

EDITORES

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Freitas Câmara
Amilton Bueno de Carvalho
Augusto Zimmermann
Cesar Flores
Cristiano Chaves de Farias
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Eugênio Rosa
Fauzi Hassan Choukr
Francisco de Assis M. Tavares
Geraldo L. M. Prado
Gustavo Sénéchal de Goffredo
J. M. Leoni Lopes de Oliveira
José dos Santos Carvalho Filho
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcos Juruena Villela Souto
Nelson Rosenvald
Paulo de Bessa Antunes
Ricardo Máximo Gomes Ferraz
Salo de Carvalho
Victor Gameiro Drummond
Táris Nametala Sarlo Jorge

CONSELHO CONSULTIVO

Álvaro Mayrink da Costa
Antonio Carlos Martins Soares
Aurélio Wander Bastos
Elida Séguin
Firly Nascimento Filho
Flávia Lages de Castro
Flávio Alves Martins
Gisele Cittadino
Humberto Dalla Bernardina de Pinho
José Fernando de Castro Farias
José Ribas Vieira
Luiz Ferlizardo Barroso
Marcello Ciotola
Omar Gama Ben Kauss
Sergio Demoro Hamilton

Rio de Janeiro

Av. Londres, 491 – Bonsucesso
Rio de Janeiro – RJ – CEP 21041-030
C.N.P.J.: 31.661.374/0001-81
Inscr. Est.: 77.297.936
TEL.: (21) 3868-5531 / 2564-6319
Email: lumenjuris@msm.com.br /
Home Page: www.lumenjuris.com.br

São Paulo

Rua Primeiro de Janeiro, 159
Vila Clementino – São Paulo, SP
CEP 04044-060
Telefone: (11) 5908-0240

Rio Grande do Sul

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 129/202
Santo Antonio da Patrulha – Pitangueiras
CEP 95500-000
Telefone: (51) 3662-7147

Brasília

SHC/Sul C L 402 – Bloco B – Lj 35
Asa Sul – Brasília – DF
CEP 70236-520
Telefone: (61) 3225-8569

ANDREI ZENKNER SCHMIDT
Coordenador

AMILTON BUENO DE CARVALHO
ANDREA R. CASTALDO (ITÁLIA)
ANDREI ZENKNER SCHMIDT
ARAMIS NASSIF
AURY LOPES JÚNIOR
CARLOS ARTIDORIO ALLEGRETTI
DANIEL GERBER
EDWARD ROCHA DE CARVALHO
ELENA NUÑEZ CASTAÑO (ESPAÑA)
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (ARGENTINA)
FABIO ROBERTO D'AVILA
FELIPE CARDOSO MOREIRA DE OLIVEIRA
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
GILBERTO THUMS
GUILLERMO JORGE YACOBUCCI (ARGENTINA)
HENRIQUE MARDER DA ROSA
JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO
JOSÉ ANTONIO PAGANELLA BOSCHI
KAI AMBOS (ALEMANHA)
LENIO LUIZ STRECK

LUCIANO FELDENS
LUÍS GRECO
LUIZ FLÁVIO GOMES
MAICON GUEDES HUGO
MARCELO CAETANO GUZZELLI PERUCHIN
MARCOS EBERHARDT
MAURÍCIO ZANÓIDE DE MORAES
PAULO CÉSAR BUSATO
PAULO QUEIROZ
PAULO RANGEL
PAULO VINICIUS SPORLEDER DE SOUZA
RAÚL CERVINI (URUGUAI)
RICARDO BREIER
RODRIGO MORAES DE OLIVEIRA
RODRIGO MORETTO
RUTH MARIA CHITTÓ GAUER
SALO DE CARVALHO
SANTIAGO MIR PUIG (ESPAÑA)
VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI
WALTER BARBOSA BITTAR

**NOVOS RUMOS DO
DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO
LIVRO EM HOMENAGEM
AO PROF. DR. CEZAR ROBERTO BITENCOURT**

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2006

Copyright © 2006 Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Produção Editorial
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pela originalidade desta obra
e pelas opiniões nela manifestadas por seus Autores.

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).*

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brasil

Sumário

Apresentação	ix
--------------------	----

DOCTRINA ESTRANGEIRA

1. Obblighi Antiriciclaggio e Categorie Professionali Coinvolte: Le Novità del Decreto Legislativo 20 Febbraio 2004, n. 56	1
<i>Andrea R. Castaldo</i>	
2. La Falsa Informacion en la Actividad de los Auditores de Cuentas	9
<i>Elena Nuñez Castaño</i>	
3. Los Desafíos del Poder Judicial	47
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
4. De Nuevo Sobre e "Derecho Penal del Enemigo"	61
<i>Francisco Muñoz Conde</i>	
5. El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de la Política Criminal	85
<i>Guillermo Jorge Jacobucci</i>	
6. Los fundamentos del <i>ius puniendi</i> nacional, en particular su aplicación extraterritorial	103
<i>Kai Ambos</i>	
7. Aproximación al Combate del Riciclaggio Originado en Actividades Terroristas	123
<i>Raúl Cervini</i>	
8. Límites del Normativismo en Derecho Penal	139
<i>Santiago Mir Puig</i>	

DOCTRINA NACIONAL

9. A Radicalização Garantista na Fundamentação das Decisões – Uma Abordagem a Partir do Tribunal	165
<i>Amilton Bueno de Carvalho</i>	
<i>Henrique Marder da Rosa</i>	
10. A Situação Atual da Ciência Penal	175
<i>Andrei Zenkner Schmidt</i>	

En tal sentido, cuando se habla de legitimación, se quiere decir que la razonabilidad de las medidas adoptadas en el ejercicio de la potestad penal del estado es una exigencia básica para poder fundar cualquier avance sobre la esfera de libertades personales. De allí entonces que el principio de proporcionalidad ejerce en esa consideración legitimadora una fuerte tendencia crítica por cuanto obliga a los funcionarios, legisladores y magistrados a ponderar con criterio prudencial la importancia de los bienes sociales y personales puestos en juego por los instrumentos penales.

Desde esa perspectiva, el poder judicial juega un rol fundamental a la hora de evaluar en sentido jurídico la actividad netamente política de las otras esferas del poder asumiendo el objetivo de la necesaria adecuación entre los intereses comunitarios y el resguardo del ámbito de libre desarrollo de la persona humana.

6

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

Kai Ambos

Catedrático de Derecho penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional, Georg-August Göttingen, Alemania.

PRÓLOGO

Conheci o Prof. Cezar Bitencourt pessoalmente há pouco tempo, como grande conhecedor de carnes e excelente anfitrião. Foi uma grande honra para mim ter sido convidado a frequentar a casa de um dos grandes penalistas brasileiros vivos, cuja generosidade já havia sido manifestada anteriormente com a doação de suas obras à biblioteca de Direito Penal estrangeiro e internacional da Faculdade de Direito da Georg August Universität Göttingen. Por essas e outras razões é que aceitei, com prazer, o convite para dedicar algumas linhas sobre um tema de bastante atualidade a este grande pensador e amigo.

1. 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 inadmisibile 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

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

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, nº 9, p. 18, (subrayados del autor).

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 principio de la igualdad soberana de los Estados. Este se aplica tanto verticalmente, en la relación de Naciones Unidas con los Estados (Art. 2, 7 de la Carta), como de forma más débil⁴ horizontalmente en las relaciones interestatales.⁵ La proyección del *ius puniendi* nacional sobre casos extra-territoriales 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 la límite jurídico-internacional del ejercicio del 'ius puniendi' estatal. Todo ello es también constatable⁷ en numerosos acuerdos de derecho internacional.⁸ La aceptación de una posible competencia-sobre-la-competencia

3 PCIJ, ibidem.

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 número marginal = nm. 50), mientras el art. 2, 7 de la Carta protege a los Estados de toda injerencia de Naciones Unidas en los asuntos de *domaine réservé* (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).

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

2. 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 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

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).

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.).

un punto de conexión legítimo. En el primer caso, un Estado ejercita su potestad jurisdiccional penal supliendo a otro; esto supone, como veremos mas 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 derecho¹³ 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 razonable ('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.

13 Sobre la prohibición de la arbitrariedad cfr. WENDT Das passive Personalitätsprinzip 1965, pp. 98 y s.; MARTIN Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen 1989, p. 142; HENRICH Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht 1994, pp. 186 y ss.; sobre la prohibición del abuso de derecho cfr. ya DAHM Zur Problematik des Völkerstrafrechts 1956, pp. 38 y s.; ROSSWOG (nota 10), pp. 158 y ss.; ZIEHER Das sogenannte Internationale Strafrecht nach der Reform 1977, pp. 67 y s.; discrepando PAPPAS Stellvertretende Strafrechtspflege 1996, p. 89.
14 Cfr. OXMAN Jurisdiction of States "Encyclopedia of Public International Law" (EPIL) III, 1997, 55 (56).
15 FITZMAURICE 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), pp. 36 y ss.

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 principios del derecho penal de competencias 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

3. LOS PRINCIPIOS CONCRETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL

3.1. 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

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.
21 Así si bien tendencialmente GRIBBOHM (nota 9) nm. 147.
22 ROGGMANN Strafrechtsanwendung und Rechtshilfe zwischen beiden deutschen Staaten 1975, pp. 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.

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 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 apoyado 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.

3.1.1. 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

24 Cfr. PCIJ (nota 2) así como las 'dissenting opinions' de WEISS ibidem, p. 44; NYHOLM ibidem, p. 59, 62; ALTAMIRA ibidem, 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 (nota), p. 8; AMNESTY INTERNATIONAL Universal Jurisdiction, cap. I, p. 4 y ss.; ROSSWOG (nota 10) pp. 172 y s.; HENZELIN Le principe de l'universalité en droit pénal international 2000, pp. 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.

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) pp. 457, 468.

28 PCIJ (nota 2) p. 20.

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. Comisión*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. 85³⁴ 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

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/UEPMMANN "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 Ibidem. pp. 196 y ss.

34 Ibidem. pp. 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 Ibidem. pp. 177 y ss.

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.

3.1.2. El principio del pabellón

El principio del pabellón atribuye el poder soberano sobre buques, aeronaves y vehículos espaciales al Estado cuyo pabellón enarbolan 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 conse-

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, pp. 436 y ss.

37 Del mismo modo MENG (nota) 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.

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

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

cuencia: "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 el principio del pabellón también cuando se encuentran todavía en tierra.⁴⁰

3.2. 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 en 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 puede justificarse con una sobrevaloración ideológica de la conexión entre Estado de origen y autor, vinculada a un punto de vista basado meramen-

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

te en la nacionalidad; primaria 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 6.5.1940⁴³— 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 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).

41 VWEBER *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* Festschrift 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) 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.

45 ICJ Reports (nota 11).

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

3.3. 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).

3.3.1. 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

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.

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

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: "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.

3.3.2. 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.

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

48 BVerfGE 92, 277 (p. 319).

49 BVerfGE 92, 277 (pp. 317 y s.).

50 BVerfG ibidem.

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.

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 sólo 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 atemperada 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

53 Sobre ello también OEHLER (nota) nm. 127 y s., 666 y s.; PLUTTE Zum Umfang der nach § 7 StGB erforderlichen Prüfung ausländischen Strafrechts 1982, pp. 41 y ss. (51); GRIBBOHM (nota 9) nm. 130; LEMKE (nota 22) nm. 11; referencias al derecho comparado en OEHLER ibidem, nm. 632 y ss.

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

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 universal⁵⁵ 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. Este se refuerza con la exigencia de una idéntica norma del lugar del hecho (*lex loci*). El principio de universalidad va sin embargo más allá. No sólo 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 sólo 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, éstos 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

⁵⁵ Sobre sus fundamentos teóricos e históricos cfr. HENZELIN (nota 24) pp. 33 y ss.

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 sólo del Estado enjuiciador sino también de otros Estados; en 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 aquéllos "... mas 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 acarrearán 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

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

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

⁵⁸ Ver supra nota.

incluyen la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y la llamada desaparición forzada de personas.

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 1988⁶¹— 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 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

⁵⁹ Cfr. AMBOS (nota) § 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) § 6 nm. 28.

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

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, este 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 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

⁶⁴ Acertadamente HENRICH (nota 13) p. 98; Pappas (nota 13) pp. 95 y ss.

⁶⁵ Cfr. § 7.2 Proyecto alternativo de Código penal alemán; JESCHECK (nota 10) 75 (80, 91); VÖGLER 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) Vor §§ 3-7, nota 381 y § 6 nm. 11, 12, 14, 22 y ss.

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.

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 inculcado, 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

⁶⁸ Cfr. AMBOS (nota) 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) nm. 147, 818; GRIBBOHM (nota 9) nm. 144.

⁷⁰ Cfr. AMBOS (nota) § 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/UEPMMANN 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;
 PERMANENT 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, Grütznert-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.

APROXIMACIÓN AL COMBATE DEL RECICLAGGIO ORIGINADO EN ACTIVIDADES TERRORISTAS*

Raúl Cervini

Catedrático de Derecho Penal y director del Área Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor titular (G 4) de la Universidad de la República. Secretario general para América Latina y segundo vicepresidente del Consejo Consultivo Internacional del International Center of Economic Penal Studies (ICEPS).

1. PLANTEOS INTRODUCTORIOS

1. Entendemos que todo abordaje al tema global del terrorismo, especialmente en lo que refiere a la prevención y el combate al *reciclaggio* de sus actividades y financiamiento, tiene componentes metodológicos inherentes a los mecanismos financieros involucrados y componentes culturales, principalmente en lo que refiere al terrorismo fundamentalista islámico. Hemos señalado en nuestra ponencia del pasado año, durante el IV Curso de Especialización, dedicada a la "Macro o extracriminalidad económica como riesgo de empresa", que una exacta identificación y comprensión de los fenómenos de macrodelincuencia económica —como lo son sin duda alguna también los procesos de *reciclaggio* del terrorismo internacional— requieren una evaluación estructural global lo suficientemente amplia como para que no se desentienda de la dinámica de los mecanismos económicos y culturales involucrados.

2. En lo que refiere a los aspectos metodológicos, hemos expresado que hay dos formas de abordar las modalidades de extradelinquencia. Una es el *análisis clínico-sintomatológico* de aquellas aristas que definen, que singularizan como síntomas característicos este tipo de desviaciones macroeconómicas. La otra metodología posible consiste en revertir el enfoque y profundizar en el conocimiento de los propios mecanismos económicos. Este enfoque metodológico opera como un *análisis tomográfico* de dichos mecanismos para detectar, a partir de sucesivas instantáneas operativas, los niveles técnicos y prácticos de vulnerabilidad de todo el sistema.¹

* Contribución inédita basada en ponencias presentadas por el autor en el V Corso Internazionale di Formazione in Diritto Penale: *Economia illegale e mercato finanziario. La lotta al terrorismo internazionale*, organizado por la Secretaría General para Europa del ICEPS, Nápoles, 28-30 de octubre de 2004, y en la reciente Cumbre Académica Contra el Terrorismo: *Aspectos políticos, culturales, jurídicos y económicos*, celebrada en el Centro de Congresos de Madrid, marzo del 2005.

¹ Sobre aspectos metodológicos véase CERVINI, Raúl, "Macrocriminalidad económica. Apuntes para una aproximación metodológica analítica", en "Anales del Seminario Internacional de Dere-