

Los convenios se extienden así -de forma análoga a la citada resolución del Consejo de Seguridad- no solo a los miembros de las tropas militares sino otra vez "sólo" a todos los ciudadanos de EEUU, y también sobre cada persona que por orden del Gobierno de los EEUU es parte activa y también para los miembros de los Estados partes del Estatuto de Roma. Esta amplitud sobre ciudadanos no pertenecientes a los EEUU todavía es más clara en el correspondiente convenio firmado con Bolivia, cuando allí se dice:

> "... y al personal militar que cumpla o haya cumplido funciones en el pasado para los Estados Unidos, que no tenga la nacionalidad de Estados Unidos,..."[127]

Pues bien, estos acuerdos son criticables no solo por su extensión a nacionales no americanos, sino en mayor medida por cuanto quebranta el deber de colaboración de los Estados partes del CPI, con elevados riesgos para el orden internacional. Parece claro que estos acuerdos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (art. 86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art. 89). En todo caso, si esta obligación existiese antes de un acuerdo bilateral el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma (art. 18 de la Convención de Viena sobre Tratados, de 1969). En consecuencia, se debe exigir el consentimiento del Estado de envío ("sending state") solamente si "un acuerdo internacional" preexistente al Estatuto de Roma exige este consentimiento. Esta opinión ha sido confirmada por un dictamen de la Comisión de la Unión Europea[128] y una resolución del Parlamento Europeo[129]. Así, los "Principios rectores

[127] Convenio de 19.5.2003, párr. 1.

[128] Dictamen interno del 13 de agosto de 2002. Publicado en inglés en Human Rights Law Journal (HRLJ) tomo 23 (2002), p. 15; en alemán en Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 2002, p. 469.

[129] Resolución del 26 de setiembre de 2002 que critica, en la letra D, "la presión política a nivel mundial ejercida actualmente por el Gobierno de los Estados Unidos [...]" y expresa, en la letra F, su decepción "por la decisión del gobierno rumano de firmar un acuerdo que contradice el espíritu del Estatuto de la CPI (Doc. P5_TA-PROV(2002) 09-26; <www3.europarl.eu.int/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PV2&LANGUE=ES>;en alemán en Europäiosche Grundrechte Zeitschrift (en adelante EuGRZ) 2002, p.554.

de la UE en relación con los acuerdos entre un Estado Parte en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los Estados Unidos relativos a las condiciones de entrega de personas a la Corte", aprobados por el Consejo de Ministros de la UE el 30 de septiembre de 2002,[130] tienen el objetivo de mantener la integridad del Estatuto de Roma y garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes señalando, *inter alia*, que:

• Deben tomarse en consideración los acuerdos internacionales existentes, en particular entre un Estado parte en la CPI y los Estados Unidos, como los acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas y los acuerdos sobre cooperación judicial en materia penal, incluidos los de extradición.

• Celebrar los acuerdos propuestos por los Estados Unidos, tal como están redactados en la actualidad, sería incompatible con las obligaciones de los Estados parte en la CPI y puede ser incompatible con otros acuerdos internacionales suscritos por Estados partes de la CPI.

• Toda solución debe incluir las disposiciones prácticas pertinentes que garanticen que las personas que hayan cometido crímenes que sean competencia de la Corte no queden impunes. Dichas disposiciones deben garantizar que se pueda investigar convenientemente y, cuando existan pruebas suficientes, que las jurisdicciones nacionales sometan a la acción de la justicia a las personas reclamadas por la CPI.

• Toda solución debe incluir únicamente a personas que no sean nacionales de un Estado parte en la CPI.

c) Ponderación de intereses: ejercicio soberano de la función pública versus protección penal de los Derechos Humanos

La restricción de la inmunidad por razones de Derechos Humanos y de Derecho Penal Internacional es el resultado de una **ponderación de intereses** entre la pretensión del Estado nacional de ejercer sus acciones oficiales sin ser estorbado en la mayor medida posible y la

[130] Sesión n 2450 del Consejo de la Unión Europea (asuntos generales y relaciones exteriores), Bruselas, 30 de setiembre de 2002, Doc. 12516/02, punto 6 "Corte Penal Internacional" con anexo II (conclusiones del Consejo sobre la CPI con los principios rectores); véase <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/02/st12/st12516es02.pdf>; en alemán en EuGRZ 2002, p. 665.

pretensión del individuo de que se protejan sus derechos fundamentales a través de la consecuente implementación de las obligaciones de persecución del Derecho Penal Internacional a nivel internacional y nacional[131]. La limitación de la inmunidad no solamente presupone, que se trate de la persecución de los crímenes internacionales más graves, sino también que la actuación oficial del Estado afectado -su llamada **soberanía funcional**- no sería obstaculizada más allá de lo estrictamente *necesario* ya que de lo contrario se acabaría arriesgando el *orden internacional* (diplomático)[132]. Por lo tanto, como regla general prevalece la inmunidad absoluta (*ratione personae*) de un *Jefe de Estado en funciones* ante un tribunal *nacional* a nivel de *relaciones interestatales*;[133] así pues, cualquier **acción de persecución penal** -como por ejemplo su detención-, deviene ilegal si con ella se produce una grave intervención en la soberanía funcional del Estado afectado provocando una profunda intromisión y desestabilización de la relaciones *internacionales*. El mismo principio es válido para todos los *diplomáticos*, que gozan de inmunidad personal, pues justamente sus actos garantizan la existencia de unas mínimas relaciones diplomáticas y desempeñan así una función esencial de orden y estabilidad en el sistema internacional[134].

La **CIJ**, sin embargo, va más allá de lo necesario al extender, por un lado, la inmunidad absoluta *ratione personae* también a un Ministro de Relaciones Exteriores y, por otro lado, al limitar la responsabilidad de un antiguo Ministro a los actos realizados durante el ejercicio de su cargo, sólo si los ha realizado "in private capacity"[135]. Ya que con estos

[131] Cfr. ya Ambos JZ 1999, pp.16, 21 y ss.; en sentido semejante *Higgins/Kooijmans /Buergenthal*, Joint Separate Opinion, supra nota 6, párr. 5, 75; también Flauss, RSDIE/SZIER 2000, pp. 307 y ss. Para los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos como contenido de un orden público internacional. Cfr. Kokott DGVR 35 (1998).

[132] Cfr. Zappalà EJIL 12 (2001), pp. 595, 600 y 607; de este modo ya *Ambos* JZ 1999, pp.16 y 23; aprob. *Wirth* NStZ 2001, p. 667.

[133] En este sentido totalmente tradicional Princeton Principles (*supra* nota 74), p. 49: "Under international law as it exists, *sitting* heads of state, accredited diplomats, and other officials cannot be prosecuted while in office for acts committed in their official capacities." (destacado por el autor). También se reconoce allí (51), que la inmunidad "for sitting heads of state" etc. pueda ser más y más cuestionada.

[134] Para Watts (*supra* nota 76), p. 19, el número de Jefe de Estado y "representantes senior" debe alcanzar la escala mundial la cifra de 500-600 personas.

[135] CIJ (*supra* nota 6), párr. 61.

requisitos solamente es posible una persecución penal *nacional* posterior del antiguo Jefe de Estado o del antiguo Ministro de Relaciones Exteriores si se puede probar o tiene, por lo menos, la sospecha fundada de que ellos habían cometido un delito internacional de forma "privada" - una idea bastante alejada de la realidad que además conduciría al difícilmente superable problema de la limitación entre actos oficiales de servicio y actos privados[136]. Por lo demás la CIJ concede a los portadores de la inmunidad personal (ya privilegiados) una continuidad de su inmunidad aún en el caso de crímenes internacionales.

La aquí defendida restricción jurídico-material de la inmunidad debe también conducir, en principio, a su aplicación a la **inmunidad diplomática**. Sin embargo, el Tribunal Constitucional alemán opina que semejante limitación sólo es válida para la inmunidad estatal y no para la inmunidad diplomática porque se trata de "institutos diferentes de Derecho Internacional con sus propias reglas", siendo esta última merecedora de atención en un doble sentido[137]. Por un lado, porque el elemento personal de la inmunidad diplomática protege también al diplomático -*ratione personae*- si no realiza actos oficiales y cuando ningún órgano "normal" del Estado gozaría de una protección a través de la inmunidad[138]. Por otro lado, porque la inmunidad diplomática no requiere de una restricción jurídico-material, pues sólo genera efectos *inter partes* (ya supra I.) y por lo tanto terceros Estados no se ven impedidos, en principio, a llevar a cabo una persecución penal (excepto Art. 40 CVRD). Las consideraciones basadas en los DDHH pueden, sin embargo, jugar un papel relevante si se trata de la persecución de un diplomático "en" y "por" el Estado de recepción y si se trata de actos no oficiales que quedarían abarcados por la inmunidad *ratione personae*. Aquí debería hacerse un balance, como en el caso de la inmunidad estatal, tomando en consideración la gravedad de los crímenes cometidos y las posibles consecuencias que la recusación de la inmunidad diplomática tendría para el orden internacional. Por supuesto es necesario diferenciar entre la *persecución penal* de un diplomático y las *medidas de orden policial* contra un diplomático. Cier-

[136] De otra opinion aparentemente *Higgins/Kooijmans/Buergenthal*, Joint Separate Opinion, supra nota 6, párr. 85, continúa hasta ahora el pensamiento mayoritario de la comunidad internacional y conserva la delimitación aparente por practicable.

[137] BVerfGE 96, pp. 68, 84 y s.

[138] Cfr. también BVerfGE 16, pp.27, 34 y ss.; BVerfGE 96, pp. 68 y 85.

tamente en una embajada, en el que se ha asesinado y torturado, no puede tener validez el derecho de inmunidad así como tampoco en el caso de un jefe de Estado que ordenó el citado delito[139]. Además el Estado de recepción tiene el derecho[140] -conforme a la idea de legítima defensa- de tomar contramedidas para intervenir si desde una embajada se cometen hechos delictivos, como por ejemplo disparar[141]. Por último el diplomático también tiene que respetar la Ley del Estado de recepción (Art. 41 I CVRD). Sin embargo todo esto no debe conducir automáticamente a una persecución penal del diplomático. Más bien el Estado de recepción tiene que tomar antes de nada medidas policiales y jurídico-diplomáticas, en concreto debe declarar al diplomático criminal *persona non grata*.

[139] *Doehring* (*supra* nota 121), nm. 684.

[140] Así mismo *Doehring* (*supra* nota 1), nm. 684; de opinión abierta Brownlie (supra *nota* 1), pp. 348.

[141] Cfr. en este sentido también el "Libyen-Botschaftsfall"; sobre esto Fischer (*supra* nota 1), § 35 nm. 38.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Ahlbrecht/Ambos (Dir.), Der Fall Pinochet(s), 1999.

Ambos, Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht, JZ 1999, 16.

Bothe, Die strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane, ZaöRV 31 (1971), 246.

Bröhmer, State Immunity and the Violations of Human Rights, 1997.

Cassese, When may senior state officials be tried for intern. Crimes?, EJIL 13 (2002), 853.

Delmas-Marty, La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités), en: *Cassese/Delmas-Marty* (Dir.), Juridictions nationales et crimes internationaux, 2002, p. 613.

Fastenrath, Möglichkeiten u. Grenzen repressiven Menschenrechtsschutzes etc., en: *v. Schorlem* (Dir.), Praxishandbuch UNO, 2002, p. 369.

Flauss, Droit des immunités et protection internationale es droits de l'homme, RSDIE/SZIER 2000, 299.

Folz/Soppe, Zur Frage der Völkerrechtsmäßigkeit von Haftbefehlen gg. Regierungsmitglieder anderer Staaten, NStZ 1996, 576.

Guilherme de Aragão, Grenzen des Weltrechtsgrundsatzes: Der Haftbefehl Fall des IGH, HuV 2002, 77.

Herdegen, Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt, ZaöRV 47 (1987) 221.

Hormazábal Malarée, La inmunidad del Jefe del Estado, en: *García Arán/López Garrido* (Dir.), Crímen internacional y jurisdicción universal, 2000, 163.

Kreß, War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice, IYHR 30 (2000) 103.

Lüke, Immunität staatlicher Funktionsträger, 2000.

Marenbach, Aktuelle Probleme des Nato-Truppenstatuts, NJW 1974, 1598.

Rumpf, Das Recht der Truppenstationierung in der Bundesrepublik, 1969.

Rüping, Die völkerr. Immunität im Strafverfahren, Kleinknecht FS, 1985, p. 397.

H. Schultz, Zur Regelung des räuml. Geltungsbereiches durch den E 1962, GA 1966, 193.

Werle, Völkerstrafrecht, 2003, pp. 171 y ss..

Wirth, Immunities, related problems, and Art. 98 of the Rome Statute, CLF 12 (2001), 429.

- *El mismo*, Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgement in The Congeo v. Belgium Case, EJIL 13 (2002), 877.

Witsch, Deutsche Strafgerichtsbarkeit über die Mitglieder der U.S.-Streitkräfte und dere begleitende Zivilpersonen, 1970.

Zappalá, Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes usw., EJIL 12 (2001), 595.

Esta obra se terminó de imprimir
en los Talleres de **Editorial Leyer**
Calle 20 No. 3-70 PBX: 2821903
en el mes de mayo de 2005
Bogotá, D.C. - Colombia