

# LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN ALEMANIA\*

Kai Ambos

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Göttingen\*\**

AMBOS, Kai. La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-17, p. 17:1-17:31. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-17.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-17 (2005), 5 nov]

**RESUMEN:** Después de una breve introducción sobre las formas de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el presente trabajo analiza las dos leyes principales alemanas de implementación: El Código de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) y la Ley para la implementación del Estatuto de Roma de la CPI (*Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des IStGH*), en particular su art. 1 que regula la cooperación con la CPI con la “Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof” (IStGHG). En la parte de derecho

material del trabajo sobre el VStGB se analiza también el principio de jurisdicción universal (§ 1 VStGB) y su aplicación práctica (§ 153f StPO). En la parte procesal se explica también las formas y problemas de cooperación entre Estados y Tribunales penales internacionales comparados con la cooperación inter-estatal. El artículo también presenta una bibliografía separada y – como anexo – la traducción del VStGB al castellano.

**PALABRAS CLAVES:** Corte Penal Internacional, implementación Estatuto de Roma, *Völkerstrafgesetzbuch*, jurisdicción universal, cooperación con la CPI, parte general, crímenes internacionales, extradición/entrega.

Fecha de recepción: 12 octubre 2005

Fecha de publicación: 5 noviembre 2005

**SUMARIO:** Siglas y abreviaturas. Introducción. I. El Código Penal Internacional (VStGB). 1. Jurisdicción y competencia alemana. 2. La Parte General. 3. La Parte Especial. II. La Ley para la implementación del Estatuto de la CPI (IStGH-Ausführungsg), en particular la Ley sobre la Cooperación con la CPI (IStGHG). 1. Preliminar: El imperio del Derecho Penal Internacional, cooperación vertical y la obligación de cooperación. 2. La Ley de Cooperación Alemana. **BIBLIOGRAFÍA. ANEXOS.**

\* Trabajo preparado en el marco del proyecto de “Implementación del Estatuto de Roma en América Latina”, realizado en cooperación con la Fundación Konrad Adenauer, Programa de Estado de Derecho para América del Sur, Montevideo, Uruguay. Por más información ver: [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html) Traducción de Pablo Galain Palermo y Oliver Büchl; revisión del autor. Agradezco también las sugerencias de Ezequiel Malarino.

\*\* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen, Alemania; Director del Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional. <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/k.ambos>

### Abreviaturas y siglas

AA	Auswärtiges Amt (Ministerio de Asuntos Exteriores)
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal
art.	artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara Territorial de Alemania)
BT	Bundestag (parlamento alemán)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
CLF	Criminal Law Forum (Revista internacional)
Eur.J.Crime	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (Revista internacional)
FS	Festschrift (libro homenaje)
FYBIL	Finnish Yearbook of international law (Revista Finlandia)
GBA	Generalbundesanwalt (Fiscal General Federal)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GS	Gedächtnisschrift (Libro homenaje)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial)
Hrsg.	Herausgeber (editor)
ICLR	International Criminal Law Review (Revista internacional)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia)
IRG	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Ley de asistencia judicial en asuntos penales)
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof (Corte penal internacional)
IStGH-AusführungsG	Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des IStGH (Ley para la implementación del Estatuto de Roma de la CPI), BGBI. 2002 I p. 2144
IStGHG	Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (Ley sobre la cooperación con la CPI, art. 1 de la IStGH AusführungsG)
JICJ	Journal of International Criminal Justice (Revista internacional)
JStGHG	Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia)
JZ	Juristen Zeitung (Revista alemana)
KK	Karlsruher Kommentar (Comentario StGB Alemania)
LJIL	Leiden Journal of International Law (Revista internacional)
LR	Löwe Rosenberg (Comentario StPO Alemania)
Müko	Münchener Kommentar (Comentario al StGB Alemania)
NJ	Neue Justiz (Revista Austria)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Revista alemana)
nm.	nota(s) marginal(es)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista alemana)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)

RP	Revista Penal (España)
RStGHG	Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda)
SK	Systematischer Kommentar (Comentario StGB Alemania)
StGB	Strafgesetzbuch (CP Alemania)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal de Alemania)
StV	Strafverteidiger (Revista alemana)
UN	United Nations (Naciones Unidas)
US	United States (Estados Unidos)
U.S.A.	United States of America (Estados Unidos de América)
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal internacional alemán)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Revista alemana)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista Alemania)

## Introducción

A la hora de implementar el Estatuto de Roma los Estados Partes tienen un amplio margen. No obstante, debido a las obligaciones de transformación (que ya mencioné en otra parte),<sup>1</sup> en especial las relativas a cuestiones procesales (art. 88), una negativa a reformar la legislación interna no se encuentra entre las opciones posibles. Por lo demás, los Estados tienen la libertad de optar entre una *implementación limitada* o una *implementación completa*.<sup>2</sup> Como solución mínima se presenta una implementación limitada mediante la introducción de las normas de procedimiento necesarias para la cooperación y la ampliación de los delitos correspondientes a la Administración de Justicia respecto a la Corte Penal Internacional (CPI). En caso de optar por el modelo de una implementación completa, es posible remitir al Estatuto de Roma en su totalidad o en determinadas partes (así llamado *modelo de remisión o remitivo*), o de codificar (por separado) las respectivas partes en el derecho nacional (así llamado *modelo de codificación*). La mayoría de los Estados Parte que han comenzado el proceso de implementación<sup>3</sup> han optado por seguir el camino de una implementación completa.<sup>4</sup> El modelo de remisión ha sido hasta el momento puesto en práctica especialmente por los países que pertenecen al sistema del *common law*, aunque en este sentido haya que diferenciar entre quienes han optado por una aplicación directa del Estatuto (Sudáfrica) o por una adopción por remisión (Canadá, Nueva Zelanda). Una adopción literal (“reproducción”) de los tipos penales del Estatuto – en el sentido del modelo de remisión – se puede encontrar en el derecho

<sup>1</sup> Ambos, en Ambos/Malarino, 2003, p. 25 y ss.

<sup>2</sup> Compárese respecto a las opciones, de manera instructiva Werle, JZ 2001, p. 886 y ss., sin embargo éste se refiere sólo al derecho material.

<sup>3</sup> Según *Insight* 2/2004, p. 20 estos son únicamente 30 de 97 Estados Parte.

<sup>4</sup> Compárese Eser/Sieber/Kreickeb (eds.), p. 2003 y ss.; Kreß/Lattanzi, p. 2000; Vandermeersch, Sluiter, Boas y Hay en JICJ 2004, p. 133 y ss.; Höpfel/Angermeier, en: Reichel, 2005, p. 319 y s.; para Latinoamérica Ambos/Malarino, 2003; Grammer, en: Ambos/Malarino/Woischnik, 2005, p. 45 y ss.; CAJ, 2004, p. 29 y ss. así como RP 14 (julio de 2004), p. 209 y ss.; referente a Canadá Burchards, 2005, p. 338 y ss. Sobre la persecución nacional del genocidio y su implementación ver recientemente Kreicker, ICLR 5 (2005), 313 (319 y ss.).

belga. En cambio el modelo de codificación suele estar más difundido en los Estados que pertenecen al ámbito del “civil law”. En el caso de Alemania han sido dictadas dos leyes especiales tanto de naturaleza material como también procesal: El Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) y la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (*IStGH-AusführungsgG*). Antes de presentar estas leyes con mayor detalle, es necesario hacer algunos comentarios acerca de la *situación constitucional*: en primer lugar, el legislador alemán<sup>5</sup> ha calificado a la CPI como una institución interestatal en el sentido del art. 24 párrafo 1 de la Constitución (*Grundgesetz*, GG) y por consiguiente le ha otorgado derechos de una auténtica institución supranacional. De este modo, los actos de la CPI tienen efecto inmediato en el ordenamiento jurídico alemán. Según la opinión del legislador, el Estatuto de la CPI también cumple con los requisitos básicos jurídico-estatales de un Estado de Derecho. Al mismo tiempo el legislador ha decidido –de modo aclaratorio– hacer una excepción del principio que prohíbe la extradición de ciudadanos alemanes (art. 16 párrafo 2 inciso 1 de la Constitución, GG), previendo la extradición de éstos a los países miembros de la Unión Europea y a Tribunales Internacionales, “siempre y cuando sean cumplidos los principios jurídicos básicos del Estado de Derecho”.<sup>6</sup> Esta salvedad que refiere al Estado de Derecho permitirá a cualquier afectado denunciar posibles violaciones constitucionales por parte de la CPI referentes al procedimiento de entrega, y del Estatuto de la CPI en general, a través de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad (*Verfassungsbeschwerde*). El Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) sólo recientemente –en relación con el examen de la constitucionalidad de la ley alemana<sup>7</sup> de implementación de la decisión marco<sup>8</sup> sobre la orden de detención europea- ha puesto de manifiesto la importancia considerable que atribuye a la (en principio) prohibición de extradición del art. 16 de la Constitución: la prohibición de extradición garantizaría la “especial vinculación de los ciudadanos” respecto de su ordenamiento jurídico y en principio los ciudadanos no podrían ser “excluidos”.<sup>9</sup> Una limitación de la prohibición de extradición –sea a causa del derecho europeo o internacional- debería, por ello, ser “proporcional”, especialmente, una injerencia en el ámbito de protección del art. 16 debería tener lugar “con cautela”, dado que estaría en juego, *inter alia*, la protección de los principios de *seguridad jurídica* y de la *protección de la confianza* para los ciudadanos afectados por la extradición.<sup>10</sup> La confianza en el propio ordenamiento jurídico estaría entonces protegida de manera especial, “cuando la conducta en la cual se asienta la solicitud de extradición tenga una referencia interior decisiva” (“maßgeblichen Inlandsbezug”).<sup>11</sup> Según la opinión del Tribunal Constitucional Federal la ley

<sup>5</sup> Boletín Oficial de Leyes Federales (*Bundesgesetzblatt*, BGBl) 2000 II p. 1393.

<sup>6</sup> Boletín Oficial de Leyes Federales (BGBl) 2000 I p. 1633. Al respecto *Uhle*, NJW 2001, p. 1889 y ss.; *Zimmermann*, JZ 2001, p. 233 y ss.; *Rohlf*, 2003, p. 62 y s.; *Grützner/Pötz/Kreß*, Vor III 26 nm. 372.

<sup>7</sup> Ley sobre la orden de detención europea (EuHbG) del 21.7.2004 (BGBl. I p. 1748).

<sup>8</sup> Decisión marco del Consejo relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros del 13.6.2002 (RbEuHb), ABl Nr. L 190 del 18. 7.2002, p. 1 ss.

<sup>9</sup> *BVerfG* 18.7.2005, 2 BvR 2236/04 (<www.bundesverfassungsgericht.de>), Leitsatz (LS) 1.

<sup>10</sup> *BVerfG*, arriba nota 9, LS 3.

<sup>11</sup> *BVerfG*, arriba nota 9, LS 4.

sobre la orden de detención europea (EuHbG) no tiene suficientemente en cuenta estos principios, por lo cual sería inconstitucional y nula.

## I. El Código Penal Internacional (VStGB)

El VStGB<sup>12</sup> tiene entre otros objetivos el de “mejorar la concepción específica del injusto de los crímenes contra el derecho internacional...” y “de fomentar tanto la certeza jurídica como la aplicación en la práctica.”<sup>13</sup> Por ello, en el VStGB se encuentran codificados en los Arts. 5 a 8 esencialmente los principales crímenes internacionales, *scilicet*\* el genocidio (§ 6 VStGB), los crímenes de lesa humanidad (§ 7 VStGB), los crímenes de guerra contra personas y ciertos objetos protegidos (§§ 8-10 VStGB) así como los crímenes de guerra mediante la utilización de métodos y medios prohibidos como estrategia de combate (§§ 11, 12 VStGB). Por el contrario, en cuanto a la Parte General rige básicamente el Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB, comp. § 2 VStGB). Así están previstas reglamentaciones especiales para el principio de derecho universal (§ 1, § 153f de la Ordenanza Procesal Penal, *Strafprozessordnung*, StPO), el actuar bajo órdenes (§ 3), la imprescriptibilidad (§ 5) y sobre todo la responsabilidad de mandatarios militares y otros superiores (§§ 4, 13, 14).

### 1. Jurisdicción y competencia alemana.

El § 1 del VStGB prevé el principio de jurisdicción universal. Esta norma adapta la jurisdicción penal alemana en caso de delitos internacionales a un *sistema internacional de justicia criminal* (“*international criminal justice system*”), el cual -con tal de evitar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos- prioriza la competencia de aquellos países en los que se ha producido el hecho (principio de territorialidad), del cual es ciudadano el autor o la víctima del crimen (personalidad activa y pasiva); en segundo lugar, la competencia de la CPI, y en caso de ser necesario, en otros Tribunales Internacionales;<sup>14</sup> y en tercer lugar, la competencia de terceros países en aplicación

<sup>12</sup> Boletín Oficial de Leyes Federales (BGBl) 2002 I p. 2254. Referente al VStGB: *BMJ*, 2001; *Wirth/Harder*, ZRP2000, p. 146 y s.; *Werle*, JZ 2000, p. 755 y ss.; *el mismo*, JZ 2002, p. 725 y ss.; 2003, p. 87 y ss.; *Werle/Jessberger*, CLF 13 (2002), p. 191 y ss.; *Kreß*, 2000; *el mismo*, NSTZ 2000, p. 617 y ss. (p. 619); *Zimmermann*, NJW 2002, p. 3068 y ss.; *el mismo*, ZRP 2002, p. 97 y ss.; *Kreicker*, 2003, p. 58 y ss.; *Wirth*, JICJ 2003, p. 151 y ss.; *Manacorda/Werle*, RSC 2003, p. 501 y ss.; *Weigend*, Vogler-GS 2004, p. 201 y ss.; *Geiger*, en: Alflen da Silva, 2004, p. 77 y ss.; *Engelhart*, Jura 2004, p. 742 y s.; *Eser*, Burgstaller-FS, 2004, p. 369 y ss.; *Hübner*, 2004, p. 302 y ss.; *Safferling*, Annual of German & European Law vol. I (2003), p. 365 y ss.; de manera crítica *Satzger*, NSTZ 2002, p. 125; *Dietmeier*, Meurer-GS 2002, p. 333 y ss. El material se encuentra expuesto en *Lüder/Vormbaum*.

<sup>13</sup> Impreso del Consejo Federal de la Cámara de los Länder (*Bundesrat Drucksache*, BR-Drucks.) 29/02, 18.1.2002, en *Lüder/Vormbaum*, p. 23.

\* **N. de T.** Latinazgo que en alemán puede traducirse como *nämlich* y en español: “esto es”, “o sea”, “a saber”.

<sup>14</sup> Compárese para los Tribunales Ad-hoc instalados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la antigua Yugoslavia y Ruanda <[www.un.org/icty](http://www.un.org/icty)> así como <[www.un.ictj.org](http://www.un.ictj.org)>. Compárese referente a los Tribunales híbridos en el Còsovo, Timor Oriental, Sierra Leone y Camboya *Ambos/Othman* (eds.), *New approaches in international criminal justice*, 2003. Compárese para el Tribunal Especial de Irak <[www.cpa-iraq.org/human\\_rights/Statute.htm](http://www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm)>. Compárese también los links bajo [www.jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Links/ICL/Tribunals.html](http://www.jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Links/ICL/Tribunals.html).

del principio de jurisdicción universal.<sup>15</sup> Haciendo una lectura más detallada del § 1 del VStGB, se pone de manifiesto que hay que diferenciar entre “los *crímenes* señalados en el mismo” de “[otros] *delitos contra el derecho internacional* señalados en el mismo”.

Por crímenes graves debemos entender -siguiendo las reglas generales (§ 2 del Código Penal Internacional, VStGB) conforme el § 12 párrafo 1 del Código Penal (StGB)- aquellos actos amenazados con una pena mínima de un año, por lo tanto, el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra (§§ 612). Únicamente para estos hechos el § 1 ordena la validez del VStGB “también en aquellos casos en que el hecho delictivo fue perpetuado en el extranjero y no tiene ninguna vinculación con el Estado”. De esta manera, la competencia de los juzgados alemanes está basada -independientemente del lugar del hecho u otros puntos de conexión para la competencia penal<sup>16</sup>- en el *auténtico principio de jurisdicción universal*, cuya base de entendimiento restrictivo ha sido específicamente derogada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)<sup>17</sup> a través del enunciado: “sin relación con el territorio nacional”.<sup>18</sup> Así las cosas, en un correcto entendimiento de la competencia según el principio de jurisdicción universal *no se requiere de un punto de conexión nacional* (territorio, nacionalidad etc.). Más bien el ejercicio del principio de justicia universal constituye por si mismo un legítimo punto de partida para la ejecución de los intereses comunes de los Estados,<sup>19</sup> el cual -sin embargo- no está basado en reflexiones de soberanía tradicionales, sino que se deduce únicamente del desvalor del hecho.<sup>20</sup> Una violación del principio internacional de no intervención está descartada, ya que la persecución de los principales crímenes codificados en los §§ 6 a 12 (“*core crimes*”) es un interés de toda la humanidad.<sup>21</sup> Los *demás delitos* (§§ 13, 14) constituyen delitos (§

<sup>15</sup> Compárese Münchner Kommentar (Müko)-Ambos, § 1 VStGB nm. 22 y s. (tomo V, en vías de publicación).

<sup>16</sup> Referente a los puntos de partida del *ius puniendi* legitimadores jurídico-internacionales, Müko-Ambos, nota preliminar §§ 3-7 StGB nm. 25 y ss. (2003).

<sup>17</sup> NStZ 1994, p. 232 (233) con observación afirmativa de Oehler, NStZ 1994, p. 485; Tribunal Supremo Federal (BGH) NStZ 1999, p. 236; StV 1999, p. 240; Tribunal Supremo Federal (Bundesgerichtshof, BGHSt) 45, p. 64 (65 y s., 68 y s.), sin embargo dejándolo en suspenso respecto a crímenes de guerra (69). Compárese Müko-Ambos, § 6 StGB nm. 1, 4 y ss. (2003); Müko-Ambos, § 1 VStGB nm. 19 (en vías de publicación).

<sup>18</sup> Compárese la exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (Bundesministeriums der Justiz, BMJ) 2001, p. 25 (borrador del grupo de expertos creado por el Ministerio de Justicia); también en: Lüder/Vormbaum, (borrador de ponencia según el impreso del Consejo Federal 29/02). La exposición de motivos se encuentra en el apéndice de este libro. Compárese también Werle JZ 2001, p. 885 (890); Werle/Jeffberger JZ 2002, p. 724 (729); Zimmermann NJW 2002, p. 3068 (3069); Abg. Pick, en: Lüder/Vormbaum, en el lugar citado p. 80; Zypries, en: Theissen/Nagler (eds.), 2004, p. 11 (14).

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional Aleman (BverfG) NJW 2001, p. 1848 (1852); Doehring nm. 820; del mismo modo Princeton Principles, p. 43; Amnesty International, chapter I, p. 14 y s.; Scharf, p. 76; Broomhall, p. 400; El Zeidy, después de la nota al pie de la página 37; también Joyner, p. 169, 171; Brown New England Law Review 35 (2001), p. 383; principio de derecho universal como “*special exception*” a la regla del punto de conexión; Weigend, GS Vogler, p. 208; inadvertido por Klages, Meeresumweltschutz und Strafrecht, 1989, p. 153 y acaso también por Bassiouni, p. 136 y s.

<sup>20</sup> Ambos NStZ 1999, p. 226 (227); Werle/Jeffberger, p. 729; Satzger NStZ 2002, p. 125 (131); *el mismo*, § 16 nm. 38; Rau, p. 214; LR-Beulke, StPO (25. Edición), Suplemento 2003, § 153f nm. 2; Blanco Cordero, La Ley 5980, p. 5: “naturaleza” del delito.

<sup>21</sup> Exposición de motivos en: Tribunal Federal de Justicia (BMJ), p. 25; Lüder/Vormbaum, p. 26.

\* **N. de T:** Se trata de los *Vergehen* que son delitos castigados con penas inferiores a un año. Cuando se



12 inc. 2 Código Penal, StGB),\* por lo que la jurisdicción penal alemana solamente puede deducirse de los §§ 3 y siguientes del StGB sobre la base de los puntos de conexión (nacionales) previstos en ellos.<sup>22</sup>

La orden de preferencia de las competencias para juzgar los crímenes internacionales -que he descrito anteriormente- es resguardada procesalmente por el § 153f StPO (véase el texto en el anexo). Con esta norma el legislador intenta transformar el orden de competencias al derecho nacional. La norma tiene como fin *contrarrestar* el temor de *una sobrecarga de la justicia*<sup>23</sup> y de limitar la persecución penal a “casos que valgan el esfuerzo”.<sup>24</sup> Los principios de legalidad y oportunidad (opuestos en el derecho procesal) experimentan una concretización y un nuevo ajuste de los delitos cometidos en el extranjero señalados en el VStGB frente a la norma del § 153c párrafo 1 StPO, la cual se refiere a los demás hechos cometidos en el extranjero (compárese el § 153c párrafo 1 inciso 2 StPO).<sup>25</sup> El § 153f StPO hace referencia a *todos* los delitos del VStGB (§§ 6-14), aunque sólo los crímenes de los §§ 6 a 12 recaigan bajo el auténtico principio de jurisdicción universal, y en cuanto atañe a los delitos contenidos en los §§ 13 y 14, como ya fuera mencionado antes, siga siendo aplicable el derecho penal general (§§ 3 y siguientes del Código Penal, StGB). En cuanto a estas normas, pues, se hubiera podido dejar las cosas en la aplicación de la norma general del § 153c StPO (principio de oportunidad en caso de hechos delictivos cometidos en el extranjero).

A *grosso modo* el ejercicio del poder discrecional con base en el principio de oportunidad se estructura en dos direcciones, teniendo en cuenta el objetivo superior de evitar la impunidad:<sup>26</sup> Si el delito tiene un punto de conexión nacional -esto es, en los casos en los que el sospechoso<sup>27</sup> se encontrase en territorio nacional (§ 153f, párrafo 1 inciso 1 StPO) y/o cuando fuera de nacionalidad alemana (§ 153f, párrafo 1 inciso 2 StPO)-; de las normas citadas se deduce en sentido inverso una obligación *fundamental* de persecución penal; no obstante cabe abstenerse de perseguir a un alemán (“solamente”) cuando el hecho sea perseguido por un Tribunal Penal Internacional, por el Estado de comisión del hecho o por el Estado de la víctima (§ 153f párrafo 1, inciso 2 StPO), ya que también de este modo se cumple con la necesidad de imponer una sanción por parte de la comunidad internacional.<sup>28</sup> Si por el contrario *no existiese conexión alguna*

trata de delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a un año nos encontramos con la categoría de *Verbrechen*.

<sup>22</sup> Exposición de motivos en: *Lüder/Vormbaum*, p. 26.

<sup>23</sup> Exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 85; *Lüder/Vormbaum*, p. 60.

<sup>24</sup> *Zypries*, p. 14.

<sup>25</sup> Exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 84; *Lüder/Vormbaum*, p. 59 y s.; *Kreß*, NStZ 2000, 625; *Jeßberger*, p. 48; LR-*Beulke* § 153f nm. 9.

<sup>26</sup> Exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 85; *Lüder/Vormbaum*, p. 60; también KK-*Schoreit* § 153f nm. 2; LR-*Beulke* § 153f nm. 4.

<sup>27</sup> En este lugar la norma habla equivocadamente de un inculpado (compárese LR-*Beulke* § 153f nm. 14; *Weigend*, GS Vogler, p. 209 nota de pie de página 49).

<sup>28</sup> Compárese respecto a la relación entre el art. 17 del Estatuto de la CPI y § 153f StPO LR-*Beulke* § 153f nm. 24, el cual quiere dar por suficiente la petición presentada según el § 68 IStGHG (BGBl. I 2002, p. 2144) por parte del Ministerio de Justicia (BMJ) en acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores (AA) a la CPI para asumir el cargo de las investigaciones (mas exactamente: § 68 párrafo 2 no. 1 con art. 14 Estatuto de la CPI) y no insistir en la apertura de hecho de investigaciones por parte de la CPI, para poder sobreeser (¡de manera provisional!) según el § 153f StPO.

*con el territorio nacional* -cuando no existen alemanes involucrados en el hecho, ni como víctimas, ni como autores (§ 153c párrafo 2 n°s 1 y 2 StPO) y cuando el inculpa- do no se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia (§ 153c párrafo 2 n°s 1 y 2 StPO)- “en particular es posible“ la abstención de una persecución penal, siempre y cuando -¡con tal de evitar la impunidad!- la persecución fuese asumi- da por un Tribunal Internacional o por el Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho. Lo mismo tiene validez -en excepción de la obligación fundamental de perse- guir los casos en los que el inculpa- do se encuentre en el territorio nacional según el § 153f párrafo 1 inciso 1 StPO en sentido contrario- cuando un inculpa- do extranjero se encuentra en territorio nacional pero no haya que lamentar ninguna lesión por parte de un alemán (§ 153f párrafo 2 inciso 2 en relación con el inciso 1 n° 2 StPO) y su entrega a un Tribunal Internacional o más bien su extradición al Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue víctima del hecho (§ 153f párrafo 2 inciso 2 en relación con el inciso 1 n° 4 StPO) sea admisible e intencionada (§ 153 párrafo 2 inciso 2 StPO).<sup>29</sup> Más allá de esto, es decir, del § 153f párrafo 1 inciso 1 en relación con el § 153c párrafo 1 n° 1 y 2 StPO, resulta que en caso de *hechos “puramente” extranjeros* en el sentido ahí definido -cuando el sospechoso no se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia- también es posible abstenerse de una persecución, en caso que ninguna otra jurisdic- ción se declare dispuesta a iniciar una persecución (pero véase a continuación).<sup>30</sup>

El § 153f introduce una “*prioridad escalonada de competencias*”<sup>31</sup> cediendo el pa- so de manera amplia -en los casos del § 153f párrafo 2 StPO- a aquellos tribunales extranjeros, o llegado el caso, a la CPI, cuando se encuentren más cercanos al lugar del hecho. La formulación “puede en particular“ (en lugar de “debe“)<sup>32</sup> expresa que en los mencionados casos se tenga que abstener “normalmente“,<sup>33</sup> o bien, “regularmente“<sup>34</sup> de la persecución de un hecho punible. Desde luego aclara al mismo tiempo que con el párrafo 2 del § 153f no se pretende una recogida parcial del auténtico principio de jurisdicción universal material, ni tampoco la exclusión de la posibilidad de la fiscalía de hacer uso de su facultad de persecución (a pesar de la existencia de los numerales 1 a 4).<sup>35</sup> También la amplia discrecionalidad en los *hechos puramente extranjeros* (§ 153f párrafo 1 inciso 1 StPO) no se debe interpretar en el sentido de una retracción del principio de jurisdicción universal, sino que está inspirada en la reflexión meramente

<sup>29</sup> Compárese detalladamente la fundamentación legal en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 85 y ss; Lü- der/Vormbaum, p. 60 y ss.

<sup>30</sup> Compárese la exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder/Vormbaum, p. 61; Weigend GS Vogler, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 3.

<sup>31</sup> Exposición de motivos de la ley en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder/Vormbaum, p. 60; Wei- gend GS Vogler, p. 209.

<sup>32</sup> Compárese para la formulación antigua todavía el borrador de los expertos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 14 y el borrador de ponencia en: Lüder/Vormbaum, p. 20.

<sup>33</sup> Weigend GS Vogler, p. 209.

<sup>34</sup> KK-Schoreit § 153f nm. 7.

<sup>35</sup> Compárese el reporte de la comisión de derecho del Parlamento Federal (Bundestag) (=BT- Rechtsausschuß) en: Lüder/Vormbaum, p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 32.



práctica que indica que en estos casos una persecución penal en Alemania no promete tener demasiado éxito.<sup>36</sup> En definitiva, se trata de evitar investigaciones innecesarias y perseguir solamente aquellos casos que tengan expectativas reales de ser resueltos con éxito.<sup>37</sup> Sin embargo, el objetivo superior de *evitar la impunidad* -también en caso de delitos cometidos absolutamente en el extranjero- puede llevar a una reducción del ejercicio de la potestad discrecional en beneficio del comienzo de la persecución, para poder preparar o apoyar una petición de asistencia judicial de las investigaciones que se llevan a cabo en otro país o por la CPI.<sup>38</sup>

La *competencia* para la persecución penal (respectivamente para el desistimiento de la demanda, § 153f párrafo 3 StPO) la tiene el Fiscal General (*Generalbundesanwalt*, GBA) (§ 120 párrafo 1 n° 8 junto con § 142a párrafo 1 de la Ley para la Organización Judicial de los Tribunales, *Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG); para dictar sentencia el Tribunal Superior del Land (*Oberlandesgericht*, OLG) (§ 120 párrafo 1 n° 8 de la GVG). La concentración de competencias en el Fiscal General (*Generalbundesanwalt*, GBA) se basa no solamente en la gravedad del delito, la complejidad de las cuestiones jurídicas, la importancia del despliegue investigativo y la homogeneidad de la aplicación del derecho<sup>39</sup> sino también en la motivación político-criminal de poner estos sensibles procedimientos políticos -de acuerdo con su relevancia- en manos de la máxima autoridad para la persecución penal. Por lo tanto, al Fiscal General (GBA) le corresponde la tarea -no siempre fácil- de ejercer la pertinente potestad discrecional en forma sabia, de manera que la persecución universal de crímenes internacionales no consista únicamente en puras manifestaciones de voluntad legales, en el sentido de un “Derecho penal simbólico”, evitando, por un lado, complicaciones diplomáticas (según el “modelo” belga), y por otro, cumplir con el rol de “Policía Mundial”. A su vez no se debería sustraer *a limine* la base de la encomiable finalidad legislativa de impedir la impunidad frente a graves crímenes internacionales, exigiendo una “posibilidad de suspensión o sobreseimiento debida a urgentes consideraciones político-exteriores”<sup>40</sup>, o bien, construyendo “con importantes objetivos de política exterior” un impedimento procesal a través del § 34 del StGB.<sup>41</sup> Sobre todo la última propuesta invierte la valoración legislativa del § 1 junto con el § 153f StPO, estando motivada por la valoración que (difusos) intereses político-exteriores prevalezcan (compárese § 34 párrafo 1 al final StGB) considerablemente (!) sobre el interés de proteger penalmente bienes

<sup>36</sup> Exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; *Lüder/Vormbaum*, p. 61; también LR-*Beulke* § 153f nm. 5.

<sup>37</sup> Compárese también KK-*Schoreit* § 153f nm. 3. Entretanto esto es reconocido también por los activistas de derechos humanos, compárese *Brody*, en: *Lattimer/Sands* (eds.), *Justice for Crimes Against Humanity*, 2003, p. 376 (380 y s.). Respecto a los problemas prácticos de la administración universal de la justicia, exhaustivamente *Hall*, p. 62 y ss.

<sup>38</sup> Respecto a esta idea de investigaciones “provisionales” o “asistenciales” (también en relación con el § 153f párrafo 2 StPO) compárese la exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; *Lüder/Vormbaum*, p. 61; *Weigend*, *Vogler-GS*, p. 209; KK-*Schoreit* § 153f nm. 9; LR-*Beulke* § 153f nm. 42; SK-*Weßlau* § 153f nm. 11.

<sup>39</sup> *Werle/Jeßberger*, p. 733.

<sup>40</sup> *Weigend*, *GS Vogler*, p. 209 nota al pie de la página 51.

<sup>41</sup> KK-*Schoreit* § 153f nm. 3. Referente al argumento de las “internacional tensions”, críticamente *Hall*, p. 57.

jurídicos fundamentales y de sancionar graves crímenes internacionales. Se comprende que tal argumentación representa en cierto modo la consecuencia de la solución procesal favorecida por el legislador, conduciendo ésta hacia un *control ejecutivo* de las actividades de persecución penal de crímenes internacionales,<sup>42</sup> y así, hacia un ejercicio de la potestad discrecional basada en políticas referentes al Derecho Internacional y también por motivaciones político-criminales.

Hasta el día 15 de noviembre del 2005 fueron presentadas 38 *denuncias* ante el Fiscal General (GBA) por supuestos crímenes según el VStGB. En 21 de estos casos el Fiscal General (GBA) se abstuvo de iniciar una instrucción en conformidad con el § 152 párrafo 2 StPO, principalmente porque los hechos denunciados ocurrieron antes de la entrada en vigor del VStGB. En catorce casos se abstuvo de la persecución conforme con el § 153f StPO y en los tres restantes la decisión aún está pendiente.<sup>43</sup> En la decisión del 10 de febrero del 2005 el Fiscal General (GBA) no accedió a la denuncia interpuesta contra el Ministro de Defensa de los EE.UU. *Donald Rumsfeld*, entre otras, por el maltrato de prisioneros iraquíes en el complejo carcelario Abu Ghraib.<sup>44</sup> En opinión del Fiscal General (GBA) se han cumplido los supuestos que permiten el sobreseimiento según el § 153f del StPO, diferenciando al mismo tiempo entre las personas denunciadas que no se encuentran en el ámbito de la CPI y que tampoco lo estarán (§ 153f párrafo 1 inciso 1), de aquellas que se encuentran y posiblemente se encontrarán en Alemania (§153f párrafo 1 inciso 2). Esta decisión deja lugar a la duda, si el ya mencionado control ejecutivo de la persecución penal de crímenes internacionales no conduce hacia una elusión del principio de jurisdicción universal, por lo cual sería necesario un *contrapeso judicial*.<sup>45</sup> Sin embargo, según la opinión mayoritaria un control judicial de las decisiones de la fiscalía de suspender un sumario basado en el principio de oportunidad (§ 153 y siguientes StPO) no sería posible (arg. e contrario §§ 170 y siguientes StPO).<sup>46</sup> Así las cosas, las dudas acerca de la decisión quedan sin resolver: ¿Es posible decir que los hechos ocurridos en Abu Ghraib son perseguidos en el sentido del § 153f párrafo 2, n° 4 StPO, cuando el Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho (Irak) cede esta persecución al país de origen del sospechoso (EE.UU.) y éste únicamente procede a enjuiciar a subordinados (receptores y ejecutores de órdenes) ante tribunales militares, manteniendo en la impunidad a los líderes que imparten las órdenes desde el Pentágono?<sup>47</sup> ¿No hubiera sido al menos posible y lícito un apoyo mediante investigaciones auxiliares?<sup>48</sup> El dilema aquí consiste en que el § 1

<sup>42</sup> SK- *Weßlau*, § 153f nm. 3.

<sup>43</sup> Oficio del Fiscal General del Estado (*Generalbundesanwalt*, BA) del 17.11.2005 en vista de interpelación del 1.11.2005. (Datos actualizados en el texto del artículo con fecha 25.12.2005 - N. del E.)

<sup>44</sup> Compárese declaración de prensa del 10.2.2005, [www.generalbundesanwalt.de/news](http://www.generalbundesanwalt.de/news) = JZ 2005, 311 – Los recursos de la parte querellante fueron rechazados finalmente por el OLG Stuttgart con decisión del 13.9.2005.

<sup>45</sup> Crítica mas detallada de MüKo-Ambos, § 1 VStGB nm. 29 y ss. (t. V, en vías de publicación).

<sup>46</sup> Por ello no sorprendió que el OLG Stuttgart rechazara la solicitud de la parte querellante en la decisión judicial del 13 de setiembre de 2005.

<sup>47</sup> Ver, por ej., *Seymour Hersh*, Abu Ghraib lesson unlearned, *Guardian Weekly* 27.5.-2.6.2005, p. 15: “No officer is facing criminal proceedings”; ver también *Basak*, HuV-I 2005, 91; *Human Rights Watch*, <http://www.hrw.org/english/docs/2005/04/27/usint10545.htm>

<sup>48</sup> Compárese arriba nota al pie de la página 33 y texto.

del VStGB en relación con el § 153f StPO difícilmente podrá ser interpretado de una manera tal que le corresponda al Estado reclamante del *ius puniendi* (en nuestro caso Alemania) juzgar sobre la conveniencia y eficiencia de procedimientos penales del Estado (perseguidor), en el caso de que estos procedimientos se realicen y el sistema jurídico del Estado perseguidor - en conformidad con criterios generales - haya de ser considerado como de Derecho.<sup>49</sup> No es necesario, y tampoco se debería de hacer alusión a este respecto - en contra de la opinión del Fiscal General - al principio de no-intervención, debido a que éste no tiene relevancia en el caso de los crímenes centrales del VStGB aquí tratados; así como tampoco es necesario recurrir a ponderaciones de política exterior.

## 2. La Parte General

En cuanto refiere a la Parte General, el VStGB solo contiene tres normas específicas: el actuar bajo órdenes (§ 3), la responsabilidad de los jefes y otros superiores (§§ 4, 13, 14) y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales (§5); por lo demás tiene vigencia el StGB (§ 2 VStGB). El § 3 transforma al art. 33 del Estatuto de la CPI<sup>50</sup> calificando el *actuar bajo órdenes* como causa de exclusión de la culpabilidad, en el caso de que el autor actúe en “cumplimiento de una orden militar o de una disposición de efecto vinculante objetivo comparable” y “no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuridicidad no sea evidente.” En virtud que se presume que existe una evidente antijuridicidad en las disposiciones referidas a la comisión de un genocidio y/o crímenes contra la humanidad (art. 33 párrafo 2 Estatuto de la CPI), tal causa de exclusión de la culpabilidad entra únicamente en consideración respecto a los crímenes de guerra.

En relación con la *responsabilidad de los superiores*<sup>51</sup> dos aspectos tienen una relevancia especial en cuanto al *principio de culpabilidad*: Por un lado, la expectativa de comportamiento del superior de cara a posibles contramedidas (impedir, prevenir, poner el asunto en conocimiento de la autoridades competentes a efectos de la persecución penal, art. 28 (a) (ii) y (iii) Estatuto de la CPI), y por otro lado, los supuestos subjetivos de su responsabilidad. En el caso de que el superior tenga conocimiento o desconozca por imprudencia los crímenes (dolosos) de los subordinados, éstos le son, *en definitiva* imputados, independientemente de las medidas contrarias *in concreto* que pudiera haber tomado. Así las cosas, se podría incluso responsabilizar al superior como autor de crímenes *dolosos* (de los subordinados) sobre la base de una *negligencia* (desconocimiento culposo). Esta contradicción valorativa no se puede resolver *de lege lata* (en vista del art. 28 Estatuto de la CPI),<sup>52</sup> sino sólo atenuar por medio del tipo de participación y de la pena. Constructivamente (*de lege ferenda*) habría que realizar la

<sup>49</sup> Por ello, acertadamente el Fiscal General (GBA), *ibidem*: “Con qué medios y en qué momento se investigue contra posibles sospechosos adicionales, tiene que ser dejado a decisión de las autoridades judiciales de los Estados Unidos de Norteamérica”.

<sup>50</sup> Compárese en detalle *Ambos*, 2005, p. 460 y ss., con más citas.

<sup>51</sup> Exhaustivamente *Ambos*, 2005, p. 295 y ss., con más citas.

<sup>52</sup> Compárese también *Weigend*, Roxin-FS 2001, p. 1397.

siguiente diferenciación: Teniendo conocimiento de los crímenes base el superior responde conjuntamente con los subordinados como autor por omisión (de estos crímenes base), siempre que los hubiera podido impedir; ahora bien, en caso de desconocimiento culposo no se le pueden imputar por autoría los crímenes base dolosos sino únicamente penarlo por un *delito independiente* -cometido de forma dolosa o culposa- que consiste en haber infringido un deber de vigilancia o en no haber denunciado los hechos. Pero como en estos casos no sólo se trata de una responsabilidad por autoría sino “tan sólo” por participación del superior, se debe imponer -para rendirle cuenta al principio de culpabilidad- una *pena* considerablemente *menor* (en relación a su cuota de responsabilidad) por el hecho de haber tenido conocimiento de los crímenes base y no haberlos impedido. Esta solución diferenciada se basa por una parte en el § 4 del VStGB y por la otra en los §§ 13, 14 del VStGB,<sup>53</sup> teniendo en cuenta que la no denuncia culposa de un hecho punible no está comprendida dentro del § 14 del VStGB (que en esta medida queda detrás del art. 28).<sup>54</sup>

Numerosas cuestiones de la Parte General quedaron fuera del VStGB porque el legislador partió de la base que, en la mayoría de los casos, las reglas “normales” de la Parte General del StGB corresponden a las reglas del Estatuto, o que, en todo caso, no se quedan atrás de la punibilidad prevista en el.<sup>55</sup> Sin embargo, también hay casos, en los que el legislador ha optado por aplicar las reglas alemanas de la Parte General por motivos de principio. Así, por ejemplo, se dejó fuera la norma sobre el *error de derecho* (art. 32 párrafo 2 Estatuto de la CPI) por haber sido considerado como dudoso según el principio de culpabilidad, dándole preferencia a la solución alemana del error de prohibición (§§ 16, 17 StGB).<sup>56</sup> Otro caso excepcional lo constituye el *derecho de inmunidad*. El VStGB ha renunciado a una derogación explícita de la inmunidad,<sup>57</sup> pero el art. 4 de la Ley para la implementación del Estatuto de Roma de la CPI (ver infra II. 2.) prevé que los §§ 18-20 de la Ley para la Organización Judicial de los Tribunales (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) -que regulan la inmunidad- no se opongan a una entrega o a otras medidas de ayuda judicial (nuevo § 21 GVG). En lo que concierne a la inmunidad parlamentaria (art. 46 párrafo 2 de la Constitución, GG) y la inmunidad del Presidente Federal (art. 60 párrafo 4 de la Constitución, GG), se ha de partir de la base que -dado el caso- ésta será anulada o sustituida por el efecto directo de una orden de detención de la CPI así como por un pedido de detención y de entrega<sup>58</sup> (art. 24 de la Constitución, GG).<sup>59</sup> En favor de esta causa también habla que la jurisprudencia

<sup>53</sup> A favor *Cassese*, 2003, p. 206 y s.: “*excellent*”; también *Lahti*, en: ADIDP, 2004, p. 349 y s.; *Weigend* ZStW 116 (2004), p. 1026; *Gropengießer*, 2003, p. 295 y ss. Contrariamente *Vogel*, ZStW 114 (2002), p. 435 y s., esta diferenciación no se basa ni en un malentendido ni tampoco en una falta de consideración del trasfondo jurídico real, sino simplemente en una aplicación consecuente del principio de culpabilidad; éste también tiene que conducir hacia graduaciones en un sistema de responsabilización jurídico-penal internacional. Crítico de manera general desde el punto de vista del principio de culpabilidad. *Weigend* ZStW 116 (2004), p. 1024 y ss.

<sup>54</sup> *Gropengießer*, 2003, p. 298 y s.

<sup>55</sup> Compárese la exposición de motivos en *Lüder/Vornbaum*, 2003, p. 26 y ss.

<sup>56</sup> Compárese en detalle sobre las normas de error del Estatuto de la CPI, *Ambos*, 2005, p. 433 y ss., con más citas.

<sup>57</sup> Impreso del Consejo Federal (BR-Drucks) 29/02, en *Lüder/Vornbaum*, 2003, p. 30.

<sup>58</sup> Compárese ya arriba después de la nota al pie de la página 5, en el texto.

<sup>59</sup> *Ibidem*, así como en Impreso del Parlamento (BT-Drucks) 14/2682, p. 7; también *Grützner/Pötz/Kreß*,

alemana reconozca en un principio restricciones de Derechos Humanos a la inmunidad.<sup>60</sup> En lo referente al *privilegio de fuero* por declaraciones realizadas en el parlamento (art. 46 párrafo 1 de la Constitución, GG), tampoco reglamentado, si bien es verdad que éste no puede ser derogado, sí podría ser sustituido.<sup>61</sup>

### 3. La Parte Especial

En cuanto a la Parte Especial el VStGB ha incorporado al Derecho nacional los artículos 6 a 8 del Estatuto de la CPI (compárese en el anexo los §§ 6-12 del Código Penal Internacional, VStGB). En este sentido la mayor divergencia frente al Estatuto de la CPI consiste en la superación de la diferenciación tradicional entre conflictos internacionales y conflictos no-internacionales por parte de los §§ 8 a 12 del VStGB (*crímenes de guerra*), sistematizando éstos respectivamente con base en el *fin de protección* o el *bien jurídico* de los respectivos tipos penales, los cuales por su lado se orientan en la diferenciación -desarrollada sobre la base del Derecho Internacional Humanitario- entre la protección de las personas y el patrimonio por un lado (Derecho de Ginebra), así como la restricción de la utilización de ciertos métodos y medios como estrategia de guerra (Derecho de La Haya) por el otro.<sup>62</sup> En principio los tipos penales tienen validez independientemente de la naturaleza del conflicto, únicamente los § 8 párrafo 3, § 9 párrafo 2 y § 11 párrafo 3 prevén tipos penales limitados a conflictos armados internacionales. En detalle -siguiendo la sistemática mencionada- son penalizados: por un lado, crímenes de guerra contra personas (§ 8), contra el patrimonio y demás Derechos (§ 9), y contra operaciones humanitarias y emblemas (§ 10); y por el otro, crímenes de guerra mediante la utilización de métodos prohibidos (§ 11) y el uso de medios prohibidos (§ 12). Así las cosas, tanto el art. 8 del Estatuto de la CPI como algunas normas del Protocolo Adicional I [en adelante PA I] y del art. 15 del 2º Protocolo de La Haya de 1999,<sup>63</sup> son implementadas de la siguiente manera:<sup>64</sup>

- § 8: art. 8 (2) a) i), ii), iii), art. 8 (2) b) vi), viii), x), xv), xxi), xxii), xvi), art. 8 (2) c) i), ii), iii), iv) Estatuto de la CPI; art. 11 párrafo 1 inciso 2, párrafo 2a, párrafo 2b, párrafo 2c, párrafo 4, art. 85 párrafo 4, párrafo 4a, párrafo 4b, párrafo 4c, párrafo 4e PA I.

Vor III 26 nm. 370 con más citas; Werle, 2003, nm. 458 con nota al pie de la página 420; Kreicker, 2003, p. 372 y s.; Weigend, Vogler-GS 2004, p. 200. Según otra opinión, la inmunidad parlamentaria no tiene el propósito de facilitar la comisión de crímenes internacionales, por lo que tampoco protege contra una persecución penal internacional (compárese Japiassú, 2003, p. 180 y s. para el derecho brasileño y francés).

<sup>60</sup> Se comprueba en Múko/Ambos, nota preliminar §§ 3-7 nm. 140 así como 141 (3003) respecto a la jurisprudencia extranjera.

<sup>61</sup> Crítico al respecto Kreß, NStZ 2000, p. 621; Grützner/Pötz/Kreß Vor III 26 nm. 371; Kreicker, 2003, p. 414 y ss. (416); Satzger, 2005, § 14 nm. 36.

<sup>62</sup> Compárese la exposición de motivos en: Ministerio de Justicia (BMJ), 50; Lüder/Vormbaum, p. 40. Compárese también Kreß, 2000, p. 21 y s., p. 34; Werle JZ 2001, p. 885 (893); Werle, 2003, nm. 1130 y s.

<sup>63</sup> II. Protocolo de 1999 de la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Conflictos Armados de 1954, ILM 38 (1999), p. 769 y ss.

<sup>64</sup> Compárese la exposición esquematizada en la exposición de motivos en BMJ, 51; Lüder/Vormbaum, p. 41.

- § 9: art. 8 (2) a) iv), art. 8 (2) b) xiii), xiv), xvi), art. 8 (2) e) v), xii) Estatuto de la CPI.
- § 10: art. 8 (2) b) iii), vii), xxiv), art. 8 (2) e) ii), iii) Estatuto de la CPI; art. 85 párrafo 3 y siguiente PA I.
- § 11: art. 8 (2) b) i), ii), iv), v), ix), xi), xii), xxiii), xxv), art. 8 (2) e) i), iv), ix), x) Estatuto de la CPI; art. 85 párrafo 3a, párrafo 3b, párrafo 3c, párrafo 3d, párrafo 4d PA I; art. 15 2° Protocolo de La Haya 1999.
- § 12: art. 8 (2) b) xvii), xviii), xix) Estatuto de la CPI.

En lo demás el VStGB se esfuerza por superar (o por lo menos atenuar) la falta de *precisión* en numerosos tipos penales del Estatuto de la CPI mediante una mayor precisión de los tipos penales y remisiones a la Parte Especial del Código Penal (StGB). Así por ejemplo el § 6 párrafo 1 n° 2 del VStGB (causar daños físicos o mentales graves) remite al § 226 del Código Penal (StGB). El § 7 párrafo 7 del VStGB penaliza el *mantener desaparecida por la fuerza a una persona* alternativamente como una combinación de la privación de libertad y la sucesiva *denegación a la demanda de información* (a), así como el denegar demandas de información o proporcionar información falsa como tal (b), integrándose -en el último caso- el autor "voluntariamente en una política estatal de hacer desaparecer y violando al mismo tiempo un deber jurídico vigente de brindar información."<sup>65</sup> Así las cosas, queda claro -no obstante las complejas interrogantes detalladas- que el hacer desaparecer está compuesto por dos actos delictivos y que sólo puede ser cometido por las propias organizaciones estatales o al menos con su consentimiento o tolerancia.<sup>66</sup> El § 7 párrafo 1 n° 10 del VStGB intenta trazar los contornos del *crimen de lesa humanidad de persecución* (art. 7 párrafo 1 (h) Estatuto de la CPI) de manera más exacta, pero logrando este cometido sólo parcialmente.<sup>67</sup>

El art. 70 párrafo 4 (a) Estatuto de la CPI obliga a los Estados Partes a ampliar sus leyes penales nacionales con los *delitos contra la administración de justicia* incluidos en esta norma, no por último para posibilitarle a la CPI encomendar la persecución de estos hechos a un Estado Parte. Cabe decir que ésta es la única obligación directa de implementación contenida en el Estatuto de Roma; y al respecto en Alemania ya se ha previsto en el § 63 de la "Ley para la implementación del Estatuto de Roma de la CPI" (IStGH-AusführungsG) la apertura de un procedimiento penal alemán a petición de la CPI, quedando aún pendiente la ampliación de los §§ 153 y siguientes StGB a la CPI (y, dado el caso, a otros Tribunales Internacionales). En su lugar, el § 2 de la "Ley

<sup>65</sup> Compárese la exposición de motivos, Impreso del Consejo Federal (BR-Drucks.) 29/02, p. 48 y s., en *Lüder /Normbaum*, p. 13, 38.

<sup>66</sup> Triffterer/Hall, art. 7, nm. 124; *Boot*, 2002, paragrafo 502; *Werle* 2003, nm. 737; critico *Weigend*, *Vogler-GS* 2004, p.204.

<sup>67</sup> También critico *Weigend*, *Vogler-GS* 2004, p. 204. – Yendo aún más lejos y de forma indeterminada, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales, que también ha incluido como crimen básico de la persecución actos distintos a los contenidos en los Estatutos, compárese *Roberts*, LJIL 15 (2002), p. 630 y ss.

\* **N. de T.** Hemos traducido el término alemán *Amtsträger* como "titulares de cargo", personas que ejercen una función pública y que por ello son abarcadas por *Korruptionsstrafrecht* o Derecho Penal referente a la corrupción.



sobre la suspensión de la prescripción de la persecución y la equiparación de los jueces y empleados de la CPI“ (art. 2 IStGH-AusführungsG, véase II. 2.) equipara a jueces, titulares de cargo\* y demás funcionarios con los jueces y demás titulares en el sentido de los §§ 331-336, 338 del Código Penal (StGB), con lo cual es aplicable a todos ellos -en su totalidad- el Derecho Penal referente a la corrupción.

## II. La Ley para la implementación del Estatuto de la CPI (IStGH-AusführungsG), en particular la Ley sobre la Cooperación con la CPI (IStGHG)

### 1. Preliminar: El imperio del Derecho Penal Internacional, cooperación vertical y la obligación de cooperación

El Derecho Penal Internacional puede ser aplicado *directamente* (“*direct enforcement model*“) por los Tribunales Penales Internacionales e *indirectamente* (“*indirect enforcement model*“) por los Tribunales nacionales.<sup>68</sup> Desde luego sólo se podrá hablar de una imposición directa del Derecho Penal Internacional en un sentido auténtico, cuando los respectivos Tribunales Internacionales tengan facultades *supranacionales* para imponer sus propias decisiones y sentencias, como por ejemplo, para detener a sospechosos o llevar a cabo medidas de investigación en territorios estatales soberanos. Esto es únicamente imaginable en el caso de Tribunales de Ocupación, como los Tribunales Internacionales de Nüremberg y Tokio, así como el Tribunal Especial de Irak, estando naturalmente limitada también en este caso la soberanía judicial al territorio ocupado.<sup>69</sup> Normalmente los Tribunales Penales Internacionales también dependen de la *cooperación de los Estados nacionales*, no sólo para juzgar los principales crímenes internacionales sino también para hacer ejecutar las penas.<sup>70</sup> Así las cosas, trasladando al sistema judicial penal internacional las célebres palabras de Kern,<sup>71</sup> los Tribunales Penales Internacionales son como una *cabeza sin manos*. Visto de esta manera no existe una aplicación directa del Derecho Penal Internacional en un sentido auténtico, estando también obligados los órganos del Derecho Penal Internacional a servirse de los mecanismos del “*indirect enforcement model*“.<sup>72</sup>

Así, queda claro que también deben existir determinadas *formas y reglas de cooperación* en la relación entre los Tribunales Penales Internacionales y los Estados. En lo concerniente a las formas, *en principio* rigen las mismas instancias de cooperación (extradición, demás asistencia judicial y asistencia ejecutoria) que en la tradicional cooperación internacional en asuntos penales, pero siempre teniendo presente las marcadas diferencias en cuanto a la terminología, los requisitos y el procedimiento de la cooperación. En lo que atañe a las reglas de la cooperación es pertinente manifestar,

<sup>68</sup> Werle, 2003, nm. 195 y ss. con más citas; Bassiouni, 2003, p.18 y ss. y p. 333 y ss. Referente a la persecución penal nacional del genocidio, Schabas, JICJ I (2003), p. 39 y ss.

<sup>69</sup> Compárese Caseese/Gaeta/Jones/Ciampi, p. 1711 y s.

<sup>70</sup> Triffterer/Kreß/Prost/Schlunck/Wilkitzki, Part 9 nm. 1 y ss.; Caseese/Gaeta/Jones/Ciampi, p. 1607 y s.; Caseese/Gaeta/Jones/Swart, p. 1589 y s.

<sup>71</sup> Kern, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965, p. 227 referente a la relación entre Fiscalía y Policía.

<sup>72</sup> Más detalles al respecto Bassiouni, 2003, p. 18 y ss. y p. 388 y ss.

que se trata de una *cooperación vertical* entre una organización supranacional y Estados.<sup>73</sup> La cooperación vertical se diferencia de la cooperación *horizontal* entre Estados soberanos de igual jerarquía,<sup>74</sup> en que en ésta no existe una obligación de cooperación general del Derecho internacional, sino que depende de las decisiones soberanas de los Estados afectados.<sup>75</sup> Por ello, este tipo de cooperación tiene numerosas condiciones, como por ejemplo el principio de reciprocidad, la consideración de determinados impedimentos, etc., que la tornan poco eficiente.<sup>76</sup> El fin de un sistema (regional) eficiente de cooperación horizontal justamente tiene que consistir en la reducción de estos impedimentos.

Por otro lado, en un régimen de cooperación *vertical* ésta no depende de la decisión soberana de los Estados afectados, sino que por regla general éstos están obligados a cooperar. Los Tribunales creados con este mismo fin (Tribunales Ad Hoc) por el Consejo de Seguridad de la Naciones Unidas pueden dirigir solicitudes y disposiciones vinculantes para los países miembros de la ONU. La *obligación de cooperación* de estos países es el resultado directo del efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad (art. 25 del Estatuto de la ONU) y de las correspondientes resoluciones basadas en el art. 29 Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la Ex-Yugoslavia (ICTY) y en el art. 28 Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (ICTR) respectivamente.<sup>77</sup> Dichos Estatutos no incluyen ningún motivo de rechazo y en un principio tampoco ninguna norma nacional u obligación contractual internacional puede ser alegada como causa de recusación o rechazo.<sup>78</sup> En caso de incumplir la obligación de cooperación, el Consejo de Seguridad de la ONU puede imponer sanciones contra el país infractor.<sup>79</sup>

Los Estados escépticos frente a la CPI abogaron en las negociaciones sobre el Estatuto por un régimen de cooperación tradicional orientado en un derecho de asistencia jurídica horizontal, mientras que los Estados partidarios de la misma propusieron una nueva forma de cooperación, que rindiera cuentas a la posición privilegiada de la

<sup>73</sup> *Prosecutor v. Blaskic*, App. Judgement 29.10.1997 (IT-95-14-AR108bis.) párrafos 47 y 54.

<sup>74</sup> Compárese al respecto o Cassese/Gaeta/Jones/Swart, p. 1590 y ss.; *Sluiter*, 2002, ps. 81 y ss.; *Ambos*, FYBIL 9 (1998), ps. 413 y ss.; Schomburg/Lagodny, introducción nm. 45-46; Vervaele/Klip, 2002, p. 35; Grützner/Pötz/Kreß, nota preliminar III 26 nm. 205 y s.; Triffterer/Kreß/Prost/Schlunck/Wilkitzki, Part 9 nm. 3; *Wilkitzki*, ICLR 2 (2002), p. 198; *Meissner*, 2003, p. 10 y 275 y ss.

<sup>75</sup> *Nagel*, 1988, p. 72; *Grützner*, en: Bassiouni/Nanda (eds.), 1973, p. 234 y s.; Cassese/Gaeta/Jones/Swart, p. 1590 y s.

<sup>76</sup> Compárese detalladamente Cassese/Gaeta/Jones/Swart, p. 1590 y ss.; *Bassiouni*, 2003, p. 333 y ss.; *Sluiter*, 2002, p. 81 y ss.; *Meißner*, 2003, p. 12 y ss.

<sup>77</sup> Compárese recientemente *Chaumette*, ICLR 4 (2004), p. 357 y ss. Tratados de cooperación bilateral, como los que han acordado los EE.UU. con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) y con el Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR) son por ello innecesarios, compárese *Sluiter*, 2002, p. 63 y ss.; *Godinho*, JICJ 1 (2003), p. 502 y ss.; sin embargo a favor *Kushen*, JICJ 1 (2003), p. 517 y ss. Los países miembros de las Naciones Unidas sólo tienen que crear las condiciones nacionales para la cooperación.

<sup>78</sup> Compárese *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 73, parag. 26, 47, 54 y 63 así como art. 25, 103 Estatuto de la CPI; mas detallado Grützner/Pötz/Kreß, III 27 número nm. 57; Cassese/Gaeta/Jones/Swart, p. 1592 y ss.; Cassese/Gaeta/Jones/Ciampi, p. 1610 y s.; *Cassese*, 2003, p. 357 y s.; *Sluiter*, 2002, p. 47 y ss., p. 139 y ss.

<sup>79</sup> *Prosecutor v. Blaskic*, arriba nota al pie de la página 65, parag. 26-31, 33-37 así como las Reglas del ICTY/ICTR *Tbis*, 11, 59 (b) y 61 (e).

CPI.<sup>80</sup> Como resultado el Estatuto de la CPI prevé un *régimen de cooperación mixto*, que por un lado se presenta menos vertical que aquel de los Tribunales Ad-Hoc, pero que por otro va más allá de una simple cooperación horizontal.<sup>81</sup> Este resultado es una consecuencia del hecho, que el régimen de cooperación con la CPI esté basado en un Tratado Internacional, el cual se ve obligado a incorporar los mencionados intereses opuestos, y no en una disposición del Consejo de Seguridad de la ONU. El deber de cooperación fundamental (art. 86 Estatuto de la CPI) de los Estados supone en primer lugar la aceptación del tratado por parte de éstos, o por lo menos la conclusión de un *acuerdo Ad-Hoc* en el sentido del art. 87 párrafo 5.<sup>82</sup> Por ello, es necesario diferenciar entre el deber de cooperación general de los *Estados Parte* y uno limitado de *los Estados que no son Parte*. Además, el deber de cooperación se funda en las investigaciones de la autoridad acusadora (“*investigation*”), de modo que comienza con la autorización de la Sala de cuestiones preliminares (*Vorverfahrenskammer*) según el art. 15 párrafo 4 o con la instrucción del Fiscal de iniciar una investigación según el art. 53 párrafo 1.<sup>83</sup> Por lo demás también han de ser consideradas varias *causas de recusación* o rechazo. Así, por ejemplo, la *entrega* de una persona puede ser *aplazada*, si aún no ha sido dictada una decisión sobre la admisibilidad de la CPI (art. 17 párrafo 1 (c), art. 20 párrafo 3, Estatuto de la CPI), o bien si está pendiente una disputa sobre la admisibilidad de acuerdo a los arts. 18, 19 (art. 95, Estatuto de la CPI).<sup>84</sup> Asimismo se ha de diferenciar aquellos casos de *incumplimiento* del deber de cooperación entre Estados Parte y Estados que no son Parte del tratado. Si los Estados Parte no cumplen con su obligación de cooperar, la CPI puede o bien constatar esta infracción y delegar el asunto a la Asamblea de Estados o en caso que el Consejo de Seguridad haya remitido la situación a éste (art. 87 párrafo 7 y art. 112 párrafo 2 (f)).<sup>85</sup> En el caso de los Estados que no son Parte, la CPI puede asimismo -aunque sin una decisión declarativa en el sentido mencionado- recurrir a la Asamblea de Estados Parte o, en su caso, al Consejo de Seguridad.

## 2. La Ley de Cooperación Alemana

<sup>80</sup> Más detalles sobre las negociaciones *Mochochoko*, en: Lee (ed.), 1999, p. 305 y ss.; *Kreß*, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 6 (1998), p. 449 y s.; Triffterer/*Kreß/Prost/Schlunck/Wilkitzki*, Part 9 nm. 4.

<sup>81</sup> Ejemplos de elementos horizontales y verticales en Grütznher/Pötz/*Kreß*, nota preliminar III 26 nm. 206; Cassese/Gaeta/Jones/*Swart*, p. 1594 y ss.; Triffterer/*Kreß/Prost/Schlunck/Wilkitzki*, Part 9 nm. 5; *Ambos*, FYBIL 9 (1998), p. 413 y ss.; *Meißner*, 2003, p. 275 y ss.; *Sluiter*, 2002, p. 82 y ss.; *Caeiro*, en: Caeiro/Moreira, 2004, p. 70.

<sup>82</sup> Más detalles al respecto *Sluiter*, 2002, p. 68 y ss.; Cassese/Gaeta/Jones/*Ciampi*, p. 1615 y ss.; Triffterer/*Kreß/Prost*, art. 87 nm. 18 y ss.; *Palmisano* en: Lattanzi/Schabas (eds.), 1999, p. 402 y ss. También organizaciones internacionales pueden ser participadas en la cooperación con la CPI (art. 87 párrafo 6).

<sup>83</sup> *ICC-OTP*, 2003, p. 10.

<sup>84</sup> Otros ejemplos en *Ambos*, 2006, § 8 nm. 65, 79.

<sup>85</sup> Compárese Triffterer/*Kreß*, art. 86 nm. 1 y ss.; Cassese/Gaeta/Jones/*Ciampi*, p. 1608 y ss.; Triffterer/*Kreß/Prost*, art. 87 nm. 32 y ss.; *Sluiter*, 2002, p. 67 y ss. En relación al rol especial del Consejo de Seguridad, compárese *Palmisano* en: Lattanzi/Schabas (eds.), 1999, p. 416 y ss.; *Gargiulo* en: Lattanzi/Schabas (eds.), 1999, p. 100 y ss.

La *IStGH-AusführungsG*<sup>86</sup> está estructurada en artículos y contiene principalmente en el art. 1 a la “Ley sobre la Cooperación con la CPI” (*Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof – IStGHG*).<sup>87</sup> La “IStGHG” está compuesta por siete partes y reglamenta la entrega de sospechosos a la CPI (§§ 2 y siguientes), el traslado (§§ 34 y siguientes), la asistencia judicial en forma de ejecución de penas privativas de libertad y otras órdenes de sanción de la CPI (§§ 40 y siguientes), demás asistencia judicial (§§ 47 y siguientes) y las peticiones alemanas dirigidas a la CPI (§§ 64 y siguientes). La IStGHG aplica la obligación de Alemania de cooperación derivada del Estatuto, ateniéndose al contenido de éste y refiriéndose a las respectivas normas del mismo. Básicamente la *estructura* de la IStGHG sigue la clasificación -en principio aplicable a la asistencia judicial horizontal- de la “Ley de asistencia judicial en asuntos penales” (*Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – IRG*), pero contiene disposiciones autónomas que rinden cuentas al carácter especial de la cooperación con la CPI.<sup>88</sup> La competencia para decisiones -tanto sobre solicitudes de asistencia judicial de la CPI como las dirigidas a ésta- la tiene el Ministerio de Justicia en acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores y, en su caso, otros Ministerios afectados (§ 68).

La *entrega (Überstellung)* de personas, incluida la de ciudadanos alemanes (art. 16 párrafo 2 de la Constitución, GG),<sup>89</sup> a la CPI está reglamentada en los §§ 2-33 de la IStGHG. Según el § 2 párrafo 1 existe un deber de entrega *coercitivo*. El procedimiento de entrega es posible de dos maneras: por un lado -análogamente al procedimiento de extradición internacional- como *procedimiento normal*, el cual se divide en un procedimiento judicial de admisibilidad y un procedimiento ejecutivo de concesión (§ 6 IStGHG), teniendo el Tribunal Superior del Land (OLG) la competencia para decidir sobre la admisibilidad (§§ 7, 8 IStGHG) y promulgando su decisión sobre la base de los documentos de la entrega o en base a la audiencia oral con el perseguido (§ 20 párrafo 1, 3, § 21 IStGHG). El Tribunal también puede solicitar a la Corte una ampliación de documentos (§ 20 párrafo 2 IStGHG). Más allá de estos aspectos formales, a las autoridades alemana *no* debería corresponder un *margen de libertad de examen material*,<sup>90</sup> aunque es incierto si esta posición es sostenible desde el trasfondo de la –ya mencionada<sup>91</sup>- estricta comprensión de derecho constitucional de la (en principio)

<sup>86</sup> BGBl 2002 I p. 2144. Al respecto *MacLean*, ZRP 2002, p. 261 y ss.; *Meißner*, NJ 2002, p. 347 y ss.; *Wilkitzki*, ICLR 2 (2002), p. 197 y ss.; *Weigend*, Vogler-GS 2004, p. 199 y s.

<sup>87</sup> Los Reglamentos para la Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) y con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR) se encuentran en la *Ley para el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz, JStGHG)* y en la *Ley para el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz, RStGHG)*. Compárese *Schomburg/Lagodny*, 1998, Jugoslawien-StGH-G nm. 1 y ss. y Ruanda-StGH-G nm. 1 y ss.; *Schomburg*, NSTZ 1995, p. 428 y ss.; Grützner/Pötz/Kreß, III 27 nm. 69 y ss. Referente a la cooperación alemana con el ICTY véase *Wilkitzki*, Vogler-GS 2004, p. 263 y ss.

<sup>88</sup> Compárese respecto al Proyecto de Ley *MacLean*, ZRP 2002, p. 260 y ss.

<sup>89</sup> Compárese ya arriba la nota de pie de página 6 y el texto.

<sup>90</sup> Compárese *MacLean*, ZRP 2002, 262; *Meißner*, NJ 2002, 349; restrictivamente también *Wilkitzki*, ICLR 2 (2002), 200 f.: “minimal scope available to the courts”, total lack of discretion”, “rejection of request ... virtually impossible”.

<sup>91</sup> Compárese arriba nota 7 y ss. y texto.

prohibición de extradición del art. 16, Constitución. Difícilmente podrá objetarse la posición del Tribunal Constitucional con la diferenciación meramente formal entre extradición (a los Estados) y entrega (a Tribunales internacionales) (art. 102 Estatuto de la CPI),<sup>92</sup> dado que el legislador alemán ha considerado necesaria una excepción explícita de la prohibición de extradición en cuanto a los Tribunales internacionales y con ello, con absoluta razón, ha expresado que desde el punto de vista del ciudadano afectado por una eventual extradición / entrega se trata de la misma protección de los derechos fundamentales o, al menos, de una similar. También la reserva del Estado de derecho del art. 16 párrafo 2 al final de la Constitución (“en cuanto sean garantizados los principios de un Estado de derecho”) sería absolutamente superflua, si ella no les abriera a los Tribunales ningún margen de libertad de examen material. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que las condiciones exigidas por el Tribunal Constitucional Federal con vista a la demanda de extradición interestatal (en el marco de la Unión Europea) no pueden, sin más, ser aplicadas a la entrega a la CPI, entre otras cosas porque es altamente improbable que existan casos con referencia interna (en los cuales “partes esenciales del lugar de la acción y del resultado se encuentren en el territorio nacional alemán”<sup>93</sup>).

Aparte del procedimiento de entrega normal, entra en consideración una *entrega simplificada* bajo renuncia al procedimiento judicial de admisibilidad, en caso de que el perseguido otorgue su consentimiento después de haber sido instruido por el juez (§ 32 IStGHG). En el caso de que el perseguido haga saber que ya ha sido condenado o absuelto por el *mismo* hecho por la CPI o un Tribunal nacional, el procedimiento de entrega se interrumpe según el art. 89 párrafo 2 inciso 3 del Estatuto de la CPI hasta la decisión de la CPI sobre la licitud de la entrega (§ 3 IStGHG). Si el perseguido realmente ya hubiera sido sentenciado por la CPI, el procedimiento penal alemán tiene que ser sobrepasado (§ 69 IStGHG junto con art. 20 párrafo 2 Estatuto de la CPI). En caso de *solicitudes concurrentes* de entrega o extradición, la CPI es informada y el procedimiento se atiene en un principio al art. 90 del Estatuto de la CPI, siendo en principio concedida primacía a la CPI. La *primacía de la CPI* también es confirmada por la introducción del nuevo § 9a de la IRG (art. 5 de la IStGH-AusführungsG). Según éste, por un lado la extradición (a un Estado) no es lícita, cuando el perseguido ya fue juzgado por el mismo hecho por un Tribunal Penal Internacional (§ 9a párrafo 1 IRG); y por el otro, el manejo de solicitudes concurrentes se sujeta a las normas legales de la CPI, a la cual -en principio- se le debe conceder primacía (§ 9a párrafo 2 IRG). Tras la recepción de la petición de entrega de la CPI -junto con los documentos necesarios de la entrega según el art. 91 párrafos 2 y 3 del Estatuto de la CPI (§ 5 IStGHG)- se da inicio a las *medidas de búsqueda* (§ 9) y se ordena la *detención* (provisional) para la entrega (§§ 10, 11 párrafo 1 IStGHG junto con los art. 59 párrafo 1, 92 del Estatuto de la CPI). Antes de la recepción de la petición es posible ordenar la detención provisional de entrega en caso de existir la sospecha fundada de que el perseguido vaya a dificultar o frustrar las investigaciones sobre los crímenes (genocidio y crímenes de lesa humani-

<sup>92</sup> Dejando abierta la cuestión *MacLean*, ZRP 2002, 262.

<sup>93</sup> *BVerfG*, supra nota 9, para. 85.

dad) de los cuales se le acusa (§ 11 párrafo 2 inciso 2 IStGHG); mientras que en el caso de crímenes de guerra tiene que existir además la sospecha fundada de que el perseguido vaya a rehuir la entrega (§ 11 párrafo 2 inciso 1 n° 1 y 2 IStGHG). La orden de detención provisional para la entrega es revocada si la CPI declara no tener la intención de presentar la respectiva solicitud o si el perseguido se encuentra detenido por un mes sin que haya sido presentada una petición de entrega (§ 11 párrafo 3 IStGHG). Tras la captura, el perseguido ha de ser presentado sin dilación ante un juez que le instruirá (§ 14 IStGHG), entre otros, sobre su derecho a ser *asistido* por un abogado (§ 31 IStGHG). Transcurridos dos meses tiene lugar por primera vez un *examen sobre el mantenimiento de la detención* por parte de la autoridad, lo que sucederá en consecutivo cada dos meses (§ 17 IStGHG). Frente a la Corte no tiene validez el principio de *especialidad*, es decir, la persona que va a ser entregada también puede ser perseguida por otros hechos además de aquellos por los cuales fuera concedida la entrega (§ 25 párrafo 1 IStGHG). En caso de tener ya lugar un proceso penal nacional contra el perseguido por un hecho según el art. 5 del Estatuto de la CPI, la fiscalía puede prescindir de la persecución en favor de la CPI (§ 28 párrafo 1 IStGHG). De no realizarse la entrega es posible reanudar el procedimiento alemán (§ 28 párrafo 2 IStGHG). En el curso de la entrega es posible enviar a la Corte aquellos objetos que sirvan como *medio de prueba* o que provengan del hecho (§ 29 IStGHG). Tales objetos pueden ser incautados antes de ser presentada la solicitud de entrega o ser asegurados por otros medios (§ 30 IStGHG).

Un *traslado* (*Durchbeförderung*) a través del territorio federal puede tener lugar, si es para una persecución penal, desde el país que entrega a la Corte, o, si es para una ejecución de pena, de la Corte al país ejecutante (§ 34 IStGHG). Para ello tienen que ser presentados los documentos mencionados en el art. 89 párrafo 3 (b) del Estatuto de la CPI (§ 35 IStGHG). En caso de un aterrizaje imprevisto (art. 89 párrafo 3 (e) del Estatuto) también entra en consideración una detención provisional (§ 39 IStGHG).

La *asistencia para la ejecución* (*Vollstreckungshilfe*) se encuentra normada en los §§ 40-46 de la IStGHG.<sup>94</sup> Como consecuencia de la calificación de la CPI como institución interestatal en el sentido del art. 24 de la Constitución (GG),<sup>95</sup> es válido el principio de *dominio material* (*Sachherrschaft*) de la CPI que en especial suprime la necesidad de un procedimiento de exequátur para la ejecución de *penas privativas de libertad*.<sup>96</sup> La pena contra la libertad es ejecutada sin más en la medida comunicada por la Corte, las normas referentes a la suspensión del resto de la pena (§§ 57-57b del StGB) no son aplicables (§ 41 párrafo 2 IStGHG). La competencia para todas las decisiones sobre la ejecución de una pena privativa de libertad la tiene la CPI (§ 41 párrafo 4 IStGHG). La *comunicación* entre el condenado y la Corte es libre y confidencial (§ 41 párrafo 5 IStGHG). Las *penas pecuniarias* (art. 77 párrafo 2 (b) del Estatuto de la CPI) y las *disposiciones de reparación* (art. 75 párrafo 2 del Estatuto

<sup>94</sup> En general sobre la asistencia para la ejecución alemana (*Vollstreckungshilfe*), Wilkitzki, Vogler-GS 2004, p. 263 y ss.

<sup>95</sup> Compárese ya supra nota 5 y el texto.

<sup>96</sup> Compárese MacLean, ZRP 2002, p. 263; Meißner, NJ 2002, p. 349.



de la CPI) son igualmente ejecutadas según especificaciones de la Corte (§§ 43-45 IStGHG).

La *demás asistencia judicial* se encuentra reglamentada en los §§ 47-63 de la IStGHG. Por “demás asistencia judicial” se entiende según el § 47 párrafo 2 IStGHG “todo apoyo” que le ha sido concedido a la Corte en su actividad a causa del Estatuto de Roma. De esta manera también son incluidos aquellos actos que normalmente no forman parte de la asistencia judicial interestatal.<sup>97</sup> Según el § 47 párrafo 1 IStGHG existe un deber *obligatorio* de prestar *demás asistencia judicial* en caso de darse los supuestos del Estatuto de la CPI y de la IStGHG. *In concreto* la IStGHG regula como medidas de asistencia judicial por ejemplo -de conformidad con el art. 93 párrafo 1 (a)-(k) del Estatuto de la CPI- la restitución de objetos (§ 51 IStGHG), la confiscación, el registro y el embargo de patrimonio (§ 52 IStGHG), así como la protección de personas (§ 56 IStGHG). Además puede disponerse medidas de vigilancia de la telecomunicación y de observación (§ 59 IStGHG), sin que se trate aquí de formas de asistencia judicial previstas expresamente en el Estatuto, sino de otras, cuya admisibilidad sea determinada según el Derecho nacional (art. 93 párrafo 1 (l) del Estatuto). La *comparecencia* en persona *de testigos* ante la Corte es obtenida mediante los medios de coacción previstos en la StPO (§ 53 párrafo 1 IStGHG). La *utilización* de testimonios realizados ante la CPI *dentro de un proceso penal alemán* se ajusta al Derecho alemán, de modo que, por ejemplo, de un derecho a negarse a prestar declaración conforme al Derecho alemán (*Zeugnisverweigerungsrecht*), resulte que dichos testimonios no puedan ser utilizados (§ 53 párrafo 2 IStGHG). Personas que se encuentren detenidas pueden ser entregadas provisionalmente a la Corte con el fin de ser identificadas, interrogadas, etc. (§ 54 IStGHG) o ser tomadas provisionalmente en custodia (§ 55 IStGHG). Conocimientos e informaciones obtenidas de forma oficial pueden ser transmitidas a la Corte en la misma medida como si fuera frente a una fiscalía alemana o un tribunal alemán, no debiendo ser transmitidas estas informaciones en principio a autoridades ajenas a la Corte (§ 58 IStGHG). En lo concerniente a la ejecución concreta de *actos de investigación o asistencia judicial*, de momento está permitida en los mismos la presencia del personal y apoderados de la Corte, quienes pueden redactar minutas, grabar imágenes y realizar grabaciones sonoras o en vídeo (§ 60 IStGHG). La Corte puede realizar audiencias judiciales en Alemania (§ 61) y efectuar diligencias de prueba (interrogatorios, medidas para el testimonio ocular) de manera autónoma en territorio soberano alemán, siempre que no se trate de medidas de carácter coercitivo (§ 62 IStGHG junto con art. 99 párrafo 4 (b) del Estatuto de la CPI).

En cuanto a *peticiones alemanas dirigidas* a la CPI (§§ 64-67 IStGHG, art. 93 párrafo 10 del Estatuto) han de ser consideradas esencialmente las formalidades del Estatuto de la CPI, es decir, aquellas peticiones dirigidas a la CPI tienen que tener la forma prescrita en el art. 96 párrafo 1, 4 del Estatuto de la CPI y el contenido indicado en el art. 96 párrafo 2, 4 (§ 64 IStGHG). En cuanto a la asistencia judicial han de ser consideradas las condiciones dispuestas por la Corte (§ 67 IStGHG).

<sup>97</sup> MacLean, ZRP 2002, p. 263 y s.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Ambos*, The ICC and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters, FYBIL 9 (1998), 413.
- Ambos*, Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von „Kriegsverbrechen“ in Bosnien-Herzegowina, NSTZ 1999, 226.
- Ambos*, La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática, Montevideo (Fundación Konrad Adenauer) y Bogotá (Temis), 2005.
- Ambos*, Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, München (ed. Beck) 2006.
- Ambos/Malarino* (eds.), Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España, 2000.
- Ambos/Othman* (Hrsg.), New approaches in international criminal justice, 2003.
- Amnesty International*, Universal Jurisdiction. The Duty of States to Enact and Implement Legislation (IOR53/002-018/2001), 2001 ([http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/legal\\_memorandum](http://web.amnesty.org/web/web.nsf/pages/legal_memorandum)).
- Basak*, Abu Ghreib, das Pentagon und die deutsche Justiz. Zur Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak nach dem Inkrafttreten des VStGB, HuV-I 2005, 85.
- Bassiouni*, Universal Jurisdiction for International Crimes, Virginia Journal of International Law 42 (2001), 82.
- Blanco Cordero*, Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo, La Ley No. 5980 (2004), 1 u. No. 5981 (2004), 1.
- Boas*, An Overview of Implementation by Australia of the Statute of the International Criminal Court, en JICJ 2004, 179.
- Boot*, Nullum Crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court, 2002.
- Brody*, Using Universal Jurisdiction to combat Impunity, in: Lattimer/Sands (Hrsg.), Justice for Crimes against Humanity, 2003, 376.
- Broomhall*, Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction etc., New England Law Review 35 (2001), 399.
- Burchards*, Die Verfolgung von Völkerrechtsverbrechen durch Drittstaaten. Das kanadische Beispiel, 2005.
- Caeiro*, O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português, in: Caeiro/Moreira, O Tribunal Penal internacional e a ordem jurídica portuguesa, 2004, 69.
- Cassese*, International Criminal Law, 2003.
- Cassese/Gaeta/Jones* (Hrsg.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. II, 2002.
- Chaumette*, The ICTY's power to subpoena individuals, to issue binding orders to international organisations and to subpoena their agents, ICLR 4 (2004), 357.
- Dietmeier*, Völkerstrafrecht und deutsche Gesetzgeber-kritische Anmerkung zum Projekt eines deutschen "Völkerstrafgesetzbuches", Meurer-GS 2002, 333.
- Doehring*, Völkerrecht, 2004.
- El Zeidy*, Universal Jurisdiction in Absentia: Is It A Legally Valid Option for Repressing Heinous Crimes?, Oxford University Comparative Law Forum 4 (2003) (<<http://ouclf.iuscomp.org/articles/zeidy.shtml>>).

- Engelhart*, Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch – Eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts, Jura 2004, 734.
- Eser/Sieber/Kreicker* (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, 2003 y ss. (zahlreiche Landesberichte, ver <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html>)
- Gargiulo*, The Controversial Relationship between The ICC and The Security Council, in: Lattanzi/Schabas (Hrsg.), Essays on the Rome Statute of the ICC, Vol. 1, 1999, 67.
- Geiger*, O Tribunal Penal Internacional e os aspectos do novo Código Penal Internacional Alemão, in: Alfen da Silva (Hrsg.), Tribunal Penal Internacional, 2004, 61.
- Godinho*, The Surrender Agreements between the US and the ICTY and ICTR: A Critical View, JICJ 1 (2003), 502.
- Gropengießer*, Deutschland, in: Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen Bd. 1, 2003.
- Grützner*, International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters, in: Bassiouni/Nanda (Hrsg.), A Treatise on International Criminal Law, 1973, 189.
- Grützner/Pötz* (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2. Aufl., 2002.
- Hall*, Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool, in: Lattimer/Sands (Hrsg.), Justice for Crimes against Humanity, 2003, 47.
- Hay*, Implementing the ICC Statute in New Zealand, en JICJ 2004, 191.
- Höpfel/Angermaier*, Adjudicating international crimes, in: Reichel (ed.), Handbook of transnational crime & justice, 2005, 310.
- Hübner*, Das Verbrechen des Völkermords im nationalen und internationalen Recht, 2004.
- Japiassú*, O Tribunal Penal Internacional, 2003.
- Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch: Herausforderung und Verpflichtung für die deutsche Justiz; in: Theissen/Nagler (Hrsg.), Der IStGH fünf Jahre nach Rom, 2004, 46.
- Joyner*, Arresting Impunity: the Case for Universal Jurisdiction etc., Law and Contemporary Problems 64 (2001), 153.
- KK-Bearbeiter*, Pfeiffer (hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 2003. (<http://goopc4.sub.uni-goettingen.de:8080/DB=5/SET=11/TTL=1/MAT=/NOMAT=T/CLK?IKT=1016&TRM=Strafprozessordnung>)
- Kern*, Gerichtsverfassungsrecht, 1965.
- Klages*, Meeresumweltschutz und Strafrecht, 1989.
- Kreicker*, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, en: Eser/Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen Bd. 1, 2003.
- Kreicker*, National prosecution of genocide from a comparative perspective, ICLR 5 (2005), 313.
- Kreß*, Penalties, Enforcement and Cooperation in the ICC Statute (Parts VII, IX, X), Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 6 (1998), 442.
- Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, 2000.
- Kreß*, Völkerstrafrecht in Deutschland, NStZ 2000, 617.
- Kreß/Lattanzi*, The Rome statute and domestic legal orders, 2000.
- Kushen*, The Surrender Agreements between the US and the ICTY and ICTR: The American View, JICJ 1 (2003), 517.
- Lahti*, Towards harmonization of general principles of international criminal law, in: AIDP (Hrsg.), Int.Cr.L. 2004, 345.

- LR-Bearbeiter*, Löwe/Rosenberg (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, 2003.
- Lüder/Vormbaum* (Hrsg.), Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, 2003.
- MacLean*, Gesetzentwurf über die Zusammenarbeit mit dem IStGH, ZRP 2002, 260.
- Meißner*, Das Gesetz zur Ausführung des Römischen Status des IStGH, NJ 2002, 347.
- Meißner*, Die Zusammenarbeit mit dem IStGH nach dem römischen Statut, 2003.
- Mochochoko*, International Cooperation and Judicial Assistance, in: Lee, 1999, 305.
- MüKo-Bearbeiter*, Wolfgang Joecks et al. (Hrsg.), Münchner Kommentar zum StGB, 5 Bände, 2003 y ss.
- Nagel*, Beweisaufnahme im Ausland, 1988.
- Palmisano*, The ICC and Third States, in: Lattanzi/Schabas (Hrsg.), Essays on the Rome Statute of the ICC, Vol. 1, 1999, 391.
- Rau*, Das Ende der Weltrechtspflege? Zur Abschaffung des belgischen Gesetzes über die universelle Verfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Hu-V-I 2003, 212.
- Roberts*, The law of persecution before the ICTY, LJIL 15 (2002), 623.
- Rohlf*, Der Europäische Haftbefehl, 2003.
- Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch, NStZ 2002, 125.
- Satzger*, Internationales und europäisches Strafrecht, 2005.
- Schabas*, National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the “Crime of Crimes”, JICJ 1 (2003), 39.
- Scharf*, The ICC’s jurisdiction over the nationals of non-party States: A critique of the U.S. position, Law and Contemporary Problems 64 (2001), 67.
- Schomburg*, Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz, NStZ 1995, 428.
- Schomburg/Lagodny*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), 1998.
- Alfen da Silva (Hrsg.), Tribunal Penal Internacional, 2004.
- Sluiter*, Implementation of the ICC Statute in the Dutch Legal Order, en JICJ 2004, 158.
- Sluiter*, International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States, 2002.
- Sluiter*, Cooperation with the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, in: Fischer/Kreß/Lüder, 2001, 681.
- Theissen/Nagler* (Hrsg.), Der IStGH fünf Jahre nach Rom, 2004.
- Triffterer* (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999.
- Uhle*, Auslieferung und Grundgesetz, NJW 2001, 1889.
- Vandermeersch*, The ICC Statute and Belgian Law, en JICJ 2004, 133.
- Vervaele/Klip*, European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities, 2002.
- Vogel*, Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 114 (2002), 403.
- Vogler*, Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004.
- Weigend*, Das Völkerstrafgesetzbuch – nationale Kodifikation internationalen Rechts, GS Vogler, 2004, 197.
- Weigend*, Zur Frage eines „internationalen“ Allgemeinen Teils, Roxin-FS 2001, 1375.
- Weigend*, Bemerkung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 116 (2004), 999.
- Werle*, Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht, JZ 2000, 755.

Werle, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, JZ 2001, 885.

Werle, Völkerstrafrecht, 2003.

Werle/Jeßberger, Das Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2002, 725.

Werle/Jessberger, International Criminal Justice is coming home: The New German Code of Crimes against International Law, CLF 13 (2002), 191.

Wilkitzki, The German law on co-operation with the ICC, ICLR 2 (2002), 195.

Wilkitzki, Deutsche Vollstreckungshilfe für den Internationalen Jugoslawien-Gerichtshof etc., Vogler-GS 2004, 263.

Wirth/Harder, Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen, ZRP 2000, 144.

Zimmermann, Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gericht nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs, NJW 2002, 3068.

Zimmermann, Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch – Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte, ZRP 2002, 97.

Zypries, Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen, in: Theissen/Nagler (Hrsg.), Der IStGH fünf Jahre nach Rom, 2004, 11.

## ANEXOS

Traducidos por la Prof<sup>a</sup> . Dra. Alicia Gil Gil. UNED (Madrid, España).

### A. Código penal internacional (CPI)

#### Parte 1 Reglas generales

##### § 1 Ámbito de aplicación

Esta Ley rige para todos los delitos contra el Derecho internacional descritos en ella, para los crímenes \* descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.

##### § 2 Aplicación del Derecho general

El Derecho penal general es de aplicación a los hechos contemplados en esta Ley en tanto la misma no contenga disposiciones especiales en los §§ 1 y 3 a 6.

##### § 3 Actuar bajo órdenes y disposiciones

Actúa sin culpabilidad quien cometa un hecho descrito en los §§ 9 a 13 en cumplimiento de una orden militar o una disposición de efecto vinculante objetivo comparable, en tanto el autor no conozca que la orden o disposición es antijurídica y su antijuridicidad no sea evidente.

##### § 4 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

(1) Un jefe militar o un superior civil que omite impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación el § 13 párrafo 2 del Código penal\*\*

\* En Derecho alemán el término “crimen” (*Verbrechen*) se utiliza para denominar a los delitos (*Straftaten*) castigados con una pena privativa de libertad no inferior a un año. Las circunstancias atenuantes (y agravantes) –tal y como se regulan por ej. en el párrafo 8 subsección (5)- no se deben tomar en consideración a este respecto (párrafo 12 del Código penal alemán). Por lo tanto, todos los delitos recogidos en el presente Proyecto de Código son “crímenes” (*Verbrechen*) con la única excepción de los delitos recogidos en los párrafos 13 y 14 (véase la Exposición de motivos: B. Artículo 1, párrafo 1).

\*\* (N. del T.) El § 13 del Cp alemán regula la comisión por omisión y el párrafo 2 prevé la posible atenua-

(2) Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza objetivamente el poder de mando o autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o empresa ejerza objetivamente la autoridad y el control.

### § 5 Imprescriptibilidad

La persecución de los crímenes<sup>\*\*\*</sup> previstos en esta Ley y la ejecución de las penas impuestas por ellos no prescriben.

## Parte 2 Delitos contra el Derecho internacional

### Sección 1

#### § 6 Genocidio

(1) El que, con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal

1. mate a un miembro del grupo,
2. cause a un miembro del grupo daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal,
3. someta al grupo a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción física total o parcial
4. imponga medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo
5. traslade por la fuerza a un niño del grupo a otro grupo

será castigado con la pena de privación de libertad de por vida

(2) En los casos menos graves del párrafo 1 n°s 2 a 5 la pena es de privación de libertad no inferior a cinco años.

#### § 7 Crímenes contra la humanidad

(1) El que en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil

1. mate a una persona
2. con la intención de destruir total o parcialmente a una población someta a la misma o a parte de ella a condiciones de existencia apropiadas para ocasionar su destrucción total o parcial
3. ejerza el tráfico de personas, en especial con una mujer o un niño, o el que de algún otro modo esclavice a una persona arrogándose de esta manera un derecho de propiedad sobre ella,
4. deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho internacional,
5. torture a una persona que se encuentre bajo su custodia o de cualquier otro modo bajo su control, causándole dolor o daños físicos o mentales graves que no sean mera consecuencia de sanciones permitidas por el Derecho internacional,
6. coaccione sexualmente o viole a otra persona, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,
7. mantenga desaparecida por la fuerza a una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la Ley
  - a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,
  - b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obliga-

ción de la pena para la comisión por omisión.

<sup>\*\*\*</sup> Véase la nota \*



ción legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa,

8. cause a otra persona daños físicos o mentales graves, en especial del tipo de los descritos en el § 226 del Código penal

9. prive gravemente de libertad física a una persona en violación de las normas generales del Derecho internacional

10. persiga a un grupo o comunidad identificable mediante la privación o limitación esencial de derechos humanos fundamentales por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos reconocidos como inaceptables por las reglas generales del Derecho internacional,

será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los casos de los números 1 y 2, con pena de privación de libertad no inferior a cinco años en los casos de los números 3 a 7, y con pena de privación de libertad no inferior a tres años en los casos de los números 8 a 10.

(2) En los supuestos menos graves del párrafo 1 n° 2 la pena será de privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n°s 3 a 7 privación de libertad no inferior a dos años y en los supuestos menos graves del párrafo 1 n°s 8 y 9 privación de libertad no inferior a un año.

(3) Si el autor causare la muerte de una persona mediante el hecho descrito en el párrafo 1 n°s 3 a 10 la pena será en los supuestos del párrafo 1 n°s 3 a 7 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años y en los supuestos del párrafo 1 n°s 8 a 10 privación de libertad no inferior a cinco años.

(4) En los supuestos menos graves del párrafo 3 la pena por un hecho previsto en el párrafo 1 n°s 3 a 7 será privación de libertad no inferior a cinco años y por un hecho previsto en el párrafo 1 n°s 8 a 10 privación de libertad no inferior a tres años.

(5) El que comete un crimen previsto en el párrafo 1 con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otro será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años en tanto en cuanto el hecho no está amenazado con una pena mayor en los párrafos 1 ó 3. En los supuestos menos graves la pena será privación de libertad no inferior a tres años en tanto en cuanto el hecho no esté amenazado con una pena mayor en los párrafos 2 ó 4.

## Sección 2 Crímenes de guerra

### § 8 Crímenes de guerra contra personas

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. mate a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario

2. tome como rehén a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario

3. trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, causándole dolor o daños físicos o mentales graves, en especial torturándola o mutilándola,

4. viole o coaccione sexualmente a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, la coaccione a la prostitución, le prive de su capacidad de reproducción o mantenga confinada a una mujer que ha sido embarazada mediante el uso de la fuerza con la intención de influir en la composición étnica de una población,

5. aliste forzosamente en las fuerzas armadas o reclute en las fuerzas armadas o en grupos armados a niños menores de 15 años o los utilice para participar activamente en las hostilidades,

6. deporto o traslade forzosamente a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, que se encuentra legalmente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión u otras medidas coactivas en violación de las reglas generales del Derecho internacional

o

7. imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el Derecho internacional humanitario, en especial la pena de muerte, sin que esa persona haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y constituido en la forma debida, que ofrezca las garantías legales exigidas por el Derecho internacional,

8. ponga en peligro de muerte a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario o ponga gravemente en peligro su salud

a) realizando experimentos sobre dicha persona no consentidos por ella previa, libre y expresamente o que ni son necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés,

b) extrayendo órganos o tejido de dicha persona para trasplantes, salvo que se trate de la extracción de sangre o piel con finalidades terapéuticas acorde con los principios generalmente reconocidos de la medicina y la persona previamente haya consentido libre y expresamente, o

c) aplicando a dicha persona métodos de tratamiento no reconocidos médicamente sin que concurra para ello una necesidad médica y la persona previamente haya consentido libre y expresamente,

9. trate a una persona protegida por el Derecho internacional humanitario de forma gravemente humillante o degradante

será castigado con la pena de privación de libertad de por vida en los supuestos del n° 1, con privación de libertad no inferior a cinco años en los supuestos del n° 2, con privación de libertad no inferior a tres años en los supuestos de los n°s 3 a 5, con privación de libertad no inferior a dos años en los supuestos de los n°s 6 a 8 y con privación de libertad no inferior a un año en los supuestos del n° 9.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional hiera a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa después de que el mismo se haya rendido incondicionalmente o se encuentre de cualquier otro modo fuera de combate, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional

1. mantenga confinada ilegalmente a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 n° 1 o demore injustificadamente su repatriación

2. como miembro de una potencia ocupante traslade a una parte de su propia población civil al territorio que ocupa,

3. obligue con violencia o bajo amenaza de un mal grave a una persona protegida en el sentido del párrafo 6 n° 1 a servir en las fuerzas armadas de una potencia enemiga u

4. obligue a un miembro de la parte adversa con violencia bajo amenaza de un mal grave a tomar parte en operaciones bélicas contra su propio país,

será castigado con pena de privación de libertad no inferior a dos años

(4) Si el autor causa mediante los hechos descritos en el párrafo 1 n°s 2 a 6 la muerte de la víctima la pena será en los supuestos del n°2 privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a 10 años, en los supuestos del párrafo 1 n°s 3 a 5 privación de libertad no inferior a cinco años, en los supuestos del párrafo 1 n° 6 privación de libertad no inferior a tres años. Si una acción descrita en el párrafo 1 n° 8 conduce a la muerte o a un daño grave a la salud la pena será privación de libertad no inferior a tres años.

(5) En los supuestos menos graves del párrafo 1 n° 2 la pena será privación de libertad no inferior a dos años, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n°s 3 y 4 y del párrafo 2 privación de libertad no inferior a un año, en los supuestos menos graves del párrafo 1 n° 6 y del párrafo 3 n° 1 privación de libertad de seis meses a cinco años.

(6) Son personas protegidas por el Derecho internacional humanitario

1. En un conflicto armado internacional: personas protegidas en el sentido de los Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I (Anexo a esta Ley), es decir, heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra y población civil;

2. En un conflicto armado no internacional: heridos, enfermos, náufragos, así como personas que no toman parte directa en las hostilidades y se encuentran en poder de la parte adversa;

3. En conflictos armados internacionales y no internacionales: miembros de las fuerzas armadas y combatientes de la parte adversa que ha depuesto las armas o de cualquier otro modo se encuentran indefensos;

#### § 9 Crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional saquee o de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, sino a gran escala, en contra del Derecho internacional, destruya, se apropie o confisque bienes de la parte adversa que se encuentren en poder de la parte propia, será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

(2) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional en contra del Derecho internacional disponga que los derechos y acciones de todos o de una parte esencial de los miembros de la parte adversa quedan abolidos, suspendidos o no son reclamables ante un tribunal será castigado con la pena de privación de libertad de uno a diez años.

#### § 10 Crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas

El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque contra personas, instalaciones, materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgadas a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho internacional humanitario, o

2. dirija un ataque contra personas, edificios, material, unidades sanitarias o medios de transporte sanitarios, que estén señalados con los signos protectores de los Convenios de Ginebra de conformidad con el Derecho internacional humanitario,

será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los casos menos graves, en especial cuando el ataque no se realice con medios militares, la pena será de privación de libertad no inferior a un año.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional utilice de modo indebido los signos protectores de los Convenios de Ginebra, la bandera blanca, la bandera, las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas y cause así la muerte o lesiones graves de una persona (§ 226 del Código penal), será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años.

#### § 11 Crímenes de guerra de empleo de métodos de conducción de la guerra prohibidos

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. dirija un ataque con medios militares contra la población civil como tal o contra un solo civil, que no toma parte directa en las hostilidades,

2. dirija un ataque con medios militares contra objetos civiles, siempre que protegidos como tales por el Derecho internacional humanitario, en particular edificios dedicados al culto religioso, la educación, el arte, la ciencia o la beneficencia, los monumentos históricos, hospitales, y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, ciudades, pueblos, aldeas o edificios que no estén defendidos o zonas desmilitarizadas así como a establecimientos o instalaciones que contengan energías peligrosas,

3. conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará la muerte o lesiones de civiles o daños a objetos civiles en una medida desproporcionada a la concreta ventaja militar global esperada,

4. utilizar como escudos a personas protegidas por el Derecho internacional humanitario para estorbar las acciones bélicas del enemigo contra determinados objetivos,

5. establecer la inanición de civiles como método de conducción de la guerra, reteniendo los objetos esenciales para su supervivencia u obstaculizando el suministro de ayuda en violación del Derecho internacional humanitario,

6. como superior ordene o amenace con que no se dará cuartel, o

7. mate o hiera a traición a un miembro de las fuerzas armadas enemigas o a un combatiente de la parte adversa,

será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años. En los supuestos menos graves del número 2 la pena será privación de libertad no inferior a un año.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código penal) de un civil o persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1 n°s 1 a 6, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

(3) El que en relación con un conflicto armado internacional conduzca un ataque con medios militares de manera que prevea como seguro que el ataque causará daños extensos, duraderos y graves al medio natural desproporcionados a la concreta y directa ventaja militar global esperada, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

#### **§ 12 Crímenes de guerra de empleo de medios prohibidos en la conducción de la guerra**

(1) El que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional

1. utilice veneno o armas venenosas,

2. utilice armas biológicas o químicas o

3. utilice balas que se abran o aplasten fácilmente en el cuerpo humano, en especial balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tengan incisiones,

será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a tres años.

(2) Si el autor causa la muerte o lesiones graves (§ 226 del Código penal) de un civil o de una persona protegida por el Derecho internacional humanitario mediante el hecho descrito en el párrafo 1, será castigado con la pena de privación de libertad no inferior a cinco años. Si el autor causa la muerte dolosamente la pena será privación de libertad de por vida o privación de libertad no inferior a diez años.

### **Sección 3: Otros delitos**

#### **§ 13 Infracción del deber de vigilancia**

(1) El jefe militar que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo.

(2) El superior civil que omita dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo, será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo.

(3) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

(4) La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

#### **§ 14 Omisión de la comunicación de un delito**

(1) El jefe militar o el superior civil que omita poner un hecho descrito en esta Ley de inmediato en conocimiento del cargo competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad de hasta tres años.

(2) Es aplicable en su caso el § 4 párrafo 2.

### **B. § 153 f. Ordenanza Procesal Penal**

(1) La fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible bajo los §§ 7 a 15 del Código penal internacional en los casos del art. 153 párrafo 1 n° 1 y 2 cuando el culpable no se encuentre en el

territorio nacional ni es de esperar tal presencia. Sin embargo, en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n° 1 el culpable es alemán, lo anterior sólo regirá cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el tribunal del Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho o cuyos ciudadanos fueron lesionados por el hecho.

(2) La fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible según los §§ 7 a 15 del Código penal internacional en los supuestos del § 153 c párrafo 1 n°s 1 y 2 cuando

1. cuando no exista ninguna sospecha contra un alemán,
2. el hecho no fue cometido contra un alemán,
3. ningún sospechoso se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia, y
4. el hecho es perseguido por un Tribunal penal internacional o por un Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho, cuyo ciudadano es sospechoso del hecho o cuyo ciudadano fue lesionado por el hecho.

Lo mismo rige cuando el culpable de un hecho cometido en el extranjero se encuentra en territorio nacional pero se dan los presupuestos previstos en el párrafo 1 n°s 2 y 4 y la entrega a un tribunal internacional o la extradición al Estado que persigue es admisible y está prevista.

(3) Si en los supuestos de los párrafos 1 ó 2 ya se hubiese formulado la acusación pública la fiscalía puede retirar la acusación en cualquier momento del proceso y suspender el proceso.