

La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*

Kai Ambos

* Traducción del alemán
de Pablo Galain Palermo
y Oliver Büchl;
revisión del autor.
Agradezco también
las sugerencias
de Ezequiel Malarino.

Lista de siglas y abreviaturas

AA	Auswärtiges Amt (Ministerio de Asuntos Exteriores)
AIDP	Association Internationale de Droit Pénal
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt</i> (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	<i>Criminal Law Forum</i> (revista internacional)
Eur.J.Crime	<i>European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice</i> (revista internacional)
FS	Festschrift (libro homenaje)
FYBIL	<i>Finnish Yearbook of International Law</i> (revista finlandesa)
GBA	Generalbundesanwalt (fiscal general federal)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GS	Gedächtnisschrift (libro homenaje)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización Judicial)
ICLR	<i>International Criminal Law Review</i> (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), BGBl. 2002 I p. 2144
IStGHG	Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ley sobre la cooperación con la CPI, artículo 1 de la IStGH AusführungsG)
JICJ	<i>Journal of International Criminal Justice</i> (revista internacional)
JStGHG	Jugoslawien-Strafgerichtshof-Gesetz (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia)
JZ	<i>Juristen Zeitung</i> (revista alemana)
KK	<i>Karlsruher Kommentar</i> (Comentario StGB alemán)
LJIL	<i>Leiden Journal of International Law</i> (revista internacional)
LR	<i>Löwe Rosenberg</i> (Comentario StPO alemana)
Müko	<i>Münchener Kommentar</i> (Comentario al StGB alemán)
NJ	<i>Neue Justiz</i> (revista austríaca)
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> (revista alemana)
nm.	nota(s) marginal(es)
NSiZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht</i> (revista alemana)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
RP	<i>Revista Penal</i> (España)
RStGHG	Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda)
SK	<i>Systematischer Kommentar</i> (Comentario StGB alemán)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal de Alemania)
StV	<i>Strafverteidiger</i> (revista alemana)
UN	United Nations (Naciones Unidas)
US	United States (Estados Unidos)
USA	United States of America (Estados Unidos de América)
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán)
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i> (revista alemana)
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> (revista alemana)

En el momento de implementar el Estatuto de Roma los Estados parte tienen un amplio margen. No obstante ello, debido a las obligaciones de transformación (que ya mencioné en otra parte),¹ en especial las relativas a cuestiones procesales (artículo 88), una negativa de reformar la legislación interna no constituye una opción. Por lo demás, los Estados tienen la libertad de optar entre una *implementación limitada* o una *implementación completa*.² 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 (*modelo de remisión o remitivo*), o de codificar (por separado) las respectivas partes en el derecho nacional (*modelo de codificación*). La mayoría de los Estados parte que han comenzado con el proceso de implementación³ han optado por seguir el camino de una implementación completa.⁴ El modelo de remisión ha sido hasta el momento puesto en práctica especialmen-

¹ Ambos, en Ambos y Malarino, 2003, pp. 25 ss.

² Cf. respecto a las opciones, de manera instructiva Werle, JZ 2001, pp. 886 ss.; sin embargo éste se refiere sólo al derecho material.

³ Según Insight 2/2004, p. 20, éstos son únicamente 30 de 97 Estados parte.

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

te 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 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, se han dictado 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-Ausführungsg*).

Antes de presentar estas leyes con mayor detalle, es necesario hacer algunos comentarios acerca de la *situación constitucional*. En primer lugar, el legislador alemán⁵ ha calificado a la CPI como una institución interestatal, en el sentido del artículo 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 (artículo 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 se cumplan los principios jurídicos básicos del Estado de derecho”.⁶ 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 alemana⁷ de implementación de la decisión marco⁸ sobre la orden de detención europea— ha puesto de

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

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

⁷ Ley sobre la orden de detención europea (EuHbG) del 21.7.2004 (BGBl I, p. 1748).

⁸ 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, pp. 1 ss.

manifiesto la importancia considerable que atribuye a la (en principio) prohibición de extradición del artículo 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”.⁹ 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 artículo 16 debería producirse “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.¹⁰ 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*”).¹¹ Según la opinión del Tribunal Constitucional Federal, la ley sobre la orden de detención europea (EuHbG) no tiene suficientemente en cuenta estos principios, por lo cual sería inconstitucional y nula.

1 ● El Código Penal Internacional (VStGB)

El VStGB¹² 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”.¹³ Por ello, en el VStGB se en-

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

¹⁰ BVerfG, arriba nota 9, LS 3.

¹¹ BVerfG, arriba nota 9, LS 4.

¹² Boletín Oficial de Leyes Federales (BGBl) 2002 I, p. 2254; para una traducción al castellano del texto y de la exposición de motivos ver anexo en este libro en pp 513 y ss.; para otras traducciones ver también www.jura.uni.goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html. Sobre el VStGB ver también: BMJ, 2001; Wirth y Harder, ZRP 2000, pp. 146 s.; Werle, JZ 2000, pp. 755 ss.; el mismo, JZ 2002, pp. 725 ss.; 2003, pp. 87 ss.; Werle y Jessberger, CLF 13 (2002), pp. 191 ss.; Kreß, 2000; el mismo, NSiZ 2000, pp. 617 ss. (p. 619); Zimmermann, NJW 2002, pp. 3068 ss.; el mismo, ZRP 2002, pp. 97 ss.; Kreicker, 2003, pp. 58 ss.; Wirth, JICJ 2003, pp. 151 ss.; Manacorda y Werle, RSC 2003, pp. 501 ss.; Weigend, Vogler-GS 2004, pp. 201 ss.; Geiger, en Afflen da Silva, 2004, pp. 77 ss.; Engelhart, Jura 2004, pp. 742 s.; Eser, Burgstaller-FS, 2004, pp. 369 ss.; Hübner, 2004, pp. 302 ss.; Safferling, *Annual of German & European Law* vol. I (2003), pp. 365 ss.; de manera crítica, Satzger, NSiZ 2002, pp. 125; Dietmeier, Meurer-GS 2002, pp. 333 ss. El material se encuentra expuesto en Lüder y Vormbaum.

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

cuentran codificados, en los artículos 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).

1.1. 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), de los que son ciudadanos 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, de otros tribunales internacionales;¹⁴ y en tercer lugar, la competencia de terceros países en aplicación del principio de jurisdicción universal.¹⁵ Haciendo una lectura más detallada del § 1 del VStGB, se pone de manifiesto que hay que diferenciar entre “los *crímenes* señalados en él” y “[otros] *delitos contra el derecho internacional* señalados en él”.

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 (§ 6-12).

* N. del t.: Latinazgo que en alemán puede traducirse como ‘*nämlich*’ y en español, ‘esto es’, ‘o sea’, ‘a saber’.

¹⁴ Cf., 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, así como www.un.icty.org, y respecto a los tribunales híbridos en Kosovo, Timor Oriental, Sierra Leona y Camboya, Ambos y Othman (eds.), *New approaches in international criminal justice*, 2003. Cf., para el Tribunal Especial de Irak, www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htm. www.cpa-iraq.org/human_rights/Statute.htmCf. también los links desde www.jura.uni-goettingen.de/k.ambos/Links/ICL/Tribunals.html.

¹⁵ Cf. Münchner Kommentar (Müko)-Ambos, § 1 VStGB nm. 22 s. (tomo V, en vías de publicación).

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—¹⁶ en el *auténtico principio de jurisdicción universal*, cuya base de entendimiento restrictivo ha sido específicamente derogada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)¹⁷ a través del enunciado: “sin relación con el territorio nacional”.¹⁸ 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, etcétera). Más bien el ejercicio del principio de justicia universal constituye por sí mismo un legítimo punto de partida para la ejecución de los intereses comunes de los Estados,¹⁹ el cual —sin embargo— no está basado en reflexiones de soberanía tradicionales, sino que se deduce únicamente del desvalor del hecho.²⁰ 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.²¹ Los *demás delitos* (§ 13, 14) constituyen delitos (§ 12, inciso 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.²²

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

¹⁷ 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 s., 68 s.), sin embargo, dejándolo en suspenso respecto a crímenes de guerra (69). Compárese Múko-Ambos, § 6 StGB nm. 1, 4 ss. (2003); Múko-Ambos, § 1 VStGB nm. 19 (en vías de publicación).

¹⁸ Cf. 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 y 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 y Jeßberger JZ 2002, p. 724 (729); Zimmermann NJW 2002, p. 3068 (3069); Abg. Pick, en Lüder y Vormbaum, en el lugar citado p. 80; Zypries, en Theissen y Nagler (eds.), 2004, p. 11 (14).

¹⁹ Tribunal Constitucional alemán (BverfG) NJW 2001, p. 1848 (1852); Doebling nm. 820; del mismo modo Princeton Principles, p. 43; Amnesty International, cap. I, pp. 14 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, pp. 136 s.

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

²¹ Exposición de motivos en Tribunal Federal de Justicia (BMJ), p. 25; Lüder y Vormbaum, p. 26.

* N. del T.: Se trata de los *Vergehen*, que son delitos castigados con penas inferiores a un año. Los delitos castigados con penas privativas de libertad superiores a un año corresponden a la categoría de *Verbrechen*.

²² Exposición de motivos en Lüder y Vormbaum, p. 26.

La orden de preferencia de las competencias para juzgar los crímenes internacionales —que he descrito— es resguardada procesalmente por el § 153f StPO (véase el texto en el anexo a este libro). 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*²³ y de limitar la persecución penal a “casos que valgan el esfuerzo”.²⁴ Los principios de legalidad y oportunidad (opuestos en el derecho procesal) experimentan una concreción 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).²⁵ 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 fue mencionado, siga siendo aplicable el derecho penal general (§ 3 y siguientes del Código Penal, StGB). En cuanto a estas normas, pues, se habría 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).

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.²⁶ Si el delito tiene un punto de conexión nacional —esto es, en los casos en los que el sospechoso²⁷ 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.²⁸ Si por el contra-

²³ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 85; Lüder y Vormbaum, p. 60.

²⁴ Zypries, p. 14.

²⁵ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 84; Lüder y Vormbaum, pp. 59 s.; Krefß, NSiZ 2000, 625; Jeßberger, p. 48; LR-Beulke § 153f nm. 9.

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

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

²⁸ Cf. respecto a la relación entre el artículo 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 ISiGHG (BGBl. I 2002, p. 2144) por parte del Ministerio de Justicia (BMJ)

rio *no existiese conexión alguna con el territorio nacional* —cuando no existen alemanes involucrados en el hecho, ni como víctimas ni como autores (§ 153c, párrafo 2, n.ºs 1 y 2, StPO), y cuando el inculcado no se encuentra en el territorio nacional ni es de esperar tal presencia (§ 153c, párrafo 2, n.ºs 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 asumida 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 perseguir los casos en los que el inculcado se encuentre en el territorio nacional según el § 153f, párrafo 1, inciso 1, StPO, en sentido contrario— cuando un inculcado 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.º 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.º 4 StPO) sea admisible e intencionada (§ 153, párrafo 2, inciso 2, StPO).²⁹ Más allá de esto, es decir, del § 153f, párrafo 1, inciso 1, en relación con el § 153c, párrafo 1, n.ºs 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 de que ninguna otra jurisdicción se declare dispuesta a iniciar una persecución (pero véase a continuación).³⁰

El § 153f introduce una “*prioridad escalonada de competencias*”³¹ y cede el paso 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*)³² expresa que en

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 artículo 14 Estatuto de la CPI) y no insistir en la apertura de hecho de investigaciones por parte de la CPI, para poder sobreseer (ide manera provisional!) según el § 153f StPO.

²⁹ Cf. detalladamente la fundamentación legal en Ministerio de Justicia (BMJ), pp. 85 y ss; Lüder y Vormbaum, pp. 60 ss.

³⁰ Cf. la exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 61; Weigend GS Vogler, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 3.

³¹ Exposición de motivos de la ley en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 60; Weigend GS Vogler, p. 209.

³² Cf. para la formulación antigua todavía el borrador de los expertos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 14 y el borrador de ponencia en Lüder y Vormbaum, 20.

los mencionados casos se tenga que abstener “normalmente”,³³ o bien, “regularmente”³⁴ 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).³⁵ 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 práctica que indica que en estos casos una persecución penal en Alemania no promete tener demasiado éxito.³⁶ En definitiva, se trata de evitar investigaciones innecesarias y perseguir solamente aquellos casos que tengan expectativas reales de ser resueltos con éxito.³⁷ 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.³⁸

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.º 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.º 8 de la GVG). La concentración de competencias en el fiscal general 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,³⁹ sino también en la motivación político-criminal de poner estos sensibles

³³ Weigend GS Vogler, p. 209.

³⁴ KK-Schoreit § 153f nm. 7.

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

³⁶ Exposición de motivos en Ministerio de Justicia (BMJ), p. 86; Lüder y Vormbaum, p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 5.

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

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

³⁹ Werle y Jeßberger, p. 733.

procedimientos políticos —de acuerdo con su relevancia— en manos de la máxima autoridad para la persecución penal. Por lo tanto, al fiscal general 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 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”,⁴⁰ o bien construyendo “con importantes objetivos de política exterior” un impedimento procesal a través del § 34 del StGB.⁴¹ Sobre todo la última propuesta invierte la valoración legislativa del § 1 junto con el § 153f, StPO, estando motivada por la valoración de que (difusos) intereses político-exteriores prevalezcan (compárese § 34, párrafo 1, al final, StGB) considerablemente (!) sobre el interés de proteger penalmente bienes 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, que la conduce hacia un *control ejecutivo* de las actividades de persecución penal de crímenes internacionales⁴² y, así, hacia un ejercicio de la potestad discrecional basada en políticas referentes al derecho internacional y también por motivaciones político-criminales.

Hasta el 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.⁴³ En la decisión del 10 de febrero del 2005, el fiscal general no accedió a la denuncia interpuesta contra el ministro de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld, entre otras, por el maltrato de prisioneros iraquíes en el complejo carcela-

⁴⁰ Weigend, GS Vogler, p. 209 nota al pie de la página 51.

⁴¹ KK-Schoreit § 153f nm. 3. Referente al argumento de las *international tensions*, críticamente Hall, p. 57.

⁴² SK-Weßlau, § 153f nm. 3.

⁴³ Oficio del Fiscal General de la Federación (Generalbundesanwalt, BA) del 17.11.2005 en vista de interpelación del 1.11.2005.

rio Abu Ghraib.⁴⁴ En opinión del fiscal general, se han cumplido los supuestos que permiten el sobreseimiento según el § 153f, 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 de 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*.⁴⁵ 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 (argumentación en contrario, § 170 y siguientes, StPO).⁴⁶ 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.º 4 StPO, cuando el Estado en cuyo territorio fue cometido el hecho (Irak) cede esta persecución al país de origen del sospechoso (Estados Unidos) 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?⁴⁷ ¿No habría sido al menos posible y lícito un apoyo mediante investigaciones auxiliares?⁴⁸ El dilema aquí consiste en que el § 1 del VStGB en relación con el § 153f del 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.⁴⁹ No es necesario, y tampoco se debería hacer alusión a este respecto —en contra de la opinión del Fiscal General— al principio de no interven-

⁴⁴ Cf. declaración de prensa del 10.2.2005, «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, publicado en NSStZ 2006, 117.

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

⁴⁶ 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.

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

⁴⁸ Cf. arriba nota al pie de la página 33 y texto.

⁴⁹ Por ello, acertadamente el fiscal general (GBA), íbidem: “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”.

ción, 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.

1.2. La parte general

En cuanto refiere a la parte general, el VStGB sólo 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 artículo 33 del Estatuto de la CPI⁵⁰ calificando el *actuar bajo órdenes* como causa de exclusión de la culpabilidad, en 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 de que se presume que existe una evidente antijuridicidad en las disposiciones referidas a la comisión de un genocidio y/o crímenes contra la humanidad (artículo 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*,⁵¹ 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, artículo 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 artículo 28, Estatuto de la CPI),⁵² sino sólo atenuar por medio del tipo de participación y de la pena. Constructivamente (*de lege ferenda*) habría que

⁵⁰ Cf. en detalle Ambos, 2005, pp. 460 ss., con más citas.

⁵¹ Exhaustivamente Ambos, 2005, pp. 295 ss., con más citas.

⁵² Cf. también Weigend, *Roxin-FS* 2001, p. 1397.

realizar la 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 culposos 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 solo” por participación del superior, se debe imponer —para rendirle cuenta al principio de culpabilidad— una *pena* considerablemente *menor* (en relación con 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,⁵³ 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 artículo 28).⁵⁴

Numerosas cuestiones de la parte general quedaron fuera del VStGB porque el legislador partió de la base de 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 él.⁵⁵ 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* (artículo 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).⁵⁶ Otro caso excepcional lo constituye el *derecho de inmunidad*. El VStGB ha renunciado a una derogación explícita de la inmunidad,⁵⁷ pero el artículo 4 de la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (véase *infra*, 2.2) prevé que los § 18-20 de la Ley para la Organiza-

⁵³ A favor Cassese, 2003, pp. 206 s.: “excellent”; también Lahti, en ADIDP, 2004, pp. 349 s.; Weigend, ZStW 116 (2004), p. 1026; Gropengießer, 2003, pp. 295 ss. Contrariamente Vogel, ZStW 114 (2002), pp. 435 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), pp. 1024 ss.

⁵⁴ Gropengießer, 2003, pp. 298 s.

⁵⁵ Cf. la exposición de motivos en Lüder y Vormbaum, 2003, pp. 26 ss.

⁵⁶ Cf. en detalle sobre las normas de error del Estatuto de la CPI, Ambos, 2005, pp. 433 ss., con más citas.

⁵⁷ Impreso del Consejo Federal (BR-Drucks) 29/02, en Lüder y Vormbaum, 2003, p. 30.

ción 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 (artículo 46, párrafo 2, de la Constitución, GG) y la inmunidad del Presidente Federal (artículo 60, párrafo 4, de la Constitución), se ha de partir de la base de 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 entrega⁵⁸ (artículo 24 de la Constitución).⁵⁹ En favor de esta causa también habla que la jurisprudencia alemana reconozca en un principio restricciones de derechos humanos a la inmunidad.⁶⁰ En lo referente al *privilegio de fuero* por declaraciones realizadas en el Parlamento (artículo 46, párrafo 1, de la Constitución), tampoco reglamentado, si bien es verdad que éste no puede ser derogado, sí podría ser sustituido.⁶¹

1.3. 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 (compárense en el anexo a este libro 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 en los § 8 a 12 del VStGB (*crímenes de guerra*), que sistematizan 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.⁶² En principio,

⁵⁸ Cf. ya arriba después de la nota al pie de la página 5, en el texto.

⁵⁹ Ibídem, así como en *Impreso del Parlamento* (BT-Drucks) 14/2682, p. 7; también Grützner, Pötz y Kreß, Vor III 26 nm. 370, con más citas; Werle, 2003, nm. 458 con nota al pie de la página 420; Kreicker, 2003, pp. 372 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, pp. 180 s. para el derecho brasileño y francés).

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

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

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

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 artículo 8 del Estatuto de la CPI como algunas normas del Protocolo Adicional I [en adelante PA I] y del artículo 15 del 2.º Protocolo de La Haya, de 1999,⁶³ son implementadas de la siguiente manera:⁶⁴

- § 8: artículo 8 (2) *a*, i, ii, iii; artículo 8 (2) *b*, vi, viii, x, xv, xxi, xxii, xvi; artículo 8 (2) *c*, i, ii, iii, iv, Estatuto de la CPI; artículo 11, párrafo 1, inciso 2, párrafo 2*a*, párrafo 2*b*, párrafo 2*c*, párrafo 4; artículo 85, párrafo 4, párrafo 4*a*, párrafo 4*b*, párrafo 4*c*, párrafo 4*e*, PA I.
- § 9: artículo 8 (2) *a*, iv; artículo 8 (2) *b*, xiii, xiv, xvi; artículo 8 (2) *e*, v, xii, Estatuto de la CPI.
- § 10: artículo 8 (2) *b*, iii, vii, xxiv; artículo 8 (2) *e*, ii, iii Estatuto de la CPI; artículo 85, párrafo 3 y siguiente, PA I.
- § 11: artículo 8 (2) *b*, i, ii, iv, v, ix, xi, xii, xxiii, xxv; artículo 8 (2) *e*, i, iv, ix, x, Estatuto de la CPI; artículo 85, párrafo 3*a*, párrafo 3*b*, párrafo 3*c*, párrafo 3*d*, párrafo 4*d*, PA I; artículo 15, 2.º Protocolo de La Haya 1999.
- § 12: artículo 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.º 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*

⁶³ II. Protocolo de 1999 de la Convención para la Protección de Bienes Culturales en Conflictos Armados de 1954, *ILM* 38 (1999), pp. 769 ss.

⁶⁴ Cf. la exposición esquematizada en la exposición de motivos en BMJ, 51; Lüder y Vormbaum, p. 41.

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”.⁶⁵ 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.⁶⁶ El § 7, párrafo 1, n.º 10, del VStGB intenta trazar los contornos del *crimen de lesa humanidad de persecución* (artículo 7, párrafo 1, *h*, Estatuto de la CPI) de manera más exacta, pero logrando este cometido sólo parcialmente.⁶⁷

El artículo 70, párrafo 4, *a*, del Estatuto de la CPI obliga a los Estados parte 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 sobre la Suspensión de la Prescripción de la Persecución y la Equiparación de los Jueces y Empleados de la CPI (artículo 2, *IStGH-Ausführungsg*, véase 2.2) 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.

⁶⁵ Cf. la exposición de motivos, Impreso del Consejo Federal (BR-Drucks.) 29/02, pp. 48 s., en Lüder y Vormbaum, pp. 13, 38.

⁶⁶ Triffterer y Hall, artículo 7, nm. 124; Boot, 2002, parágrafo 502; Werle 2003, nm. 737; crítico Weigend, Vogler-GS 2004, p. 204.

⁶⁷ También crítico 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), pp. 630 ss.

* N. del t.: Hemos traducido el término alemán *Amtsträger* como *titulares de cargo*, personas que ejercen una función pública y que por ello son abarcadas por el *Korruptionsstrafrecht* o derecho penal referente a la corrupción.

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

2.1. 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.⁶⁸ 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 Núremberg y Tokio, así como el Tribunal Especial de Iraq, y también en este caso la soberanía judicial está naturalmente limitada al territorio ocupado.⁶⁹ 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.⁷⁰ Así las cosas, trasladando al sistema judicial penal internacional las célebres palabras de Kern,⁷¹ 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, al estar los órganos del derecho penal internacional también obligados a servirse de los mecanismos del *indirect enforcement model*.⁷²

⁶⁸ Werle, 2003, nm. 195 ss. con más citas; Bassiouni, 2003, pp. 18 ss. y pp. 333 ss. Referente a la persecución penal nacional del genocidio, Schabas, *JICJ* 1 (2003), pp. 39 ss.

⁶⁹ Cf. Caseese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1711 s.

⁷⁰ Triffterer, Kreß, Prost, Schlunck y Wilkitzki, Part 9 nm. 1 ss.; Caseese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1607 s.; Caseese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1589 s.

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

⁷² Más detalles al respecto en Bassiouni, 2003, pp. 18 ss. y 388 ss.

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 presentes 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 que se trata de una *cooperación vertical* entre una organización supranacional y Estados.⁷³ La cooperación vertical se diferencia de la cooperación *horizontal* entre Estados soberanos de igual jerarquía⁷⁴ 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.⁷⁵ Por ello, este tipo de cooperación tiene numerosas condiciones, como, por ejemplo, el principio de reciprocidad, la consideración de determinados impedimentos, etcétera, que la tornan poco eficiente.⁷⁶ 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 (artículo 25 del Estatuto de la ONU) y de las correspondientes resoluciones basadas en el artículo 29 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia (ICTY) y en el artículo 28 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda (ICTR) respectivamente.⁷⁷ Dichos estatutos no in-

⁷³ *Prosecutor v. Blaskic*, App. Judgement 29.10.1997 (IT-95-14-AR108 bis.), parágrafos 47 y 54.

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

⁷⁵ Nagel, 1988, p. 72; Grützner, en Bassiouni y Nanda (eds.), 1973, pp. 234 s.; Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1590 s.

⁷⁶ Cf. detalladamente Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1590 ss.; Bassiouni, 2003, pp. 333 ss.; Sluiter, 2002, pp. 81 ss.; Meißner, 2003, pp. 12 ss.

⁷⁷ Cf. recientemente Chaumette, *ICLR* 4 (2004), pp. 357 ss. Tratados de cooperación bilateral, como los que han acordado los Estados Unidos con el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY) y con el Tribunal Internacional para Ruanda (ICTR) son por ello innecesarios, compárese Sluiter, 2002, pp. 63 ss.; Godinho, *JICJ* 1 (2003), pp. 502 ss.; sin embargo a favor

cluyen ningún motivo de rechazo, y en un principio tampoco puede alegarse ninguna norma nacional u obligación contractual internacional como causa de recusación o rechazo.⁷⁸ En caso de incumplir la obligación de cooperación, el Consejo de Seguridad de la ONU puede imponer sanciones contra el país infractor.⁷⁹

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 aquélla propusieron una nueva forma de cooperación, que rindiera cuentas a la posición privilegiada de la CPI.⁸⁰ Como resultado, el Estatuto de la CPI prevé un *régimen de cooperación mixto*, que por un lado se presenta menos vertical que el de los tribunales ad-hoc, pero que por otro va más allá de una simple cooperación horizontal.⁸¹ Este resultado es una consecuencia del hecho de 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 (artículo 86 del 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 artículo 87 párrafo 5.⁸² 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 artículo 15, párrafo 4, o con la instrucción del fiscal de iniciar una investigación según el artículo 53, párrafo 1.⁸³ Por lo demás, también han de consi-

Kushen, *JICJ* 1 (2003), pp. 517 ss. Los países miembros de las Naciones Unidas sólo tienen que crear las condiciones nacionales para la cooperación.

⁷⁸ Cf. *Prosecutor v. Blaskic*, supra nota 67, parag. 26, 47, 54 y 63 así como artículo 25, 103 Estatuto de la CPI; mas detallado Grützner, Pötz y Kreß, III 27 número nm. 57; Cassese, Gaeta, Jones y Swart, pp. 1592 ss.; Cassese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1610 s.; Cassese, 2003, pp. 357 s.; Sluiter, 2002, pp. 47 ss., pp. 139 ss.

⁷⁹ *Prosecutor v. Blaskic*, arriba nota al pie de la página 65, parag. 26-31, 33-37 así como las Reglas del ICTY/ICTR 7bis, 11, 59 (b) y 61 (e).

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

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

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

⁸³ *ICC-OTP*, 2003, p. 10.

derarse varias *causas de recusación* o rechazo. Así, por ejemplo, la *entrega* de una persona puede ser *aplazada* si aún no se ha dictado una decisión sobre la admisibilidad de la CPI (artículo 17, párrafo 1, *c*, y artículo 20, párrafo 3, Estatuto de la CPI), o bien si está pendiente una disputa sobre la admisibilidad de acuerdo con los artículos 18 y 19 (artículo 95, Estatuto de la CPI).⁸⁴ Asimismo, en los casos de *incumplimiento* del deber de cooperación se ha de diferenciar 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 de que el Consejo de Seguridad haya remitido la situación a éste (artículo 87, párrafo 7, y artículo 112, párrafo 2, *f*).⁸⁵ 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.

2.2. La Ley de Cooperación alemana

La *IStGH-AusführungsG*⁸⁶ está estructurada en artículos y contiene principalmente, en el *artículo 1*, la Ley sobre la *Cooperación con la CPI (Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, IStGHG)*.⁸⁷ La IStGHG está compuesta de 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 y refiriéndose a las respectivas normas de éste. Básicamente, la *estructura* de la IStGHG sigue la clasificación —en principio

⁸⁴ Otros ejemplos en Ambos, 2006, § 8 nm. 65, 79.

⁸⁵ Cf. Triffterer y Kreß, artículo 86 nm. 1 ss.; Cassese, Gaeta, Jones y Ciampi, pp. 1608 ss.; Triffterer, Kreß y Prost, artículo 87 nm. 32 ss.; Sluiter, 2002, pp. 67 ss. En relación al rol especial del Consejo de Seguridad, compárese Palmisano, en Lattanzi y Schabas (eds.), 1999, pp. 416 ss.; Gargiulo, en Lattanzi y Schabas (eds.), 1999, pp. 100 ss.

⁸⁶ BGBl 2002 I p. 2144. Al respecto MacLean, ZRP 2002, pp. 261 ss.; Meißner, NJ 2002, pp. 347 ss.; Wilkitzki, ICLR 2 (2002), pp. 197 ss.; Weigend, Vogler-GS 2004, pp. 199 s. Para una traducción del texto de la Ley de Cooperación y la Exposición de Motivos ver www.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html.

⁸⁷ Los Reglamentos para la Cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la antigua 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, JSiGHG) y en la Ley para el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (Ruanda-Strafgerichtshof-Gesetz, RSiGHG). Compárese Schomburg y Lagodny, 1998, Jugoslawien-SiGH-G nm. 1 ss. y Ruanda-SiGH-G nm. 1 ss.; Schomburg, NSTZ 1995, pp. 428 ss.; Grützner, Pötz y Kreß, III 27 nm. 69 ss. Referente a la cooperación alemana con el ICTY véase Wilkitzki, Vogler-GS 2004, pp. 263 ss.

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.⁸⁸ 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, a la CPI (artículo 16, párrafo 2, de la Constitución, GG)⁸⁹ 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 sobre la base de la audiencia oral con el perseguido (§ 20, párrafos 1 y 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 alemanas *no* debería corresponder un *margin de libertad de examen material*,⁹⁰ aunque es incierto si esta posición es sostenible desde el trasfondo de la —ya mencionada—⁹¹ estricta comprensión de derecho constitucional de la (en principio) prohibición de extradición del artículo 16 de la Constitución. Dificilmente podrá objetarse la posición del Tribunal Constitucional con la diferenciación meramente formal entre extradición (a los Estados) y entrega (a tribunales internacionales) (artículo 102, Estatuto de la CPI),⁹² 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 funda-

⁸⁸ Cf. respecto al Proyecto de Ley, MacLean, *ZRP* 2002, pp. 260 ss.

⁸⁹ Cf. ya arriba la nota al pie 6 y el texto.

⁹⁰ Cf. 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”.

⁹¹ Cf. arriba, nota 7 ss. y texto.

⁹² Dejando abierta la cuestión MacLean, *ZRP* 2002, 262.

mentales o, al menos, de una similar. También la reserva del Estado de derecho del artículo 16, párrafo 2, al final, de la Constitución (“en cuanto sean garantizados los principios de un Estado de derecho”) sería absolutamente superflua si 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 vistas 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”).⁹³

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 artículo 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 el artículo 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 artículo 90 del Estatuto de la CPI, y en principio la primacía se concede a la CPI. La *primacía de la CPI* también es confirmada por la introducción del nuevo § 9a de la IRG (artículo 5 de la *IStGH-AusführungsgG*). 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 artículo 91, párrafos 2 y 3, del Estatuto de la CPI (§ 5 IStGHG)— se da inicio a las *medidas de búsqueda* (§ 9, IStGHG) y se ordena la *detención* (provisional) para la entrega (§ 10 y 11, párrafo 1, IStGHG, junto con los artículos 59, párrafo 1, y 92 del Estatuto de la CPI). Antes de la recepción de la petición es posible ordenar la detención

⁹³ BVerfG, *supra* nota 9, para. 85.

provisional de entrega si existe la sospecha fundada de que el perseguido vaya a dificultar o frustrar las investigaciones sobre los crímenes (genocidio y crímenes de lesa humanidad) de los cuales se lo 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.^{os} 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 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 que ya tenga lugar un proceso penal nacional contra el perseguido por un hecho según el artículo 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 presentarse los documentos mencionados en el artículo 89, párrafo 3, *b*, del Estatuto de la CPI (§ 35, IStGHG). En caso de un aterrizaje imprevisto (artículo 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.⁹⁴ Como consecuencia de la calificación de la CPI como institución interestatal en el sentido del artículo 24 de la Constitución (GG),⁹⁵ es válido

⁹⁴ En general sobre la asistencia para la ejecución alemana (*Vollstreckungshilfe*), Wilkitzki, Vogler-GS 2004, pp. 263 ss.

⁹⁵ Cf. ya supra nota 5 y el texto.

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*.⁹⁶ 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* (artículo 77, párrafo 2, b, del Estatuto de la CPI) y las *disposiciones de reparación* (artículo 75, párrafo, 2 del Estatuto 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, “todo apoyo” que le ha sido concedido a la Corte en su actividad a causa del Estatuto de Roma. De esta manera, también incluye aquellos actos que normalmente no forman parte de la asistencia judicial interestatal.⁹⁷ Según el § 47, párrafo 1, existe un deber *obligatorio* de prestar *demás asistencia judicial* en caso de que se den 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 artículo 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), así como la protección de personas (§ 56). Además, pueden disponerse medidas de vigilancia de la telecomunicación y de observación (§ 59), 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 (artículo 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

⁹⁶ Cf. MacLean, ZRP 2002, p. 263; Meißner, NJ 2002, p. 349.

⁹⁷ MacLean, ZRP 2002, pp. 263 s.

entregadas provisionalmente a la Corte con el fin de ser identificadas, interrogadas, etcétera (§ 54, IStGHG), o ser tomadas provisionalmente en custodia (§ 55, IStGHG). Conocimientos e informaciones obtenidos de forma oficial pueden ser transmitidos a la Corte en la misma medida que si fuera una fiscalía alemana o un tribunal alemán, pero estas informaciones en principio no deben ser transmitidas 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 ellos 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 artículo 99, párrafo 4, *b*, del Estatuto).

En cuanto a *peticiones alemanas dirigidas* a la CPI (§ 64-67, IStGHG, artículo 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 deben tener la forma prescrita en el artículo 96, párrafo 1, 4, del Estatuto de la CPI y el contenido indicado en el artículo 96, párrafo 2, 4 (§ 64, IStGHG). En cuanto a la asistencia judicial, han de considerarse las condiciones dispuestas por la Corte (§ 67, IStGHG).

- AMBOS, "The ICC and the Traditional Principles of International Cooperation in Criminal Matters", en *FYBIL* 9 (1998), 413.
- AMBOS, "Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von 'Kriegsverbrechen' in Bosnien-Herzegowina", en *NSiZ* 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, *Temas de Derecho penal internacional y europeo*, Madrid (ed. Marcial Pons) 2006.
- AMBOS y MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, 2000.
- AMBOS y OTHMAN (eds.), *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>.
- 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", en *Virginia Journal of International Law* 42 (2001), 82.
- BLANCO CORDERO, "Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo", en *La Ley* n.º 5980 (2004), 1 u. n.º 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", en LATTIMER y SANDS (eds.), *Justice for Crimes against Humanity*, 2003, 376.
- BROOMHALL, "Towards the Development of an Effective System of Universal Jurisdiction etc.", en *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", en CAEIRO y MOREIRA, *O Tribunal Penal internacional e a ordem jurídica portuguesa*, 2004, 69.

- CASSESE, *International Criminal Law*, 2003.
- CASSESE, GAETA y JONES (eds.), *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 y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003. (zahlreiche Landesberichte, véase <http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2.html>).
- GARGIULO, "The Controversial Relationship between The ICC and The Security Council", en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *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", en ALFEN DA SILVA (ed.), *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", en ESER y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, t. 1, 2003.
- GRÜTZNER, "International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters", en BASSIOUNI y NANDA (eds.), *A Treatise on International Criminal Law*, 1973, 189.
- GRÜTZNER y PÖTZ (eds.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2.ª ed., 2002.
- HALL, "Universal Jurisdiction: New Uses for an Old Tool", en LATTIMER y SANDS (eds.), *Justice for Crimes against Humanity*, 2003, 47.
- HAY, "Implementing the ICC Statute in New Zealand", en *JICJ* 2004, 191.
- HÖPFEL y ANGERMAIER, "Adjudicating international crimes", en 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.
- JEBBERGER, "Das Völkerstrafgesetzbuch: Herausforderung und Verpflichtung für die deutsche Justiz", en THEISSEN y NAGLER (eds.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, 46.
- JOYNER, "Arresting Impunity: the Case for Universal Jurisdiction etc.", en *Law and Contemporary Problems* 64 (2001), 153.
- KK-BEARBEITER, Pfeiffer (ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 2003.

- KERN, *Gerichtsverfassungsrecht*, 1965.
- KLAGES, *Meeresumweltschutz und Strafrecht*, 1989.
- KREICKER, "Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen", en ESER y KREICKER (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, t. 1, 2003.
- KREICKER, "National prosecution of genocide from a comparative perspective", en *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 y 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", en AIDP (ed.), *Int. Cr. L.* 2004, 345.
- LR-BEARBEITER, Löwe y Rosenberg (eds.), *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar*, 2003.
- LÜDER y VORMBAUM (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch*, 2003.
- MACLEAN, "Gesetzentwurf über die Zusammenarbeit mit dem IstGH", en *ZRP* 2002, 260.
- MEIßNER, "Das Gesetz zur Ausführung des Römischen Status des IstGH", en *NJ* 2002, 347.
- MEIßNER, *Die Zusammenarbeit mit dem IstGH nach dem römischen Statut*, 2003.
- MOCHOCHOKO, "International Cooperation and Judicial Assistance", en *LEE*, 1999, 305.
- MÜKO-BEARBEITER, Wolfgang Joecks et al. (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 5 tomos, 2003 y ss.
- NAGEL, *Beweisaufnahme im Ausland*, 1988.
- PALMISANO, "The ICC and Third States", en LATTANZI y SCHABAS (eds.), *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", *HuV-I* 2003, 212.
- ROBERTS, "The law of persecution before the ICTY", en *LJIL* 15 (2002), 623.
- ROHLFF, *Der Europäische Haftbefehl*, 2003.
- SATZGER, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch", en *NStZ* 2002, 125.
- SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 2005.
- SCHABAS, "National Courts Finally Begin to Prosecute Genocide, the 'Crime of Crimes'", en *JICJ* 1 (2003), 39.
- SCHARF, "The ICC's jurisdiction over the nationals of non-party States: A critique of the U.S. position", en *Law and Contemporary Problems* 64 (2001), 67.
- SCHOMBURG, "Jugoslaven-Strafgerichtshof-Gesetz", en *NStZ* 1995, 428.
- SCHOMBURG y LAGODNY, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen: Kommentar zum Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, 1998.

- ALFEN DA SILVA (ed.), *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", en FISCHER, KREß y LÜDER, 2001, 681.
- THEISSEN y NAGLER (ed.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004.
- TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999.
- UHLE, "Auslieferung und Grundgesetz", en *NJW* 2001, 1889.
- VANDERMEERSCH, "The ICC Statute and Belgian Law", en *JICJ* 2004, 133.
- VERVAELE y KLIP, *European Cooperation between Tax, Customs and Judicial Authorities*, 2002.
- VOGEL, "Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", en *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", en *Roxin-FS* 2001, 1375.
- WEIGEND, "Bemerkung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", en *ZStW* 116 (2004), 999.
- WERLE, "Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht", en *JZ* 2000, 755.
- WERLE, "Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts", en *JZ* 2001, 885.
- WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2003.
- WERLE y JEBBERGER, "Das Völkerstrafgesetzbuch", en *JZ* 2002, 725.
- WERLE y JESSBERGER, "International Criminal Justice is coming home: The New German Code of Crimes against International Law", en *CLF* 13 (2002), 191.
- WILKITZKI, "The German law on co-operation with the ICC", en *ICLR* 2 (2002), 195.
- WILKITZKI, "Deutsche Vollstreckungshilfe für den Internationalen Jugoslawien-Gerichtshof etc.", en *Vogler-GS* 2004, 263.
- WIRTH y HARDER, "Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen", en *ZRP* 2000, 144.
- ZIMMERMANN, "Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gericht nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs", en *NJW* 2002, 3068.
- ZIMMERMANN, "Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch — Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte", en *ZRP* 2002, 97.
- ZYPRIES, "Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen", en THEISSEN y NAGLER (ed.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, 11.