

ALEMANIA

LA LUCHA CONTRA LA
IMPUNIDAD A TRAVÉS DE LA
JURISDICCIÓN UNIVERSAL

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**



Amnesty International Publications

Publicado por primera vez en 2008 por
Amnesty International Publications
International Secretariat
Peter Benenson House
1 Easton Street
London WC1X 0DW
Reino Unido
www.amnesty.org

© Copyright Amnesty International Publications 2008

Índice: EUR 23/003/2008

Idioma original: inglés

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of the publishers.

Edición española a cargo de:

EDITORIAL AMNISTÍA INTERNACIONAL (EDAI)
Valderribas, 13.
28007 Madrid. España

Amnistía Internacional es un movimiento mundial, integrado por 2,2 millones de personas de más de 150 países y territorios, que trabajan en favor de los derechos humanos. La visión de Amnistía Internacional es la de un mundo en el que todas las personas disfrutan de todos los derechos proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Realizamos labores de investigación, acción, defensa y movilización para poner fin a los abusos contra los derechos humanos. Amnistía Internacional es independiente de todo gobierno, ideología política, interés económico y credo religioso. El trabajo del movimiento se financia en gran medida con aportaciones de nuestra membresía y con donaciones.

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	8
2. MARCO JURÍDICO.....	10
2.1 DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES	10
2.2 PROCEDIMIENTO PENAL: LA FUNCIÓN DE LA FISCALÍA.....	13
2.3 COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LAS CAUSAS PENALES	14
2.4 OTROS ASPECTOS DEL MARCO JURÍDICO	15
3. JURISDICCIÓN PENAL EXTRATERRITORIAL DISTINTA A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL	16
3.1 JURISDICCIÓN DE LA PERSONALIDAD ACTIVA.....	16
3.2 JURISDICCIÓN DE LA PERSONALIDAD PASIVA	18
3.3 JURISDICCIÓN DE PROTECCIÓN	19
4. LEGISLACIÓN QUE ESTABLECE LA JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL	21
4.1 DELITOS COMUNES.....	24
4.2 DELITOS DE INTERÉS INTERNACIONAL TIPIFICADOS EN EL DERECHO INTERNO	25
4.2.1 ACTOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO CONTRA BIENES JURÍDICOS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDOS	25
4.2.2 DELITOS TIPIFICADOS EN TRATADOS EN LOS QUE ALEMANIA ES ESTADO PARTE	27
4.3 CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL.....	35
4.3.1 CRÍMENES DE GUERRA.....	35
4.3.2 CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	36
4.3.3 GENOCIDIO.....	37
4.3.4 TORTURA.....	37
4.3.5 EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES.....	38
4.3.6 DESAPARICIÓN FORZADA.....	38

4.3.7 DELITO DE AGRESIÓN	39
5. JURISDICCIÓN CIVIL SOBRE ACTOS ILÍCITOS	40
5.1 LEGISLACIÓN QUE ESTABLECE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE ACTOS ILÍCITOS EN LAS CAUSAS CIVILES	42
5.2 LEGISLACIÓN SOBRE LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS CIVILES EN CAUSAS PENALES ENTABLADAS POR UN FISCAL O JUEZ INSTRUCTOR	43
5.3 ACUSACIÓN PARTICULAR EJERCIDA POR LAS VÍCTIMAS O SUS REPRESENTANTES, ACCIONES CIVILES O <i>ACTIO POPULARIS</i>	45
5.4 RESTRICCIONES SOBRE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PARA RECLAMAR DAÑOS CIVILES	45
6. OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL O CIVIL	46
6.1 DEFINICIÓN DEFECTUOSA O AUSENT DE LOS DELITOS DE DERECHO INTERNACIONAL, PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL Y EXIMENTES	46
6.2. EL REQUISITO DE LA PRESENCIA PARA INICIAR UNA INVESTIGACIÓN O SOLICITAR UNA EXTRADICIÓN.....	53
6.2.1 ARTÍCULO 153f DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.....	53
6.2.2 EL PRESUNTO AUTOR DE LOS HECHOS ES CIUDADANO EXTRANJERO Y SE ENCUENTRA EN ALEMANIA O ESTÁ PREVISTA SU PRESENCIA EN EL PAÍS	55
6.2.3. EL PRESUNTO AUTOR DE LOS HECHOS ES CIUDADANO EXTRANJERO Y NO SE ENCUENTRA EN ALEMANIA NI SE PREVÉ SU PRESENCIA EN EL PAÍS	55
6.2.4. EL PRESUNTO AUTOR DE LOS HECHOS ES CIUDADANO ALEMÁN	55
6.2.5 UNA JURISDICCIÓN EXTRANJERA O INTERNACIONAL HA ABIERTO UNA INVESTIGACIÓN..	55
6.2.6 ASISTENCIA JUDICIAL ANTICIPADA (<i>ANTIZIPIERTE RECHTSHILFE</i>)	59
6.2.7. LA AUSENCIA Y EL INCUMPLIMIENTO DE CRITERIOS PARA EJERCER LA POTESTAD FACULTATIVA.....	60
6.2.8. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA	63
6.3. NORMAS SOBRE PRESCRIPCIÓN APLICABLES A LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL	64
6.4. DOBLE INCRIMINACIÓN	66

6.5. INMUNIDAD	67
6.6. IMPEDIMENTOS PARA LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL U OTRAS RESTRICCIONES TEMPORALES.....	70
6.7. <i>NE BIS IN IDEM</i>	71
6.8. CONTROL POLÍTICO SOBRE LAS DECISIONES DE INVESTIGAR Y PROCESAR	72
6.9. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y SUS FAMILIAS	72
6.10. AMNISTÍAS	73
7. EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA	74
7.1 EXTRADICIÓN.....	76
7.1.1. LÍMITES INADECUADOS PARA LA PRESENTACIÓN DE PETICIONES DE EXTRADICIÓN.....	77
7.1.1.1. CONTROL POLÍTICO SOBRE LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE EXTRADICIÓN ..	77
7.1.1.2. PRESENCIA	78
7.1.2. OBSTÁCULOS INADECUADOS PARA CONCEDER LAS SOLICITUDES DE EXTRADICIÓN	78
7.1.2.1. control político sobre la concesión de extradición	78
7.1.2.2. nacionalidad.....	78
7.1.2.3. doble INCRIMINACIÓN y jurisdicción territorial	78
7.1.2.4. delitos políticos	79
7.1.2.5. delitos militares.....	79
7.1.2.6. <i>Ne bis in idem</i>	80
7.1.2.7. irretroactividad	80
7.1.2.8. prescripción	80
7.1.2.9. amnistías, indultos y medidas de impunidad similares.....	80
7.1.3. SALVAGUARDAS.....	80
7.1.3.1. JUICIO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS	81
7.1.3.2. tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	82

7.1.3.3. pena de muerte	82
7.1.3.4. preocupaciones de índole humanitaria	82
7.1.3.5. principio de especialidad.....	83
7.2. ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA	83
7.2.1 PROCEDIMIENTOS INADECUADOS O INEXISTENTES	83
7.2.2 OBSTÁCULOS INADECUADOS CON RESPECTO A LA ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA.....	83
7.2.3. SALVAGUARDAS.....	83
8. FISCALÍAS Y UNIDADES POLICIALES ESPECIALES	85
9. JURISPRUDENCIA	88
9.1 PERSPECTIVA GENERAL.....	88
9.2. ENJUICIAMIENTO DE DELITOS COMUNES.....	88
9.3. ENJUICIAMIENTO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL ANTES DE LA PROMULGACIÓN DEL CCDI	89
9.3.1. CAUSAS RELACIONADAS CON EL CONFLICTO ARMADO EN LA EX YUGOSLAVIA.....	89
9.3.1.1. la causa DE Duško Tadić	89
9.3.1.2. la causa de Novislav Djajić.....	91
9.3.1.3 LA CAUSA DE NIKOLA JORGIĆ	91
9.3.1.4. la causa de Maksim Sokolović	95
9.3.1.5. la causa de de Kjuradj Kusljić	95
9.3.2. CAUSAS RELACIONADAS CON LAS FUERZAS ARMADAS ARGENTINAS	96
9.3.2.1 CAUSAS RELATIVAS A DESCENDIENTES DE PERSONAS JUDÍAS DE ORIGEN ALEMÁN .	96
9.3.2.2. las causas de Elisabeth Käsemann y Klaus Zieschank.....	98
9.3.3. LA CAUSA CONTRA AUGUSTO PINOCHET.....	98
9.4. CAUSAS RELACIONADAS CON PRESUNTAS VIOLACIONES DEL CCDI	98
9.4.1. INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA DE IGNACE MURWANASHYAKA.....	99

9.4.2. DENUNCIAS DESESTIMADAS SIN UNA INVESTIGACIÓN FORMAL.....	100
9.4.2.1. Jiang Zemin	100
9.4.2.2. Ramzan Kadyrov	100
9.4.2.3. Donald Rumsfeld I	101
9.4.2.4. Donald Rumsfeld II	101
9.4.2.5. Zakir Almatov	102
RECOMENDACIONES PARA LA REFORMA DE LA LEY Y LA PRÁCTICA.....	103
DERECHO SUSTANTIVO:.....	103
JURISDICCIÓN:.....	103
PROCEDIMIENTO CON RESPECTO A LAS VÍCTIMAS:	104
ELIMINACIÓN DE OBSTÁCULOS POLÍTICOS, PRÁCTICOS Y JURÍDICOS:.....	104
BIBLIOGRAFÍA SELECTA SOBRE JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL Y CUESTIONES AFINES.....	108
PUBLICACIONES EN ALEMÁN	108
SISTEMA JURÍDICO ALEMÁN EN GENERAL:.....	108
CÓDIGO PENAL/CÓDIGO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL:	108
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:	109
CORTE PENAL INTERNACIONAL:	109
JURISDICCIÓN UNIVERSAL:	110
PUBLICACIONES EN INGLÉS Y FRANCÉS	110
CÓDIGO PENAL/CÓDIGO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL:	110
CORTE PENAL INTERNACIONAL:	111
JURISDICCIÓN UNIVERSAL:	111

1. INTRODUCCIÓN¹

Alemania, que posee un sistema de justicia basado en la tradición del derecho romano, permite a sus tribunales ejercer la jurisdicción penal universal para juzgar delitos comunes tipificados en su Código Penal (*Strafgesetzbuch*)² desde 1975, y para juzgar el genocidio desde 1954.³ Además, el 30 de junio de 2002 autorizó a sus tribunales, en virtud del nuevo Código de Crímenes de Derecho Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*)⁴ a ejercer la jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Con todo, los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas cometidos con anterioridad a julio de 2002 no se consideran delitos en virtud del derecho alemán.

Aunque el requisito judicialmente establecido de que existiera una relación entre el crimen y Alemania antes de que sus tribunales estuvieran facultados para ejercer la jurisdicción universal se suprimió en 2002 mediante una enmienda al Código de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung*)⁵ con respecto a todos los delitos incluidos en ambos códigos, dicha enmienda autorizaba a la Fiscalía Federal a ejercer sus facultades discrecionales para no investigar o procesar a personas extranjeras por delitos cometidos en el extranjero. Si bien existe un principio general que obliga a la Fiscalía Federal a investigar y entablar acciones en todos los casos en que existan indicios de delito, y a pesar de un comentario autorizado que indica que esta disposición legal relativa al ejercicio del poder discrecional debería aplicarse con moderación, desde 2002 la Fiscalía Federal no ha investigado más de dos de las al menos 62 denuncias presentadas, y ninguna de ellas dio lugar a procesamiento,⁶ ni siquiera cuando el presunto autor de los

¹ Este informe ha sido redactado por miembros del grupo de trabajo sobre Justicia Internacional de la Sección Alemana de Amnistía Internacional (Nina Althoff, Denise Bentele, Leonie von Braun, Friedrich Frank, Anna von Gall, Nils Geissler, Carolin Herzig, Constanze Schimmel, Christine Schuon y Frank Selbmann) en estrecha consulta con el Proyecto de Justicia Internacional del Secretariado Internacional de Amnistía Internacional. La organización quiere expresar su agradecimiento a las siguientes personas por sus valiosos y reflexivos comentarios sobre los borradores de este documento: Dr. Florian Jessberger, Wolfgang Kaleck, Prof. Dr. Hans Vest y Prof. Dr. Andreas Zimmermann. Se ha hecho todo lo posible para asegurar que toda la información contenida en este documento era exacta a fecha de 1 de octubre de 2008. Sin embargo, para disponer de una interpretación autorizada del derecho alemán, se debe consultar a personas licenciadas para ejercer la profesión de la abogacía en Alemania. Amnistía Internacional agradecerá el envío de cualquier comentario o corrección a ijp@amnesty.org.

² Hay disponible una traducción al inglés del Código Penal alemán promulgado el 13 de noviembre de 1998 en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>.

³ Los antecedentes de estas disposiciones se remontan a una propuesta realizada hace más de 80 años. Proyecto de Código Penal para Alemania de 1927, cap. 7 (citado en *Harvard Research in International Law*, 29 Am. J. Int'l L. Supp. 435, 575 (1935)).

⁴ Hay disponible una traducción del Código de Crímenes de Derecho Internacional al inglés en http://www.wihi.nl-finals/Germany/DE_L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf; BGBI. 2002 I, 2254; véase también Gerhard Werle/Florian Jessberger, *Das Völkerstrafgesetzbuch*, en *Juristenzeitung* (JZ) 2002, 725, 730. Pueden consultar un repaso general de la historia del derecho penal internacional en Alemania en Claus Kreß, “Versailles – Núrnberg – Den Haag: Deutschland und das Völkerstrafrecht”, en *Juristenzeitung* (JZ), 2006, 981 y sig.

⁵ A fecha 1 de octubre de 2008, hay disponible una traducción al inglés del Código de Procedimiento Penal alemán en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm>.

⁶ Nils Geißler/Frank Selbmann, “Fünf Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz”, *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, núm. 20 (2007), 160, 161.

delitos se encontraba en Alemania en el momento de la denuncia (véase *infra* el apartado 9.4.1). Por tanto, a pesar de que existen firmes disposiciones que permiten a los tribunales alemanes ejercer la jurisdicción universal sobre una amplia variedad de delitos, en la actualidad Alemania se ha convertido en la práctica en un refugio seguro frente al procesamiento para las personas extranjeras que han cometido delitos de derecho internacional en el extranjero contra otras personas extranjeras. Con anterioridad a 2002 hubo varias sentencias históricas en relación con el genocidio que confirmaban que los Estados podían ejercer la jurisdicción universal sobre este crimen pese a la ausencia de una disposición en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 que autorice a los Estados Partes a hacerlo. Sin embargo, no se han dictado sentencias en aplicación del Código de Crímenes de Derecho Internacional.

Aunque las víctimas sólo tienen un derecho limitado a entablar un proceso penal en Alemania, la legislación alemana les permite presentar demandas civiles en las causas penales, incluidas las que están basadas en la jurisdicción universal; sin embargo, por las razones señaladas y según la política actual de procesamiento, las víctimas tienen pocas o nulas oportunidades de alcanzar sus metas con tal denuncia. Además, las posibilidades de obtener reparación son sumamente reducidas con arreglo al derecho alemán.

Hay varios obstáculos importantes a la extradición de personas sospechosas de delitos de derecho internacional que contribuyen a que Alemania sea un refugio seguro para quienes han cometido ciertos delitos y no pueden ser juzgados en el país, como el requisito de doble incriminación.

Existe una pequeña unidad especial de la policía para investigar delitos de derecho internacional, pero no un equipo análogo de fiscales que se encargue de entablar procesos por tales delitos. Sin embargo, desde julio de 2002, la Fiscalía Federal prácticamente ha dejado de entablar acciones por delitos de derecho internacional.

Este documento contiene importantes recomendaciones dirigidas a reformar la legislación y la práctica para que Alemania pueda dar cumplimiento a todas las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional, a saber: investigar y enjuiciar delitos de derecho internacional, extraditar a los presuntos responsables a otro Estado que pueda y esté dispuesto a juzgarlos con las debidas garantías, sin que se les imponga la pena de muerte ni exista el riesgo de que sufran tortura u otra pena o trato cruel, inhumano y degradante, o entregarlos a la Corte Penal Internacional.

2. MARCO JURÍDICO

Este apartado ofrece una perspectiva general de las disposiciones constitucionales pertinentes relativas al derecho y la jurisdicción internacionales y al alcance sustantivo y procedural del Código de Crímenes de Derecho Internacional, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal. También proporciona referencias cruzadas que remiten a otros apartados de este documento en los que se analizan algunos de estos aspectos con más detalle.

2.1 DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

El artículo 25 de la Constitución de Alemania (*Grundgesetz*) establece que el derecho internacional consuetudinario tiene prioridad sobre la legislación: “Las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”.⁷ No obstante, comentarios jurídicos de expertos alemanes indican que el principio de legalidad contenido en el artículo 103.2 de la Constitución se debe interpretar como una prohibición a los tribunales nacionales de juzgar a una persona por un delito de derecho internacional salvo que su conducta sea también delito con arreglo a la legislación del Estado de la persona sospechosa en el momento de su comisión.⁸ Tales comentarios se oponen a calificar la mayoría de los crímenes de lesa humanidad y otros delitos de derecho internacional consuetudinario como regla general del derecho internacional público en el sentido que establece el artículo 25 de la Constitución de Alemania, lo cual permitiría la aplicación directa del delito.⁹ Por tanto, mientras tales actos solamente estén prohibidos como delito común –el asesinato, por ejemplo– y no como delito de derecho internacional, seguirán sujetos a las limitaciones aplicables a los delitos comunes tipificados en el derecho nacional, algo absolutamente inapropiado en la mayoría de los casos para delitos de tal gravedad.

⁷ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, p. 1) (BGBI III 100-1) enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, p. 3219), enmendada en junio de 1993, en combinación con el texto de la 40^a enmienda, de 20 de diciembre de 1993 (traducción oficial al inglés en Gisbert H. Flanz, Alemania, en Albert P. Blaustein/Gisbert H. Flanz [eds.], *Constitutions of the Countries of the World* [Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, Inc. August 1994] [núm. 94-6]). Nota de EDAL: Puede consultarse una traducción no oficial al español en el sitio web de la Red Académica de Derecho Constitucional, en <http://constitucion.rediris.es/legextr/ConstitucionAlemana.html#a25>.

⁸ Robert Roth & Yvan Jeanneret, *supra*, n. 307, 3-4 (citando a Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* [Munich, 55^a ed., 2007], cap. 6, párr. 9; Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil* [Berlín, 5^a ed., 1996], 164; Christiane Nill-Theobald, “Defences” bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA [Freiburg im B. 1998] [37ss. BVerfG], en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* [NSTZ] 2001, 240].

⁹ Se encontrará información pormenorizada sobre el asunto en Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 4, article 103 II, párr. 251; Hans-Heinrich Jeschek en Rudolf Bernhard (Ed.), *Encyclopedia of International Law, Instalment 4*, 1982, 294 (296); Albin Eser en Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch* (Munich, 27^a ed., 2006), anexo al capítulo 1, párr. 22.

⁹ Se encontrará información pormenorizada sobre el asunto en Theodor Maunz/Günter Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 4, article 103 II, párr. 251; Hans-Heinrich Jeschek en Rudolf Bernhard (Ed.), *Encyclopedia of International Law, Instalment 4*, 1982, 294 (296); Albin Eser en Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch* (Munich, 27^a ed., 2006), anexo al capítulo 1, párr. 22.

Esta interpretación estrictamente formalizada de la Constitución no obedece a exigencias del derecho internacional, pero es comprensible a la luz del historial jurídico alemán. El derecho internacional permite, y en algunos casos exige, que los Estados ejerzan su jurisdicción penal sobre delitos internacionales aun cuando tales delitos no estén tipificados en el derecho nacional en el momento de su comisión.¹⁰ El motivo de una interpretación tan estricta es la aspiración de garantizar la seguridad jurídica.¹¹ En este contexto, es interesante señalar la reserva de Alemania al artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos),¹² que incluye expresamente los delitos que lo sean con arreglo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y no requieren necesariamente legislación por escrito. La reserva, formulada en 1954 y que impone una limitación del compromiso, dice así: “no se aplicará lo dispuesto en el artículo 7, párrafo 2, de la Convención más que dentro de los límites del artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana”.¹³

En marcado contraste, el 17 de diciembre de 1973 Alemania ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, cuyo artículo 15.2 está redactado prácticamente en los mismos términos que el artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin hacer ninguna reserva a este párrafo. Además, en 1996, el Tribunal Constitucional Federal, en una decisión muy discutida, formuló el concepto de una interpretación estricta del principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva y retroactividad, rechazando el argumento de que la reserva al artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no era coherente con la intención del Parlamento.¹⁴ El Tribunal decidió que, en casos excepcionales, se debe renunciar a la estricta protección de la seguridad jurídica que establece el artículo 103.2 de la Constitución alemana. La decisión del tribunal se basó en el denominado principio de justicia sustantiva (*Gebot der materiellen Gerechtigkeit*).

El Código de Crímenes de Derecho Internacional (en adelante, CCDI) implementa las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adapta en gran medida la legislación penal alemana a los requisitos del Estatuto de Roma y otra legislación internacional con respecto al genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad (véase *infra* el apartado 4.3). Sin embargo, no incluye otros delitos de derecho internacional, como la agresión, ni los crímenes de tortura o desaparición forzada cuando no constituyen crímenes de lesa humanidad. El Código contiene una parte con disposiciones generales (artículos 1-5) y una parte sustantiva en la que se definen el genocidio, los crímenes de lesa

¹⁰ Véanse el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹¹ BVerfGE 25,269,287.

¹² El artículo 7 (“No hay pena sin ley”) dice así:

1. *Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.*
2. *El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.*

¹³ BGBI (Boletín Oficial Federal), 1954 II, 14.

¹⁴ BVerfGE 95,96, 132ff; BVerfGE 21.01.2000, BvQ 60/99. La decisión del Tribunal Constitucional Federal se relacionaba con un caso sobre Alemania Oriental en el que se cuestionaba que no se hubieran aplicado exímenes (*Rechtfertigungsgrund*) en los casos de las ejecuciones del muro alemán y se remitió a “casos sumamente excepcionales” relacionados con antiguos casos de nazismo.

humanidad y los crímenes de guerra (artículos 6-14). Una de las disposiciones fundamentales es el artículo 1, que establece la jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. No es necesario que exista ningún vínculo legitimador concreto (véase *infra* el análisis de este requisito ya rechazado, en el apartado 9.3.1) con respecto a estos crímenes. El artículo 1 del Código incorpora el principio de jurisdicción universal en toda su pureza (véanse *infra* los apartados 4.3.1-4.3.3). Sin embargo, en relación con los delitos cometidos en el extranjero, el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal otorga a la Fiscalía Federal, en ciertas condiciones, considerables facultades discrecionales para no abrir una investigación en relación con delitos cometidos en el extranjero (véase *infra* el apartado 6.2).¹⁵

El Parlamento alemán decidió promulgar una ley aparte en lugar de añadir un nuevo capítulo al Código Penal ordinario alemán, habida cuenta de la especial importancia del asunto y sus efectos en la política legal internacional (*völkerrechtspolitische Wirkung*).¹⁶ En particular, los objetivos del CCDI¹⁷ son abarcar el área específica de delitos de derecho internacional y promover la claridad legal y la aplicación práctica con un único conjunto de normas. También tiene como fin garantizar la disposición de Alemania en todo momento para cumplir con sus obligaciones en virtud del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Destinado a fortalecer la justicia penal internacional en su conjunto, la creación de este Código pretende contribuir al avance y la expansión del derecho internacional humanitario y, al mismo tiempo, superar algunas de las incongruencias entre el derecho penal alemán y el derecho internacional penal, incluidos el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, así como el derecho internacional humanitario.

Con anterioridad a la entrada en vigor del CCDI, el genocidio y las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional a los Convenios relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) sólo podían ser objeto de procesamiento en determinadas circunstancias. Según el artículo 6 (6.1 y 6.9) del Código Penal alemán,¹⁸ estos delitos se podían perseguir judicialmente con arreglo al principio de jurisdicción universal. No estaban incluidos los crímenes de lesa humanidad. Dado que el CCDI sólo es aplicable a los delitos de derecho internacional cometidos a partir de su entrada en vigor, los actos de genocidio y otras violaciones graves de los Convenios de Ginebra anteriores al 30 de junio de 2002 aún deben enjuiciarse en aplicación de las disposiciones anteriores, al igual que otros delitos de derecho internacional, como la tortura y la desaparición forzada, con independencia de la fecha en que se hayan cometido.

¹⁵ Véase 2.4.B., Requisitos sobre presencia para abrir una investigación o pedir la extradición.

¹⁶ Gerhard Werle/Florian Jessberger, “Das Völkerstrafgesetzbuch”, en *Juristenzeitung* (JZ) 2002, 725, 730.

¹⁷ *Explanatory Memorandum of the Code of Crimes against International Law*, BT. Drs. 14/8524, p. 12 (traducción al inglés proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia, aunque ya no está disponible en su sitio web), en http://www.wihl.nl/finals/Germany/DE_L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CAICL.pdf; véase también Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2006, p. 226; más información sobre los objetivos en Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreiker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 61-70.

¹⁸ Con anterioridad a la entrada en vigor del CCDI, los tribunales alemanes podían ejercer la jurisdicción universal en aplicación del artículo 6.1 del Código Penal para castigar el genocidio, así como las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y la tortura con arreglo al artículo 6.9 del Código Penal. Esta cuestión es subrayada por Steffen Wirth en *International Criminal Law in Germany – Case Law and Legislation*, <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/ottawa.pdf>. Según una opinión en la literatura jurídica, el artículo 6.1 del Código Penal se aplica igualmente a la tortura.

2.2 PROCEDIMIENTO PENAL: LA FUNCIÓN DE LA FISCALÍA¹⁹

De conformidad con el artículo 142.a, en combinación con el artículo 120.1.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG), la competencia para entablar procesos criminales por delitos establecidos en el CCDI recae en la Fiscalía Federal de Alemania (*Generalbundesanwalt*).²⁰ Más adelante se aborda en detalle la problemática estructura y organización de la Fiscalía Federal de Alemania en lo que se refiere a investigaciones y enjuiciamientos de delitos con arreglo al CCDI.²¹ La Fiscalía Federal también es responsable de emprender acciones penales por delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del citado Código, así como por los delitos cometidos a partir de julio de 2002 que únicamente pueden ser objeto de procesamiento en aplicación del Código Penal.

Breve nota en torno a la distinción entre los principios de oportunidad y obligatoriedad de la acción punitiva

El principio de oportunidad del artículo 153c.1.1 del Código de Procedimiento Penal alemán se aplica a todos los actos cometidos en el extranjero que sean delitos según el Código Penal o según el CCDI. Con arreglo al principio de oportunidad o conveniencia (*Opportunitätsprinzip*), la decisión de entablar acciones contra una persona forma parte del poder discrecional de la *acusación*, con el fin de evitar a los jueces una sobrecarga de trabajo. Normalmente, el principio de oportunidad se aplica únicamente a ciertos delitos menores y requiere que la Fiscalía reciba permiso del tribunal para invocarlo.²² Este principio es una excepción al principio general de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva (*Legalitätsprinzip*), en virtud del cual la acusación tiene en general la obligación de procesar a alguien por *cada* delito. Como se explica en un comentario:

*Este principio pretende garantizar que la ley se hace respetar imparcialmente y que para ello se inician procesamientos. Todos los participantes en el proceso penal están igualmente sujetos a la ley y no deben adoptarse decisiones arbitrarias en la causa ni en la decisión de entablar un proceso.*²³

Sin embargo, como se explica más adelante en el apartado 6.2, los artículos 153f y 153c del Código de Procedimiento Penal alemán, que en la práctica otorgan considerables poderes discrecionales a la Fiscalía Federal para no emprender acciones por algunos de los peores crímenes imaginables, constituyen una excepción a la norma general del derecho alemán que restringe el principio de oportunidad a los delitos menores.

¹⁹ Más detalles en Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreiker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 417-420.

²⁰ La situación jurídica relativa a los crímenes perpetrados con anterioridad al 30 de junio de 2002 se describe en este apartado; véase la Introducción, pár. 2.

²¹ Véase *infra* el apartado 8.

²² Nigel Foster/Satish Sule, *German Legal System and Laws*, Oxford University Press, 3rd ed., 2002, 342.

²³ Ibíd., 341-342.

2.3 COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LAS CAUSAS PENALES

La estructura jurisdiccional sobre las causas penales es compleja y se reparte entre los tribunales regionales y los federales.

Juicio en primera instancia

La jurisdicción para procesar a personas en primera instancia por delitos tipificados en el CCDI reside en los Tribunales Superiores Regionales (*Oberlandesgerichte*), según el artículo 120.1.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si bien el tribunal de primera instancia es el único competente para enjuiciar crímenes tipificados en el Código, sus jueces pueden considerar también otros delitos cometidos en relación con un crimen de derecho internacional (*Tateinheit*, artículo 52 del Código Penal alemán). Con respecto a los delitos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código, en julio de 2002, la jurisdicción de primera instancia reside en los Tribunales Superiores Regionales, en el caso de procesamientos por genocidio, o en los Tribunales de Distrito (*Landgerichte*) para otros delitos, como el asesinato.²⁴

La determinación del tribunal competente sigue las disposiciones ordinarias relativas a los delitos y las penas previstas de conformidad con los artículos 74, 74.a, 120 y 124 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, la competencia sobre la mayoría de los casos descansa en los Tribunales de Distrito y los recursos de apelación se presentan ante el Tribunal Superior Regional. Existe la posibilidad de interponer un segundo recurso de apelación (revisión) alegando determinados motivos jurídicos y procesales, ante el Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof, BGH*) (en ocasiones denominado Tribunal Supremo Federal). La Fiscalía Federal (*Generalbundesanwalt*) tiene la potestad –en virtud del artículo 142.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en combinación con el artículo 120 (120.1 y 120.2)– de asumir casos en determinadas circunstancias (*besondere Bedeutung*). En tal caso, el tribunal competente sería el Tribunal Superior Regional.

Recursos de apelación

Los artículos 7 y siguientes del Código de Procedimiento Penal alemán²⁵ determinan qué Tribunal Superior Regional es competente (*örtliche Zuständigkeit*). Los recursos de apelación sobre decisiones de estos tribunales son competencia del Tribunal Federal de Justicia, con arreglo al artículo 135.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En determinadas circunstancias, es posible presentar un recurso adicional por motivos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*). Los recursos de apelación contra decisiones de los Tribunales de Distrito se presentan ante los tribunales superiores de los estados federados (*Länder*) y después van al Tribunal Federal de Justicia.

Miembros de las fuerzas armadas

La misma asignación de juicios y apelaciones se aplica a las causas penales relacionadas con miembros de las fuerzas armadas, que son asignadas a la jurisdicción penal de los tribunales ordinarios. Hasta ahora no se ha establecido ningún tribunal penal militar en Alemania para las fuerzas armadas, a pesar de que el artículo 96.2 de la Constitución de Alemania autoriza a la Federación a establecer tribunales militares

²⁴ Artículo 74 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Véase también la versión anterior del artículo 120.1.8 de esta ley.

²⁵ Véase la nota 5 *supra*.

capaces de ejercer la jurisdicción penal sobre miembros de las fuerzas armadas que sirvan en el extranjero o a bordo de buques de guerra.²⁶

2.4 OTROS ASPECTOS DEL MARCO JURÍDICO

La Constitución incorpora principios generales como el de *ne bis in idem* (véanse *infra* los apartados 6.7 y 7.1.2.6) y la prohibición de una legislación penal con carácter retroactivo (véanse *infra* los apartados 6.6 y 7.1.2.7), así como la inmunidad para ciertos cargos públicos (véase *infra* el apartado 6.6). El CCDI y el Código Penal no dicen nada sobre el asunto de la negación de inmunidad a los autores de delitos de derecho internacional (véase *infra* el apartado 6.5). En la Ley de Asistencia Internacional en Asuntos Penales (*Internationales Rechthilfegesetz, IRG*) se abordan cuestiones relativas a la extradición (véase *infra* el apartado 7). Para interponer demandas civiles, el derecho alemán establece varios instrumentos: la acusación particular sujeta a restricciones legales (*Privatklage*), la reclamación de daños civiles en el proceso penal (*Adhäsionsverfahren*), el derecho de las víctimas a participar en los juicios (*Nebenklage*) y la Ley de Garantía sobre las Demandas de las Víctimas (*Opferanspruchssicherungsgesetz*) (véase *infra* el apartado 5).

²⁶ Aparte de las situaciones descritas, estos tribunales sólo pueden ejercer su jurisdicción durante el estado de defensa (artículo 96.2 de la Constitución de Alemania; véase también el apartado 3.1 del Código de Delitos para las Fuerzas Armadas Federales (*Wehrstrafgesetz*).

3. JURISDICCIÓN PENAL EXTRATERRITORIAL DISTINTA A LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL

Los delitos extraterritoriales son justiciables cuando alguno de los siguientes principios es aplicable:

- Principio de personalidad activa
- Principio de personalidad pasiva
- Principio de protección

En este apartado se examinan estas tres formas de jurisdicción extraterritorial y los delitos susceptibles de procesamiento con arreglo a cada una de ellas; la cuarta, la jurisdicción universal, y los delitos sujetos a ella, se analizan en el apartado siguiente.

Numerosas disposiciones del Código Penal otorgan a los tribunales alemanes jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos, que pueden ser: delitos comunes tipificados en el derecho interno alemán, delitos tipificados en el derecho interno que son de interés internacional (en su mayoría definidos en tratados) y crímenes de derecho internacional (en ocasiones también definidos en tratados). Algunas de estas disposiciones facultan claramente a los tribunales para ejercer más de una forma de jurisdicción, pero otras disposiciones son menos claras y a menudo la forma de jurisdicción extraterritorial aplicable es objeto de controversia entre los expertos alemanes. En lugar de limitarnos a comentar las disposiciones en el orden en que se presentan en el Código Penal, el siguiente examen agrupa las disposiciones según la forma de jurisdicción extraterritorial aplicable. No obstante, cuando sea posible justificar una disposición con arreglo a más de una forma de jurisdicción o cuando la forma sea objeto de controversia, esa disposición se analizará en cada uno de los apartados y se indicará la posibilidad de aplicar otras formas de jurisdicción. Las definiciones de las formas de jurisdicción son las que Amnistía Internacional utiliza en cada uno de los 192 documentos de país que componen la serie “Estrechando el cerco”. Dada la falta de consenso entre gobiernos y expertos, Amnistía Internacional adoptó las definiciones que consideró más sensatas y que eran claras y coherentes entre sí. Por ejemplo, la aplicación de la jurisdicción de protección a algunas de las disposiciones que se analizan en este apartado puede no ser siempre acorde a las definiciones empleadas en el derecho penal alemán. No obstante, se indican varias doctrinas jurídicas alemanas relativas a la jurisdicción extraterritorial.

3.1 JURISDICCIÓN DE LA PERSONALIDAD ACTIVA

La jurisdicción de la personalidad activa se basa en la nacionalidad –no en la residencia– de la persona detenida o acusada en el momento del delito o acto ilícito, y no en su nacionalidad con posterioridad a los hechos.²⁷ Como se explica más adelante, existen dos grupos básicos de disposiciones en el Código Penal

²⁷ Éste es el planteamiento del Departamento de Práctica Legal de la Asociación Internacional de Abogados, *Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction* (publicación en octubre de 2008), p. 144. (“El principio de personalidad

basados en la personalidad activa. Señalaremos toda disposición en la que pueda existir solapamiento con otras formas de jurisdicción o controversia en torno a este punto.

En primer lugar, el artículo 7.2.1 del Código Penal (personalidad activa) abarca las conductas delictivas sancionables en países extranjeros como delitos (doble incriminación) y que son aplicables a personas alemanas que hayan cometido un delito. También es aplicable a todo intento, participación o intento de participación en la comisión de dicho delito o crimen. El artículo 7.2.1 dice lo siguiente:

Artículo 7: Validez para actos cometidos en el extranjero en otros casos²⁸

[...]

2) Para otros actos cometidos en el extranjero regirá el Derecho penal alemán cuando el acto sea castigado en el lugar de su comisión o dicho lugar no esté sujeto a ninguna potestad punitiva, y cuando el autor:

1. en el momento de cometer el acto fuese alemán o lo haya llegado a ser después [...].

Por tanto, el derecho penal alemán es aplicable cuando los hechos no son punibles en el lugar donde se cometieron. También lo es en algunos casos que se enuncian en el artículo 5 del Código Penal en relación con la jurisdicción de protección.

En segundo lugar, el artículo 5 del Código Penal contiene varias disposiciones basadas en la personalidad activa. Este artículo establece la jurisdicción de personalidad activa sobre los siguientes delitos:

- 3.a) Actos que ponen en peligro del Estado democrático de Derecho en los casos de los artículos 89 y 90.a.1 del Código Penal, cuando el autor sea alemán y tenga sus medios de subsistencia en el territorio de vigencia de esta ley.
- 5.b) Delitos contra la defensa nacional en los casos especificados en el artículo 109 (109.a, 109.d y 109.h), cuando el autor sea alemán y tenga sus medios de subsistencia en el territorio de vigencia de esta ley.
- 8) Delitos contra la libre determinación sexual: a) en los casos del artículo 174 (174.1 y 174.3), cuando el autor y la víctima (persona contra la que se ha cometido el hecho) sean alemanes; y b) en los casos de los artículos 176.a, 176.b y 182, cuando el autor sea alemán. Esta disposición implica la jurisdicción de personalidad activa y pasiva.
- 9) Delito de interrupción del embarazo, definido en el artículo 218 del Código Penal, cuando el autor sea alemán en el momento de cometerlo y sus medios de subsistencia se encuentren en el territorio de vigencia de esta ley.

activa, también denominado ‘principio de nacionalidad activa’, permite a un Estado procesar a sus nacionales por delitos cometidos en cualquier parte del mundo si, en el momento de su comisión, tenían la nacionalidad de ese Estado.”)

²⁸ Los demás casos son los que se mencionan en los artículos 5 y 6 del Código Penal.

- 11.a) Delitos contra el medio ambiente, en los casos que abarca el artículo 328.2 (3-5) del Código Penal, también en combinación con el artículo 330 del Código Penal (*Fördern, Verleiten oder Verursachen einer nuklearen Explosion*), si el autor era alemán en el momento de los hechos.
- 12) Actos cometidos por un funcionario público alemán u otra persona especialmente obligada por el servicio público, durante una estancia oficial o relacionada con el servicio (*Amtsdelikte eines Deutschen*).
- 14.a) Soborno de un miembro del Parlamento, establecido en el artículo 108.e del Código Penal alemán, si el perpetrador era alemán en el momento del hecho o si el hecho se cometió en relación con un alemán. Esta disposición implicaría la jurisdicción de protección si el perpetrador fuera extranjero, e implicaría la jurisdicción de personalidad activa si el perpetrador fuera alemán.
- 15) Tráfico de órganos humanos, definido en el artículo 18 de la Ley de Transplantes (*Transplantationsgesetz*), si el autor era alemán en el momento de los hechos (*Organhandel*).

3.2 JURISDICCIÓN DE LA PERSONALIDAD PASIVA

La jurisdicción de la personalidad pasiva está basada en la nacionalidad de la víctima en el momento del delito o acto ilícito.²⁹ El derecho alemán considera que el principio de la personalidad pasiva es una forma especial del principio de protección.³⁰ El primer párrafo del artículo 7 del Código Penal (personalidad pasiva) abarca los mismos delitos que el segundo párrafo (7.2), aunque en este último el autor del delito debe ser alemán; sin embargo, algunas de las disposiciones sólo pueden encajar en la definición de jurisdicción universal, como las que establecen que el perpetrador debe haber adquirido la nacionalidad alemana después del delito (véase *infra* el apartado 4). El principio de oportunidad del artículo 153c.1.1 del Código de Procedimiento Penal también es aplicable.

A continuación se enumeran las disposiciones contenidas en el artículo 5 del Código Penal alemán basadas en la personalidad pasiva, indicando cualquier solapamiento con otras formas de jurisdicción o si hay controversia en torno a la cuestión.

- 6) Penaliza el secuestro (artículo 234.a del Código Penal) y arrojar sospechas políticas sobre otra persona (artículo 241.a del Código Penal) si los hechos se dirigen contra una persona que tiene su residencia habitual en Alemania; si el residente era extranjero en el momento del delito, esta disposición implica la jurisdicción universal.
- 6.a) Establece jurisdicción sobre casos de menores sustraídos a sus progenitores o secuestrados por uno de sus progenitores (artículo 235.2.2). La jurisdicción es aplicable cuando el delito se dirige contra una persona que tiene su residencia o reside habitualmente fuera de Alemania.
- 7) Abarca la divulgación de secretos empresariales o comerciales de empresas emplazadas en el territorio de vigencia del Código Penal alemán, empresas con su sede en este territorio o empresas con sede en el extranjero y dependientes de una empresa con sede en el ámbito de vigencia de esta ley, y con la que establece un consorcio.

²⁹ Informe de la Asociación Internacional de Abogados, p. 146. (“La víctima debía ser nacional del Estado extranjero, Estado A, en el momento de cometerse el delito.”)

³⁰ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Munich, 55^a ed., 2007), apéndice de los artículos 3-7.

- 8) Como se indica *supra* en el apartado 3.1, abarca los delitos contra la libre determinación sexual en los casos especificados en el artículo 174 (174.1 y 174.3), cuando el autor y la persona contra la que se ha cometido el hecho sean alemanes, y en los casos de los artículos 176a, 176b y 182, cuando el autor sea alemán. Esta disposición implica la jurisdicción de personalidad activa y pasiva.
- 14) Abarca los actos cometidos contra un funcionario público u otra persona especialmente obligada por el servicio público o contra un soldado de las fuerzas armadas federales, en el desempeño de su servicio o en relación con su servicio. (*Delikte gegen Amtsträger*).

3.3 JURISDICCIÓN DE PROTECCIÓN

La jurisdicción de protección se basa en los actos cometidos en el extranjero contra los intereses nacionales específicos del propio Estado del foro (el Estado donde tiene su sede el tribunal que ejerce su jurisdicción), como la falsificación, la traición y la sedición.³¹ El artículo 5 del Código Penal abarca los actos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos alemanes, con independencia del derecho vigente en el lugar de los hechos y de que el hecho sea punible con arreglo al Código. En este artículo se enumeran 15 delitos (crímenes): delitos contra la seguridad del Estado (1-5), protección de la economía nacional alemana (7) y protección del sistema judicial (10). El principio de oportunidad se aplica conforme al artículo 153c.1.1 del Código Penal. A continuación se examinan estas disposiciones y todo solapamiento o controversia en relación con su jurisdicción. Algunas de las disposiciones comportan más de un principio jurisdiccional.

- Los apartados 1-5 se refieren a delitos contra el Estado:
 - Preparación de una guerra de agresión, artículo 80 del Código Penal (*Vorbereitung eines Angriffskrieges*).
 - Alta traición, artículos 81-83 del Código Penal (*Hochverrat*).
 - Poner en peligro el Estado democrático de derecho; a) en los casos de los artículos 89 y 90.a.1 del Código Penal, cuando el autor sea alemán y tenga sus medios de subsistencia en el territorio de vigencia de esta ley; y b) en los casos de los artículos 90 y 90.a.2 del Código Penal (*Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates*).
 - Traición a la patria y poner en peligro la seguridad exterior, artículos 94-100.a del Código Penal (*Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit*).
 - Delitos contra la defensa nacional, artículo 109 (109.a-109.h) del Código Penal (*Straftaten gegen die Landesverteidigung*); en los casos de 109.a, 109.d y 109.h es necesario que el autor sea alemán y tenga sus medios de subsistencia en el territorio de vigencia de esta ley.
- El apartado 10 establece la jurisdicción sobre toda declaración falsa no juramentada, perjurio y declaración falsa en una afirmación solemne definidas en los artículos 153-156 del Código Penal (*Falsche uneidliche Aussage, Meineid, Falsche Versicherung an Eides statt*), en un proceso sometido, en el territorio

³¹ En el Informe de la Asociación Internacional de Abogados se da una definición algo más restrictiva: “[EI] ‘principio de protección’ [...] reconoce la potestad de un Estado para ejercer su jurisdicción sobre un conjunto limitado de delitos cometidos por personas extranjeras fuera de su territorio cuando el delito cometido perjudique intereses vitales del Estado” (p. 149).

de vigencia de esta ley, a un tribunal u otro organismo alemán que sea competente para tomar juramento o recibir afirmaciones solemnes.

- El apartado 14.a se refiere al soborno de un miembro del Parlamento, prohibido en el artículo 108.e del Código Penal alemán si el perpetrador era alemán en el momento de los hechos o si los hechos se cometieron en relación con un alemán. Esta disposición implicaría la jurisdicción de protección si el perpetrador fuera extranjero, y la jurisdicción de la personalidad activa si el perpetrador fuera alemán.

Además de estas disposiciones contenidas en el artículo 5 del Código Penal, dos disposiciones incluidas en el artículo 6 (6.7 y 6.8) se basan en la jurisdicción de protección:

El apartado 7 penaliza la falsificación de moneda y de valores y su preparación (artículos 146 y 149-152 del Código Penal), la falsificación de tarjetas de pago y talonarios de eurocheques (artículo 152b (1-4) del Código Penal) y su preparación (artículo 152.b.5, *Geld-und Wertpapierfälschung; Zahlungskarten und Eurocheckfälschung; Vorbereitung*). Según la doctrina jurídica alemana, la jurisdicción sobre estos crímenes se basa en el principio de los tratados (véase *infra* el apartado 4.2) y el principio de protección del Estado (*Vertragsprinzip und Staatschutzprinzip*).

El apartado 8 establece la jurisdicción sobre el fraude en materia de subvenciones, artículo 264 del Código Penal (*Subventionsbetrug*). Esta disposición protege las subvenciones alemanas y de la comunidad europea. La jurisdicción sobre estos crímenes extraterritoriales se basa tanto en la protección del Estado como en la protección de la Comunidad Europea.

4. LEGISLACIÓN QUE ESTABLECE LA JURISDICCIÓN PENAL UNIVERSAL

Existen dos bases jurídicas distintas para ejercer la jurisdicción universal sobre delitos, en función de que los delitos estén definidos en el CCDI o en el Código Penal y otra legislación. En primer lugar, el artículo 1 del CCDI establece la jurisdicción universal sobre tres categorías de delitos básicos de derecho internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) para los delitos cometidos desde el 30 de junio de 2002. En segundo lugar, los artículos 6 y 7 del Código Penal establecen la jurisdicción universal sobre otros delitos enumerados *infra*. La jurisdicción universal es la capacidad de la policía o del juzgado de instrucción de cualquier Estado para investigar –y de la Fiscalía para procesar– a personas por delitos cometidos fuera del territorio del Estado y que no están vinculados a ese Estado a través de la nacionalidad del presunto autor o de la víctima en el momento de la comisión del delito o por daños causados a los intereses nacionales del propio Estado. El Estado ejerce dicha jurisdicción aun cuando la legislación nacional imponga una serie de condiciones o requisitos sobre vínculos con ese Estado. Tales condiciones o requisitos no establecen nuevas formas de jurisdicción; son meras restricciones al ejercicio de la jurisdicción universal.

Jurisdicción universal

Artículo 1 del Código de Crímenes de Derecho Internacional

El CCDI establece la jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. El artículo 1 del Código dispone lo siguiente:

Esta ley rige para todos los delitos de derecho internacional descritos en ella, para los crímenes graves descritos en ella incluso cuando el hecho fue cometido en extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional.

Este artículo faculta a la Fiscalía Federal para investigar y entablar procesamientos con independencia de la nacionalidad de las víctimas o los autores, del territorio donde se haya cometido el delito o de la presencia de los acusados.³² No requiere la existencia de un vínculo legitimador concreto. Según expertos juristas alemanes, en la medida en que un vínculo jurídico sea necesario, la misma gravedad del delito lo proporciona. Los crímenes de derecho internacional se dirigen contra los intereses fundamentales de la comunidad internacional, especialmente la paz mundial y la seguridad internacional. Por tanto, los legisladores se distanciaron del punto de vista del Tribunal Federal de Justicia, que durante años ha exigido la existencia de un vínculo judicialmente creado según el cual era necesario que existiera una conexión entre Alemania y el delito. Un ejemplo sería cuando el presunto autor llevaba mucho tiempo viviendo en Alemania.³³ Este vínculo judicialmente creado se justificaba en parte por una visión desfasada del ámbito

³² Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, Primera Parte, G, V, párrs. 238 y sig.

³³ BGH St 45,64; BGH NStZ 1994, 232; BGH NStZ 1999, 236ff.; BGH StV 1999, 240; recientemente, con más reticencia, BGH NStZ 2002, 2728; véase también Steffen Wirth, *International Criminal Law in Germany – Case Law and Legislation*, p. 5 y sig.; Ewald Löwe/Werner Rosenberg, *Großkommentar zur StPO, Band 8*, Berlín, 25^a ed., 2005, apéndice Sec. 153f.2.

de aplicación del principio de no intervención sobre los asuntos de un Estado soberano. Aunque esta jurisprudencia haya quedado obsoleta con respecto al CCDI, cabe señalar que el citado artículo 153f del Código de Procedimiento Penal, que se analiza en detalle en el apartado 6.2, otorga amplios poderes discrecionales a la Fiscalía Federal para negarse a emprender acciones sobre delitos de derecho internacional cometidos en el extranjero en aplicación del CCDI.

Artículos 6 y 7 del Código Penal

El artículo 1 del CCDI no se aplica a las faltas o delitos menores (*Vergehen*), punibles con menos de un año de cárcel. Los crímenes son delitos graves (*Verbrechen*) castigados con penas de prisión no inferiores a un año (artículo 12 del Código Penal). Según la inequívoca redacción del artículo 1 y las notas aclaratorias del CCDI, el Parlamento excluyó a propósito los delitos menores de la aplicación del citado artículo.³⁴ En cambio, las disposiciones generales del Código Penal alemán sobre la jurisdicción extraterritorial (artículos 4-7 y 9) son aplicables a los delitos menores. La cuestión de si la adopción del CCDI debe dar lugar a una revisión de la jurisprudencia anterior relativa al artículo 6 (6.1 y 6.9) del Código Penal –según el cual es necesario un vínculo genuino– sigue siendo objeto de controversia entre los expertos.³⁵ El Tribunal Federal de Justicia indicó que ya no era necesario un vínculo genuino adicional en los casos relativos al artículo 6.9 del Código Penal, anulando así la jurisprudencia anterior.³⁶ Por tanto, esta decisión significa que, en opinión de ese tribunal, el vínculo judicialmente creado no es aplicable a ningún caso sujeto al Código Penal, antes o después de la promulgación del CCDI. Aunque la decisión del Tribunal Federal de Justicia no es *per se* vinculante para los demás tribunales, la práctica habitual es seguir su ejemplo. Los jueces sostuvieron que el ejercicio de la jurisdicción universal no vulnera el principio de no intervención, con el argumento de que Alemania cumple con sus obligaciones internacionales cuando ejerce su jurisdicción sobre delitos de derecho internacional. Esta interpretación cuenta con la aprobación de juristas alemanes.³⁷

En resumen, el artículo 6 del Código Penal, que codifica la jurisdicción universal en general, ha sido modificado con la creación del CCDI para excluir los delitos graves, que ahora se recogen en dicho Código. El artículo 7 del Código Penal es independiente de los artículos 4-6 del Código Penal. Según la doctrina jurídica alemana, si bien el artículo 7.2.2 no codifica una norma jurisdiccional, sí aclara en qué casos es posible una justicia penal representativa por parte de las autoridades judiciales alemanas (*stellvertretende Strafrechtspflege*). El artículo 7 se aplica cuando se ha encontrado en Alemania al perpetrador de un delito cometido en el extranjero que era ciudadano extranjero en el momento de cometer el delito y, aunque la Ley de Extradición permita extraditarlo por esos actos, no lo ha sido porque no se ha formulado una petición de extradición, o ésta ha sido rechazada, o la extradición no es factible. Por tanto, es evidente que, con independencia de cómo se defina la base jurisdiccional del artículo 7 en la doctrina jurídica alemana, este artículo se basa en la jurisdicción universal puesto que el tribunal estaría ejerciendo su jurisdicción sobre personas extranjeras por delitos cometidos contra personas extranjeras que no han supuesto ningún

³⁴ BT Drs. 14/8524, 14.

³⁵ Véase Ewald Löwe/Werner Rosenberg, *Großkommentar zur StPO, Band 8*, Berlín, 25^a ed., 2005, apéndice del artículo 153f.2; Andreas Zimmermann, “Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch- Entstehung, völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte”, en *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 2002, 97, 100.

³⁶ BGH St 46, 292, 307.

³⁷ Véase Gerhard Werle/Florian Jessberger en *Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch*, Berlín, 12^a ed., 2006, Apartado 6, párr. 143.

daño para los intereses nacionales de Alemania. Esta disposición no se basa en la naturaleza específica del crimen cometido (como los delitos de cierta gravedad).

El artículo 2 y la relación del Código de Crímenes de Derecho Internacional con otra legislación

Los artículos 6-14 del CCDI contienen el derecho sustantivo y definen los delitos enjuiciables en aplicación del Código, mientras que los artículos 1-5 contienen las disposiciones generales. A este respecto, Alemania decidió incorporar los principios básicos de la responsabilidad penal en virtud del derecho internacional al marco doctrinal vigente del derecho penal alemán. En general, se aplicarán al CCDI las disposiciones del derecho penal ordinario y, en particular, la Parte General del Código Penal y los principios no escritos sobre responsabilidad penal individual. El artículo 2 del CCDI dice así:

El derecho penal general se aplicará a los delitos con arreglo a esta Ley en la medida en que esta Ley no establezca disposiciones especiales en los artículos 1 y 3-5.

En consecuencia, el CCDI excluye los principios correspondientes de derecho penal general sólo con respecto al artículo 1 del Código, que establece la jurisdicción universal; el artículo 3, relativo a los delitos cometidos en el cumplimiento de órdenes de un superior; el artículo 4, relativo a la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores; y el artículo 5, que contiene el principio de no aplicabilidad de las normas sobre prescripción de los delitos.³⁸ Si bien se consideró que la mayoría de los principios existentes estaban en consonancia con las disposiciones del Estatuto de Roma, estos artículos ajustan el derecho penal alemán vigente a las nociones fundamentales de derecho internacional codificadas en su mayoría en el Estatuto de Roma. (Como se indica en el apartado 6.1, algunas de las eximentes y de los principios de responsabilidad penal contenidos en el Estatuto de Roma no son del todo coherentes con el derecho internacional o no son apropiados.)³⁹ Sin embargo, la mayoría de las disposiciones generales del Código Penal alemán, así como los principios no escritos, tales como los requisitos de intención o imprudencia, la pertinencia de los errores de hecho y de derecho y las posibles eximentes, siguen siendo aplicables a los delitos del CCDI.⁴⁰

³⁸ Las disposiciones concretas se analizan en detalle *infra* en el apartado 6.1.

³⁹ Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, Primera Parte; véase también la traducción al inglés del Memorando Explicativo del Código de Crímenes de Derecho Internacional del Parlamento alemán, p. 29, 30 (proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia, aunque ya no está disponible en su sitio web), en http://www.wihl.nl/finals/Germany/DE_L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf.

⁴⁰ Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreiker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 73; Gerhard Werle, *Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts. Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuches*, en *Juristenzeitung* (JZ) 2001, 889; Gerhard Werle/Florian Jessberger, *Das Völkerstrafgesetzbuch*, en *Juristenzeitung* (JZ) 2002, 728.

De conformidad con el artículo 2 del CCDI, no sólo son aplicables los artículos de la Parte General del Código Penal alemán, sino también las disposiciones pertinentes en materia penal de otros códigos alemanes, como el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) o la Ley de Tribunales de Menores (*Jugendgerichtsgesetz*). Un ejemplo de la correlación entre el CCDI y el Código Penal alemán se encuentra en el caso Rumsfeld en Denis Basak, *Abu Ghreib, das Pentagon und die deutsche Justiz. Die Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak nach Inkrafttreten des VStGB en Humanitäres Völkerrecht Informationsschriften* 2005, 85 y sig.

4.1 DELITOS COMUNES

Los delitos comunes sujetos a la jurisdicción universal se dividen en tres grupos: 1) delitos comunes según el CCDI; 2) delitos comunes que abarca el artículo 5 del Código Penal; y 3) delitos comunes que abarca el artículo 7 del Código Penal.

Delitos comunes según el Código de Crímenes de Derecho Internacional

Además de las tres categorías fundamentales de crímenes –genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra–, es posible argumentar que el CCDI incluye dos clases de “delitos comunes” como delitos accesorios de esos crímenes principales: violación del deber de supervisión (artículo 13) y omisión del deber de denunciar un crimen (artículo 14). Estos dos delitos (examinados *infra* en el apartado 6.1) están sujetos a la jurisdicción universal con arreglo al CCDI.

Delitos comunes que abarca el artículo 5 del Código Penal

Los delitos comunes sujetos a la jurisdicción alemana con independencia de la legislación del lugar donde se ha cometido el acto se incluyen en particular en la categoría de “Actos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos del territorio nacional” con arreglo al artículo 5 (5.1-5.15) del Código Penal.⁴¹ Las bases jurisdiccionales de los delitos enumerados en esta categoría son distintas y algunas disposiciones están sujetas a más de una forma de jurisdicción extraterritorial. Dado el enfoque de este documento –y en particular el del apartado 4.1– sobre la jurisdicción universal, aquí se analizan únicamente los delitos comunes que están sujetos a la jurisdicción universal, mientras que las clases de delito común sujetas a otras formas de jurisdicción extraterritorial se señalan brevemente *supra* en el apartado 3.

- Los apartados 3.a, 5.b y 14 (véase *supra* el apartado 3).
- El apartado 6 establece la jurisdicción sobre el secuestro y arrojar sospechas políticas sobre otra persona, cuando el acto se dirige contra una persona que tiene su residencia habitual en Alemania (artículos 234.a y 241.a del Código Penal, *Verschleppung und politische Verdächtigung*). Algunos comentarios jurídicos discrepan de la clasificación de esta disposición sobre la base de la jurisdicción universal, ni siquiera cuando la víctima es extranjera.
- El apartado 6.a abarca el secuestro de menores en los casos incluidos en el artículo 235.2.2, cuando el acto va dirigido contra una persona residente en Alemania.
- El apartado 13 abarca los actos cometidos por una persona extranjera en calidad de autoridad pública o de persona con una obligación especial de servicio público (*Amtsdelikte ausländischer Amtsträger*).

Delitos comunes que abarca el artículo 7 del Código Penal

El artículo 7 (“Validez para actos cometidos en el extranjero en otros casos”) establece que el derecho penal alemán se aplica a los delitos comunes cometidos en el extranjero si en el lugar de los hechos fueran también actos delictivos (principio de doble incriminación) o si ese lugar no estuviera sujeto a ninguna

⁴¹ Consultese la traducción oficial al inglés del Código Penal alemán (StGB) en <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm#6> o la versión bilingüe en alemán e inglés de la Parte General del Prof. Markus Dubber en <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/StGBframe.htm>.

potestad punitiva en dos circunstancias, a saber: 1) que la persona responsable fuera extranjera en el momento de los hechos pero después hubiera adquirido la nacionalidad alemana; o 2) que la persona responsable fuera extranjera en el momento de los hechos y posteriormente hubiera sido hallada en Alemania y no hubiera sido extraditada a pesar de que la Ley de Extradición permitía hacerlo por tales hechos. En concreto, el artículo 7.2 establece:

2) Para otros actos cometidos en el extranjero regirá el Derecho penal alemán cuando el hecho sea punible en el lugar de comisión o el lugar de comisión no esté sujeto a ninguna potestad punitiva, y cuando el autor:

1. [...] haya llegado a ser [alemán] después, o;

2. en el momento de realizar la acción fuese extranjero, se hallase en Alemania y, aunque la ley de extradición ampararía, de acuerdo a la naturaleza del hecho, su extradición, no sea extraditado porque no se presente una petición de extradición o ésta sea rechazada o la extradición no sea factible.

Aunque algunos expertos alemanes consideran que la jurisdicción ejercida con arreglo al artículo 7.2 (1 y 2) se debería definir como jurisdicción representativa (*stellvertretende Strafrechtspflege*), no es sino una forma de jurisdicción universal puesto que el tribunal estaría ejerciendo su jurisdicción sobre una persona extranjera por un delito cometido contra otra persona extranjera sin que implicara algún daño específico para Alemania.

4.2 DELITOS DE INTERÉS INTERNACIONAL TIPIFICADOS EN EL DERECHO INTERNO

Además de las disposiciones que tratan sobre la jurisdicción universal en el CCDI, los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre numerosos delitos de interés internacional de dos formas. En primer lugar, ciertos "actos cometidos en el exterior contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos" enumerados en el artículo 6 (6.2-6.8) del Código Penal están sujetos a la jurisdicción universal. En segundo lugar, en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal, los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre los delitos identificados en tratados que disponen o exigen la jurisdicción universal. Como se indica *supra*, la doctrina jurídica alemana justifica el ejercicio de dicha jurisdicción a su propia manera especial, pero, con independencia de esta doctrina nacional, lo importante es que las disposiciones que se examinan *infra* permiten a los tribunales alemanes ejercer su jurisdicción sobre delitos cometidos en el extranjero por personas extranjeras contra otros extranjeros cuando no han resultado lesionados los intereses especiales de Alemania. El artículo 7.2.2 no se aplica a los crímenes específicos que abarca el artículo 6 del Código Penal. Como se indicaba *supra* en el apartado 4.1, el artículo 7.2.2 del Código Penal establece la jurisdicción universal en determinadas circunstancias, aunque la doctrina jurídica alemana considere que se trata de una forma distinta de jurisdicción extraterritorial: la jurisdicción representativa.

4.2.1 ACTOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO CONTRA BIENES JURÍDICOS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDOS

El primer método de ejercer la jurisdicción universal sobre delitos tipificados en el derecho interno que son de interés internacional se encuentra en el artículo 6 (6.2-6.6) del Código Penal, donde se enumeran los actos cometidos en el exterior contra bienes jurídicos internacionalmente protegidos.⁴² No hay nada en el

⁴² El apartado 1 del artículo 6 del Código Penal, que autorizaba la jurisdicción universal sobre el genocidio en aplicación del artículo 220.a del Código Penal, ha sido revocado. Según la doctrina jurídica alemana, la justificación internacional de la jurisdicción extraterritorial en los casos que abarca el artículo 6 (6. 7 y 6.8) se basa en el principio de protección del Estado (*Staatsschutz*) y se comenta en el apartado 3.3 de este informe.

texto de estas disposiciones que limite su aplicación a perpetradores o víctimas alemanas, ni existe el requisito de que se haya causado algún daño a los propios intereses especiales de Alemania.

Los delitos enumerados en el artículo 6 (6.2-6.6) corresponden al principio jurídico alemán de los tratados (internacionales) o “principio de los tratados” o *Vertragsprinzip*.⁴³ Eso significa que la jurisdicción se basa también en los tratados internacionales y está limitada por su contenido. Algunos tribunales y juristas alemanes son de la opinión de que, puesto que el artículo 6 del Código Penal incluye delitos que no figuran en acuerdos internacionales, no es, a ese respecto, coherente con el derecho internacional y se debe restringir en el caso concreto (*völkerrechtskonforme Reduktion*) si no existe otro vínculo de justificación, como la personalidad activa.⁴⁴ Pese a todo, y como ha demostrado la práctica de los Estados en más de 50 países, así como las disposiciones del Código Penal alemán que ya se han examinado *supra* en el apartado 4.1, los Estados pueden ejercer la jurisdicción universal sobre delitos comunes tipificados en su derecho interno aunque tales delitos no figuren en ningún tratado.⁴⁵

A continuación se examinan en detalle las disposiciones pertinentes del artículo 6 del Código Penal (véase también el apartado 4.2.2 *infra*):

- 6.2) Delitos graves relacionados con la energía, los explosivos y la radiación nuclear en los casos de los artículos 307, 308 (308.1-308.4), 309.2 y 310 del Código Penal (*Kernenergie-, Sprengstoff-, Strahlenverbrechen*). Esta disposición garantiza que Alemania es capaz de cumplir con sus obligaciones internacionales. Con respecto a los acuerdos internacionales, como el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas (1997) o el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (1996), la doctrina jurídica alemana establece que la jurisdicción está en consonancia con el principio de los tratados (*Vertragsprinzip*). Si ése no fuera el caso, la jurisdicción alemana está limitada por el derecho internacional y por la Constitución de Alemania (*völkerrechts- und verfassungsgemäße Reduktion*), lo que significa que se debe recurrir a otros principios jurisdiccionales suplementarios.⁴⁶
- 6.3) Las agresiones contra el tráfico aéreo y marítimo han sido transformadas en el artículo 316.c del Código Penal (*Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr*). Esta disposición establece la jurisdicción universal sobre más casos de los que exigen los tratados internacionales. Según Werle y Jessberger, sólo se ajusta al derecho internacional legitimar la jurisdicción en los casos relativos al artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“Definición de la piratería”) basándose en la jurisdicción universal. En su opinión, en todos los demás casos se debe restringir el ámbito de aplicación del artículo 6.3 para que esté en consonancia con el derecho internacional y con el artículo 25 de la Constitución de Alemania y la jurisdicción basada en principios adicionales.

⁴³ Gerhard Werle/Florian Jessberger en *Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch*, Berlín, 12^a ed., 2006, apéndice del apartado 3, párr. 250, y apartado 6, párr. 15.

⁴⁴ El Tribunal Federal de Justicia ha interpretado el ámbito de aplicación del artículo 6 (6.1, 6.5 y 6.9); véase también el comentario de Gerhard Werle/Florian Jessberger en *Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch*, Berlín, 12^a ed., 2006, cap. 6, párr. 25.ff.

⁴⁵ Amnistía Internacional, *Universal jurisdiction: The duty of states to enact and implement jurisdiction - Introduction*, Índice AI: IOR 53/002/2001, septiembre de 2001, p. 1.

⁴⁶ Esto significa que los tribunales alemanes hacen valer los principios jurisdiccionales del derecho internacional público, ya que se aplican directamente a través del artículo 25 de la Constitución.

- 6.4) La trata de seres humanos con fines de explotación sexual y de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio incluida en la jurisdicción alemana (*Menschenhandel zu Zweck sexueller Ausbeutung, Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung von Arbeitskraft*) está prohibida por los artículos 232-233.a del Código Penal. El artículo 6.4 establece la jurisdicción universal para los casos de trata de seres humanos, pero no como un crimen de lesa humanidad, como en el artículo 7.1.3 del CCDI. Así pues, establece una jurisdicción más amplia que el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. Según la doctrina jurídica alemana –aunque no según el derecho internacional–, esta disposición se debe limitar (*völkerrechts- und verfassungsgemäße Reduktion*).
- 6.5) Distribución no autorizada de narcóticos (*unbegfugter Vertrieb von Betäubungsmitteln*). Según el Tribunal Federal de Justicia, la jurisdicción no puede estar basada en la jurisdicción universal. En su lugar, el tribunal sostuvo que se requiere un vínculo genuino (detención en territorio alemán)⁴⁷ en los casos que no es posible justificarla con tratados internacionales (*völkerrechts- und verfassungsgemäße Reduktion*). Como ya se ha comentado, esta doctrina jurídica nacional no se ajusta al derecho internacional.
- 6.6) Divulgación de escritos pornográficos en los casos de los artículos 184.a, 184.b (1-3), también en combinación con el artículo 184.c del Código Penal (*Verbreitung pornographischer Schriften*). Esta disposición debe leerse en el contexto de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (22 de diciembre de 2003). El contenido del artículo 6.6 abre un extenso ámbito de aplicación que, según la doctrina jurídica alemana –aunque no el derecho internacional–, requiere una reducción de conformidad con el derecho internacional y constitucional.

4.2.2 DELITOS TIPIFICADOS EN TRATADOS EN LOS QUE ALEMANIA ES ESTADO PARTE

La segunda manera en que los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre delitos tipificados en el derecho interno que son de interés internacional se encuentra en el artículo 6.9 del Código Penal, que establece el procesamiento por delitos internacionales tipificados en los tratados ratificados por Alemania:

Los delitos que, sobre la base de un acuerdo internacional que obligue a la República Federal de Alemania, también se deberán perseguir cuando sean cometidos en el extranjero.

Por tanto, el artículo 6 del Código Penal dispone que los delitos cometidos en el extranjero se pueden enjuiciar si figuran en tratados internacionales ratificados por Alemania y establecen la jurisdicción universal.⁴⁸ Sin embargo, según el derecho alemán, Alemania no tiene que tipificar como delito ni penalizar toda acción o actividad prohibida por un acuerdo internacional. Según el derecho interno, para que exista la obligación de perseguir delitos internacionales, las normas de los tratados deben ser vinculantes (*verbindlich*)⁴⁹ y la tipificación del delito debe ser obligatoria con arreglo a la intención del tratado (*vökervertragliche Verfolgungspflicht*), por ejemplo, cuando el tratado contiene una disposición *aut dedere aut judicare* (obligación de extraditar o procesar). En este sentido, esta disposición ayuda a la judicatura

⁴⁷ BGH St 34, 334, 338.

⁴⁸ Albin Eser en Adolf Schönke/Horst Schröder, *Strafgesetzbuch* (Munich, 27^a ed., 2006) cap. 6, párrs. 10-11; Kai Ambos en *Münchener Kommentar StGB Band I* (sección 1-51) (Munich, 2003), cap. 6, párrs. 19-31.

⁴⁹ Con arreglo al artículo 59.2 de la Constitución de Alemania, un tratado internacional firmado pasa a ser vinculante (es decir, se ratifica) con la promulgación de legislación que permita la aplicación del tratado (*Zustimmungsgesetz*) y su anuncio público en el Boletín Oficial del Estado (*Bundesgesetzblatt, BGB*).

alemana a tomar medidas aunque todavía no se haya incorporado al derecho interno una prohibición en aplicación de un tratado. Sin embargo, eso sólo ocurre si el tratado establece la jurisdicción universal, porque de lo contrario cabe el peligro de conflictos jurisdiccionales. Por ejemplo, si Alemania ratificara la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas pero no incorporara la nueva disposición penal en su derecho interno, el artículo 6.9 facultaría a los jueces alemanes para aplicar la Convención, puesto que establece la jurisdicción universal.

Nota breve en torno a los tratados que implican delitos de derecho internacional

Los tratados vinculantes para Alemania, en el sentido de que expresan una prohibición o penalización general o incluyen una disposición *aut dedere aut iudicare* en relación con delitos de derecho internacional, son los siguientes:

- la Convención sobre la Esclavitud;⁵⁰
- los Convenios de Ginebra, de 1949, y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977; y
- la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Estos tratados se someten a examen en el apartado 4.3, que trata de los delitos de derecho internacional. Aunque el Estatuto de Roma contiene prohibiciones generales, se decidió implementarlo a través del CCDI.

Delitos tipificados en el derecho interno que son de interés internacional y figuran en tratados

A continuación se examinan los tratados internacionales que comportan prohibiciones generales o contienen disposiciones *aut dedere aut iudicare* en relación con delitos tipificados en el derecho interno que son de interés internacional (los tratados que tipifican delitos de derecho internacional se analizan *infra* en el apartado 4.3). Como ya se ha comentado, es posible establecer la jurisdicción en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal, pero en algunos casos son también aplicables otros párrafos del artículo 6. Esto se indica *infra* en cada subapartado dedicado a un tratado. Los delitos se examinan en líneas generales en el orden en que fueron ampliamente reconocidos como sujetos a la jurisdicción universal, como en el caso de la piratería, o se convirtieron en objeto de tratado internacional.

Piratería

El derecho internacional reconoce desde hace varios siglos que la piratería está sujeta a la jurisdicción universal. Alemania es Estado Parte en la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 1958, que codificó esta norma, desde 1962,⁵¹ y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar desde 1994. Ambos tratados establecen la jurisdicción universal sobre la piratería.⁵² Alemania no ha tipificado

⁵⁰ Adoptada el 25 de septiembre de 1926. La Convención fue modificada por el Protocolo de Enmienda aprobado el 7 de diciembre de 1953 (artículo 2 de la Convención, artículo 1 del Protocolo de Enmienda).

⁵¹ Convención de Ginebra sobre la Alta Mar (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cgam.html), del 29 de abril de 1958 (entrada en vigor: 29 de septiembre de 1962), artículo 19 (que autoriza el apresamiento de buques o aeronaves piratas en alta mar) y artículo 101 (que define la piratería).

⁵² Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

como delito la piratería. Habida cuenta de que es un delito que sólo puede cometerse en alta mar o fuera de la jurisdicción territorial de cualquier Estado, los tribunales pueden ejercer la jurisdicción universal sobre la piratería. Alemania puede ejercer la jurisdicción universal sobre los actos de piratería en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal. Según Werle y Jessberger, también es posible ejercer la jurisdicción universal sobre la piratería en aplicación del artículo 6.3 del Código Penal.⁵³

Falsificación de moneda

Alemania es Estado Parte en el Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, de 1929, desde 1933.⁵⁴ Este tratado exige a los Estados Partes que tipifiquen como delitos comunes la falsificación y la tentativa de falsificación de moneda extranjera (artículo 3), hagan que tales delitos estén sujetos a extradición (artículo 10) y, si el Estado Parte reconoce una norma general de jurisdicción extraterritorial, procesen a las personas sospechosas de falsificar moneda extranjera en el extranjero si se ha solicitado su extradición y ésta se ha rechazado por alguna razón no relacionada con el delito (artículo 9). Alemania define ciertas conductas como falsificación en su Código Penal,⁵⁵ y puede ejercer la jurisdicción universal sobre la falsificación de moneda extranjera en el extranjero en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal.

Violencia contra personas del pasaje o la tripulación de una aeronave extranjera en el extranjero

Alemania es Estado Parte en el Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (Convenio de Tokio), de 1963, desde el 16 de marzo de 1970.⁵⁶ Este tratado autoriza a los Estados Partes a adoptar medidas que permitan extraditar o procesar a las personas sospechosas de cometer violencia contra personas del pasaje o la tripulación de una aeronave extranjera en el extranjero (artículo 13.2) y extraditar a personas sospechosas de responsabilidad en tales actos o entablar acciones penales contra ellas ante sus propios tribunales (artículo 15.1). Alemania define como delito los actos de violencia contra personas del pasaje o la tripulación de una aeronave en el artículo 316.c del Código Penal, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre actos de violencia cometidos contra personas del pasaje o la tripulación de una aeronave extranjera en el extranjero en aplicación del artículo 6 (6.3 y 6.9) del Código Penal.

Secuestro de una aeronave

Alemania es Estado Parte en el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970, desde el 16 de diciembre de 1970.⁵⁷ Este tratado exige a los Estados Partes que tipifiquen el

(www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf), del 10 de diciembre de 1982 (entrada en vigor: 16 de noviembre de 1994), artículo 101 (definición de la piratería) y artículo 105 (captura de un buque o una aeronave pirata).

⁵³ Gerhard Werle y Florian Jessberger en *Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch*, Berlín, 12^a ed., 2006. cap. 6, párrs. 13, 55.

⁵⁴ Véase <http://www.judicatura.com/Legislacion/2015.pdf>.

⁵⁵ Véanse artículos 146 y sig..

⁵⁶ Convenio sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves (Convenio de Tokio) (<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>), Tokio, 14 de septiembre de 1963 (entrada en vigor: 4 de diciembre de 1969).

⁵⁷ Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves (<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>), La

secuestro de aeronaves como delito en el derecho interno (artículo 2), establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales secuestros que estén presentes en su territorio si no se las extradita (artículo 4.2), tomen medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 6) y remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 7). Alemania tipifica expresamente como delito el secuestro de aeronaves en el artículo 316.c del Código Penal, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre un secuestro de aeronave extranjera en el extranjero en aplicación del artículo 6 (6.3 y 6.9) del Código Penal.

Ciertos ataques contra la aviación

Alemania es Estado Parte en el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal), de 1971, desde el 3 de febrero de 1978. Este tratado exige a los Estados Partes que definan ciertos ataques contra la aviación como delitos en el derecho interno (artículo 3), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales ataques que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 5.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 6) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 7). Alemania tipificó como delito los ataques contra la aviación en el artículo 316.c del Código Penal, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre ciertos ataques contra la aviación en el extranjero en aplicación del artículo 6 (6.3 y 6.9) del Código Penal.

Ataques contra personal diplomático y otras personas internacionalmente protegidas

Alemania es Estado Parte en la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, de 1973, desde el 25 de enero de 1977.⁵⁸ Este tratado exige a los Estados Partes que definan los ataques contra personal diplomático y otras personas internacionalmente protegidas como delitos en el derecho interno (artículo 2), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales ataques que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 3.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 6.1) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 7). Alemania ha tipificado como delito los ataques contra personas internacionalmente protegidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre los ataques contra personal diplomático y otras personas internacionalmente protegidas en el extranjero en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal.

Toma de rehenes

Alemania es Estado Parte en la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes de 1979 desde el 15 de diciembre de 1980.⁵⁹ Este tratado exige a los Estados Partes que definan la toma de rehenes conforme a su artículo 1 como delito en el derecho interno (artículo 2), que establezcan su jurisdicción sobre las

Haya, 15 de diciembre de 1970 (entrada en vigor: 14 de octubre de 1973).

⁵⁸ Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos (<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>), 14 de diciembre de 1973 (entrada en vigor: 20 de febrero de 1977).

⁵⁹ Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>), 17 de diciembre de 1979 (entrada en vigor: 3 de junio de 1983).

personas sospechosas de cometer tales ataques que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 5.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 6.1) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 8). Alemania ha tipificado como delito la toma de rehenes en el artículo 102 del Código Penal, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre la toma de rehenes en el extranjero en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal.

Ataques contra buques y la navegación marítima

Alemania es Estado Parte en el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 1988.⁶⁰ Este tratado exige a los Estados Partes que definan los ataques contra buques y la navegación marítima como delitos en el derecho interno (artículo 5), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales ataques que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 6.4), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 7) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 10). Alemania ha definido los ataques contra buques y la navegación marítima como delitos en el derecho interno en aplicación del artículo 316.c del Código Penal, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre los ataques contra buques y la navegación marítima en aplicación del artículo 6 (6.3 y 6.9) del Código Penal.

Robo de materiales nucleares

Alemania es Estado Parte en la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, de 1980, desde el 6 de octubre de 1991.⁶¹ Este tratado exige a los Estados Partes que definan el robo de material nuclear y otros actos como delitos en el derecho interno (artículo 7), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales ataques que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 8.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 9) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 10). Alemania ha tipificado como delitos el robo de material nuclear y otros actos prohibidos por este tratado en el Código Penal, en los artículos 307, 308 y 309, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre el robo de material nuclear en el extranjero en aplicación del artículo 6 (6.2 y 6.9) del Código Penal.

Tráfico de drogas: Convención Única sobre Estupefacientes

Alemania es Estado Parte en la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, desde el 20 de febrero de 1975.⁶² Este tratado exige a los Estados Partes que definan ciertas conductas relacionadas con las sustancias narcóticas como delitos en el derecho interno (artículo 36.1) y que, si una persona sospechosa de tal conducta está presente en su territorio y no es extraditada, la procesen (artículo

⁶⁰ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, Roma, 10 de marzo de 1988 (<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>).

⁶¹ Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena, 26 de octubre de 1979 (Convención Internacional contra la Toma de Rehenes (<http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>)).

⁶² Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (entrada en vigor: 8 de agosto de 1975).

36.2.a.iv). El derecho alemán prevé delitos relacionados con drogas, pero no parece haber definido expresamente como delitos algunas de las conductas prohibidas por la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes en su Código Penal. Alemania puede ejercer la jurisdicción universal sobre ciertas conductas en el extranjero relacionadas con delitos de estupefacientes en aplicación del artículo 6.5 del Código Penal.

Tráfico de drogas: Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas

Alemania es Estado Parte en el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, de 1971, desde el 2 de diciembre de 1977. Si bien el derecho alemán establece delitos relacionados con drogas, no parece que se hayan tipificado expresamente como delitos algunas de las conductas prohibidas por este tratado.⁶³ Alemania puede ejercer la jurisdicción universal sobre ciertas conductas en el extranjero relacionadas con las sustancias psicotrópicas en aplicación del artículo 6.5 del Código Penal.

Utilización, financiación y entrenamiento de mercenarios

Alemania firmó la Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, de 1989, el 20 de diciembre de 1990, pero todavía no la ha ratificado.⁶⁴ Este tratado exige a los Estados Partes que definan la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios como delitos en el derecho interno (artículo 5.3), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales actos que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 9.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 10.1) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 12). Alemania no ha definido la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios como delitos en el derecho interno ni ha autorizado a sus tribunales a ejercer la jurisdicción universal sobre tales conductas.

Ataques contra el personal de la ONU y el personal asociado

Alemania es Estado Parte en la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, de 1994, desde el 22 de abril de 1977,⁶⁵ y también es Parte en su Protocolo Facultativo, de 2005. Esta Convención exige a los Estados Partes que definan los ataques contra el personal de la ONU y el personal asociado como delitos en el derecho interno (artículo 9.2), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales ataques que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 10.4), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 13.1) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 14). El Protocolo Facultativo amplía el alcance de la protección que brinda la Convención e incorpora las mismas obligaciones en materia de cumplimiento.⁶⁶

⁶³ Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, del 21 de febrero de 1971.

⁶⁴ Asamblea General de la ONU, doc. ONU: A/RES/44/34, 4 de diciembre de 1989.

⁶⁵ Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, Asamblea General de la ONU, doc. ONU: A/RES/49/59, 9 de diciembre de 1994 (<http://un.org/spanish/documents/ga/res/49/list49.htm>).

).

⁶⁶ Asamblea General de la ONU, doc. ONU: A/RES/60/42, 8 de diciembre de 2005.

Alemania no ha tipificado como delitos los ataques contra el personal de la ONU y el personal asociado, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre los ataques contra efectivos para el mantenimiento de la paz en el extranjero en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal.

Atentados terroristas con bombas

Alemania es Estado Parte en el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, de 1997, desde el 23 de abril de 2003.⁶⁷ Este tratado exige a los Estados Partes que definan los atentados terroristas con bombas como delito en el derecho interno (artículos 4 y 5), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer tales atentados que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 6.4), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 7) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 8). Alemania no ha definido el atentado terrorista con bombas como delito en el derecho interno. No obstante, varias disposiciones penalizan los actos de terrorismo con bombas, como los artículos 129 y siguientes, el artículo 308 y el artículo 316 del Código Penal. Alemania puede ejercer la jurisdicción universal sobre los atentados terroristas con bombas en el extranjero en aplicación del artículo 6 (6.2, 6.3 y 6.9) del Código Penal.

Financiación del terrorismo

Alemania es Estado Parte en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 1999.⁶⁸ Este tratado exige a los Estados Partes que definan la financiación de actividades terroristas como delito en el derecho interno (artículos 4 y 5), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de tales delitos que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 7.4), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 9) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 10.1). Alemania no ha tipificado expresamente como delito la financiación de actividades terroristas. Sin embargo, el Código Penal alemán incluye dos disposiciones que abordan muchas clases de actividades terroristas (artículos 129 y 129.a). Alemania puede ejercer la jurisdicción universal sobre la financiación de actos terroristas en el extranjero en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal.

Delito transnacional: Delincuencia organizada transnacional

Alemania es Estado Parte en la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), de 2000, desde el 14 de junio de 2006.⁶⁹ Este tratado exige a los Estados Partes que definan ciertos actos transnacionales referidos a delincuentes que actúan en grupos organizados como delitos en el derecho interno (artículos 5, 6, 8 y 23) y los autoriza a establecer su jurisdicción sobre las personas sospechosas de tales delitos que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 15.4) y a que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (artículo 16.9). Alemania ha definido varias clases de delitos organizados transnacionales enumerados en este tratado como delitos en el derecho interno, y puede ejercer la jurisdicción universal sobre algunas formas

⁶⁷ Véase <http://untreaty.un.org/English/Terrorism.asp>.

⁶⁸ Ibíd.

⁶⁹ Asamblea General de la ONU, doc. ONU: A/RES/55/25, 15 de noviembre de 2000. (http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525s.pdf)

de delincuencia transnacional en el extranjero, que afectan a delincuentes que actúan en grupos organizados, en aplicación del artículo 6.9 del Código Penal.

Delito transnacional: Trata de seres humanos

Alemania es Estado Parte en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, de 2001, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, desde el 14 de junio de 2006.⁷⁰ Este tratado, que incorpora todos los requisitos jurisdiccionales de la citada Convención (artículo 2), exige a los Estados Partes que definan la trata de seres humanos como delito en el derecho interno (artículo 3). Alemania ha definido como delito en su derecho interno la trata de seres humanos, incluidos menores de edad, en los artículos 232, 233, 233a y 233b del Código Penal. Estas disposiciones incluyen la trata con fines sexuales u otras formas de explotación. Además, facultan a los tribunales alemanes para ejercer la jurisdicción universal sobre la trata de personas en aplicación del artículo 6.4 del Código Penal, que remite a los artículos pertinentes del Código Penal.

Delito transnacional: Armas de fuego

Alemania ha firmado, aunque no ratificado, el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2001, el 3 de septiembre de 2002.⁷¹ Este tratado, que incorpora todos los requisitos jurisdiccionales de la citada Convención (artículo 2), exige a los Estados Partes que definan ciertos actos relacionados con armas de fuego como delitos en el derecho interno (artículo 5).

⁷⁰ Ibíd., Anexo II.

⁷¹ Asamblea General de la ONU, doc. ONU: A/RES/55/255, 8 June 2001.
(http://www.un.org/Depts/dhl/spanish/resdecls/res55_3s.htm.)

Terrorismo nuclear

Alemania no ha firmado el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 2005.⁷² Este tratado exige a los Estados Partes que definan los actos de terrorismo nuclear como delitos en el derecho interno (artículos 5 y 6), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de tales actos terroristas que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 9.4), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 10) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 11.1). Alemania no ha definido expresamente tales actos como delitos en el derecho interno, ni ha autorizado a sus tribunales a ejercer la jurisdicción universal sobre los actos de terrorismo nuclear. No obstante, las conductas delictivas que abarca el Convenio encajan en algunas de las disposiciones relativas a la agresión nuclear. Por tanto, si Alemania firmara y ratificara el Convenio, el artículo 6.2 podría aplicarse a algunos casos relativos a explosiones nucleares y al abuso de la radiación ionizante (artículos 307 y 309 del Código Penal).

4.3 CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

Los tribunales alemanes están autorizados a ejercer la jurisdicción universal sobre las personas sospechosas de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en aplicación del CCDI a partir del 1 de julio de 2002. Pueden ejercer la jurisdicción universal sobre las personas sospechosas de cometer algunos de estos crímenes de derecho internacional antes del 1 de julio de 2002 y otros delitos de derecho internacional, con independencia del momento de su comisión, con arreglo al Código Penal. En la parte sustantiva del Código se tipifican los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio. A diferencia del Estatuto de Roma, que dispone una amplia variedad de castigos, los artículos 6-12 del Código tipifican un conjunto de sanciones más limitado para cada delito. Además, los tribunales pueden ejercer la jurisdicción universal sobre otros delitos de derecho internacional.

4.3.1 CRÍMENES DE GUERRA

Alemania puede ejercer la jurisdicción universal en aplicación del CCDI sobre la mayoría de los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados con y sin carácter internacional desde julio de 2002. Puede ejercer la jurisdicción universal sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) cometidas con anterioridad a julio de 2002 con respecto a conductas delictivas establecidas en el Código Penal, pero no con respecto a otros crímenes de guerra cometidos antes de esa fecha.

Crímenes de guerra a los que se aplica el Código de Crímenes de Derecho Internacional desde julio de 2002

Los crímenes de guerra incluidos en el CCDI se reparten en cinco artículos: el artículo 8 contiene los crímenes de guerra contra personas; los artículos 9 y 10 se refieren a los crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos, así como a los crímenes de guerra contra emblemas y operaciones humanitarias; los crímenes de guerra consistentes en utilizar métodos de guerra prohibidos se recogen en el artículo 11; y el artículo 12 afecta a los crímenes de guerra que utilizan ciertos medios de guerra prohibidos. Con todo, la lista de crímenes de guerra no abarca todas las violaciones reconocidas en el derecho internacional humanitario. Además de los crímenes de guerra tipificados en el Estatuto de Roma, el CCDI aplica otras obligaciones del derecho internacional humanitario, en concreto las violaciones graves

⁷² Véase <http://www.un.org/spanish/sc/ctc/law.shtml>.

del Protocolo Adicional I⁷³ y, por tanto, se corresponde en gran medida con el derecho internacional consuetudinario vigente. No obstante, cabe destacar aquí que la lista de crímenes de guerra contenidos en el CCDI solamente incluye las violaciones del derecho internacional humanitario sancionables en aplicación del derecho internacional penal consuetudinario vigente.⁷⁴

En la mayoría de los casos, el CCDI –de conformidad con el derecho internacional consuetudinario– no distingue entre conflictos con y sin carácter internacional. Únicamente cuando el derecho internacional consuetudinario no trata de la misma manera los delitos cometidos como parte de un conflicto internacional o no internacional, se establecen diferencias dentro de las disposiciones concretas.⁷⁵

Crímenes de guerra según el Código Penal

Como confirmaron las causas *Sokolović* y *Kuslje*, los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra cuando dicha conducta constituya también un delito con arreglo al Código Penal (véase el apartado 9 *infra*). No pueden ejercer dicha jurisdicción sobre otros crímenes de guerra cometidos antes de julio de 2002 salvo en la medida en que semejante conducta constituya un delito común.

4.3.2 CRÍMENES DE LEZA HUMANIDAD

El artículo 7 del CCDI define los crímenes de lesa humanidad de conformidad con el Estatuto de Roma. Sin embargo, se establecieron algunas diferencias en función de cómo el derecho alemán interpreta el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva. Así pues, el alcance de las definiciones contenidas en este artículo es, en algunos aspectos, más restrictivo que el de las contenidas en el Estatuto de Roma.⁷⁶ No obstante, Alemania no ha definido los crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad a 2002 como delitos en el derecho interno.

Apartheid

Alemania no es Estado Parte en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid de 1973.⁷⁷ Este tratado exige a los Estados Partes que adopten medidas legislativas o de otra índole para reprimir el crimen de *apartheid* practicado en el África austral (artículo IV.a), los obliga a

⁷³ El CCDI prohíbe también las violaciones graves del Protocolo Adicional I y, por tanto, no sólo incorpora los delitos contenidos en el artículo 8.2 del Estatuto de Roma.

⁷⁴ “Sin embargo, no todos los actos de guerra prohibidos por el derecho internacional humanitario comportan responsabilidad penal con arreglo al CCDI, ya que no todas las conductas sancionables en aplicación del derecho internacional lo son también en virtud del derecho internacional consuetudinario. El Código simplemente aplica el derecho internacional penal consuetudinario vigente al derecho alemán, pero no intenta limitar el desarrollo ulterior del derecho internacional humanitario.” (Ministerio de Justicia y Grupo de Trabajo de Expertos, *Draft of an Act to Introduce the Code of Crimes against International Law*, 52, disponible en línea, en traducción oficial al inglés, en http://www.bmji.bund.de/files/-408/Englische_Fassung.pdf).

⁷⁵ Véase Gerhard Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2005, párr. 259.

⁷⁶ Gerhard Werle, ibíd., párr. 255; véase también el Memorando Explicativo del Código de Crímenes de Derecho Internacional, BT Drs. 14/8524, p. 42 (disponible, en alemán, en <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>, y en traducción al inglés proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia –aunque ya no está en el sitio del Ministerio– en http://www.wihi.nl/finals/Germany/DE_L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf).

⁷⁷ Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Asamblea General de la ONU, Resolución 3068, 30 de noviembre de 1973 (entrada en vigor: 18 de julio de 1976), véase http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/11_sp.htm.

adoptar medidas legislativas y judiciales para llevar ante la justicia, “conforme a su jurisdicción”, a los responsables de este crimen, ya sean residentes o nacionales del Estado Parte, o de otro Estado, o apátridas (artículo IV.b) y autoriza a los tribunales de cualquier Estado Parte que tengan jurisdicción sobre una persona sospechosa de este crimen a juzgarla (artículo V). Alemania no ha definido expresamente el *apartheid* como delito, pero sí ha penalizado bastantes conductas constitutivas de *apartheid* y, en la práctica, autoriza a los tribunales a ejercer la jurisdicción universal sobre este delito en aplicación del derecho internacional.

4.3.3 GENOCIDIO

El crimen de genocidio se incorporó al artículo 6 del CCDI, que reproduce el artículo 220.a del Código Penal sin cambios sustantivos. Este artículo se basa en la definición contenida en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, y por tanto se corresponde con el artículo 6 del Estatuto de Roma. El cambio más señalado fue que los requisitos necesarios para calificar un acto de genocidio también pueden darse en un acto dirigido contra una sola persona perteneciente a un grupo si se ajusta a la interpretación del crimen internacionalmente aceptada.⁷⁸ Con todo, el CCDI no incluye expresamente todos los delitos accesorios al genocidio enumerados en el artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Como ya se ha mencionado, los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre los actos de genocidio cometidos con anterioridad a 2002. Para ello es posible basarse en el artículo 6 en combinación con el artículo 220.a del Código Penal, que está en consonancia con la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal que establece el derecho alemán.

4.3.4 TORTURA

Alemania es Estado Parte en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, desde el 1 de octubre de 1990.⁷⁹ Este tratado exige a los Estados Partes que definan la tortura como delito en el derecho interno (artículo 4), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer actos de tortura que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 5.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 6) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 7.1).

El artículo 7.1.7 del CCDI define como crimen de lesa humanidad la tortura perpetrada como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil después de julio de 2002; el artículo 8.1.3 del Código define como crímenes de guerra los actos de tortura cometidos en un conflicto armado. Por consiguiente, los actos de tortura sólo se pueden castigar como tales en aplicación del Código si se cometen en un conflicto armado o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

El Código Penal no contiene una definición expresa de tortura en otras circunstancias.⁸⁰ Algunas conductas constitutivas de tortura son sancionables como coacción (artículo 240), lesiones infligidas en el ejercicio de

⁷⁸ Gerhard Werle, ibíd., párr. 254; véase también la traducción al inglés del Memorando Explicativo del Código de Crímenes de Derecho Internacional, BT Drs. 14/8524, p. 41 (proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia, aunque ya no está disponible en su sitio web) en http://www.wihl.nl-finals/Germany/DE_L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf.

⁷⁹ Véase <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat/htm>.

⁸⁰ Tercer informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 1999. Adición. Alemania, doc. ONU:

funciones oficiales o en relación con ellas (artículo 340) y obtención de testimonios mediante coacción (artículo 343). Sin embargo, estas disposiciones no incluyen necesariamente todas las conductas constitutivas de tortura. Se trata de una combinación de disposiciones que penalizan la tortura. No obstante, la Convención puede aplicarse directamente en virtud del artículo 6.9 del Código Penal.

4.3.5 EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES

Las ejecuciones extrajudiciales “son homicidios ilegítimos y deliberados, perpetrados por orden de un gobierno o con su complicidad o consentimiento”.⁸¹ Los Principios de la ONU Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias establecen de forma inequívoca que los Estados deben llevar ante la justicia a las personas responsables de tales homicidios con independencia de dónde se hallen y no sólo cuando se encuentran en territorio sujeto a su jurisdicción.⁸² Las ejecuciones extrajudiciales no están definidas expresamente como delito en el Código Penal, pero pueden ser objeto de procesamiento en aplicación de la jurisdicción universal en forma de otros delitos. El asesinato, en el contexto de los crímenes de lesa humanidad, es punible en aplicación del artículo 7.1.1 del CCDI. El homicidio con premeditación en conflictos armados con y sin carácter internacional es punible, como crimen de guerra, en aplicación del artículo 8.1.1 del CCDI. Otros actos de homicidio intencional son punibles como asesinato con agravantes con arreglo al artículo 211 del Código Penal, y como asesinato conforme al artículo 212 del Código Penal. Los tribunales podrían ejercer la jurisdicción universal sobre esos otros actos en las circunstancias que establece el artículo 7 (7.2.1 y 7.2.2) del Código Penal.

4.3.6 DESAPARICIÓN FORZADA

Alemania ha firmado la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006; la ratificación está prevista para finales de 2008. Este tratado exige a los Estados Partes que tipifiquen la desaparición forzada como delito en el derecho interno (artículos 3, 4 y 6), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer desaparición forzada que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 9.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 10) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no son extraditadas (artículo 11.1).⁸³

Según el artículo 7.1.7 del CCDI, la desaparición forzada se ha penalizado en el contexto de los crímenes de lesa humanidad y, como tales, sujetos a la jurisdicción universal. La desaparición forzada, como se define en el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las

CAT/C/49/Add.4, 8 de julio de 2003, párr. 17.

⁸¹ Amnistía Internacional, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción*, Índice AI: ACT 33/001/1994, febrero de 1994, p. 93.

⁸² Principio 18 de los Principios de la ONU Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias:

Los gobiernos velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito.

⁸³ La Convención define la desaparición forzada en su artículo 2 como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”.

Desapariciones Forzadas, aún está pendiente de ser incorporada al derecho penal interno como delito en otras circunstancias. Otras normas penales, como la privación de libertad (artículo 239 del Código Penal) y el delito de secuestro (artículos 234 y 234.a del Código Penal), no reflejan en su totalidad el artículo 2 de la Convención, ya que ninguna de las normas penales nacionales reflejan de manera suficiente que las desapariciones forzadas se cometan con una intención concreta y con la participación del Estado. Por consiguiente, existe un vacío legal para los casos individuales de desaparición forzada, que no constituyen un crimen de lesa humanidad.

4.3.7 DELITO DE AGRESIÓN

Alemania ha tipificado como delito la preparación de una guerra de agresión en el artículo 80 del Código Penal (*Vorbereitung eines Angriffskrieges*). Dice así:

Quien prepare una guerra de agresión (artículo 26.1 de la Ley Fundamental) en la que la República Federal de Alemania deba participar, y con ello cree peligro de guerra para la República Federal de Alemania, será castigado con pena privativa de libertad de por vida o con pena privativa de libertad no inferior a diez años.

Además, el artículo 80.a (“Incitación a una guerra de agresión”) prohíbe incitar a la comisión de este crimen. Planificar, preparar o declarar una guerra de agresión se reconoce como delito de derecho internacional desde Núremberg, en 1946, y figura expresamente como delito en el Estatuto de Roma, sobre el cual será competente la Corte Penal Internacional cuando se consensúe una definición, así como las condiciones en que la Corte podrá ejercer su jurisdicción sobre este delito. Los tribunales alemanes pueden, en virtud del artículo 5 del Código Penal, ejercer la jurisdicción universal sobre la preparación de una guerra de agresión como se define en el artículo 80,⁸⁴ y, en virtud del artículo 7 del Código Penal, pueden ejercer dicha jurisdicción sobre los actos de incitación a una guerra de agresión definidos en el artículo 80.a.

⁸⁴ Quien incite públicamente a una guerra de agresión (artículo 80) en una reunión o a través de la propagación de escritos (párrafo 11.3) en el ámbito territorial de vigencia de esta ley será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

5. JURISDICCIÓN CIVIL SOBRE ACTOS ILÍCITOS

Aunque no exista legislación que establezca la jurisdicción civil universal en los procesos civiles, sí existen varias disposiciones, descritas en este apartado, que permiten a las víctimas participar en los procedimientos penales, basándose en la jurisdicción universal, para obtener reparaciones civiles. Sólo es posible ejercer la acusación particular en las causas por delitos menores.

Nota preliminar sobre el derecho de las víctimas a una reparación

Las leyes y normas internacionales reconocen que las víctimas y sus familiares tienen derecho a obtener una reparación, que incluya restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición, por los delitos de derecho internacional padecidos, ya sea en tiempo de paz o de conflicto armado. Este derecho se ha revalidado en disposiciones de varios instrumentos internacionales adoptados en los dos últimos decenios, a partir de la adopción de la Convención contra la Tortura en 1984. Tales instrumentos no establecen límites geográficos sobre este derecho ni lo anulan mediante inmunidades estatales u oficiales. Estos instrumentos son: la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder,⁸⁵ de 1985; el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,⁸⁶ de 1998, y dos instrumentos adoptados en abril de 2005 por la Comisión de Derechos Humanos, el primero de los cuales fue aprobado posteriormente, en diciembre de ese año, por la Asamblea General de la ONU: los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (Principios Van Boven-Bassiouni)⁸⁷ y el Conjunto de Principios para la Protección y Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad (Principios Joinet-Orentlicher).⁸⁸ Ambos instrumentos, que fueron concebidos para reflejar las obligaciones jurídicas internacionales, han sido citados por la Sala Primera de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional al determinar que el daño sufrido por las víctimas de delitos de derecho internacional incluye sufrimiento emocional y pérdida económica.⁸⁹ Más recientemente, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó por consenso la Convención Internacional para la Protección de

⁸⁵ Asamblea General de la ONU, doc. ONU: A/RES/40/34, 29 de noviembre de 1985.

⁸⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Roma, doc. ONU: A/CONF.183/9, posteriormente enmendado por los *procès-verbaux* de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002, artículo 75. Tiene un alcance potencialmente universal, ya que el Consejo de Seguridad de la ONU puede remitir al fiscal cualquier situación delictiva en cualquier Estado.

⁸⁷ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, doc. ONU: E/CN.4/2005/35, 13 de abril de 2005; doc. ONU: A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

⁸⁸ Comisión de Derechos Humanos de la ONU, doc. ONU: E/CN.4/2005/81, 15 de abril de 2005.

⁸⁹ *Situation of the Democratic Republic of the Congo*, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, Causa núm. ICC-01/04, Sala Primera de Cuestiones Preliminares, 17 de enero de 2006, párr. 115.

Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas con una definición muy amplia del derecho a la reparación, y la remitió a la Asamblea General de la ONU para su adopción en el 61 periodo de sesiones en 2006.⁹⁰ Este derecho es inherente al derecho a un recurso efectivo, consagrado en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado hace cuatro decenios, en 1966.⁹¹ De hecho, la comunidad internacional reconoció hace un siglo el derecho de las víctimas a la reclamación civil de bienes directamente contra Estados extranjeros por crímenes de guerra, en el artículo 3 de la Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (H.IV), 1907.⁹² Alemania, que propuso incluir el artículo 3, afirmó lo siguiente:

Si [...] personas heridas como consecuencia del quebrantamiento del Reglamento no pudieran reclamar una indemnización al gobierno, y en cambio tuvieran que actuar contra el agente o soldado responsable, en la mayoría de los casos se les negaría el derecho a obtener una indemnización [...].⁹³

La situación en Alemania

En Alemania, el debate relativo al derecho de las víctimas a una reparación ha estado rodeado de controversia, tanto en términos jurídicos como políticos. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el Estado alemán participó en varios acuerdos para conceder reparaciones a las víctimas del Holocausto. En los acuerdos de Luxemburgo, de 1952, Alemania se comprometió a conceder reparaciones en relación con Israel y la Conferencia sobre Reclamaciones Materiales Judías contra Alemania. En la actualidad se concede apoyo económico adicional a través de la Conferencia sobre Reclamaciones, pero Alemania ha declinado abrir una nueva ronda de negociaciones oficiales sobre la restitución.⁹⁴ Con respecto a la rehabilitación de las víctimas que padecieron la represión estatal en la República Democrática Alemana, en 1992 se aprobó una ley especial que permite reclamar indemnización moral y económica.⁹⁵

Estas políticas de reparación nacionales o de Estado a Estado se deben ver al margen del debate jurídico en derecho internacional público sobre si las víctimas de violaciones graves de derechos humanos pueden reclamar una restitución directamente al Estado cuyos funcionarios públicos u otras instituciones pudieran haber cometido o participado en tales crímenes.⁹⁶ Un caso concreto sobresale en el debate jurídico alemán: el del puente de Varvarin. Se refiere a un puente de Serbia que fue bombardeado por tropas de la OTAN

⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos de la ONU, doc. ONU: A/HRC/1/L.2, 29 de junio de 2006, artículo 24.

⁹¹ Véase la Observación general No. 31 del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (no contiene ninguna indicación de que el derecho a un recurso efectivo en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos esté geográficamente limitado).

⁹² Convención de La Haya relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (H.IV, Reg., 1907), recogida en inglés en Adam Roberts/Richard Guelff, *Documents on the Laws of War* 67 (Oxford: Oxford University Press, 3^a ed., 2000; traducción al español en <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/5tdm34>); Hisakazu Fujita/Isomi Suzuki/Kantaro Nagano, *War and the Rights of Individuals, Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha Co. Ltd. Publishers (1999), opiniones expertas de Frits Kalshoven, 31; Eric David, 49; Christopher Greenwood, 59.

⁹³ Hisakazu Fujita, Isomi Suzuki y Kantaro Nagano, *War and the Rights of Individuals, Renaissance of Individual Compensation*, Nippon Hyoron-sha Co. Ltd. Publishers (1999), opinión experta de Eric David, p. 51.

⁹⁴ Más información en <http://www.sueddeutsche.de/deutschland/artikel/687/144362/>.

⁹⁵ Véase *Gesetz zur Rehabilitierung und Entschädigung von Opfern rechtsstaatswidriger Strafverfolgungsmaßnahmen im Beitrittsgebiet* (StrREhG) v. 29. Octubre de 1992 (BGBI. I 1992, 1814).

⁹⁶ Véase por ejemplo N. Quenivet, “The Varvarin-Case: The Legal Standing of Individuals as Subjects of International Humanitarian Law”, *Journal of Military Ethics*, 2 (2004), 181.

durante el asedio de Kosovo en 1999. Las víctimas y algunos de sus familiares del pueblo serbio bombardeado elevaron su causa a los tribunales alemanes ya que sosténían que los aviones habían sido guiados por el ejército alemán o habían volado basándose en información entregada por él. La cuestión básica sobre la que trataron los tribunales fue si los demandantes individuales podían personarse en procedimientos judiciales para reclamar una indemnización al gobierno federal alemán. El marco jurídico de la responsabilidad gubernamental se rige por el artículo 34 de la Constitución, en combinación con el artículo 839 del Código Civil. En 2006, el Tribunal Federal de Justicia resolvió que las personas no podían reclamar una indemnización a título individual en virtud de ese marco al carecer de personalidad jurídica como sujetos de derecho internacional.⁹⁷ El tribunal sostuvo, erróneamente, y en contra de la posición de Alemania en el momento de la redacción del IV Convenio de La Haya (véase *supra*), que sólo era posible reclamar reparaciones entre Estados en relación con violaciones de las leyes de la guerra. Esta decisión ha sido muy criticada por defender principios anticuados del derecho internacional público sin tener en cuenta los últimos avances mencionados. El Tribunal Superior Regional había decidido de manera diferente sobre la causa. Aunque no había concedido una indemnización en ese caso concreto debido al fondo del asunto, había sostenido que los demandantes en general tenían derecho a reclamar una indemnización en aplicación del artículo 839 del Código Civil.⁹⁸

Con todo, la situación podría ser distinta si en una causa penal la persona acusada fuera declarada culpable y condenada. Las personas cuya condición de víctima haya sido aceptada en los procesos penales pueden demandar al perpetrador convicto para obtener una indemnización. Las normas presentadas en el sistema de justicia alemán son aplicables en general y también a los casos sobre jurisdicción universal (véase el apartado 5.1).

5.1 LEGISLACIÓN QUE ESTABLECE LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL SOBRE ACTOS ILÍCITOS EN LAS CAUSAS CIVILES

No existe una legislación específica que permita a las víctimas obtener reparaciones en procesos civiles basándose en la jurisdicción universal. En el derecho alemán no existe una ley semejante a la Ley sobre Delitos Cometidos contra Extranjeros de Estados Unidos.

El marco jurídico general sobre actos ilícitos se aplica a todos los casos. Si un funcionario público alemán cometió un delito o una violación de derechos que ocasionó daños, pero lo hizo en cumplimiento de sus funciones oficiales, el artículo 34 de la Constitución, en combinación con el artículo 839 del Código Civil, proporcionan el marco jurídico necesario para la restitución. El funcionario público sigue siendo individualmente responsable, pero, según el derecho alemán, el Estado es responsable de los actos del funcionario. Si el perpetrador no actuaba en relación con funciones o instituciones oficiales, se aplican las normas generales sobre actos ilícitos, reguladas por los artículos 832-865 del Código Civil. En este caso no se considera responsable al Estado.

La jurisdicción de los tribunales civiles alemanes se rige por dos leyes: el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial. La jurisdicción de los tribunales civiles alemanes está supeditada a las normas que regulan la jurisdicción regional en los artículos 12-35 del Código de Procedimiento Civil. Sobre los actos ilícitos, el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil establece que el tribunal competente es

⁹⁷ Véase BGHE v. 02.11.2006 (III ZR 190/05).

⁹⁸ Véase OLG Köln (Tribunal Superior de Colonia), *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2005, 2860.

aquele del lugar donde se cometió el acto nocivo. No obstante, también son aplicables las disposiciones generales relativas a la residencia de la persona demandante.⁹⁹

Las cuestiones relativas a la jurisdicción y la inmunidad del Estado que ejerce la jurisdicción se regulan en los artículos 18-21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aquí, las normas prevén la aplicación de las normas del derecho internacional público relativas a la inmunidad del Estado, incluida la aplicación de los convenios pertinentes sobre inmunidad diplomática y consular. En la causa *Varvarin*, los tribunales sostuvieron que el artículo 20 no impedía que los tribunales alemanes vieran la causa ya que ningún otro Estado había sido demandado por los demandantes.

5.2 LEGISLACIÓN SOBRE LA PRESENTACIÓN DE DEMANDAS CIVILES EN CAUSAS PENALES ENTABLADAS POR UN FISCAL O JUEZ INSTRUCTOR

En el procedimiento penal alemán, las víctimas de delitos tienen varias formas de participar en el proceso penal iniciado por la Fiscalía contra los presuntos autores o acometer otras vías suplementarias al proceso penal a fin de obtener reparaciones civiles. Cada uno de los mecanismos puede ser utilizado en las causas relativas a la jurisdicción universal, especialmente en los procesos para enjuiciar delitos tipificados en el CCDI. En cada método, los procedimientos penales subyacentes podrían basarse en la jurisdicción universal siempre que la causa fuera vista por un tribunal penal alemán. A este respecto, el procedimiento penal alemán presenta características propias de un proceso judicial civil, ya que las víctimas pueden participar con mayor facilidad que en un proceso penal acusatorio basado en la confrontación de las partes.

Participar en igualdad de condiciones con otras partes

En primer lugar, las víctimas pueden, en general, participar en igualdad de condiciones con las otras partes en los procesos penales. El término “victima” no está legalmente definido. No obstante, debe ser una persona directamente afectada por el delito.¹⁰⁰ La posición de la víctima tampoco depende de su participación en los procedimientos como “acusación accesoria” (*Nebenklage*).¹⁰¹ La ley tiene por objeto facultar a las víctimas para que participen en los procedimientos y estén informadas en la medida que lo deseen.

El Código de Procedimiento Penal otorga a las víctimas varios derechos aparte del procedimiento de acusación accesoria, que describiremos a continuación. El artículo 406 (406.d-406.h) del Código establece los derechos siguientes:

- Derecho de acceso a las actas del tribunal a través de representación letrada.¹⁰²
- Derecho de representación letrada durante los procedimientos.¹⁰³
- Si la víctima es interrogada, tiene derecho a que esté presente un representante letrado.¹⁰⁴

⁹⁹ Artículos 12 y 13 del Código de Procedimiento Civil.

¹⁰⁰ Véase Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung* (Munich, 51^a ed., 2008), apéndice a 406.d.2.

¹⁰¹ Véase *infra*.

¹⁰² Por ejemplo, consultar las actas en aplicación del artículo 406e.1 del Código de Procedimiento Penal si la víctima puede demostrar un interés legítimo.

¹⁰³ Artículo 406f.1 del Código de Procedimiento Penal.

- Si la víctima participa como testigo, tiene derecho a que esté presente una persona de su confianza, a menos que con ello peligre la investigación.¹⁰⁵
- Si se admite su demanda accesoria, la víctima tiene derecho a estar presente durante las actuaciones judiciales principales, aunque no sean públicas.¹⁰⁶

El tribunal tiene la obligación de informar a la víctima de estos derechos y de ayudar a organizar la ayuda complementaria de las organizaciones de víctimas.¹⁰⁷

Reclamar daños civiles en un proceso penal (Adhaesionsverfahren)

Este segundo método capacita a la víctima de un delito para reclamar daños civiles ocasionados por el delito en relación con el proceso penal, daños que normalmente se deberían reclamar por separado ante un tribunal civil.¹⁰⁸ Esto puede resultar ventajoso para la víctima a la hora de obtener efectivamente una reparación por los daños y permite la eficiencia judicial. En comparación con los tribunales civiles, los tribunales penales están obligados a establecer los hechos de una causa utilizando sus propios recursos. Como consecuencia, no es necesario que la víctima demuestre los hechos que determinan la reclamación de daños.¹⁰⁹ Este procedimiento se aplica a todos los casos penales y, por tanto, también a los de abusos graves contra los derechos humanos.

Sumarse a la acusación de la Fiscalía (Nebenklage)

Para ciertos delitos,¹¹⁰ la víctima puede unirse a la Fiscalía en la persecución judicial de los delitos. Para ello es necesario que la Fiscalía inicie los procedimientos, a los que posteriormente se suma la víctima de los delitos como acusación accesoria.¹¹¹ Sumarse a la acusación otorga a la víctima nuevos derechos en el proceso judicial: puede interrogar a acusados, testigos y peritos, así como solicitar o presentar nuevas pruebas.¹¹² Además, la víctima puede recurrir contra las decisiones judiciales salvo las relativas a la sentencia. Esta participación más amplia de la víctima en los procedimientos se ajusta a los intereses de satisfacción personal y restitución.¹¹³

Otros procedimientos suplementarios al proceso penal para que las víctimas de delitos obtengan reparación

Las víctimas de delitos violentos pueden obtener cierta reparación en aplicación de la Ley de Reparación a las Víctimas¹¹⁴ por daños físicos o económicos causados por el delito.¹¹⁵ La Ley de Garantía sobre las

¹⁰⁴ Artículo 406f.2 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰⁵ Artículo 406f.3 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰⁶ Artículo 406g del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰⁷ Artículo 406h del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰⁸ Artículo 403 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰⁹ Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, Heidelberg, 9^a ed., 2006, 350, núm. 599.

¹¹⁰ Como agresión sexual, difamación, lesiones, etc. Véase el artículo 395.1 del Código de Procedimiento Penal.

¹¹¹ Werner Beulke, ibíd., 346, núm. 593.

¹¹² Consultense este y otros derechos en el artículo 397.1 del Código de Procedimiento Penal.

¹¹³ Werner Beulke, ibíd., 347, núms. 593, 596.

¹¹⁴ *Opferentschädigungsgesetz*, BGBl. I 1985, 1.

Demandas de las Víctimas¹¹⁶ implementa el derecho de la víctima a retener los beneficios obtenidos por el perpetrador que venda la historia del crimen a los medios de comunicación.

5.3 ACUSACIÓN PARTICULAR EJERCIDA POR LAS VÍCTIMAS O SUS REPRESENTANTES, ACCIONES CIVILES O *ACTIO POPULARIS*

Una víctima puede entablar un proceso por ciertos delitos menores (*Privatklage*).¹¹⁷ Pero no puede hacer lo propio con respecto a delitos graves. Alemania no dispone de un procedimiento que permita a las víctimas constituirse en parte civil. Aquí, la Fiscalía está obligada a seguir adelante con la causa si existen motivos para creer que se ha cometido un delito (principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva). Las víctimas, sin embargo, pueden elevar un caso ante la Fiscalía presentando una denuncia (*Strafanzeige*). Si la Fiscalía declina abrir una investigación, es posible impugnar su decisión ante un tribunal en aplicación del artículo 172 del Código de Procedimiento Penal.¹¹⁸

5.4 RESTRICCIONES SOBRE LA ACUSACIÓN PARTICULAR Y SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS PARA RECLAMAR DAÑOS CIVILES

Como indica el análisis *supra*, existen varias restricciones significativas sobre la acusación particular y los procedimientos para reclamar daños civiles. En primer lugar, como norma general, las víctimas y sus familiares sólo pueden obtener reparación en concepto de daños en procedimientos penales basados en la jurisdicción universal, en lugar de la gama completa de reparaciones a las que tienen derecho en aplicación de las leyes y normas internacionales. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en otros muchos países, las víctimas y sus familiares no pueden ejercer la acusación particular con respecto a los delitos de derecho internacional. En vista de la falta de disposición de la Fiscalía Federal para emprender acciones por delitos de derecho internacional basándose en la jurisdicción universal (véase el apartado 9 *infra*), esta incapacidad constituye un grave defecto del derecho alemán.

¹¹⁵ Según el artículo 7 de la Ley de Reparación a las Víctimas, las disputas jurídicas relativas a estas reclamaciones se asignan a la jurisdicción social o, en ciertos casos excepcionales (relativos a los servicios de ayuda humanitaria a las víctimas, *Leistungen der Kriegsopferfürsorge*), a la jurisdicción administrativa.

¹¹⁶ *Opferanspruchssicherungsgesetz*, BGBI. I 1998, 905.

¹¹⁷ Como la difamación, la entrada ilegal en propiedad ajena, etc. Véase el artículo 374.1 del Código de Procedimiento Penal.

¹¹⁸ Más información sobre este asunto en el apartado sobre derecho jurisprudencial.

6. OBSTÁCULOS AL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL O CIVIL

Como ilustra el siguiente análisis, existen numerosos obstáculos al ejercicio de la jurisdicción penal y civil basado en la jurisdicción universal en las causas penales y civiles.

6.1 DEFINICIÓN DEFECTUOSA O AUSENT DE LOS DELITOS DE DERECHO INTERNACIONAL, PRINCIPIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL Y EXIMENTES

Definición de los delitos

Ya se ha indicado que las definiciones de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra son en gran medida acordes al derecho internacional. Sin embargo, sólo son aplicables si tales crímenes se han cometido con anterioridad a julio de 2002. Los crímenes de guerra –excepto los quebrantamientos graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I– y los crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad a esa fecha no pueden ser objeto de procesamiento basado en la jurisdicción universal. Las violaciones graves pueden ser enjuiciadas, pero sólo en la medida en que esa conducta constituya también un delito común en el derecho alemán, como el asesinato, lo que podría crear importantes espacios de impunidad. Además, no es posible procesar a nadie sobre la base de la jurisdicción universal por crímenes de lesa humanidad cometidos antes de julio de 2002 o por tortura, ejecución extrajudicial o desaparición forzada que no constituyan crímenes de lesa humanidad con independencia de la fecha en que fueron cometidos, aunque una cantidad limitada de esas conductas probablemente podrían ser de todos modos objeto de procesamiento como delitos comunes. El caso es distinto para el genocidio, que el Código Penal alemán ya penalizaba con anterioridad a 2002 (artículo 220.a del Código Penal), y se incorporó a su artículo 6.

Principios de responsabilidad penal

Tal como se explica a continuación, los principios de responsabilidad penal, tanto en aplicación del CCDI como del Código Penal, siguen estando definidos en el Código Penal aparte del principio de responsabilidad del superior y de mando. Las disposiciones que definen la responsabilidad del superior por los delitos de derecho internacional se corresponden en gran medida con el principio de responsabilidad del superior del derecho internacional consuetudinario con respecto a tales crímenes, establecido en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y en el artículo 6 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996.¹¹⁹ Sin embargo, al igual que ocurrió con el artículo

¹¹⁹ El principio de responsabilidad del superior consagrado en el artículo 28 del Estatuto de Roma, establecido en dos niveles y que aplica un criterio más estricto a los jefes militares que a los superiores civiles, se incluyó como resultado de un compromiso político destinado a fomentar la ratificación del Estatuto de Roma por parte de ciertos Estados. Dista mucho de ajustarse al principio de derecho internacional convencional y consuetudinario y sólo es aplicable en juicios

28 del Estatuto de Roma, lamentablemente se adoptó un doble criterio más indulgente con los superiores civiles que con los jefes militares.

Principios de responsabilidad penal aplicables a todos los casos

Las disposiciones de la Parte General del Código Penal son aplicables a todos los procesamientos en virtud del CCDI para los delitos cometidos a partir de julio de 2002, salvo con respecto a la responsabilidad del jefe militar y el superior civil, y a todos los procesamientos en aplicación del Código Penal. Tales disposiciones figuran en los artículos 25 y siguientes (*Täterschaft und Teilnahme*).

Existen diferencias importantes de estructura y terminología entre estas disposiciones y el artículo 25 del Estatuto de Roma, relativo a la responsabilidad penal individual, y no está del todo claro en qué medida se puede absolver a una persona en virtud de estas disposiciones y declararla culpable en aplicación del Estatuto de Roma o viceversa. En cuanto a las formas de participación ordinaria (*Tatbeteiligung*) –paralelas al artículo 25 del Estatuto de Roma–, el artículo 2 del CCDI establece que la responsabilidad se determina en virtud de la Parte General del Código Penal. Mientras que el artículo 25.1 del Código Penal se refiere a la comisión directa (*unmittelbare Täterschaft*) y a la comisión de un delito a través de otra persona (*mittelbare Täterschaft*), el artículo 25.2 del Código Penal incluye la comisión junto con otros (*Mittäterschaft*), el artículo 26 se refiere a la instigación (*Anstiftung*) y el artículo 27 a la colaboración delictiva (*Beihilfe*). El derecho penal alemán establece diferencias estrictas entre la autoría (*Täterschaft*) y la complicidad (*Teilnahme*), con consecuencias para la imposición de las penas. Actos relativos al artículo 25 del Estatuto de Roma como “ordenar” y “proponer” no se mencionan expresamente pero, según la jurisprudencia, están incluidos en las disposiciones sobre responsabilidad penal del Código Penal. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia ha desarrollado el concepto de responsabilidad penal en el sentido de que la persona que comete un crimen a través de otra persona que se encarga de llevarlo a cabo y es plenamente consciente de su responsabilidad, como suele ocurrir en las estructuras de mando, puede ser obligada a responder penalmente en aplicación del artículo 25.2 del Código Penal (*mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*).¹²⁰ Como todavía no existe jurisprudencia en virtud del artículo 25 del Estatuto de Roma, no se sabe con certeza cómo interpretarán estas disposiciones los tribunales alemanes y en qué medida tendrán en cuenta la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional relativa a la responsabilidad penal. No se puede excluir que existe incoherencia entre el artículo 27 del Código Penal y el artículo 25.3.d del Estatuto de Roma (“contribuya de algún otro modo”). En este punto, en determinadas circunstancias, el alcance del Estatuto de Roma podría superar al del concepto alemán de colaboración delictiva. Sin embargo, esta falta de coherencia puede minimizarse habida cuenta de que ciertos actos están tipificados como delitos en otras disposiciones del Código Penal (por ejemplo, blanqueo de dinero).¹²¹

Responsabilidad del jefe militar y el superior civil

El concepto de responsabilidad del jefe militar y el superior civil en el derecho internacional se enuncia en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra y en el artículo 6 del Proyecto de

celebrados ante la Corte Penal Internacional.

¹²⁰ *Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, como responsabilidad directa (*Täterschaft*), era y es objeto de un encendido debate en el derecho alemán. Otros comentarios consideran que esta forma de participación es instigación/complicidad (*Teilnahme*), y otros que constituye perpetración individual *sui generis*. No obstante, el Tribunal Federal alemán opina desde 1994 que este concepto jurídico es una subcategoría del artículo 25.1.2 del Código Penal (BGH St 40,218ff).

¹²¹ Por tanto, son aplicables las normas sobre prescripción.

Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. El artículo 28 del Estatuto de Roma, que únicamente se aplica a los juicios ante la Corte Penal Internacional, refleja en gran medida el derecho internacional consuetudinario, aparte del doble criterio más indulgente con superiores civiles que con los jefes militares. El CCDI separa los principios enunciados en el artículo 28 del Estatuto de Roma en tres normas diferentes, cada una de las cuales establece una forma de responsabilidad específica, incluidas en tres artículos diferentes del Código: 1) En aplicación del artículo 4 del CCDI, se pueden pedir cuentas a los jefes militares y los superiores civiles como principales responsables en los casos en que no han evitado que su subordinado cometiera un delito con arreglo a dicho Código (*unechtes Unterlassungsdelikt*); 2) En aplicación del artículo 13, se pueden exigir responsabilidades a un jefe militar o un superior civil que, de manera intencionada o negligente, no controle debidamente a sus subordinados en casos en que éstos podían haber evitado el delito (*echtes Unterlassungsdelikt*); y 3) el artículo 14 establece que también es posible exigir responsabilidades a los superiores que no informen de inmediato sobre un crimen cometido a los órganos competentes.

El CCDI difiere un tanto del artículo 28 del Estatuto de Roma. Sin embargo, agrupa a la misma clase de perpetradores, como jefes militares y superiores civiles, y parece penalizar los mismos actos y omisiones del artículo 28 del Estatuto de Roma. Aunque se utilicen distintos términos –el Código, por ejemplo, dice “discernible” donde el Estatuto de Roma dice “hubiere sabido o [...] hubiere debido saber”–, el alcance de las conductas que abarcan parece ser básicamente el mismo. En concreto, cabe felicitarse por el hecho de que el Código no aplique un criterio más blando a los superiores civiles que a los jefes militares. Puede haber una grave falta de penalización: los casos de omisión imprudente para denunciar un delito no se incluyen en el artículo 14 del CCDI. Además, aunque la responsabilidad penal de un jefe militar o un superior civil sea mayor que la de los subordinados y se magnifique el grado de los daños, las penas son comparativamente más indulgentes para ciertos aspectos de la responsabilidad del jefe militar o el superior civil. Estas tres disposiciones son:

- Artículo 13.1: “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 subordinado cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo”.
- Artículo 13.2: “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 subordinado cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo”.
- Artículo 14: “El jefe militar o el superior civil que omita poner de inmediato un hecho descrito en esta Ley, cometido por un subordinado, en conocimiento del organismo competente para la investigación o persecución de tales hechos será castigado con la pena de privación de libertad durante un periodo no superior a cinco años.

Toda persona que efectivamente da órdenes o ejerce el mando y control tiene el mismo grado de responsabilidad penal que un jefe militar. De igual modo, toda persona que ejerce efectivamente el mando y control de una organización civil o una empresa tiene el mismo grado de responsabilidad penal que un superior civil (artículos 13.3, 14.2 y 4.2 del CCDI). La pena por la forma de responsabilidad prevista en el artículo 4 reviste la misma gravedad que para la comisión directa del crimen. El artículo 13 establece una pena de hasta cinco años de cárcel por omisión intencionada de la obligación de ejercer el control, y de

hasta tres años por negligencia en el cumplimiento de este deber. El artículo 14 dispone también una pena de hasta tres años de cárcel.¹²²

Eximentes de la responsabilidad penal

El Código Penal establece eximentes, justificaciones, excusas y otras razones para excluir la responsabilidad penal. Es digno de aplauso que el Código Penal alemán, a diferencia del Estatuto de Roma, no disponga que las órdenes de un superior son una circunstancia eximente de los crímenes de guerra.

Eximentes: órdenes de un superior

Las órdenes de un superior no se consideran una circunstancia eximente en el derecho alemán. Aunque el artículo 33 del Estatuto de Roma, en menoscabo del derecho internacional consuetudinario –que prohíbe considerar las órdenes de un superior como eximente de los delitos de derecho internacional pero permite alegarlas para obtener atenuación de la pena¹²³–, contiene una eximente limitada de las órdenes de un superior para los crímenes de guerra, ésta sólo es aplicable en procesos ante la Corte Penal Internacional. En el derecho alemán, el CCDI establece que las órdenes de un superior no constituyen una circunstancia eximente en los casos relativos a crímenes de derecho internacional.

Eximentes: ignorancia de la ley y error de derecho

La eximente de ignorancia de la ley o error de derecho se define en el artículo 17 del Código Penal, y la eximente de error de hecho se formula en el artículo 16 del Código Penal. Si se tiene en cuenta el texto del Estatuto de Roma, los requisitos de estas eximentes parecen coincidir en líneas generales, aunque la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional puede evolucionar de manera muy diferente en el futuro. Así pues, la eximente de ignorancia de la ley en el derecho interno parece tener, en líneas generales, el mismo ámbito de aplicación que la eximente del error de derecho en el artículo 32.2 del Estatuto de Roma. La eximente del error de hecho en el derecho nacional también parece coincidir en líneas generales con la

¹²² Otto Triffterer, "Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Section 28 of the Rome Statute?", en *Leiden J. Int'l L.* 2002, 187.

¹²³ Esta eximente es contraria al derecho internacional desde Núremberg, aunque es posible tomarla debidamente en consideración como circunstancia atenuante de la pena. Véase Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: La elección de las opciones correctas. Parte I: Sobre los delitos y las eximentes permisibles y el inicio de actuaciones judiciales*, Índice AI: IOR 40/01/1997, 1 de enero de 1997, cap. VI.E.2. Esta eximente se ha excluido durante más de medio siglo de numerosos instrumentos internacionales, entre ellos: el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (1945) , anexo al Acuerdo de Londres (Carta de Núremberg), 8 de agosto de 1945, artículo 8; Ley Núm. 10 del Consejo de Control Aliado, "Sanción de personas culpables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad", 20 de diciembre de 1945, artículo 4, el Boletín Oficial del Consejo de Control para Alemania, núm. 3, Berlín, 31 de enero de 1946; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 7.4; el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda , artículo 6.4; el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, artículo 5; el Reglamento 2000/15 de la UNTAET (sobre el establecimiento de las Salas Especiales de Delitos Graves, Dili, Timor Oriental), 6 de junio de 2000, artículo 21; el Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, artículo 6.4; la Ley relativa a la creación de Salas Especiales (en el seno de los tribunales camboyanos para juzgar los delitos cometidos durante el periodo de la Kampuchea Democrática), con inclusión de las enmiendas promulgadas el 27 de octubre de 2004 (NS/RKM/1004/006), artículo 29.

eximiente del error de hecho establecida en el artículo 32.1 del Estatuto de Roma. Amnistía Internacional explicó su punto de vista sobre estas eximentes en un documento publicado en 1997.¹²⁴

Eximentes: demencia y deficiencias mentales

Las eximentes basadas en la demencia y las deficiencias mentales se establecen en los artículos 20 y 21 del Código Penal. Las personas menores de edad no son responsables de sus actos, desde el punto de vista penal, hasta que cumplen 14 años (artículo 19 del Código Penal). Según el artículo 20 (“Exención de responsabilidad penal por trastornos mentales”), una persona no es penalmente responsable cuando padece un trastorno mental o un defecto cognitivo o social fundamental que la incapacita para ser consciente de que ha obrado mal.¹²⁵ Esta disposición incluye los trastornos resultantes del abuso de drogas o alcohol, más toda clase de enfermedad y deficiencia mental grave. El artículo 21 (“Disminución de la responsabilidad penal”) rige en aquellas situaciones en que se dan trastornos o enfermedades mentales pero no con la gravedad suficiente como para eximir de responsabilidad penal. En general se exigen responsabilidades penales a la persona, pero es posible imponerle una pena inferior a la habitual (circunstancias atenuantes).¹²⁶

La eximente de demencia que establece el derecho interno parece coincidir en líneas generales con los motivos para excluir la responsabilidad penal debido a una enfermedad o deficiencia mental establecidos en el artículo 31.1.a del Estatuto de Roma. Con todo, el derecho jurisprudencial alemán ha elaborado unas directrices para ciertos trastornos mentales, especialmente los relacionados con el abuso de drogas y alcohol. No hay jurisprudencia en la Corte Penal Internacional hasta la fecha sobre el ámbito de aplicación de estas eximentes.

Eximentes: intoxicación

Como ya se ha indicado, los artículos 20 y 21 se refieren también a la intoxicación como un trastorno mental. Sin embargo, en contraste con el artículo 31.1.b del Estatuto de Roma, no hay una eximente referida expresamente a la intoxicación involuntaria.¹²⁷ El artículo 21 dispone que los factores señalados en

¹²⁴ Ibíd., cap. VI.E.6.

¹²⁵ Artículo 20 del Código Penal. (“Actuará sin culpabilidad el que en la comisión del hecho, por razón de un trastorno emocional, de una conciencia alterada o por razón de deficiencia mental o de otras anomalías mentales graves, esté incapacitado para apreciar la ilicitud del hecho o para actuar con esta intención.”)

¹²⁶ Artículo 21 del Código Penal. (“Si la capacidad del autor para apreciar la injusticia del hecho o para actuar con esta intención en el momento de la comisión del hecho, por alguna de las razones señaladas en el artículo 20, se ve notablemente reducida, la pena podrá atenuarse de acuerdo al artículo 49.1.”)

¹²⁷ Artículo 31.1.b del Estatuto de Roma:

1. *Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:*
[...]
b) estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera.

el artículo 20, cuando dan lugar a una merma de las capacidades, se pueden considerar circunstancias atenuantes en lugar de eximentes.

Eximentes: Compulsión, coacción y necesidad

Las eximentes de compulsión, coacción y necesidad en el derecho interno se rigen por los artículos 34 y 35 del Código Penal (*Notstand*). Además, existe abundante jurisprudencia relativa a situaciones de coacción que especifica tales normas. Según están redactadas, estas disposiciones del Código Penal parecen coincidir en líneas generales con el motivo de coacción establecido en el artículo 31.1.d para la exención de responsabilidad. Con todo, el ámbito de aplicación del artículo 31.1.d aún no ha sido interpretado por la Corte Penal Internacional. Como ha argumentado Amnistía Internacional, la compulsión, la coacción y la necesidad no se deben considerar eximentes de los delitos de derecho internacional, sino meras atenuantes de la pena.¹²⁸ Sin embargo, como consecuencia de un lamentable compromiso político, el artículo 31.1.d del Estatuto de Roma permite, en circunstancias estrictamente restringidas, y sólo en juicios ante la Corte Penal Internacional, las eximentes de coacción en respuesta a amenazas de otra persona y de necesidad (denominada “coacción”) en respuesta a amenazas originadas por circunstancias que están fuera del control de una persona.¹²⁹

Eximentes: Defensa de la persona o la propiedad

Como explica Amnistía Internacional, la defensa propia y la defensa de otras personas se pueden considerar eximentes de los delitos de derecho internacional en ciertas circunstancias limitadas, pero sólo si la respuesta es razonable y proporcionada y, cuando se empleen medios letales, sólo si no es posible la retirada.¹³⁰ Por desgracia, como consecuencia de otro compromiso político, el Estatuto de Roma establece eximentes muy amplias respecto a la defensa propia, la defensa de otras personas y la defensa de la propiedad.¹³¹

¹²⁸ Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: La elección de las opciones correctas. Parte I*, *supra*, n. 123, cap. VI.E.3 y 4.

¹²⁹ Artículo 31.1.d del Estatuto de Roma:

1. *Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:*

[...]

d) Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá:

i) Haber sido hecha por otras personas; o

ii) Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

¹³⁰ Amnistía Internacional, *Corte Penal Internacional: La elección de las opciones correctas. Parte I*, *supra*, n. 123, cap. VI.E.5.

¹³¹ Artículo 31.1.c del Estatuto de Roma:

1. *Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:*

La defensa propia y la defensa de la propiedad se regulan en los artículos 32 y 33 (defensa propia) y 34 y 35 del Código Penal (*Rechtfertigender und entschuldigender Notstand*). Las instituciones estatales pueden basarse también en estas normas en situaciones extremas (*staatliches Notstandsrecht*) como eximentes.¹³² Además, el Código Civil dispone algunas normas que tratan sobre la protección de la propiedad.

En el contexto del uso de la tortura en situaciones extremas, la eximente de la defensa propia formó parte de un nuevo debate. Algunos argumentan que la tortura se puede utilizar en situaciones extremas (como la protección de vidas humanas) a fin de ayudar a las posibles víctimas de un delito, por ejemplo, contra presuntos terroristas o secuestradores. Sin embargo, la inmensa mayoría de los juristas y tribunales de Alemania desaprueban un debilitamiento de la prohibición absoluta de la tortura y han declinado aplicar la eximente de necesidad o defensa propia en tales casos.¹³³

La eximente de defensa de la persona o de la propiedad en el derecho interno parece coincidir en líneas generales con el motivo de defensa de la persona o de la propiedad contenido en el artículo 31.1.c del Estatuto de Roma.¹³⁴

[...]

c) *Actuare razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado.*

¹³² Véase BGH 27, 260, y Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Munich, 55^a ed., 2007) cap. 32, párr. 318.

¹³³ Véase Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (Munich, 55^a ed., 2007) cap. 32, párrs. 294 y sig.

¹³⁴ Ibíd.

6.2. EL REQUISITO DE LA PRESENCIA PARA INICIAR UNA INVESTIGACIÓN O SOLICITAR UNA EXTRADICIÓN

No existen disposiciones legales que exijan de forma explícita la presencia de un presunto perpetrador en Alemania para iniciar la investigación de un delito. El anterior requisito jurisprudencial de que existiese algún tipo de relación –que a menudo se refería a la presencia en el país– entre el sospechoso y Alemania probablemente ha dejado de utilizarse por completo. Sin embargo, tal y como explicaremos a continuación, nuevas disposiciones del Código de Procedimiento Penal (artículos 153c y 153f) aprobadas en 2002, a la vez que el CCDI, y que al parecer son aplicables a causas que puedan juzgarse tanto en virtud del CCDI como del Código Penal, reintroducen la presencia, real o prevista, del presunto autor de los hechos como factor a tener en cuenta a la hora de decidir si la Fiscalía Federal puede investigar o enjuiciar un caso relativo a un crimen cometido en el extranjero. En contra de lo que pretendían quienes redactaron el borrador de los artículos 153c y 153f del Código de Procedimiento Penal, en la práctica la Fiscalía Federal ha utilizado estos artículos para poner fin en Alemania a casi todos los procesamientos por crímenes cometidos en el extranjero.¹³⁵

6.2.1 ARTÍCULO 153F DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Aunque el CCDI permite el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra basándose en la jurisdicción universal, el derecho procesal limita la obligación de iniciar este enjuiciamiento. Tal y como señalamos en el apartado 2.2, a diferencia del principio legal general de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva aplicable (*Legalitätsprinzip*) –uno de los principios básicos del derecho procesal alemán– el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal, en combinación con el 153c, incorpora el principio de oportunidad (*Opportunitätsprinzip*) y establece el carácter discrecional de la investigación y el enjuiciamiento de un crimen internacional en aplicación de la jurisdicción universal.

Aunque existe la obligación de investigar siempre los crímenes especificados en el CCDI cometidos en territorio alemán (conforme a los artículos 152.2 y 170.1 del Código de Procedimiento Penal), en ciertos casos la Fiscalía Federal alemana puede prescindir del enjuiciamiento si el crimen no se ha cometido en territorio alemán, según lo estipulado en el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal.

El artículo 153f del Código de Procedimiento Penal dice:

(1) En los casos a los que hace referencia el artículo 153c.1.1 y 153c.1.2, la Fiscalía puede abstenerse de perseguir un hecho punible en aplicación de los artículos 6 al 14 del Código de Crímenes de el Derecho Internacional si la persona imputada no se encuentra en Alemania ni se prevé su presencia en este territorio. Si en los casos a que hace referencia el artículo 153c.1.1 el imputado es ciudadano alemán, esto se aplicará únicamente en los casos en que el delito esté siendo enjuiciado por un tribunal internacional o por el Estado en el que se cometió o al que pertenece el ciudadano perjudicado por él.

(2) En los casos a que hace referencia el artículo 153c.1.1 y 153c.1.2, la Fiscalía puede en particular abstenerse de perseguir un hecho punible con arreglo a los artículos 6 al 14 del Código de Crímenes de Derecho Internacional, si

¹³⁵ Kai Ambos, “International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: A Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case”, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43 y sig.

1. *no existe sospecha de que un ciudadano alemán haya cometido el delito;*
2. *el delito no se cometió contra un ciudadano alemán,*
3. *el presunto responsable del delito no se encuentra en Alemania y no puede preverse su presencia en ese territorio, y*
4. *el delito va a ser enjuiciado por un tribunal penal internacional o por el Estado en cuyo territorio se cometió dicho delito, del que es ciudadana la persona sospechosa de haberlo cometido o la persona que ha resultado perjudicada por él.*

Se aplicará el mismo criterio si una persona extranjera sospechosa de un delito cometido en otro país reside en Alemania pero se han cumplido los requisitos establecidos en los números 2 y 4 y es admisible y está previsto su traslado a un tribunal penal internacional o su extradición al Estado que lo va a procesar.

(3) Si en los casos a los que hacen referencia los párrafos 1 ó 2 se han presentado ya cargos públicos, la Fiscalía podrá retirar los cargos en cualquier fase del procedimiento y dar fin a dicho procedimiento.

El artículo 153c.1.1 y 153c.1.2 del Código de Procedimiento Penal dice:

(1) La Fiscalía puede prescindir de la persecución de delitos:

1. *que hayan sido cometidos fuera del ámbito de vigencia espacial de esta ley o que haya cometido en este ámbito un partícipe de una acción cometida fuera del ámbito de vigencia espacial de esta ley;*
2. *que un extranjero haya cometido en el interior del país en una embarcación o aeronave extranjeras.*

Hay que diferenciar cuatro situaciones:

- (1) que el presunto autor de los hechos sea un ciudadano extranjero que se encuentre en Alemania o cuya presencia en ese país esté prevista (véase el subapartado 6.2.2);
- (2) que el presunto autor de los hechos sea ciudadano extranjero y no se encuentre en Alemania ni esté prevista su presencia en el país (véase el subapartado 6.2.3);
- (3) que el presunto autor de los hechos sea ciudadano alemán (véase el apartado 6.2.4); y
- (4) que una jurisdicción internacional o extranjera haya iniciado ya investigaciones (véase el subapartado 6.2.5).

6.2.2 EL PRESUNTO AUTOR DE LOS HECHOS ES CIUDADANO EXTRANJERO Y SE ENCUENTRA EN ALEMANIA O ESTÁ PREVISTA SU PRESENCIA EN EL PAÍS

Según el artículo 153f.1.1, y según se deduce *a contrario* del Código de Procedimiento Penal, si un presunto perpetrador extranjero se encuentra en Alemania o se espera su presencia en el país, las investigaciones son preceptivas aunque el delito se haya cometido en el extranjero.¹³⁶ En este sentido, el concepto de presencia tiene una amplia definición, al margen de si esa presencia, real o prevista, es voluntaria o no.¹³⁷ Basta con que la presencia, real o prevista, sea sólo temporal: por ejemplo, en caso de que el presunto autor de los hechos esté de viaje y entre en Alemania de paso hacia otro país. Por lo tanto es aplicable el principio de obligatoriedad, es decir que tanto la presencia real como la presencia prevista del presunto autor obliga al Estado a ejercer la acción punitiva siempre que ninguna otra jurisdicción esté llevando a cabo una investigación legítima sobre el crimen. Este último caso se tratará más adelante.

6.2.3. EL PRESUNTO AUTOR DE LOS HECHOS ES CIUDADANO EXTRANJERO Y NO SE ENCUENTRA EN ALEMANIA NI SE PREVÉ SU PRESENCIA EN EL PAÍS

Conforme a lo establecido en la primera cláusula del artículo 153f.1 del Código de Procedimiento Penal, si el presunto perpetrador es extranjero, no se encuentra en Alemania ni es probable su presencia en el futuro, las investigaciones y el procesamiento son discretionales y la Fiscalía Federal puede abstenerse de perseguir los hechos. Sin embargo, hay que destacar de nuevo que, tal y como comentamos anteriormente, si se prevé su presencia en Alemania, aunque sea por un breve periodo de tiempo, es preceptivo iniciar una investigación.

6.2.4. EL PRESUNTO AUTOR DE LOS HECHOS ES CIUDADANO ALEMÁN

Conforme a la segunda cláusula del artículo 153f.1, y según se deduce *a contrario* del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía Federal está obligada a iniciar investigaciones si el presunto autor de los hechos es ciudadano alemán, al margen de su presencia, real o prevista, en Alemania.¹³⁸ La única excepción se produce si el ciudadano alemán no está en Alemania ni es previsible que vaya a estarlo y otra jurisdicción está llevando a cabo una investigación legítima sobre los hechos, tal y como se describe en el subapartado siguiente.

6.2.5 UNA JURISDICCIÓN EXTRANJERA O INTERNACIONAL HA ABIERTO UNA INVESTIGACIÓN

Si un tribunal internacional u otro Estado han iniciado ya una investigación judicial, hay dos excepciones a la norma general del principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva.

En primer lugar, si el presunto autor de los hechos se encuentra en Alemania o está prevista su presencia en el país, la víctima no era de nacionalidad alemana y es posible y está previsto el traslado de la persona sospechosa a un tribunal internacional o extranjero, la investigación se convierte en discrecional conforme a

¹³⁶ Sobre el criterio *argumentum a contrario*, véanse Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43, 47; y Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, en *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 263.

¹³⁷ Véase la traducción al inglés del Memorando Explicativo de los legisladores alemanes sobre el CCDI, p. 83 (proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia, aunque ya no está disponible en su sitio web) en http://www.wihl.nl-finals/Germany/DE_L-IM_Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf.

¹³⁸ Véanse Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43, 47; y Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, en *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 264.

lo establecido en el artículo 153f.2 del Código de Procedimiento Penal.¹³⁹ Deben cumplirse todos los criterios; de lo contrario, continúa prevaleciendo el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva.

En segundo lugar, si el presunto perpetrador es un ciudadano alemán que no está presente en Alemania ni se espera que lo esté, queda a discreción de la Fiscalía Federal abstenerse de perseguir los hechos, conforme a la segunda cláusula del artículo 153f.1 del Código de Procedimiento Penal.

Según algunos analistas, en ambas situaciones, siempre que el proceso iniciado en el otro Estado sea legítimo, la ley concede prioridad al Estado de la nacionalidad de la víctima, debido al especial interés de la propia víctima en el procesamiento, y al Estado en el que se cometió el crimen, debido, en la mayoría de los casos, a su proximidad a las pruebas.¹⁴⁰ Este enfoque, de ser adoptado por los tribunales alemanes, plantearía algunos problemas. En primer lugar, el otro Estado debe tener capacidad y voluntad real de llevar a cabo el procesamiento. En segundo lugar, es al otro Estado, que no había emprendido acciones previamente, al que le corresponde demostrar que la investigación es legítima.

¹³⁹ Según lo dispuesto en la primera cláusula del artículo 153f.1 del Código de Procedimiento Penal, cuando el presunto perpetrador extranjero no se encuentra en Alemania ni está prevista su presencia en el país, las investigaciones son, en cualquier caso, potestativas (véanse también Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, en *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 265; y Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43, 48). La primera cláusula del artículo 153f.2 del Código de Procedimiento Penal es en cierto modo engañosa, ya que simplemente establece que la Fiscalía Federal alemana puede *en particular* abstenerse de perseguir un hecho si se cumplen los criterios incluidos en los números 1 al 4.

¹⁴⁰ Véanse Lutz Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung* (Múnich, 51^a ed., 2008), artículo 153f, párr. 9; Ewald Löwe/Werner Rosenberg, *Großkommentar zur StPO, Band 8* (Berlín, 25^a ed., 2005), apéndice al artículo 153f, párr. 2 y apéndice al artículo 153f, párr. 19; Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 264.

Según el Código de Procedimiento Penal, la investigación y el procesamiento son ...	Crímenes en virtud del CCDI cometidos en territorio alemán	Crímenes en virtud del CCDI cometidos en el extranjero	
			En caso de que una jurisdicción extranjera o internacional haya iniciado una investigación
El sospechoso extranjero se encuentra en Alemania o está prevista su presencia, al margen de que esa presencia, real o prevista, sea solamente temporal (por ejemplo, si la persona sólo está de tránsito en Alemania) e independientemente de que sea o no voluntaria	... obligatorios (artículos 152.2, 170.1).	... obligatorios (primera cláusula del artículo 153f.1 <i>a contrario</i>).	... potestativos solamente en caso de que no haya víctimas alemanas y si es posible y está previsto el traslado del sospechoso a un tribunal extranjero o internacional (segunda cláusula del artículo 153f.2); en caso contrario, son siempre obligatorios (<i>a contrario</i>).
El sospechoso extranjero no se encuentra en Alemania ni está prevista su presencia en el país	... obligatorios (artículos 152.2, 170.1).	... potestativos (primera cláusula del artículo 153f.1).	... potestativos (primera cláusula del artículo 153 f.1).
El sospechoso es alemán y se encuentra en Alemania o está prevista su presencia en el país	... obligatorios (artículos 152.2, 170.1).	... obligatorios (segunda cláusula del artículo 153f.1 <i>a contrario</i>).	... obligatorios (artículo 153f.1 <i>a contrario</i>).
El sospechoso es alemán y no se encuentra en Alemania ni está prevista su presencia en el país	... obligatorios (artículos 152.2, 170.1).	... obligatorios (segunda cláusula del artículo 153f.1 <i>a contrario</i>).	... potestativos (artículo 153f.1).

El artículo 153f del Código de Procedimiento Penal se introdujo en particular como supuesta “salvaguarda” contra la sobrecarga de trabajo de los tribunales¹⁴¹ y, por lo tanto, se lo califica de “salvaguarda procesal”.¹⁴² Dado que, hasta el momento, estos casos nunca han sobrecargado a los tribunales ni a la Fiscalía, ni en Alemania ni en ningún otro país, esta justificación no tiene sentido. Lo que los legisladores pretendían al aprobar el CCDI era facultar al poder judicial alemán para que contribuyese de forma activa a poner fin a la impunidad de que disfrutan personas responsables de crímenes de derecho internacional. En vista de la gravedad de los crímenes contra la seguridad internacional y la paz mundial, el alcance del artículo 153f del Código de Procedimiento Penal es demasiado amplio y se presta a que se recurra a él de modo indebido.

De hecho, hasta ahora, la Fiscalía Federal ha aplicado ampliamente este criterio potestativo y se ha abstenido de iniciar investigaciones en casi todos los casos que se le han presentado. A pesar de que se han presentado más de 60 denuncias por crímenes graves de derecho internacional¹⁴³ –algunas de ellas preparadas con gran cuidado y pericia– sólo en dos casos se ha abierto una investigación en aplicación del CCDI.¹⁴⁴ En la mayoría de los casos, la Fiscalía Federal justificó su decisión basándose en el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal.¹⁴⁵ La actuación de la Fiscalía contrasta vivamente con la activa política de investigación y procesamiento que ha mantenido, en aplicación del artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, con respecto a los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia antes de la promulgación del CCDI.¹⁴⁶

Aunque Alemania prevé la jurisdicción universal amplia en el artículo 1 del CCDI y en diversas disposiciones del Código Penal, estas disposiciones se han visto debilitadas, e incluso invalidadas en gran medida, por la forma en que la Fiscalía Federal ha interpretado y aplicado el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal. La utilización de este artículo para obstaculizar las investigaciones en casi todos los casos es contraria al propósito de los legisladores de ambos códigos y, de hecho, ha vaciado de contenido la

¹⁴¹ Véase la traducción al inglés del Memorando Explicativo de los legisladores alemanes sobre el CCDI, p. 8 (proporcionada por el Ministerio Federal de Justicia, aunque ya no está disponible en su sitio web) en http://www.wihl.nl-finals/Germany/DE_L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf; véase también Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43, 46 y sig.

¹⁴² Florian Jessberger, “Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute”, en Wolfgang Kaleck/Michael Ratner et al. (ed.), *International Prosecution of Human Right Crimes* (Nueva York, 2007), 213, 216.

¹⁴³ Según la respuesta ofrecida por el gobierno federal a petición de los miembros del Parlamento, se han presentado 62 casos; véanse Toncar (FDP), BT-Drs. 16/2692, del 22 de septiembre de 2006 y Wieland y otros (Bündnis90/Die Grünen), BT-Drs. 16/4267, del 5 de febrero de 2007. Para más información, véase el apartado 9.4., *Casas relacionadas con presuntas violaciones del CCDI*.

¹⁴⁴ Para más información sobre estos casos, véase el apartado 9.4.1 sobre investigaciones preliminares.

¹⁴⁵ En otros casos, las decisiones se han basado en razones jurídicas como la pretendida inmunidad de los posibles sospechosos (Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43 y sig. Para más información sobre las denuncias desestimadas y las razones aducidas, véase el apartado 9.42., *Denuncias desestimadas sin una investigación formal*).

¹⁴⁶ Con respecto a los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, se ha sostenido que las diferencias en la práctica indagatoria se han debido a que un gran número de perpetradores y testigos vivían o llevaban mucho tiempo en Alemania. Para más información, véase el apartado 9.3 *Procesamiento de crímenes de derecho internacional antes de la promulgación del CCDI*.

disposición sobre la jurisdicción universal. El simple hecho de que la Fiscalía Federal tenga potestad para abstenerse de iniciar un procesamiento no significa que pueda o deba hacerlo; continúa siendo posible investigar el caso pertinente en Alemania, especialmente, por ejemplo, si viven en su territorio testigos importantes.¹⁴⁷

6.2.6 ASISTENCIA JUDICIAL ANTICIPADA (*ANTIZIPIERTE RECHTSHILFE*)

En este contexto, los expertos han debatido la posibilidad de la “asistencia judicial anticipada”, que supondría la ejecución de determinados actos de investigación en relación con un posible proceso penal futuro, al margen de si el crimen se está procesando o se va a procesar, ya sea en Alemania o en otro lugar. En este sentido, en su Memorando Explicativo sobre el CCDI, el gobierno alemán afirma que si el delito no tiene relación con Alemania, el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva, junto con el de jurisdicción universal, exige que la Fiscalía alemana haga todo lo posible para prepararse para el futuro procesamiento (se celebre en Alemania o no).¹⁴⁸ Es más, según el Memorando Explicativo de los legisladores, si un Estado extranjero o un tribunal penal internacional están investigando ya la cuestión, pero el delito, el presunto responsable o la víctima tienen algún tipo de relación con Alemania, las autoridades alemanas deben aprovechar las posibilidades de investigación que ofrezca la relación con Alemania por una simple razón de solidaridad mundial, aunque no se haya presentado una petición específica de asistencia judicial, con el fin de apoyar y reforzar al juicio en el extranjero y para prepararse ante la posibilidad de que Alemania se haga cargo del caso correspondiente posteriormente.¹⁴⁹ El objetivo superior de impedir la impunidad podría incluso llevar a una reducción de la potestad facultativa en beneficio del inicio de actuaciones para apoyar las investigaciones, ya sea en Alemania o en otro país.¹⁵⁰

En octubre de 2007, en una sesión con expertos sobre el CCDI celebrada ante la Comisión de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria del Parlamento alemán (*Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestags*), la mayoría de los expertos abogaron por el inicio de investigaciones anticipativas (*Ermittlungen auf Vorrat*) y señalaron como precedentes los casos de jurisdicción universal contra Hissène Habré, ex presidente de Chad, en Senegal, y Augusto Pinochet, ex presidente de Chile, en España.¹⁵¹ En el pasado se ha conseguido enjuiciar crímenes, tanto en procesos nacionales como internacionales, gracias a la colaboración transnacional de diversos agentes y autoridades. A pesar de la observación que aparece en el Memorando Explicativo del CCDI y que mencionamos antes, según la cual

¹⁴⁷ Florian Jessberger, “Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute”, en Wolfgang Kaleck/Michael Ratner et al. (eds.), *International Prosecution of Human Right Crimes* (Nueva York, 2007), 213, 216 y sig.; véase también Kai Ambos en *Criminal Law Forum*, 2007, 43 y sig.

¹⁴⁸ Traducción al inglés del Memorando Explicativo del CCDI, p. 84.

¹⁴⁹ Ibíd.

¹⁵⁰ Con respecto a los crímenes cometidos en el extranjero y sin vinculación con Alemania, véase Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43, 49.

¹⁵¹ Véanse las declaraciones escritas de Kai Ambos en (http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/Stellungnahme_Ambos.pdf); Wolfgang Kaleck en (http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/Stellungnahme_Kaleck.pdf); y Claus Kreß en (http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/Stellungnahme_Kress.pdf). Véase también la transcripción literal de la sesión de expertos en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/prot.pdf>.

debe ofrecerse la asistencia judicial previa aunque no se haya solicitado de forma específica, algunas personas han sostenido que debe exigirse esta petición de asistencia judicial.¹⁵² Sin embargo, la “asistencia judicial anticipada” se considera una posible forma de aplicar la jurisdicción universal, y los expertos coincidieron mayoritariamente en que esa aplicación de la jurisdicción con respecto a la “asistencia judicial anticipada” es sumamente aconsejable.¹⁵³

6.2.7. LA AUSENCIA Y EL INCUMPLIMIENTO DE CRITERIOS PARA EJERCER LA POTESTAD FACULTATIVA

El artículo 153f otorga a la Fiscalía Federal la potestad de abstenerse de iniciar un procesamiento en las circunstancias concretas y estrictamente definidas que analizamos anteriormente, pero no establece criterios sobre cómo debe ejercerse esa potestad de perseguir o no los hechos. El hecho de que no se establezcan ni se sigan criterios exhaustivos y sistemáticos para el ejercicio de la potestad facultativa significa que ese ejercicio sin directrices constituye un abuso de la potestad facultativa y puede dar lugar a injusticias. Es imprescindible que la Fiscalía Federal, mediante una consulta transparente con la sociedad civil, establezca y siga unos criterios legítimos que concuerden con el propósito de los legisladores: investigar y procesar una amplia variedad de crímenes cometidos en otros países y en los que víctimas y presuntos autores son extranjeros, en los casos en que no existe relación con Alemania y que sean conformes al principio general de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva, y no al de oportunidad, del procesamiento.

Un criterio que podría incluirse legítimamente es el de la posibilidad de lograr un procesamiento satisfactorio. Entre los criterios que no resultarían legítimos estarían el dar prioridad a una investigación criminal o un procesamiento penal en otro tribunal nacional, salvo que el Estado al que pertenezca ese tribunal pueda demostrar que el proceso no será una farsa, que se celebrará con las debidas garantías y que no se recurrirá a la pena de muerte. Correspondrá al Estado extranjero y a la persona imputada demostrarlo, y ni la Fiscalía ni la víctima son responsables de demostrar que el proceso en el extranjero sería deficiente. El principio general debe ser que el primer Estado en ejercer la jurisdicción universal debe tener prioridad, ya que habrá demostrado su compromiso de investigar. De hecho, la principal justificación para el ejercicio de la jurisdicción universal es que el Estado en que se cometió el crimen, y el Estado cuya nacionalidad ostenta el presunto perpetrador, si es diferente del anterior, hayan incumplido sus obligaciones, en virtud del derecho internacional, de investigar y, si existen suficientes pruebas admisibles, de procesar. Es más, en casi todos los casos en que un Estado ha ejercido la jurisdicción universal se debe a que el Estado en que se cometió el crimen y el del presunto responsable no sólo se han abstenido de

¹⁵² Aunque durante esta sesión uno de los expertos sostuvo que esta petición específica resultaría sumamente improbable debido a sus implicaciones políticas en los países inmersos en cambios de gobierno (véase la declaración escrita de Claus Kreß, p. 3, en http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/stellungnahme_kress.pdf), otro experto se mostró en desacuerdo con esta argumentación alegando que esa petición también puede presentarla un tercer Estado (véase la declaración escrita de Ambos, p. 2, en http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/stellungnahme_ambos.pdf).

¹⁵³ Véase la declaración escrita de Hans-Peter Kaul, p. 2, en http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/stellungnahme_kaul.pdf. Véase también la transcripción literal de la sesión de expertos en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/prot.pdf>.

iniciar una investigación y un proceso legítimos, sino que no han hecho nada en absoluto ni piden la extradición de la persona en cuestión.¹⁵⁴

La Fiscalía Federal es la responsable de la investigación y el enjuiciamiento de crímenes especificados en el CCDI y el Código Penal. Si el presunto autor de estos crímenes se encuentra en Alemania o se prevé su presencia en su territorio, la Fiscalía está obligada a investigar y enjuiciar los hechos. Si éste no es el caso, el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal alemán permite el ejercicio de la potestad facultativa. Sin un vínculo territorial, existe la posibilidad de abstenerse de abrir una investigación (*Kann-Vorschrift*). Estos requisitos para ejercer la potestad facultativa pretenden equilibrar la intención del Parlamento de poner en práctica el Estatuto de Roma con la eficacia de los procesos penales.

Asimismo, se considera que el artículo 153f.2 es una disposición “en particular”, es decir que ofrece un ejemplo concreto que ilustra las circunstancias en que la Fiscalía Federal puede abstenerse de abrir una investigación conforme a ciertos criterios pero también deja abierta la posibilidad de que se desarrolle otros criterios. Esta disposición interpreta el requisito de la presencia en el sentido de que la posibilidad teórica de la presencia de un presunto perpetrador en Alemania o la Unión Europea no es suficiente. Además, a fin de evitar que se malgasten recursos (*Vermeidung der Überlastung durch unzweckmäßige Ermittlungsarbeit*), el criterio de si resulta probable llevar a cabo una investigación satisfactoria desempeña un papel fundamental en las consideraciones de la Fiscalía.¹⁵⁵ Este criterio se deriva del pronunciamiento legislativo en relación con el artículo 153f. Como consecuencia, la Fiscalía Federal puede desestimar una denuncia aunque ningún otro país esté investigando activamente los crímenes. A la Fiscalía aún no se le ha ocurrido la posibilidad de que la recogida de pruebas también pueda formar parte de su mandato (*Beweisverlust mangels umfassender Aufklärungsmöglichkeiten hinnehmbar*). Por ejemplo, no es aceptable que la Fiscalía Federal indique simplemente que la salvaguarda de pruebas sólo sería posible en Uzbekistán y que este país se negaría a ofrecer asistencia judicial. Algunas medidas, como la toma de declaraciones, serían posibles.

Según el artículo 153f.2.4, la Fiscalía debe, por norma, dar prioridad al procesamiento ante tribunales internacionales o tribunales nacionales del Estado en que se cometió el crimen o al que pertenecen la víctima o el presunto autor de los hechos (*Gestufte Zuständigkeit*). El primer problema que surge con este planteamiento es que no debe otorgarse prioridad automática a los procesamientos ante tribunales extranjeros. Es necesario valorar con detenimiento cada caso para determinar si los procesamientos en el extranjero se llevan a cabo de buena fe, de forma efectiva y con las debidas garantías. El segundo problema es que la Fiscalía Federal –sin que exista base en la ley o en su anteproyecto– no hace referencia a una persona o un acto concretos, sino a toda la serie de (presuntos) actos criminales (*Gesamtkomplex*) en general¹⁵⁶, alegando que el criterio se basa en un concepto de “delito”, concepto desconocido en la legislación procesal alemana, conforme a la cual es necesario procesar a personas concretas por hechos concretos. Al justificar este concepto de “delito” citando el artículo 14 del Estatuto de Roma, en virtud del

¹⁵⁴ Por ejemplo, cuando España solicitó la extradición del ex presidente de Chile, Augusto Pinochet, Chile se opuso, pero no derogó la ley de amnistía que lo protegía ni pidió su extradición.

¹⁵⁵ BT-Drs. 14/8524, S. 37; desestimación de la causa *Almatov*, 30 de marzo de 2006, Az.3 ARP 116/05-2, párr. 11; y comunicado de prensa de la Fiscalía General sobre la causa *Rumsfeld II*, 27 de marzo de 2007.

¹⁵⁶ Florian Jessberger, “Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute”, en Wolfgang Kaleck/Michael Ratner et al. (eds.), *International Prosecution of Human Right Crimes* (Nueva York, 2007), 213, 219 y sig.

cual un Estado Parte puede remitir “una situación” a la Corte Penal Internacional, la Fiscalía Federal confunde la fase específica del proceso (el inicio independiente del procedimiento y no el procedimiento “concreto”)¹⁵⁷, lo que hace que la jurisdicción concurrente de Alemania como tercer Estado quede bloqueada con respecto a todo acto y persona con presunta participación criminal en la situación.¹⁵⁸ Por ejemplo, según el planteamiento de la Fiscalía Federal, Alemania no podría enjuiciar ningún caso procedente de una situación de la envergadura de los homicidios que se produjeron en Ruanda en 1994 si un tribunal ruandés estuviese procesando a una persona por un asesinato.

La Fiscalía Federal alega que aplica una interpretación del artículo 153f.2 del Código de Procedimiento Penal orientada hacia el Estatuto de Roma y que cumple con lo estipulado en el artículo 17 de dicho Estatuto, que establece el principio de complementariedad.¹⁵⁹ Según esta interpretación, la jurisdicción penal basada en la jurisdicción universal sólo es aceptable como mecanismo de refuerzo en los casos en que la jurisdicción inicial no puede o no está dispuesta a enjuiciar los delitos.

Hay dos excepciones más: cuando el proceso se inicia con el fin de proteger a la persona en cuestión frente a la responsabilidad penal (*Scheinprozess*) o sin intención de que esa persona comparezca ante la justicia (*ohne Verfolgungswillen*). La referencia al artículo 17 del Estatuto de Roma plantea la cuestión fundamental de si este análisis convencional de los artículos 17-19 del Estatuto de Roma es acaso aplicable a los procesos nacionales. Y no es aplicable a esos procesos dado que el principio de complementariedad se limita exclusivamente a la situación excepcional en que la Corte Penal Internacional toma la decisión de reafirmar su jurisdicción concurrente cuando los Estados –en quienes recae en primer lugar la obligación de investigar y enjuiciar los crímenes de derecho internacional– no lo hacen. Esto no sólo implicaría que sería esta Fiscalía nacional la que tendría que tomar esa importante decisión, sino que, además, el Estado en cuyo territorio se cometió el delito o al que pertenecen el presunto perpetrador o la víctima tendría que demostrar que está llevando a cabo un proceso penal, y que ese proceso es conforme a lo estipulado en el artículo 17 del Estatuto de Roma.¹⁶⁰

Otro criterio que la Fiscalía tiene en cuenta en dos decisiones sobre el inicio de una causa es si la inmunidad otorgada por el Estado constituye o no un obstáculo para la investigación y el procesamiento, remitiéndose al fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre la causa *Democratic Republic of the Congo v. Belgium* (orden de detención de Yerodia).¹⁶¹ Esta mención recurrente al fallo de la Corte Internacional de Justicia no resulta en absoluto convincente. Aún cuando los fallos de la Corte fuesen en cierta medida vinculantes para los tribunales alemanes, en la causa relativa a la orden de detención se

¹⁵⁷ Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43–58.

¹⁵⁸ Jessberger, Ibíd., 218.

¹⁵⁹ Fiscalía General, GBA, 10 de febrero de 2005, Az 3 ARP 207/04-2 = *Juristenzeitung (JZ)* 2005, 311.

¹⁶⁰ Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43–58

¹⁶¹ Corte Internacional de Justicia, causa de la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*), fallo del 14 de febrero de 2002, ILM 41 (2002), 536, párr. 54 y sig., 58; véase también el sitio web de la Corte Internacional de Justicia: <www.icj-cij.org>, que contiene el texto íntegro del fallo en inglés y francés, así como un resumen en español (en http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1997-2002.pdf).

trataba de una situación jurídica distinta.¹⁶² En el fallo no se incluía el genocidio, y juristas internacionales han criticado ampliamente sus conclusiones con respecto a la inmunidad. Tal y como ha señalado Amnistía Internacional, todos los instrumentos internacionales adoptados sobre crímenes de derecho internacional han excluido la inmunidad por esos crímenes.¹⁶³ Además, la Fiscalía Federal pasa por alto la decisión de la Cámara de los Lores con respecto a la causa Pinochet¹⁶⁴ y las posteriores decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona con respecto a la causa Taylor,¹⁶⁵ así como el artículo 27 del Estatuto de Roma.

La idea fundamental que subyace al criterio de la potestad facultativa de la Fiscalía parece estar relacionada con una visión anticuada del principio de no intervención en los asuntos de otro Estado. Sin embargo, la Fiscalía Federal se equivoca al afirmar que la aplicación de la jurisdicción universal en casos de crímenes incluidos en el CCDI incumple el principio de jurisdicción interna (*domaine réservé*). La Fiscalía considera que el artículo 153f sirve para rectificar un supuesto uso abusivo de la jurisdicción universal. Es más, quiere impedir que las víctimas de violaciones de derechos humanos busquen un “foro de conveniencia”. Esta calificación peyorativa la utilizan a menudo quienes intentan impedir que las víctimas traten de obtener justicia en el extranjero cuando se les ha negado en su propio país.

6.2.8. CONTROL JUDICIAL DE LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA

El artículo 172 del Código de Procedimiento Penal alemán establece un mecanismo de control judicial (*Klageerzwingungsverfahren*) que obliga a la Fiscalía a actuar con respecto a un caso si se ha retirado la denuncia.¹⁶⁶ Sin embargo, el artículo 172 no suele aplicarse a los casos en los que no se iniciaron ni una investigación ni un proceso alegando que no resultaba oportuno. Estos casos se regulan en los artículos 153 y 154 del Código de Procedimiento Penal. Dado que las restricciones procesales establecidas por el artículo 153f del Código de Procedimiento Penal con respecto al alcance del artículo 1 del CCDI también se han incluido en esta lista de normas que permiten el ejercicio de la potestad facultativa de la Fiscalía, el mecanismo de control procesal establecido en el artículo 172 no es aplicable según su redacción actual¹⁶⁷ En la causa *Rumsfeld*, el Tribunal Superior de Stuttgart sostuvo que el recurso presentado contra la primera desestimación de la denuncia, basado en el artículo 172, no era admisible,¹⁶⁸ y que sólo puede ejercerse el

¹⁶² Según se establece en el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”), los fallos de la Corte Internacional de Justicia son vinculantes, pero sólo para las partes en la causa concreta.

¹⁶³ Amnistía Internacional, *Jurisdicción Universal: Los tribunales belgas tienen competencia para investigar en el caso Sharon los homicidios cometidos en Sabra y Chatila en 1982*, Índice AI: IOR 53/001/2002, 1 de mayo de 2002.

¹⁶⁴ Pinochet III, 24 de marzo de 1999, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, ex parte Pinochet*.

¹⁶⁵ Tribunal Especial para Sierra Leona, *The Prosecutor Against Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity for Jurisdiction, SCSL-2003-01-I, 31 de abril de 2004, párr. 43 y sig.

¹⁶⁶ Tobias Singenstein/Peter Stolle, “Völkerstrafrecht und Legalitätsprinzip – Klageerzwingungsverfahren bei Opportunitätseinstellung und Auslegung des § 153f StPO”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 3/2006, 118 y sig.

¹⁶⁷ Kai Ambos, “Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153f StPO – Zugleich Anmerkung zu GBA, JZ 2005, 311, und OLG Stuttgart, NStZ 2006, 117”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2006, 437 y sig.

¹⁶⁸ OLG Stuttgart, 13 de septiembre de 2005, Az.: 5 Ws 109/05, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2006, 117.

control judicial con respecto a la potestad facultativa de la Fiscalía cuando ésta ha hecho uso de esa potestad sin estar obligada legalmente a ello; es decir, si no hay margen para la potestad facultativa y la Fiscalía tenía la obligación de iniciar un proceso.¹⁶⁹ De este modo, los tribunales pueden comprobar si la Fiscalía ha ejercido la potestad facultativa y si su decisión de recurrir a ella ha sido arbitraria o no. Sin embargo, este planteamiento no tiene en cuenta la cuestión de las decisiones facultativas tomadas sin criterio, que, por su propia naturaleza, son arbitrarias.

Esta situación insatisfactoria se retomó en la sesión ante la Comisión de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria del Parlamento alemán que se celebró en octubre de 2007. Los expertos afirmaron que, en vista de las prácticas habituales de la Fiscalía Federal, había que introducir un instrumento de control judicial, bien mediante una reforma del artículo 172 o incluyendo un nuevo mecanismo en el CCDI.

6.3. NORMAS SOBRE PRESCRIPCIÓN APLICABLES A LOS CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL

El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos después de julio de 2002 no prescriben. Sin embargo, sí prescriben todos los demás delitos comunes (como la agresión) cometidos conjuntamente con estos graves crímenes y las demandas civiles basadas en esos delitos y crímenes.

Prescripción de los crímenes

Alemania aún no es Parte en la Convención de 1968 sobre la no Aplicabilidad de las Limitaciones Legales a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad. La prescripción de los crímenes de derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, es contraria al derecho internacional consuetudinario.¹⁷⁰ Según el CCDI, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra cometidos después del 30 de junio de 2002 no prescriben, pero sí lo

¹⁶⁹ Véase Kai Ambos, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43-57.

¹⁷⁰ Véase, por ejemplo, Ruth Kok, *Statutory Limitations in International Criminal Law* (TMC Asser Press, La Haya, 2007; Amnistía Internacional, *La imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional* (de próxima aparición en 2009). El Comité contra la Tortura ha dejado claro que la tortura no prescribe. En su conclusión más reciente sobre este punto, de junio de 2008, el Comité observó con preocupación que, dado que el delito de tortura no está tipificado como tal en el Código Penal de Suecia, es punible conforme a otras disposiciones de ese Código, y, por consiguiente, es prescriptible, lo que

[puede] impedir la investigación, el enjuiciamiento y el castigo de esos delitos graves, en particular cuando el hecho punible se haya cometido en el extranjero. Teniendo en cuenta la gravedad de los actos de tortura, el Comité opina que esos actos no pueden ser en modo alguno prescriptibles (arts. 1, 4 y 12).

Observaciones finales del Comité contra la Tortura – Suecia, doc. ONU: CAT/C/SWE/CO/5, 4 de junio de 2008, párr. 10. Por lo tanto, el Comité recomendó que Suecia

[...] debería examinar nuevamente sus normas y disposiciones en materia de prescripción y conformarlas a las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, de forma que puedan investigarse, enjuiciarse y castigarse sin plazo de prescripción alguno los actos de tortura, la tentativa de tortura y los actos cometidos por cualquier persona que constituyan complicidad o participación en la tortura.

Ibíd.

hacen los enjuiciamientos de los crímenes cometidos antes de esa fecha, otros delitos y las solicitudes de extradición.

El artículo 5 del CCDI establece que el enjuiciamiento de delitos graves previstos en dicho Código y la ejecución de las penas impuestas por ellos no prescriben.

Sin embargo, hay tres clases de crímenes que sí prescriben. En primer lugar, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos antes del 30 de junio de 2002, fecha de entrada en vigor del CCDI, también están sujetos a los períodos de prescripción establecidos en el Código Penal ordinario. En estos casos, el artículo 78.2 del Código Penal establece que el asesinato (artículo 211 del Código Penal) y el genocidio (anterior artículo 220a del Código Penal) no prescriben.¹⁷¹ Los genocidios cometidos antes de 2002 aún pueden procesarse en virtud del anterior artículo 220a del Código Penal, pero no según el artículo 6 del CCDI incorporado recientemente. La jurisdicción se establecía según lo especificado en el anterior artículo 6.1 del Código Penal. En segundo lugar, la tortura que no constituye crimen de guerra o crimen de lesa humanidad prescribe (artículo 78.3 del Código Penal).

En tercer lugar, son prescriptibles los delitos catalogados como menores (*Vergehen*) y regulados en los artículos 13 y 14. Además, tal y como indicamos anteriormente, los artículos 13 y 14 del CCDI tipifican como delito el incumplimiento de diversas obligaciones por parte de jefes y superiores. Mientras que el artículo 13 establece la responsabilidad por el incumplimiento doloso o culposo del deber de vigilancia, el artículo 14 establece la responsabilidad por no comunicar, de forma intencionada y premeditada, la comisión de un delito. En estos casos se aplica la prescripción establecida en el artículo 78.3 del Código Penal. Según este artículo, el plazo de prescripción es de:

- diez años en el caso de actos punibles con un periodo máximo de privación de libertad superior a cinco años e inferior a diez (78.3.3);
- cinco años en el caso de actos punibles con un periodo máximo de privación de libertad superior a un año e inferior a cinco años (78.3.4);
- tres años en caso de otros delitos 78.3.5).¹⁷²

¹⁷¹ El artículo 78.2 del Código Penal alemán dice:

Los hechos graves tipificados en el artículo 220a (genocidio) y en el artículo 211 (asesinato) no están sujetos a prescripción.

¹⁷² El artículo 78.3 del Código Penal alemán dice:

En la medida en que la persecución prescriba, el plazo de prescripción supondrá:

1. *treinta años, en el caso de hechos castigados con pena privativa de libertad de por vida;*
2. *veinte años, en el caso de hechos que como máximo sean castigados con pena privativa de libertad de más de diez años;*
3. *diez años, en el caso de hechos que como máximo sean castigados con pena privativa de libertad de más de*

Según el artículo 78.3 del Código Penal, los daños contra la integridad física infligidos durante el ejercicio de sus obligaciones o en relación con ellas (artículo 340), que es el crimen correspondiente a muchos actos de tortura que no constituyen crímenes de lesa humanidad, prescriben a los cinco años.

Prescripción de actos ilícitos civiles

Alemania cuenta con tres normas sobre prescripción para los actos ilícitos civiles, enumeradas en el Código Civil:

- Artículos 195 y 199.1: tres años desde el momento en que la parte perjudicada y la responsable conocen el daño causado;
- Artículo 199.2: los daños contra la vida, la integridad física, la salud y la libertad prescriben a los treinta años;
- Artículo 199.3: los daños a la propiedad prescriben a los diez años.

6.4. DOBLE INCRIMINACIÓN

Según el CCDI, la doble incriminación no es aplicable al genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra cometidos después del 30 de junio de 2002 o al enjuiciamiento de otros crímenes mediante el ejercicio de la jurisdicción universal y según lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del Código Penal. Sin embargo, sí se aplica a los enjuiciamientos basados en la personalidad pasiva, la jurisdicción universal conforme al artículo 7.2 del Código Penal y en los casos de extradición (véase el apartado 7.1.2.3.).

En la legislación alemana, la doble incriminación significa que existen indicios de una “norma penal idéntica” en dos sistemas jurídicos diferentes. A pesar de su nombre, el criterio de la identidad no se interpreta de forma estricta. La norma correspondiente debe prohibir una conducta comparable y establecer, como consecuencia legal, la amenaza de castigo. Sin embargo, no es suficiente con que la conducta constituya una simple infracción (*Ordnungswidrigkeit*) o suponga el incumplimiento de una norma de naturaleza totalmente distinta al derecho penal alemán (*völlig anderes Gepräge*).

Al margen de la base jurídica que pueda haber para exigir la doble incriminación con respecto a una conducta que sólo constituye un delito común, esa base no existe cuando se trata de un delito tipificado como crimen de derecho internacional, aunque el Estado solicitante pida la extradición para procesar a la persona por un delito común cuando su legislación no califica el acto como crimen de derecho internacional. Todos los Estados comparten la obligación de investigar y enjuiciar los actos que constituyen crímenes de derecho internacional, bien en sus propios tribunales, extraditando al presunto responsable a

cinco años hasta diez años;

4. *cinco años, en el caso de hechos que como máximo sean castigados con pena privativa de libertad de más de un año hasta cinco años;*
5. *tres años, en el resto de los casos.*

otro Estado o entregando a esa persona a un tribunal penal internacional, y no pueden eludir esta obligación negándose a conceder una extradición basándose en la falta de doble incriminación.

En la legislación alemana, la doble incriminación es pertinente en tres situaciones:

- en la jurisdicción basada en el principio de personalidad pasiva, según lo dispuesto en el artículo 7.2.1 del Código Penal;
- según el artículo 7.2, en la jurisdicción universal aplicada a personas que adquieren la ciudadanía alemana tras cometer el crimen y a los extranjeros detenidos en Alemania por actos punibles en el Estado en que se cometieron, si el presunto responsable no es extraditado; y
- en los casos de extradición (véase el apartado 7.1.2.3).

Personalidad pasiva

El artículo 7.1 (Validez para actos cometidos en el extranjero en otros casos) del Código Penal estipula:

El Derecho penal alemán regirá en caso de acciones cometidas en el extranjero contra un ciudadano alemán cuando el hecho sea punible en el lugar de comisión o dicho lugar no esté sujeto a ninguna potestad punitiva.

Jurisdicción universal

El artículo 7.2 del Código de Procedimiento Penal también exige que exista doble incriminación cuando se utiliza para ejercer la jurisdicción universal sobre personas que eran extranjeras en el momento de cometer el crimen pero que posteriormente adquirieron la nacionalidad alemana, y sobre extranjeros detenidos en Alemania por actos punibles en el Estado en que se cometieron si esas personas no son extraditadas:

- (2) *Para otros actos cometidos en el extranjero regirá el Derecho penal alemán cuando el hecho sea punible en el lugar de comisión o dicho lugar no esté sujeto a ninguna potestad punitiva, y cuando el autor:*
1. *[...] hubiera adquirido la nacionalidad alemana con posterioridad al hecho; o,*
 2. *en el momento de los hechos fuese extranjero, hubiese sido encontrado en el territorio de Alemania y, aunque la legislación sobre extradición amparase la extradición para esos hechos, ésta no fuese concedida por no haberla solicitado, haber sido denegada o no ser factible.*

6.5. INMUNIDAD

Aunque este tema no se menciona en el CCDI ni en el Código Penal, la legislación alemana establece por otras vías la inmunidad según el derecho internacional y constitucional.

El artículo 46.1 de la Constitución alemana establece la inmunidad para los parlamentarios alemanes, y el artículo 60.4 concede inmunidad al presidente federal alemán. Sin embargo, lo más probable es que esta

inmunidad no afecte al enjuiciamiento ante tribunales alemanes de crímenes cometidos por extranjeros y para los que se establece la jurisdicción universal.¹⁷³

Los artículos 18-20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*) conceden inmunidad a las misiones diplomáticas, el personal de embajadas y consulados y los representantes del Estado en visita oficial a Alemania. Las autoridades alemanas basaron en estos artículos su negativa a abrir una investigación sobre un alto cargo ruandés que visitaba Alemania en una delegación oficial y que presuntamente era responsable de crímenes de derecho internacional cometidos en Ruanda en 1994. El artículo 20.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial expone en términos generales que son aplicables las normas del derecho internacional y de los pactos internacionales sobre inmunidad. La inmunidad de consulados y misiones diplomáticas se establece en las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Relaciones Consulares, en las que Alemania es Estado Parte. Según el artículo 59.2 de la Constitución, esta inmunidad es aplicable tras la ratificación de estas convenciones por parte de Alemania. El derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional son directamente aplicables en Alemania en virtud del artículo 25 de la Constitución.¹⁷⁴

Sin embargo, en Alemania existe un intenso debate sobre el grado en que jefes de Estado y miembros del gobierno están exentos de jurisdicción conforme al derecho internacional consuetudinario. En su polémica decisión sobre la causa de la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*), la Corte Internacional de Justicia concluyó, sin un examen adecuado de los instrumentos internacionales y la práctica de los Estados, que los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros extranjeros gozan de inmunidad por todos los actos oficiales aún después de dejar su cargo¹⁷⁵ Por el contrario, juristas internacionales han llegado a la conclusión de que tales personas no están excluidas de la jurisdicción en los casos en que han participado en la comisión de crímenes tipificados en el derecho internacional, aunque se hayan cometido como actos oficiales, como suele ser habitual.¹⁷⁶ Del mismo modo, Amnistía Internacional considera que el fallo en la causa de la orden de detención se basa en conceptos jurídicos erróneos. Por lo tanto, Amnistía Internacional ha pedido la anulación de este fallo y espera que esto se haga en el futuro, ya que no debe concederse inmunidad en el caso de los peores crímenes que jamás podrían cometerse. Tal y como ha hecho en otras ocasiones,¹⁷⁷

¹⁷³ Claus Kreß, “Internationaler Strafgerichtshof”, en Heinrich Grützner/Paul Pötz (eds.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, vol. III, 428; Jörg Meißner, “Das Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts”, en *Neue Justiz (NJ)* 7 (2002), 347, 348.

¹⁷⁴ Para más información véase Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 350 y sig.

¹⁷⁵ Corte Internacional de Justicia, causa de la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*), fallo (14 de febrero de 2002), ILM 41 (2002), 536, párr. 54 y sig., 58; véase también el sitio web de Corte Internacional de Justicia: www.ici-cij.org (visitado por última vez el 2 de junio de 2007); para observaciones sobre esta decisión, véanse Weiß, “Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität”, en *Juristenzeitung (JZ)* 57 (2002), 696, 697 y sig.; Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 356 y sig.; Claus Kreß, “Der Internationale Gerichtshof im Spannungsfeld von Völkerstrafrecht und Immunitätsschutz”, en *Golddammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2003, 25 y sig.

¹⁷⁶ Albin Eser/Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2003, 358, 431 y sig.; Antonio Cassese, *Affidavit on The Immunities of Foreign State Officials Suspected of International Crimes*.

¹⁷⁷ *Jurisdicción Universal: Los fiscales belgas tienen competencia para investigar delitos comprendidos en el derecho internacional cometidos en el extranjero*, Índice AI: IOR 53/001/2003

Amnistía Internacional ha explicado de forma pormenorizada que en el derecho internacional consuetudinario no existe una base convincente que otorgue inmunidad a representantes estatales por la comisión de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra mientras ostentan su cargo. También ha señalado que en el razonamiento de la Corte Internacional de Justicia sobre la causa relativa a la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*) no se cita ninguna práctica estatal ni *opinio iuris* en este sentido.

La Fiscalía Federal no mencionó la cuestión de la impunidad en las decisiones que ponían fin a las actuaciones sobre las causas contra Donald Rumsfeld y Zakir Almatov en aplicación del artículo 153f del Código de Procedimiento Penal (véanse los apartados 9.4.2.3 al 9.4.2.5).¹⁷⁸ Sin embargo, en su decisión de no iniciar una investigación contra el ex presidente de China Jiang Zemin, la Fiscalía Federal hizo una minuciosa referencia al fallo de la Corte Internacional de Justicia en la causa de la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*) (véase el apartado 9.4.2.1).¹⁷⁹ Por el contrario, basó completamente la terminación de las actuaciones contra el ex jefe de Estado chino en este fallo tan mal sustentado y expuso sus razones en el primer punto de su justificación:

La inmunidad del ex presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, ya impide su procesamiento penal [...]. Ni el anterior artículo 220a del Código Penal, vigente hasta el 30 de junio de 2002, ni las normas establecidas posteriormente en el Código de Crímenes de Derecho Internacional contienen disposiciones sobre inmunidad, al contrario de lo que ocurre con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (BGBI. 2000 II p. 1.393, artículo 27). Por lo tanto, los artículos 18-20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son aplicables a la hora de resolver la cuestión de si la inmunidad impide que las autoridades alemanas inicien un proceso penal (para más información sobre el Código de Crímenes de Derecho Internacional véanse BT-Drs. 14/8524, p. 17 y Kress, GA 2003, p. 41). El artículo 20.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial restringe la jurisdicción alemana si la persona goza de inmunidad en virtud del derecho internacional. Una norma bien conocida del derecho internacional otorga a jefes y ex jefes de Estado y de gobierno inmunidad frente a un proceso penal en otros Estados por sus actos durante el ejercicio de sus funciones (Doehring, Voelkerrecht, 1999, § 12 nota 672). La Corte Internacional de Justicia confirmó expresamente esta práctica estatal con respecto a los ministros y ex ministros de Asuntos Exteriores en su fallo del 14 de febrero de 2002, en la causa Democratic Republic of Congo v Belgium relativa a ministros y ex ministros extranjeros, alegando que el ejercicio de sus funciones lo justifica y que no debe verse restringido por procesos penales iniciados en otros Estados (párrafos 51 y 61 del fallo), [...] www.icj-cji.org; véase Maierhofer, EuGRZ , 2003, 553; Weiss, JZ , 2002, 698). El razonamiento de la Corte Internacional de Justicia también es aplicable a los jefes de Estado y de gobierno, dado que cumplen funciones similares. El fallo de la Corte Internacional de Justicia también permite esa inmunidad si estas autoridades van a ser juzgadas por crímenes de derecho internacional (párr. 56-60 del fallo) e impide ya que se inicien

(<http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/001/2003/en/dom-IOR530012003es.html>) (visitada por última vez el 12 de junio de 2008), p. 8.

¹⁷⁸ Para más información sobre la posición de la Fiscalía Federal alemana en la causa *Almatov* véase *Juristenzeitung* (JZ) 60 (2005), 311; véase también el apartado 9.4.2.5 de este informe.

¹⁷⁹ La decisión de la Fiscalía Federal de poner fin a las actuaciones sobre la causa *Jian Zemin* puede consultarse (en alemán) en <http://www.diefirma.net/download.php?8651010ea2af5be8f76722e7f35c79de&hashID=44b8c6eba6a3530e554210fa10d99b3a> (visitada por última vez el 12 de junio de 2008).

*investigaciones (párr. 54). Por lo tanto, el artículo 20.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impide el procesamiento del ex jefe de Estado Jiang Zemin por parte de la Fiscalía alemana.*¹⁸⁰

Esta decisión ha recibido duras críticas de juristas.¹⁸¹

6.6. IMPEDIMENTOS PARA LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PENAL EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL U OTRAS RESTRICCIONES TEMPORALES

Durante al menos sesenta años, los Estados han reconocido que la prohibición de aplicar las leyes penales con carácter retroactivo no se aplica a la legislación penal nacional promulgada tras el reconocimiento de que el hecho delictivo constituye un crimen de derecho internacional.¹⁸² Sin embargo, la doctrina jurídica alemana, conformada en gran medida por la triste historia jurídica del país, se opone a esa legislación, que ha dado lugar a importantes carencias en la capacidad de Alemania para actuar de forma efectiva con respecto al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y determinados crímenes de guerra cometidos antes de julio de 2002 y también en relación con otros crímenes de derecho internacional, al margen de la fecha en que se cometieron.

El principio constitucional alemán de que no hay pena sin ley (*nullum crimen sine lege*, tal y como se estipula en el artículo 103.2 de la Ley Fundamental alemana y en el artículo 1 del Código Penal, determina que una persona sólo puede ser condenada por un hecho delictivo si su punibilidad estaba establecida por ley antes de la comisión del hecho. Así pues, se impedía el enjuiciamiento de crímenes especificados en el CCDI y cometidos antes de su entrada en vigor, y de otros crímenes de derecho internacional cometidos antes de su codificación en la legislación nacional alemana, aunque los crímenes estuviesen reconocidos como tales en el derecho internacional y, por lo tanto, su enjuiciamiento fuese en realidad posible conforme al artículo 25 de la Constitución. Del mismo modo, el principio de *nullum crimen sine lege* en la legislación alemana impide la aplicación, con carácter retroactivo, del CCDI y de otras leyes nacionales alemanas que aplican los crímenes de derecho internacional a los cometidos antes de la fecha de entrada en vigor del CCDI o de la legislación nacional alemana respectiva.¹⁸³

Alemania interpreta la prohibición de aplicar la legislación penal con carácter retroactivo de forma más restrictiva que el derecho internacional¹⁸⁴ y, en este sentido, eso limita su capacidad de investigar y

¹⁸⁰ Traducción del inglés de EDAI.

¹⁸¹ Claus Kreß expresó estas críticas en la sesión pública de la Comisión Parlamentaria de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria del Parlamento alemán celebrada el 24 de octubre de 2007.

¹⁸² El artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

¹⁸³ A. Eser, H. Gropengießer, H. Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 390 y sig.

¹⁸⁴ Además del artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos citado anteriormente, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (el artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es similar) afirma:

1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el*

perseguir hechos que ya se consideraban delictivos en el derecho internacional antes de que la legislación alemana los definiese como tal. Según se interpreta en la legislación alemana, el principio de *nullum crimen sine lege* protege valores de suprema importancia como la seguridad jurídica, que debe permitir que la persona imputada esté informada sobre el hecho de que la naturaleza de sus actos es potencialmente delictiva. La importancia que la interpretación alemana da a este propósito del principio de *nullum crimen sine lege* se refleja en el hecho de que es un principio garantizado en la Constitución alemana. Según la doctrina jurídica alemana, para proteger a la persona imputada en los procesos penales no debe tomarse a la ligera el equilibrio entre la interpretación que hace Alemania del principio de *nullum crimen sine lege* y otras consideraciones, aunque ello impida un procesamiento efectivo de crímenes de derecho internacional.

6.7. *NE BIS IN IDEM*

La prohibición de *ne bis in idem* (no procesar dos veces por el mismo delito) según el derecho internacional solamente se aplica a la jurisdicción única.¹⁸⁵ En la legislación alemana, el principio de *ne bis in idem* no impide que un tribunal juzgue a una persona que ha sido absuelta o condenada en un tribunal extranjero, salvo cuando el proceso penal se celebró en un Estado Parte en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de la Unión Europea (*Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ*). Sin embargo, el principio impide la extradición (véase el apartado 7.1.2.6), y los tribunales alemanes consideran toda condena en el extranjero como circunstancia atenuante.

El CCDI no incluye el principio de *ne bis in idem* de forma explícita. Por lo tanto, no existen impedimentos para que se celebre un procedimiento penal en contra del principio de prohibición de procesar más de una vez por el mismo delito. Ni en el Código Penal ni en el Código de Procedimiento Penal alemanes existe una disposición sobre este principio. Sin embargo, el principio de *ne bis in idem* está codificado en el artículo

derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*

¹⁸⁵ El Comité de Derechos Humanos ha concluido que el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no garantiza el *non bis in idem* con respecto a las jurisdicciones nacionales de dos o más Estados. El Comité ha observado que esta disposición únicamente prohíbe que se procese a alguien dos veces por el mismo delito respecto de delitos enjuiciados en un Estado dado. *A.P. contra Italia*, núm. 204/1986, 2 de noviembre de 1987, *Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo*, vol. 2, doc. ONU: CCPR/C/OP/2, núm. de venta E.89.XIV.1. Este aspecto también se reconoció durante la redacción del artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Marc J. Bossuyt, *Guide to the “Travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht 1987), 316-318. En la causa *Tadić*, la sala de primera instancia llegó a la misma conclusión:

El principio de non-bis-in-idem aparece de algún modo como parte del código penal internacional de muchas naciones. Tanto si se califica de non-bis-in-idem, prohibición de doble procesamiento o excepción de cosa juzgada, por lo general este principio protege a la persona de ser procesada o castigada de nuevo por los mismos hechos. Este principio ha obtenido una cierta consideración internacional dado que se formula en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como norma para un juicio justo, pero normalmente se aplica para referirse al doble enjuiciamiento en el mismo Estado.

103.3 de la Constitución alemana y, por lo tanto, anula toda la legislación común. La disposición constitucional establece: “Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto [...].” Si una persona ha sido juzgada por un tribunal penal alemán, este principio impide que vuelva a ser juzgada en Alemania. El artículo 103.3 tiene tres consecuencias jurídicas: en primer lugar, la prohibición de doble condena; en segundo, la prohibición de doble procesamiento; y en tercero, la prohibición de un nuevo procesamiento tras una sentencia absolutoria.¹⁸⁶

La Fiscalía y el tribunal tienen que tener en cuenta *ex officio* esta prohibición, que exige una decisión judicial no revisable. El artículo 103.3 se refiere exclusivamente a las decisiones de los tribunales alemanes. En consecuencia, las absoluciones definitivas tienen los mismos efectos que las condenas.¹⁸⁷ En cambio, las decisiones de poner fin a procedimientos penales sólo tienen un efecto de bloqueo limitado; aunque esas decisiones conformes a las disposiciones sobre potestad facultativa establecidas en los artículos 153.2 y 153a.2 del Código de Procedimiento Penal pueden tener consecuencias negativas para la persona imputada, no pueden compararse con una condena. La obstaculización del proceso sólo se aplica a la misma actuación que subyace al delito. El artículo 103.3 se aplica a todas las personas –incluidas las extranjeras–, al margen de si residen o no en Alemania.

Además del artículo 103.3, el artículo 45 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen afirma que el principio *ne bis in idem* es aplicable en los Estados Partes en el Convenio. Una persona que ha sido juzgada por los mismos hechos ante un tribunal de un Estado Parte está protegida, al haberse celebrado ese juicio, frente al procesamiento y la condena en un tribunal de otro Estado Parte en el Convenio.¹⁸⁸ Los términos exactos pueden extraerse del acuerdo entre los Estados miembros de la Comunidad Europea con respecto a la prohibición de juzgar a una persona dos veces por el mismo delito (25 de mayo de 1987).

6.8. CONTROL POLÍTICO SOBRE LAS DECISIONES DE INVESTIGAR Y PROCESAR

El artículo 147 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG) afirma que la Fiscalía Federal está guiada y controlada por el Ministerio de Justicia federal. Pese a las reiteradas afirmaciones de la Fiscalía Federal de que no existen directrices, este contexto institucional hace que, por lo que respecta a la aplicación del CCDI,¹⁸⁹ resulte imposible excluir un cierto grado de control político sobre las decisiones de la Fiscalía Federal.

6.9. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS Y SUS FAMILIAS

Véase el apartado 5, relativo a las demandas civiles.

¹⁸⁶ Schultze-Fielitz, en Horst Dreier (ed.), *Grundgesetzkommentar Band III*, artículos 83-146, párr.12.

¹⁸⁷ BVerfGE 12, 62 (66); 75,1, 15; Schultze-Fielitz, en Horst Dreier (ed.), *Grundgesetzkommentar Band III*, artículo 83-146, párr. 28; opinión diferente BGH St 21, 186, 187.

¹⁸⁸ Sachs (Ed.), *Grundgesetzkommentar* (4^a ed.), artículo 103, párr. 23; *EuGH Urteil vom 28.09.2006 – C 467/04 (Gasparini et al.)*; véase Wolfgang Schomburg, “Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung – ein Zwischenbericht”, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2000, 1.833; *BGH in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1999, 250 = *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1999, 1270 (Belgische Transactie).

¹⁸⁹ Rolf Hannich, miembro de la Fiscalía Federal, en la sesión pública de la Comisión de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria del Parlamento alemán celebrada el 24 de octubre de 2007.

6.10. AMNISTÍAS

El derecho internacional prohíbe las amnistías y medidas similares de impunidad para crímenes tipificados en él.¹⁹⁰ En la legislación alemana no existe una disposición que haga efectiva la amnistía concedida por un Estado extranjero por crímenes de derecho internacional, y ningún tribunal alemán ha sostenido que supongan un obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal con respecto a esos crímenes.

¹⁹⁰ Véase, por ejemplo, Amnistía Internacional, *Sierra Leone: Special Court for Sierra Leone. Denial of right to appeal and prohibition of amnesties for crimes under international law*, Índice AI: AFR 51/012/2003, 31 de octubre de 2003.

7. EXTRADICIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

Marco jurídico general

En Alemania se aplican los siguientes principios y disposiciones legales con respecto a la extradición y la asistencia judicial recíproca. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes, también se aplican a todos los casos de crímenes establecidos en el CCDI.

Según el artículo 16.2 de la Constitución, ningún ciudadano alemán podrá ser extraditado a otro país. La posibilidad de abuso de este principio –es decir, que se eluda el procesamiento– está limitada por la aplicación de la jurisdicción extraterritorial, de modo que los crímenes cometidos por un ciudadano alemán en territorio extranjero no queden impunes sólo porque ese ciudadano ha regresado a su país. Sin embargo, la responsabilidad recae entonces en los tribunales alemanes. Este principio se modifica en el mismo artículo 16.2 en dos casos: un ciudadano alemán puede ser extraditado a un Estado miembro de la Unión Europea¹⁹¹ y puede ser entregado a tribunales internacionales. En este sentido, Alemania cumple con sus obligaciones como miembro de la ONU, especialmente en lo que respecta a los crímenes de derecho internacional y la cooperación con instituciones internacionales. Como miembro de la Unión Europea, Alemania ha aumentado su cooperación en materia judicial y policial mediante la ratificación de los tratados de Amsterdam y Niza. Esta cooperación funciona en el marco del denominado “tercer pilar”, correspondiente a la cooperación judicial.¹⁹² Así pues, la prohibición estricta de extraditar a ciudadanos alemanes a otros países se ha modificado en áreas significativas.

El artículo 32.1 de la Constitución alemana afirma: “El mantenimiento de las relaciones con Estados extranjeros compete a la Federación”. Por lo tanto, la autoridad final que decide sobre la extradición o la asistencia judicial recíproca corresponde al gobierno federal, y no a los tribunales. Las cuestiones relativas a extradición y asistencia judicial recíproca se han codificado en el artículo 74.1 de la Ley de Asistencia Internacional en Asuntos Penales (*Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG*), que afirma que el Ministerio de Justicia federal, en colaboración con el Ministerio de Asuntos Exteriores y cualquier otro ministerio que tenga interés en participar, decide sobre las peticiones de extradición presentadas por Alemania a otros Estados y viceversa. Sin embargo, según establece el artículo 74.2 de la IRG, esta potestad también se puede delegar en los *Länder* (estados). La Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt, BKA*) también tiene competencias en lo relativo a transferencia de información, órdenes de registro e identificaciones (artículo 74.3 de la IRG). En general, el gobierno federal

¹⁹¹ Sin embargo, en vista de la reciente decisión del Tribunal Constitucional acerca de la Ley sobre la Orden de Detención Europea, esta posibilidad está pendiente de nuevas iniciativas legislativas, véase *infra*.

¹⁹² Véase el artículo 31.1 del Tratado de la Unión Europea.

presenta solicitudes de extradición por vía diplomática según los acuerdos bilaterales que tenga con otros Estados. La IRG sólo regula los principios generales del sistema de cooperación interestatal horizontal según la legislación alemana y cubre las lagunas existentes en los tratados de extradición.¹⁹³ Además, la IRG se complementa con las leyes que se promulgan en la Unión Europea, que se convierten en vinculantes para las autoridades alemanas.¹⁹⁴

El artículo 74a de la IRG estipula que el marco ordinario establecido para los países extranjeros que solicitan asistencia o una extradición es también el modelo que seguirán los tribunales penales internacionales a menos que haya reglamentos específicos diferentes.¹⁹⁵ Todos los Estados tienen su propia reglamentación legislativa, que especifica quién es la autoridad competente para cada decisión respectiva. La IRG sólo establece el procedimiento cuando no existe un tratado concreto que lo regule. Si existe ese tratado, las disposiciones de la IRG sólo tienen carácter subsidiario. También hay directivas que regulan los tipos de cooperación judicial con otros Estados en materia de asuntos penales (*RiVAST*). Sin embargo, estas directrices sólo son orientaciones para la propia administración.

La parte octava de la IRG (artículos 78 y sig.) regula la cooperación entre Estados miembros de la Unión Europea. Esta parte se modificó en 2004 conforme a la Ley sobre la Orden de Detención Europea (*Europäisches Haftbefehlsgesetz*).¹⁹⁶ Sin embargo, el primer intento de convertirla en ley en Alemania fracasó, tras declarar el Tribunal Constitucional Federal que la ley era inconstitucional.¹⁹⁷ El Tribunal sostuvo que la ley infringía el artículo 2, junto con los artículos 16.2, 19.4 y 20.3, de la Constitución. Dos puntos eran especialmente importantes: en primer lugar, la ley infringía el artículo 16.2 de la Constitución porque no cumplía los requisitos exigidos para la extradición de un ciudadano alemán. En segundo lugar, el

¹⁹³ La cooperación con el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Penal Internacional constituye un ejemplo de sistema de cooperación vertical. Cuando se creó el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Alemania introdujo los artículos 68 y 74a de la IRG, que permiten la cooperación entre Alemania y una organización internacional en cuestiones de asistencia penal. Cuando se ratificó el Estatuto de Roma, estas disposiciones se modificaron de nuevo y se complementaron con el artículo 9a de la IRG, que conlleva la prohibición de procesar a una persona dos veces por el mismo delito y regula la relación entre peticiones de extradición paralelas. Sin embargo, para garantizar que los criterios son lo más exigentes posible, Alemania ha regulado en leyes independientes los aspectos más delicados de la entrega efectiva.

¹⁹⁴ La mayoría son tratados multilaterales formulados por el Consejo de Europa y que refuerzan el Convenio Europeo de Derechos Humanos; véase también *European Treaty Series*, en <http://www.conventions.coe.int>. En el ámbito de la Unión Europea también se desarrollan tratados sobre aspectos penales concretos, especialmente en lo que respecta a corrupción, blanqueo de dinero y otras formas de delincuencia organizada transeuropea; puede obtenerse más información en <http://www.europa.eu>.

¹⁹⁵ Por lo que respecta a la cooperación con la Corte Penal Internacional, se ha promulgado una ley específica, la Ley sobre Cooperación con la Corte Penal Internacional (*Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof, IStGHG*). Esta Ley está incluida como artículo 1 en la Ley de Aplicación del Estatuto de Roma (*Gesetz zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes*), del 21 de junio de 2002, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, BGBl. 2002 I, p. 2144.

¹⁹⁶ Véase *Gesetz vom 21. Juli 2004 zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedsstaaten* (BGB. 2004 I, S. 1748).

¹⁹⁷ BVerfGE, 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/04); pueden consultarse comentarios sobre este tema en Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, (Munich, 4^a edición), apartado 78.13.

tribunal criticó el hecho de que no se ofrecía un recurso judicial contra esa decisión. El artículo 16 de la Constitución permite desviarse del principio sólo si existen garantías judiciales que reafirman el Estado de derecho. El Parlamento reaccionó ante las críticas del Tribunal Constitucional y enmendó conforme a ellas la legislación mediante la que se adoptaba la Orden de Detención Europea. La nueva ley fue aprobada el 25 de julio de 2006.¹⁹⁸

En cuanto al marco jurídico alemán, existe un importante aspecto sistemático adicional: en la práctica jurídica alemana, la asistencia judicial recíproca es, por encima de todo, una cuestión de relaciones diplomáticas (*Pflege der auswärtigen Beziehungen*) competencia del gobierno federal, que goza de amplios poderes discrecionales para decidir si solicita una extradición o no. Sin embargo, se reconoce que es un sistema doble, en el que también participa el poder judicial, que suele ser el que dicta las órdenes de detención y solicita las extradiciones.¹⁹⁹ Este sistema plantea el problema de que, en casos en que el poder judicial alemán ha expresado la necesidad de asistencia judicial, queda a discreción del gobierno federal actuar con respecto a estas peticiones, lo que puede llevar a la vulneración de la independencia de los tribunales y del principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva. Por ejemplo, en el caso de Khaled El-Masri, ciudadano alemán, la Fiscalía de Múnich había obtenido órdenes de detención de los agentes de la CIA que presuntamente lo habían secuestrado. La ministra de Justicia se negó entonces a presentar una petición oficial, ya que Estados Unidos había comunicado que no iba a extraditar a sus ciudadanos a Alemania.²⁰⁰ La posibilidad de una revisión judicial de esta decisión es objeto de un intenso debate.²⁰¹

Existe una compleja red de tratados y decisiones marco de la Unión Europea que rigen la extradición y la asistencia judicial recíproca y que están fuera del ámbito de este informe.²⁰²

7.1 EXTRADICIÓN

Existen una serie de obstáculos tanto para realizar peticiones de extradición y asistencia judicial recíproca por parte de Alemania como para conceder las presentadas por otros Estados.

¹⁹⁸ Véase http://www.eurowarrant.net/documents/cms_eaw_id1456_1_Europ%20Haftbefehlsgesetz%202006.pdf.

¹⁹⁹ Wolfgang Schomburg *et. al.*, ibíd., apartado 74.2.

²⁰⁰ Para una visión general sobre este caso, véase <http://www.ecchr.eu>.

²⁰¹ Ibíd.

²⁰² Hay cuatro instrumentos especialmente importantes: (1) Convenio de Extradición de la Unión Europea, del 27 de septiembre de 1995; (2) Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; (3) Convenio del 29 de mayo de 2000 relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea; y (4) Decisión marco del Consejo relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Pueden consultarse en español en http://europa.eu/scadplus/scad_es.htm y en alemán e inglés en Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, (Múnich, 4^a ed.), Parte III.

7.1.1. LÍMITES INADECUADOS PARA LA PRESENTACIÓN DE PETICIONES DE EXTRADICIÓN

No parece que existan límites legales inadecuados para presentar las peticiones de extradición. Sin embargo, la decisión no corresponde a un fiscal independiente ni es objeto de una revisión judicial, sino que queda a discreción del gobierno federal, que, conforme al artículo 74 de la IRG, es competente para presentar esa solicitud.

7.1.1.1. CONTROL POLÍTICO SOBRE LA PRESENTACIÓN DE SOLICITUDES DE EXTRADICIÓN

Un representante político examina las solicitudes de extradición, que son objeto de una revisión judicial limitada.

Solicitudes de extradición

A pesar de la delegación de autoridad establecida en el artículo 74.2, la mayoría de las reglamentaciones legislativas de los *Länder* establecen que es la Fiscalía Federal la que toma la decisión sobre las solicitudes de extradición. Sin embargo, antes de aprobar una solicitud de extradición, el Tribunal Superior del estado correspondiente examinará la admisibilidad de esta petición (artículo 12 de la IRG). Si se determina que la solicitud es admisible, corresponde al gobierno federal decidir si aprueba o no la extradición. Si un tribunal ha considerado que la solicitud de asistencia judicial no es admisible, las autoridades no pueden presentar la solicitud.

La asistencia a Estados extranjeros en materia de asuntos penales también está limitada por la exigencia de que esa asistencia sea coherente con el orden público; es decir, es preciso que la solicitud no entre en contradicción con principios fundamentales del sistema jurídico alemán, como el derecho a la vida y a no sufrir tortura.²⁰³ Es más, la autoridad competente para tomar la decisión está obligada a respetar los compromisos adquiridos por Alemania en virtud del derecho internacional. Existen diversos tratados que regulan específicamente estas obligaciones con respecto a la extradición y la asistencia judicial.

Carácter discrecional y escrutinio judicial

Al decidir sobre las peticiones de asistencia judicial o extradición, las autoridades competentes gozan de amplios poderes discrecionales (artículos 32 de la Constitución y 74 de la IRG). La revisión judicial es especialmente problemática, ya que el planteamiento sobre el propósito de la decisión está estrechamente vinculado a la cuestión de las relaciones exteriores.²⁰⁴ Por lo tanto, el escrutinio judicial sólo puede examinar si la propia decisión se basa en un exceso o un uso indebido de la potestad facultativa, cf. artículo 23 de la Ley Preliminar a la Ley Orgánica del Poder Judicial.²⁰⁵ Se puede recurrir la decisión del gobierno ante los tribunales administrativos (*Verwaltungsgericht*), pero lo más probable es que el recurso no prospere debido a los amplios poderes discrecionales de que goza el gobierno federal.²⁰⁶ Este sistema de

²⁰³ Para más información, consultese el apartado 7.1.3.

²⁰⁴ Peter Gummer, en *Zöller Zivilprozeßordnung* (Munich, 26^a ed., 2006), artículo 23.15 de la EGGVG; Tribunal Superior de Dusseldorf (*Oberlandesgericht, OLG*), JMBI NW 2007, 67.

²⁰⁵ Peter Gummer, en *Zöller Zivilprozeßordnung* (Munich 26^a ed. 2006), artículo 23.15 de la EGGVG; Tribunal Superior de Dusseldorf (*Oberlandesgericht, OLG*), JMBI NW 2007, 67.

²⁰⁶ Véanse, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Administrativo de Berlín, 27 de septiembre de 2007, número al margen 14, y del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, 26 de marzo de 2001.

competencias permite que el gobierno tenga en cuenta cuestiones diplomáticas cuando se plantea la asistencia judicial recíproca. Sin duda, en el futuro esto también podría afectar a los casos de jurisdicción universal.

7.1.1.2. PRESENCIA

Para solicitar la extradición de un presunto perpetrador no se exige que la persona haya residido o estado presente alguna vez en Alemania. En el apartado 6.2 encontrarán más información sobre la utilización del requisito de la presencia, real o prevista, como factor a la hora de determinar si se va a investigar o enjuiciar un caso.

7.1.2. OBSTÁCULOS INADECUADOS PARA CONCEDER LAS SOLICITUDES DE EXTRADICIÓN

A la hora de acceder a las solicitudes de extradición relativas a crímenes de derecho internacional y que no resultan oportunas se plantean importantes obstáculos, como las amplias facultades discrecionales de los representantes políticos para denegar esas solicitudes, la prohibición de extradición de ciudadanos alemanes y la amplia y poco clara excepción de delito político. Aquí se aplican las restricciones y los principios generales explicados anteriormente. La extradición a otro Estado con el que no se ha firmado un tratado de extradición sólo puede concederse si se cumplen determinadas condiciones establecidas en la IRG y en la Constitución. Además de las condiciones que analizaremos a continuación, (1) el otro Estado tiene que estar igualmente dispuesto a la cooperación jurídica en virtud del principio de reciprocidad (artículo 5 de la IRG); y (2) no deben existir otros obstáculos que impidan la extradición, como las salvaguardas que mencionamos más adelante.²⁰⁷

7.1.2.1. CONTROL POLÍTICO SOBRE LA CONCESIÓN DE EXTRADICIÓN

En virtud del artículo 74.1 de la IRG y de lo establecido en la Constitución, corresponde al gobierno federal decidir si al Estado le conviene presentar o aceptar una solicitud de extradición. Esto deja la puerta abierta a la influencia diplomática y política en cuestiones jurídicas, y puede hacer que se incumpla la decisión de los tribunales de enjuiciar un caso aunque el presunto responsable esté fuera de su alcance. Tal y como comentamos brevemente con anterioridad, existe la posibilidad de emprender acciones legales contra la decisión de no extraditar a alguien o de no presentar una solicitud de extradición, y puede hacerse ante el tribunal administrativo competente; en los casos en que el gobierno rechaza presentar una solicitud, corresponde al Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgericht*) de Berlín hacerlo.

7.1.2.2. NACIONALIDAD

El artículo 16.2 de la Constitución alemana establece que los ciudadanos alemanes no pueden ser extraditados a otro país. El marco jurídico alemán se desvía de este principio sólo en lo que respecta a los acuerdos de cooperación con tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional y con países miembros de la Unión Europea.²⁰⁸

7.1.2.3. DOBLE INCRIMINACIÓN Y JURISDICCIÓN TERRITORIAL

En la legislación alemana, la doble incriminación se aplica a la extradición y al procesamiento en determinadas circunstancias (véase el apartado 6.4). Históricamente, este principio está relacionado con el

²⁰⁷ Para más información véase Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Kommentar zum Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG)*, (Múnich, 4^a edición), 14, 15, núm. 75.

²⁰⁸ Véase la introducción al apartado 7.

principio de reciprocidad (*do ut des*).²⁰⁹ Según el artículo 3.1 de la IRG, el delito por el que otro país solicita la extradición debe ser punible en la legislación alemana. No se exige que un tribunal alemán pueda ejercer la jurisdicción, sólo que el hecho en sí sea punible. La extradición es permisible si la conducta es ilícita en la legislación alemana y cumple los requisitos establecidos en disposiciones penales del Estado que la solicita. Esta misma norma se aplica a la extradición para cumplir una condena.

En los tratados de extradición es habitual la doble incriminación con respecto a los delitos comunes, y algunas autoridades llegan al punto de decir que este requisito forma parte del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, el principio se sigue cada vez menos, especialmente por lo que respecta a los avances en el ámbito de la Unión Europea, y no debe recurrirse a él en las decisiones de extradición relativas a crímenes de derecho internacional.

7.1.2.4. DELITOS POLÍTICOS

El artículo 6 de la IRG afirma que no se permite la extradición por delitos políticos o delitos relacionados con ellos, salvo en el caso de genocidio, asesinato y homicidio sin premeditación. El objetivo de esta norma es proteger al Estado alemán frente a conflictos políticos y diplomáticos que pudieran surgir a causa de delitos individuales. Los legisladores no han definido la naturaleza de los “delitos políticos”, y de este modo han permitido que los tribunales gocen de amplios poderes discrecionales en este aspecto. En general, la calificación de “político” se aplica a un delito en función de la legislación alemana y no de la del Estado que solicita la extradición, por lo que el hecho de que ese Estado considere que el delito es de índole política es irrelevante.²¹⁰

No está clara la cuestión de si otros delitos, salvo los enumerados en el artículo 6, pueden ser objeto de la excepción de delito político. Tal y como está redactada, la disposición parece referirse sólo a esos tres delitos, pero en la práctica da la impresión de que es más amplia e incluye todo tipo de delito grave, como los delitos de terrorismo.²¹¹ Sin embargo, existe el peligro de que esta disposición pueda utilizarse para denegar la extradición en casos de jurisdicción universal, ya que los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra no figuran en la lista y no se hace referencia al CCDI. La definición de delitos políticos se complementa con tratados bilaterales y multilaterales.²¹² En este contexto, la Unión Europea refuerza la cooperación entre los Estados miembros con respecto a la extradición de presuntos responsables de terrorismo al Estado en el que se cometieron los delitos.²¹³ Así pues, la doctrina de delito político está decayendo en este aspecto.

7.1.2.5. DELITOS MILITARES

El artículo 7 de la IRG afirma que la extradición no es permisible si el delito cometido sólo corresponde al incumplimiento de deberes militares. Se considera que un delito es militar si corresponde a hechos no

²⁰⁹ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, Introducción, núm. 63.

²¹⁰ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 6, núm. 22.

²¹¹ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 6, núm. 23.

²¹² Estas disposiciones existen, por ejemplo, en el tratado de extradición con Estados Unidos; véase *Auslieferungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika*, 20 de junio de 1978, artículo 4.

²¹³ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, Parte III.

tipificados en el Código Penal, sino relacionados con actividades militares concretas, como la deserción (*Fahnenflucht*) o la negativa a cumplir órdenes (*Befehlsverweigerung*). Estos delitos se regulan en el Código Penal Militar (*Wehrstrafgesetzbuch*). También se incluyen los delitos contra la Ley del Servicio Social (*Zivildienstgesetz*), que puede sustituir al servicio militar obligatorio de los hombres jóvenes. Sin embargo, también se tiene en cuenta la legislación del Estado que solicita la extradición.²¹⁴

7.1.2.6. *NE BIS IN IDEM*

El artículo 9.1 de la IRG establece que el principio de *ne bis in idem* constituye una prohibición de extradición.²¹⁵ Además, el Acuerdo de Schengen establece normas que Alemania debe cumplir.²¹⁶ Aplicando un concepto muy amplio del principio de *ne bis in idem*, el artículo 9 de la IRG estipula que la extradición no es permisible si un tribunal o autoridad ha dictado una resolución con respecto a un delito concreto; se ha abstenido de iniciar actuaciones (artículo 204 del Código de Procedimiento Penal); se ha abstenido de iniciar un proceso (artículo 174 del Código de Procedimiento Penal), ha puesto fin a las actuaciones (artículo 153a del Código de Procedimiento Penal) o ha aplicado las leyes relativas al procedimiento penal para menores para poner fin a las actuaciones.

7.1.2.7. IRRETROACTIVIDAD

Es preciso tener en mente este principio al determinar qué leyes deben o pueden aplicarse a la persona extraditada una vez ha llegado a Alemania. El principio de irretroactividad se aplica al proceso de extradición en el sentido de que la fecha del acto de transferencia (*Übergabeakt*) se considera como el punto temporal correspondiente.²¹⁷ Otros tribunales aplican la fecha de presentación de la petición de extradición y ven un conflicto con el principio de irretroactividad si se considera que la fecha del acto real de transferencia es la pertinente para la aplicación de la legislación penal.

Según los artículos 1 y 2 (2.1 y 2.2) de la Constitución, que también refuerzan el principio de irretroactividad en la legislación alemana, la persona cuya extradición se solicita puede no ser extraditada si existen razones para creer que se va a vulnerar ese principio.

7.1.2.8. PRESCRIPCIÓN

Según el artículo 9.2 de la IRG, se prohíbe la extradición si el delito puede prescribir y si ya ha transcurrido el periodo de tiempo necesario para su prescripción.

7.1.2.9. AMNISTÍAS, INDULTOS Y MEDIDAS DE IMPUNIDAD SIMILARES

En el marco jurídico alemán relativo a la extradición no existen disposiciones sobre amnistías, indultos o medidas similares.

7.1.3. SALVAGUARDAS

La legislación alemana cuenta con numerosas salvaguardas que protegen los derechos de las personas que podrían ser extraditadas. Las salvaguardas que protegen al Estado alemán quedan fuera del ámbito de este

²¹⁴ Wolfgang Schomburg *et. al.* (eds.), ibíd., apartado 7, núm. 6.

²¹⁵ Véase Wolfgang Schomburg *et. al.* (eds.), ibíd., apartado 9, núm. 7 y sig.

²¹⁶ Artículos 54 y 62 del Acuerdo de Schengen.

²¹⁷ Wolfgang Schomburg *et. al.* (eds.), ibíd., apartado 3, núm. 21.

informe. Además, algunas salvaguardas no se aplican cuando se trata de cuestiones relacionadas con el terrorismo.

En la legislación alemana existen diversas salvaguardas que impiden la extradición si ésta supondría que la persona sufriese violaciones de derechos humanos como la tortura (véase el apartado 7.1.3.2) o la pena de muerte (véase el apartado 7.1.3.3). El artículo 6 establece la prohibición de extradición si existen motivos para creer que la persona sufrirá discriminación o persecución debido a sus creencias religiosas, raza, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas en el país que solicita dicha extradición. De ese modo, el artículo 6 introduce en la IRG las garantías fundamentales que el artículo 16a.1 de la Constitución establece para las personas solicitantes de asilo (*individualrechtliches absolutes Auslieferungsverbot*): debe evitarse la persecución por motivos políticos. Las autoridades y los tribunales pertinentes tienen que tener en cuenta estas salvaguardas en cada caso concreto. Según lo dispuesto en el artículo 74 de la IRG, también puede hacerlo el gobierno federal si no se hace cargo uno de los *Länder*.

El Tribunal Constitucional Federal ha definido aún más estas garantías. La calificación de persona perseguida por motivos políticos debe aplicarse de modo amplio para garantizar que esa persona goza de la máxima seguridad.²¹⁸ Los tribunales alemanes tienen que garantizar que se respetan las normas mínimas de derechos humanos establecidas en el derecho internacional público, vinculantes para las autoridades alemanas a través del artículo 25 de la Constitución. Este artículo también exige que en el país que pide la extradición se respeten las garantías mínimas para un juicio conforme a las normas internacionales.²¹⁹

En virtud de los artículos 21 a 42 de la IRG, una persona para la que se ha solicitado la extradición puede recurrir esta solicitud.

7.1.3.1. JUICIO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS

Ninguna persona puede ser extraditada si existe el temor de que se vulneren las garantías fundamentales inherentes al derecho a un juicio justo. Este principio no se regula de forma explícita en la IRG; sin embargo, se deriva de su artículo 6, y el Tribunal Constitucional Federal lo ha confirmado.²²⁰ El Tribunal también ha sostenido que es obligación de las autoridades judiciales determinar si el Estado que solicita la extradición puede cumplir estas garantías, que son las que figuran en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Además, el artículo 73 de la IRG afirma que la asistencia judicial, incluida la transferencia de datos personales, es inadmisible si existe peligro de vulneración de normas fundamentales del ordenamiento jurídico alemán. Esta norma integra todas las garantías del Estado de derecho, como las consagradas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el marco jurídico de la asistencia judicial. En este sentido, el artículo 73 de la IRG es aplicable a todas las formas de cooperación judicial por parte del Estado alemán.²²¹ Sin embargo, si existe un tratado de extradición entre Alemania y otro Estado, se niega el derecho a comprobar si se respetan las garantías para un juicio justo. El Tribunal ha declarado que sólo

²¹⁸ BVerfGE 9, 174, 180.

²¹⁹ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), ibíd., apartado 6, núm. 38.

²²⁰ BVerfGE 63, 332.

²²¹ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), ibíd., apartado 73, núm. 4.

existe obligación de comprobar la existencia de estas garantías cuando no existe tratado de extradición y se aplican los principios comunes de la legislación nacional e internacional sobre extradición.²²² Así pues, el Tribunal Constitucional Federal adopta la posición de que las garantías y disposiciones constitucionales alemanas relativas al Estado de derecho deben quedar a un lado si se han regulado las relaciones entre los Estados mediante un tratado (*Exportverbot deutscher Grundrechte*). La razón es que se permite a Alemania toda la libertad de actuación posible en el sistema de asistencia judicial internacional. Dado que el artículo 73 de la IRG establece la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco de la asistencia judicial en Alemania, y que esta jurisprudencia se basa en un tratado ratificado por Alemania, la posición del Tribunal ha sido objeto de críticas.²²³

7.1.3.2. TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

El artículo 73 de la IRG, junto con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, prohíbe la extradición cuando existe riesgo de tortura (véase *supra*). La prohibición absoluta de la tortura se ha convertido en parte del sistema jurídico alemán con la ratificación de la Convención contra la Tortura. El Tribunal Constitucional ha sostenido que la prohibición de la tortura forma parte del *jus cogens*.²²⁴ Si existen dudas con respecto a la capacidad de un Estado de respetar las garantías establecidas en la Convención contra la Tortura, la persona puede no ser extraditada.

7.1.3.3. PENA DE MUERTE

El artículo 8 de la IRG afirma que, si el delito es punible con la muerte en el Estado que solicita la extradición, ésta sólo se puede permitir si dicho Estado garantiza que no impondrá la pena capital en ese caso concreto. El artículo 101 de la Constitución, al igual que su artículo 2, incorpora este principio básico y restringe todas las formas de procedimientos de asistencia judicial recíproca en casos en que puede dictarse una condena a muerte.

El artículo 8 sólo se refiere al marco jurídico que no está regulado mediante tratados. Por lo tanto, existe un debate con respecto a si la prohibición se aplica a los casos regulados mediante tratados.²²⁵ En la práctica, la pena de muerte se considera motivo para no conceder la extradición de una persona.

La excepción en el artículo 8 no es sólo un criterio formal, sino que significa que sólo se puede permitir la extradición en casos en que no existe duda razonable de que se va a imponer la pena de muerte. La autoridad competente es responsable de comprobar que se cumple esta garantía.

7.1.3.4. PREOCUPACIONES DE ÍDOLE HUMANITARIA

Alemania garantiza la concesión de asilo por razones humanitarias. El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establecen la protección contra la extradición si existen razones para creer que la persona podría sufrir daños a su integridad física o mental si se la envía a otro país. La posibilidad de sufrir tortura es uno de los principales

²²² Véase la decisión relativa a una extradición a Vietnam en la que existía la obligación de comprobar que se respetarían las garantías, BVerfG, 22 de noviembre de 2005 (2 BvR 1090/05).

²²³ Para críticas sobre este punto, véase Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 73, núm. 14.

²²⁴ BVerfGE, *NJW* 1994, 2.883.

²²⁵ Véase Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 8, núm. 10

fenómenos subyacentes a la práctica judicial actual en este respecto.²²⁶ Ambas disposiciones son aplicables en Alemania. Sin embargo, las salvaguardas existentes en la legislación alemana sobre asilo y los principios explicados anteriormente no se aplican en casos de índole política, especialmente en los casos de terrorismo (*Terrorismusvorbehalt*).²²⁷

7.1.3.5. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Además, el principio de especialidad otorga un cierto grado de seguridad, ya que impide al Estado solicitante juzgar a una persona extraditada por un delito que no figuraba en la petición de extradición si Alemania, país al que se le solicita, no concede permiso para ello.²²⁸ El artículo 11 de la IRG regula este principio relativo a cuestiones de extradición.

7.2. ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

La asistencia judicial recíproca al margen de las cuestiones relativas a la extradición se regula en las partes 4 y 5 de la IRG. La parte cuarta se ocupa de la asistencia recíproca relativa a las decisiones judiciales en el extranjero (*Rechtshilfe durch Urteilsvollstreckung*), y la parte quinta contiene todas las demás formas de asistencia judicial.

7.2.1 PROCEDIMIENTOS INADECUADOS O INEXISTENTES

La mayoría de los principios tradicionales sobre extradición especificados anteriormente no se incluyen en el apartado relativo a otras formas de asistencia judicial.²²⁹ Sin embargo, el principio de reciprocidad o doble incriminación se aplica a la entrega de objetos (artículo 66 de la IRG), ya que estas medidas pueden dar lugar al uso de la fuerza con respecto a las personas afectadas. El principio de especialidad se refiere en concreto a la transferencia de información.

7.2.2 OBSTÁCULOS INADECUADOS CON RESPECTO A LA ASISTENCIA JUDICIAL RECÍPROCA

Con respecto a la asistencia judicial recíproca existen los mismos obstáculos que los mencionados para los casos de extradición.

7.2.3. SALVAGUARDAS

En las otras formas de asistencia judicial se incluyen algunas de las salvaguardas establecidas para los casos de extradición. El artículo 59.3 de la IRG deja la puerta abierta a la aplicación de todas las formas de protección otorgadas por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional alemán.

Esta protección se refiere a los casos en los que puede imponerse la pena de muerte, de protección de ciudadanos alemanes, en los que existe temor de persecución política o cualquier otra forma de actuación inconstitucional por parte de autoridades de otro país.²³⁰ Sin embargo, existe gran cantidad de

²²⁶ Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 6, núm. 46.

²²⁷ BverwG, *NVwZ* 1999, 1.346 y sig.

²²⁸ Para más información véase Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 14, número al margen 74.

²²⁹ Véase Wolfgang Schomburg *et al.* (eds.), *ibid.*, apartado 59, núm. 16 y sig.

²³⁰ *Ibid.*

jurisprudencia relacionada con todas las formas de garantías judiciales. Así pues, el hecho de que estas garantías no estén reguladas de forma expresa en el capítulo correspondiente de la IRG hace que resulte difícil determinar en qué casos pueden los tribunales alemanes abstenerse de prestar asistencia a autoridades extranjeras.

En casos en que el tribunal competente se abstiene de conceder asistencia, debe remitir el caso al Tribunal de Apelaciones (en su mayoría *Oberlandesgericht*) para su revisión.²³¹

Otra forma importante de salvaguarda es, sin embargo, la posibilidad de que la persona afectada presente un recurso.

²³¹ Artículo 61 de la IRG.

8. FISCALÍAS Y UNIDADES POLICIALES ESPECIALES

Existe una unidad especial de la policía que se ocupa de los crímenes de derecho internacional, pero está controlada por la Fiscalía Federal. Sin embargo, no existe una fiscalía especial independiente que se ocupe de esos crímenes.

En la Oficina Federal de Investigación Criminal (*Bundeskriminalamt, BKA*) se creó una Agencia Federal Central para Combatir los Crímenes de Guerra (*Zentralstelle für die Bekämpfung von Kriegsverbrechen, ZBKU*) para los casos relativos a la ex Yugoslavia y la cooperación con el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. La expresión “crímenes de guerra” que aparece en el nombre de esta agencia resulta poco apropiado, ya que la unidad se encarga de investigar todos los crímenes establecidos en el derecho internacional, incluidos los que se especifican en el CCDI. En la actualidad, la unidad tiene un tamaño considerablemente menor y cuenta únicamente con un puñado de agentes de policía con experiencia y que se ocupan de casos relativos al genocidio cometido en Ruanda en 1994 y de crímenes relacionados con la ex Yugoslavia.

Tal y como comentamos anteriormente (véase el apartado 2), corresponde a la Fiscalía Federal alemana la competencia de las actuaciones e investigaciones penales sobre los crímenes especificados en el CCDI y el Código Penal. Según el artículo 152 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los servicios policiales de los *Länder* trabajan bajo el auspicio de los servicios de fiscalía (*Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft*). Sin embargo, la Fiscalía Federal trabaja sobre todo en colaboración con la Oficina Federal de Investigación Criminal, que se hace cargo de los delitos de carácter federal que trascienden el ámbito de los *Länder*. No obstante, en Alemania los estados federales son los principales responsables de los servicios policiales.

Una excepción a esta asignación de responsabilidades la constituye el hecho de que la Fiscalía Federal es la principal responsable de investigar los crímenes de derecho internacional. Tras la entrada en vigor del CCDI no se ha dotado a la Fiscalía Federal de recursos económicos ni humanos adicionales, y sólo tres miembros del personal se ocupan a tiempo parcial de la investigación y el enjuiciamiento de crímenes previstos en el CCDI. En vista de que en Alemania hay un gran número de presuntos autores de crímenes de derecho internacional cometidos en otros países y cuyas víctimas también son extranjeras, de la gran cantidad de denuncias que se han presentado, de la complejidad general de los casos y del reiterado uso que la Fiscalía Federal hace de sus poderes facultativos para no procesar a nadie por esos crímenes, la situación es asombrosa. Sin embargo, la Fiscalía Federal parece no darse por enterada; en su comparecencia ante el Parlamento alemán, el fiscal federal Hannich afirmó que la Fiscalía no necesitaba fondos adicionales.²³²

Así pues, juristas y organizaciones de derechos humanos han presionado para que se cree una Fiscalía especial o una unidad especial de investigación policial, o un servicio conjunto fiscal y policial inspirado en

²³² Véase el protocolo de la sesión especial ante el Parlamento alemán en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/index.html>.

las unidades existentes en Canadá, Noruega, Suecia y otros países europeos.²³³ Mientras no se crea esa unidad, un primer paso para mejorar la efectividad de la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional consistiría en aumentar considerablemente la dotación de personal de la Agencia Federal Central para Combatir los Crímenes de Guerra y de la Fiscalía Federal que se encarga de los casos especificados en el CCDI y en el Código Penal. En la sesión de expertos ante la Comisión de Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria del Parlamento alemán (*Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestags*) celebrada el 24 de octubre de 2007, los parlamentarios consideraron que ésta era una valiosa sugerencia.²³⁴ La mayoría de los expertos que asistieron a esta sesión pidieron un aumento de los recursos de la Fiscalía Federal.²³⁵ Posteriormente, el 14 de noviembre de 2007, el grupo de Los Verdes presentó una moción (*Bündnis 90/Die Grünen*) en la que pedía al gobierno federal la creación de una unidad especial para investigar los crímenes previstos en el CCDI, similar a la unidad NOVO encargada de crímenes de guerra, que forma parte de la brigada nacional neerlandesa contra el crimen, está integrada en la Fiscalía (*Landelijk Parket*) y cuenta con 32 expertos que se ocupan de la investigación; además, está estrechamente vinculada a un pequeño equipo de la Fiscalía compuesto por seis fiscales.²³⁶ Según la propuesta de Los Verdes, también debe mejorar la comunicación entre el gobierno federal y la Fiscalía Federal con respecto a las investigaciones y los posibles enjuiciamientos, especialmente entre los representantes diplomáticos en el extranjero (*Auslandsvertretungen*) y las autoridades de la policía de fronteras (*Grenzschutzböhrden*).²³⁷

Los juristas que asistieron a la sesión también trataron este punto.²³⁸ Gracias a la buena colaboración entre las autoridades de inmigración, los ministerios, las fuerzas policiales y la Fiscalía de los Países Bajos, varios responsables de crímenes de derecho internacional han sido procesados aplicando la jurisdicción universal. Los éxitos logrados hasta la fecha se deben en especial a la política jurídica de los Países Bajos denominada *No hay lugar seguro para los criminales de guerra*, que se ha incorporado a los procedimientos regulatorios, fiscales y de la práctica jurídica con el fin de poner en práctica el principio de la jurisdicción

²³³ Estas unidades especiales existen en otros países, como Canadá, Dinamarca, Finlandia, Noruega, los Países Bajos y Suecia. Además, la ministra de Justicia francesa ha anunciado que Francia tiene intención de crear una unidad de estas características.

²³⁴ Puede consultarse la transcripción literal de la sesión con expertos en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/prot.pdf>.

²³⁵ Véanse las declaraciones escritas de Kai Ambos, Wolfgang Kaleck y Géraldine Mattioli, disponibles en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/>. Véase también la transcripción de la sesión con expertos, p. 10, en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/prot.pdf>.

²³⁶ La moción (*Drucksache 16/7137*) puede consultarse en <http://dip.bundestag.de/btd/16/071/1607137.pdf>.

En relación con las unidades policiales y de la Fiscalía en los Países Bajos, véase también el informe de Human Rights Watch titulado *Universal Jurisdiction in Europe – The State of the Art*, junio de 2006, p. 71 y sig., en <http://www.globalpolicy.org/intljustice/universal/2006/0606univjuris.pdf>. Puede consultarse un resumen del informe en español en www.hrw.org/reports/2006/ij0606/ij0606sumandrecsSP.pdf.

²³⁷ Véase también la declaración escrita de Kai Ambos, p. 5, en http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/Stellungnahme_Ambos.pdf.

²³⁸ Puede consultarse la transcripción literal de la sesión con expertos en <http://www.bundestag.de/ausschuesse/a17/anhoerungen/voelkerstrafgerichtshof/prot.pdf>

universal.²³⁹ Dado que este programa ha demostrado su efectividad, Amnistía Internacional ha instado al gobierno federal a que analice la posibilidad de poner en marcha un programa similar en Alemania, adaptado a las necesidades concretas del sistema jurídico de ese país (Véase el apartado *Recomendaciones*).

²³⁹ Véase Human Rights Watch, *Universal Jurisdiction in Europe – The State of the Art*, junio de 2006, p. 71 y sig. en <http://www.globalpolicy.org/intljustice/universal/2006/0606univjuris.pdf>. Puede consultarse un resumen del informe en español en www.hrw.org/reports/2006/ij0606/ij0606sumandrecsSP.pdf

9. JURISPRUDENCIA

La efectividad de la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional es diversa. Entre 1997 y 2001, los tribunales alemanes dictaron diversas resoluciones históricas relativas a la jurisdicción universal sobre esos crímenes.

9.1 PERSPECTIVA GENERAL

Los aspectos más importantes de la jurisprudencia se desarrollaron en la causa *Jorgić*, que analizaremos más adelante. En primer lugar, con su interpretación de genocidio y del alcance jurisdiccional permisible según el derecho internacional, los tribunales alemanes desempeñaron una función destacada en la escena internacional. En segundo lugar, los tribunales juzgaron a personas por delitos comunes, como el asesinato, basándose en la jurisdicción establecida por tratados –los Convenios de Ginebra de 1949– relativos a infracciones graves, ya que, en aquel momento, esas infracciones, como tal, no se consideraban crímenes en la legislación alemana. En tercer lugar, se debatió intensamente la cuestión de si debe existir un vínculo justificativo para ejercer la jurisdicción universal. Aunque el requisito jurisprudencial del vínculo justificativo exigido por los tribunales alemanes en casos de delitos comunes no era conforme al derecho internacional si se aplicaba a los crímenes establecidos en él, es importante destacar que los tribunales sostuvieron que existía la obligación de ejercer la jurisdicción universal si se establecía ese vínculo. También es importante señalar que los tribunales lo eliminaron finalmente, al menos para los crímenes del derecho internacional. Tras la promulgación del CCDI, las interpretaciones de la Fiscalía Federal han puesto fin básicamente a esta etapa creativa de la jurisprudencia alemana, mediante reiteradas y polémicas negativas a iniciar investigaciones o enjuiciamientos en aplicación de la nueva legislación.

9.2. ENJUICIAMIENTO DE DELITOS COMUNES

Alemania es uno de los Estados que ha procesado a personas por delitos comunes cometidos en países en donde los hechos no constituyan también un crimen de derecho internacional.²⁴⁰ En la causa *Dost*, de 1976, un tribunal alemán condenó a un ciudadano neerlandés por vender drogas en los Países Bajos.²⁴¹ Esta decisión es importante no sólo por esa razón, sino también porque parece haber llevado a los tribunales a crear el requisito, inexistente en la legislación, de que debe existir un “vínculo justificativo” indefinido entre el sospechoso y Alemania. Apenas se tuvo en cuenta el carácter completamente distinto de los crímenes de derecho internacional, que son crímenes que se cometen contra toda la comunidad internacional y no sólo contra la víctima y el Estado en que se han producido. Aunque entre los expertos hubo algunas críticas sobre el ejercicio de la jurisdicción, también resulta significativo el hecho de que los

²⁴⁰ Austria también procesó a una persona por un delito común según la legislación nacional (fraude) cometido en Yugoslavia por un ciudadano yugoslavo; los hechos no constituyan un crimen de derecho internacional ni aparecían en ningún tratado sobre crímenes contra la comunidad internacional. *Prosecutor v. Milan T.*, Oberste Gerichtshof, 29 de mayo de 1958, recogido en *Oberste Gerichtshof, Serie Strafsachen*, XXIX, núm. 32 (versión en inglés publicada por Int'l L. R. 28, 341 (1963) .

²⁴¹ *Prosecutor v. Dost*, Bundesgerichtshof, 20 de octubre de 1976, Int'l L. Rep. 74, 166.

Países Bajos no protestasen ni pidiesen la extradición.²⁴² Existe además otro caso antiguo en el que, según informes, un tribunal alemán condenó a un ciudadano turco por tráfico de drogas en Bélgica.²⁴³

9.3. ENJUICIAMIENTO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL ANTES DE LA PROMULGACIÓN DEL CCDI

Ya hemos hablado del Código Penal vigente antes del 30 de junio de 2002 (que aún es aplicable a delitos que no constituyan genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra).²⁴⁴ Se investigaron dos situaciones previas a la promulgación del CCDI: el periodo de la dictadura militar argentina desde 1976 hasta 1983 y el conflicto armado internacional que se produjo en la ex Yugoslavia desde 1991 hasta 1995. Además, Alemania inició el procedimiento de entrega al Tribunal Penal Internacional para Ruanda del ex ministro de Planificación ruandés Augustin Ngirabatware, que al parecer participó en el genocidio que se produjo en Ruanda.²⁴⁵

9.3.1. CAUSAS RELACIONADAS CON EL CONFLICTO ARMADO EN LA EX YUGOSLAVIA

En relación con el conflicto armado en la ex Yugoslavia, la Fiscalía Federal inició investigaciones en 128 casos contra 167 personas. En hasta 100 casos se puso fin a las investigaciones por falta de pruebas.²⁴⁶ Cuatro casos concluyeron con una sentencia, y en otro caso el presunto responsable fue transferido al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. El resto de los casos están siendo investigados.

9.3.1.1. LA CAUSA DE DUŠKO TADIĆ

Cuando el 13 de febrero de 1994 las autoridades alemanas detuvieron en Múnich al serbobosnio Duško Tadić, un juez instructor del Tribunal Superior Federal decidió iniciar actuaciones contra él.²⁴⁷ Fue acusado de complicidad en el genocidio y de los delitos comunes de asesinato y daños graves a la integridad física. El Tribunal Superior Federal alemán sostuvo que era aplicable el principio de jurisdicción universal por el crimen de genocidio establecido en el artículo 6.1 del Código Penal. Sin embargo, con una visión obsoleta del principio de no intervención, el Tribunal reiteró el requisito jurisprudencial de que debe existir un vínculo justificativo para que un tribunal alemán pueda ejercer la jurisdicción universal sobre una persona presuntamente responsable de genocidio.²⁴⁸ El Tribunal sostuvo que este vínculo podía hallarse en la

²⁴² Luc Reydams, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, 147 y 148 (2003).

²⁴³ A. Krikke, “De zaak-Dost: De rechsmacht van de Bondsrepubliek bij de bestrijding van verdovende middelen”, *Recht en Kritiek* 1976, 249 y 250 (citado en Reydams, nota *supra* 242, 147, núm. 36).

²⁴⁴ Véanse los apartados 2 y 6.

²⁴⁵ Ngirabatware fue detenido el 17 de septiembre de 2007 en Fráncfort del Meno. En el momento de elaborarse este informe aún no había sido trasladado a la unidad de detención del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en Arusha.

²⁴⁶ Fiscalía Federal, *Straftaten nach dem Völkerstrafgesetzbuch* (Crímenes según lo dispuesto en el Código de Crímenes de Derecho Internacional), <http://www.generalbundesanwalt.de/de/voelker.php> (visitada por última vez el 12 de marzo de 2008).

²⁴⁷ Tribunal Supremo Federal, 13 de febrero de 1994, BGH NStZ 14 (1994), 232. Puede consultarse una reseña sobre esta decisión en Dietrich Oehler, “Verfolgung von Völkermord im Ausland”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1994, 485.

²⁴⁸ El Tribunal explicó:

presencia de Tadić en Alemania durante varios meses.²⁴⁹ Este razonamiento del Tribunal Supremo Federal ha sido duramente criticado por juristas, ya que el enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional es una excepción aceptada al principio de no intervención.²⁵⁰

Tras concluir que no era aplicable el principio de no intervención debido al vínculo justificativo, el Tribunal explicó que no sólo podía ejercer la jurisdicción universal, sino que estaba obligado a ello por dos motivos:

El crimen de cooperación delictiva en el genocidio coincide en este caso con otros delitos graves que Alemania está obligada a reprimir en aplicación de convenios internacionales. Esta circunstancia también tiene consecuencias jurídicas indirectas con respecto al contenido del artículo 220a del Código Penal, al menos en lo que respecta a la aplicación del principio de universalidad.

Además, el enjuiciamiento ante tribunales nacionales de asesinatos cometidos en Bosnia y Herzegovina coincide con las numerosas medidas de corte político, militar y humanitario adoptadas por la comunidad internacional, Alemania incluida, y destinadas a contrarrestar las políticas de expansión y dominio en la ex Yugoslavia, especialmente en Bosnia y Herzegovina, y a proteger a la población civil musulmana frente a la persecución, el exterminio y la expulsión. En esas circunstancias no cabe duda de que no se trataba de una injerencia ilegítima en los asuntos de Bosnia y Herzegovina o de la entonces República de Yugoslavia. Por el contrario, resultaría inconcebible que Alemania, a pesar de las imputaciones y de lo estipulado en el artículo 6.1, hubiera dejado impune a una persona sospechosa de haber cometido los peores crímenes posibles en el conflicto de Bosnia y Herzegovina y que había llegado a Alemania voluntariamente.²⁵¹

En virtud del artículo 6.1, la legislación penal alemana se aplica al genocidio cometido en el extranjero independientemente de cuál sea la legislación del Estado en el que se cometió el crimen (denominado principio de jurisdicción universal). Sin embargo, es requisito previo que el derecho internacional no lo prohíba y que exista un vínculo justificativo (ein legitimierender Anknüpfungspunkt) en el caso concreto; sólo entonces se justifica la aplicación de la legislación penal alemana a la actuación de extranjeros en otros países. De no existir tal vínculo, el Estado de la jurisdicción infringe el principio de no intervención, que exige el respeto de la soberanía de otros Estados [...].

²⁴⁹ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia condenó posteriormente a Tadić por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, por su participación en el asesinato y los malos tratos a croatas, musulmanes y bosnios en el municipio de Prijedor, en Bosnia; fue condenado a 25 años de cárcel. Sentencia de la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 11 de noviembre de 1999, IT-94-1-Tbis-R117; sentencia de la sala de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 15 de julio de 1999, IT-94-1-A; sentencia de la sala de primera instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 7 de mayo de 1997, IT-94-1-T. Tras la presentación de un recurso, la condena se redujo a 20 años de cárcel el 26 de enero de 2000; sentencia de la sala de apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, IT-94-1-A y IT-94-1-Abis.

²⁵⁰ Kai Ambos, “Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von ‘Kriegsverbrechen’ in Bosnien-Herzegowina”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1999, 226, 227; id. “Anmerkung”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1999, 404 y sig.; id. “Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2001, 628, 630; Claus Kreß, “Völkerstrafrecht in Deutschland”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2000, 617, 624; Frank Selbmann, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*, 111 y sig.; Gerhard Werle, “Anmerkung”, en *Juristenzeitung (JZ)* 1999, 1.181 y sig.

²⁵¹ *Prosecutor v. Tadić*, sentencia, Tribunal Supremo Federal, 13 de febrero de 1994 [BGH-Ermittlungsrichter, Beschluss vom 13. Februar 1994, 1 BGS 100/94] (puede consultarse un resumen en inglés de esta causa en <http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bdfa24125673e00508145/5171ada8d4ad66ae412566080038787c!OpenDocument>). La traducción al inglés se basa en la que figura en Reydams, nota *supra* 242, núm. 66. Dietrich Oehler ha publicado un

9.3.1.2. LA CAUSA DE NOVSLAV DJAJIĆ

El 23 de mayo de 1997, el Tribunal Superior de Baviera, de conformidad con el artículo 211.27 del Código Penal, declaró a Novislav Dijacic culpable de 14 cargos de complicidad en asesinato y de un cargo de tentativa de asesinato. Fue condenado a cinco años de cárcel.²⁵² El Tribunal sostuvo que tenía jurisdicción en virtud del artículo 6.9 del Código Penal porque la jurisdicción por el delito común de asesinato deriva del IV Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. El artículo 147 obliga a los Estados Partes a enjuiciar el “homicidio intencional”, los “tratos inhumanos”, y la “detención ilegal” de una persona protegida que se han producido en conflictos armados internacionales. Es obligación de todos los Estados Partes, y no sólo de aquel en que se han cometido los crímenes, enjuiciar las infracciones graves del IV Convenio de Ginebra conforme a lo establecido en sus artículos 146 y 147. Además, el Tribunal afirmó que estaba aplicando el principio de representación –una forma de jurisdicción universal– codificado en el artículo 7.2.2 del Código Penal.

9.3.1.3 LA CAUSA DE NIKOLA JORGIĆ

El 26 de septiembre de 1997, el Tribunal Superior de Dusseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*), declaró al serbobosnio Nikola Jorgić culpable de 11 cargos de genocidio en aplicación del artículo 220a.1 y 220a.3 del Código Penal, relacionados con asesinato según lo dispuesto en el artículo 211 del Código Penal, daños contra la integridad física (artículo 223a, en la versión del Código Penal aplicable en aquel momento) y privación ilegítima de libertad según el artículo 139.1 y 139.2. Jorgić fue condenado a cadena perpetua.²⁵³ El Tribunal concluyó que la jurisdicción alemana relativa al genocidio puede basarse en el artículo 6.1 del Código Penal, y coincidió con la causa *Tadić* del Tribunal Supremo Federal en que es preciso establecer un vínculo justificativo, que se halló en la prolongada estancia del acusado en Alemania.²⁵⁴ El Tribunal sostuvo también que tenía jurisdicción sobre los delitos comunes de asesinato en virtud del artículo 211 del Código Penal, daños contra la integridad física en virtud del artículo 223 y privación ilegítima de libertad en virtud del artículo 139. Al igual que el Tribunal Superior de Baviera, el Tribunal se basó en el artículo 6.9 del Código Penal y concluyó que este artículo es aplicable al IV Convenio de Ginebra y que todos los Estados Partes tienen la obligación de castigar las infracciones graves cometidas por otros Estados Partes en conflictos armados internacionales, aunque los hechos no se cometieran en el territorio del Estado que inició las actuaciones penales.²⁵⁵

La declaración de culpabilidad y la condena fueron confirmadas tras el recurso presentado ante el Tribunal Federal de Justicia.²⁵⁶ El Tribunal afirmó que diversos hechos cometidos en un contexto delictivo constituyen un solo hecho de genocidio. El Tribunal Supremo Federal confirmó las conclusiones sobre la

comentario sobre esta decisión en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1994, 485.

²⁵² Tribunal Superior de Baviera, sentencia, 23 de mayo de 1997, *NJW* 1998, 392. Para más información véase Kai Ambos, *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1998, 138; Christoph Safferling, *American Journal of International Law* 92 (1998), 528, y Frank Selbmann, *Der Tatbestand des Genozid im Völkerstrafrecht*, 115.

²⁵³ Tribunal Superior de Dusseldorf, sentencia, archivo núm. IV 26/96 2 StE 8/96 (no publicado).

²⁵⁴ Sentencia de la causa *Jorgić*, 153.

²⁵⁵ Ibíd., 156 y sig.

²⁵⁶ Tribunal Federal de Justicia, sentencia, 30 de abril de 1999, *BGH NStZ* 19 (1999), 396 y sig. Puede consultarse un comentario de Kai Ambos sobre este caso en “Anmerkung”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1999, 404.

necesidad de que exista un vínculo justificativo para ejercer la jurisdicción universal. En vista de las dudas expresadas por algunos juristas con respecto a si los Estados Partes en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio pueden ejercer la jurisdicción universal en relación con el genocidio, vale la pena detallar su explicación de por qué un tribunal nacional puede ejercerla:

En el derecho internacional no se prohíbe que un tribunal alemán declare culpable a una persona basándose en el principio de jurisdicción universal.

Esta prohibición no puede derivarse del artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. De hecho, la Convención no incorpora el principio de universalidad –que sí estaba incluido en el proyecto– pero ello se debe a que, dado el carácter político del derecho protegido, unos cuantos países se opusieron a cualquier tipo de jurisdicción internacional. Sin embargo, esto no llevó a la inclusión de la prohibición. La idea de que las disposiciones [del artículo VI] no son exhaustivas no sólo se basa en la historia de su redacción; la opinión de que el genocidio sólo puede ser castigado por un tribunal del Estado en el que se cometió el crimen o por un tribunal internacional es irreconciliable con la obligación que el artículo I impone a todos los Estados de reprimir el crimen internacional de genocidio. Dado que en la mayoría de los casos el genocidio es tolerado, cuando no cometido, por las autoridades, no se puede esperar que el Estado en el que se comete el crimen proceda a su represión efectiva. Hasta la creación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en 1993, del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994, y de la Corte Penal Internacional a través de su Estatuto de Roma, que aún no ha entrado en vigor, no existía el tribunal internacional previsto en la Convención contra el Genocidio. En la actualidad, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia puede ocuparse de un máximo anual de 10 casos. Por lo tanto, la represión de los numerosos crímenes cometidos al ejecutar la política de “limpieza étnica” precisa de la intervención de los tribunales nacionales.

Esta interpretación de la Convención contra el Genocidio también está respaldada por el artículo 9.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que, independientemente del artículo VI de la Convención, establece la jurisdicción concurrente de tribunales nacionales sobre el genocidio. El fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que junto con las salas de primera instancia tiene autoridad para interpretar el Estatuto, entiende por “tribunales nacionales” no sólo los tribunales del Estado en donde se cometió el crimen, sino los de todos los demás Estados. Esto se deduce del hecho de que el fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en este y otros casos, se abstuvo de iniciar las actuaciones y aplaudió el procesamiento por parte de las autoridades alemanas. Si la comunidad internacional de Estados opinaba que las disposiciones del artículo VI de la Convención sobre el genocidio eran exhaustivas, tendría que haberlo dejado claro en el artículo 9 del Estatuto limitando la coexistencia de jurisdicción a los tribunales de Bosnia y Herzegovina o, mejor aún, a los tribunales de los Estados de la ex Yugoslavia. Es más, la Corte Internacional de Justicia, en la Causa relativa a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina v. Yugoslavia), ha sostenido que los derechos y obligaciones establecidos en la Convención se aplican erga omnes, y que la obligación que estipula de prevenir y reprimir el genocidio no tiene límites territoriales.

De la ausencia del principio de universalidad en la Convención sobre el Genocidio sólo se deduce que los Estados Partes no están obligados a adoptar este principio y procesar a un extranjero por actos de genocidio cometidos en otro país. Cuando se trata de la represión del genocidio, crimen reconocido en

*el derecho internacional convencional y consuetudinario, no hay norma internacional que prohíba a los Estados Partes ir más allá del mínimo convencional.*²⁵⁷

Además, el Tribunal sostuvo que, en casos de genocidio, los tribunales alemanes tienen competencia subsidiaria para castigar el asesinato y el homicidio involuntario, y aplicó el principio de representación – una forma de jurisdicción universal– codificado en el artículo 7.2.2 del Código Penal. Al contrario que el Tribunal Superior de Dusseldorf, el Tribunal Supremo Federal no se basó en el artículo 6.9 del Código Penal al analizar la jurisdicción.

El Tribunal Constitucional Federal confirmó la sentencia en 2001 y rechazó un recurso constitucional que sostenía que el derecho internacional consuetudinario y el artículo VI de la Convención contra el Genocidio prohibían el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el genocidio. En primer lugar, el tribunal afirmó que una prohibición del derecho internacional consuetudinario sobre el ejercicio de la jurisdicción universal sería contraria a las obligaciones contraídas por Alemania en virtud del artículo I de la Convención contra el Genocidio, supuesto que resultaría inadmisible dado que la prohibición del genocidio forma parte del *jus cogens*. En segundo lugar, reafirmó la conclusión del Tribunal Supremo Federal de que el artículo VI no prohibía a los Estados Partes ejercer la jurisdicción universal sobre el genocidio.

El principio de universalidad se aplica a determinados hechos que ponen en peligro los intereses legítimos de la comunidad internacional de Estados. Difiere del principio de representación codificado en el artículo 7.2.2 del Código Penal en que no exige la doble incriminación y la no extradición (párr. 37). La cuestión de si la Convención contra el Genocidio contiene una disposición sobre jurisdicción universal ha de ser analizada mediante la interpretación. Las convenciones internacionales deben interpretarse a partir de su texto, conforme a su objeto y finalidad y teniendo debidamente en cuenta el derecho internacional general. La interpretación dada por los tribunales inferiores al artículo 6.1 del Código Penal conjuntamente con el artículo VI de la Convención contra el Genocidio y en relación con el ámbito de aplicación de la legislación alemana no es en todo caso ni manifiestamente insostenible ni imposible de mantener en circunstancias no imaginables y, por lo tanto, es arbitraria (párr. 38). Siguiendo una interpretación textual, los tribunales inferiores han determinado correctamente, desde el punto de vista constitucional, que el artículo VI de la Convención contra el Genocidio no contiene en ningún caso una prohibición de ejercer la jurisdicción penal alemana. Por otro lado, está claro que la Convención no regula la cuestión de la jurisdicción exclusiva, porque, por ejemplo, no se mencionan los principios de personalidad activa o pasiva. Por lo tanto, los tribunales han interpretado el artículo I de la Convención contra el Genocidio conforme al objeto y finalidad de la Convención, que pretende el castigo efectivo; por consiguiente, el hecho de que no mencione el principio de universalidad sólo significa que las Partes en la Convención no están obligadas a enjuiciar, aunque, en función de este principio, son competentes para ello. No se presta a que se presenten objeciones a preferir en algunos casos una interpretación “sistemática y teleológica” de los tratados en vez de una interpretación textual. Esto se aplica en particular al campo de la jurisdicción penal sobre la actuación extraterritorial basada en los convenios internacionales, porque a menudo son imprecisos en la cuestión de la jurisdicción. El genocidio, la más grave violación de derechos humanos, es el clásico ejemplo del principio de universalidad, cuya función es precisamente eliminar todas las lagunas en el

²⁵⁷ *Public Prosecutor v. Jorgić*, sentencia, Tribunal Supremo Federal, 30 de abril de 1999 [*Bundesgerichtshof, Urteil vom 30. April 1999 - 3 StR 215/98*]. Traducción al español de EDAI a partir de una traducción al inglés basada en la que figura en Reydams, nota *supra* 242. Puede consultarse un comentario de Kai Ambos sobre el caso en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 1999, 404.

enjuiciamiento de crímenes contra los intereses jurídicos fundamentales de la comunidad de Estados (párr. 38). Con todo, la historia de la redacción de la Convención contra el Genocidio indica que el hecho de no incluirlo fue deliberado. El artículo VII del proyecto inicial contenía el principio de universalidad. Sin embargo, en el proyecto del Comité Especial se renunció a este principio en favor del principio de territorialidad. Las inquietudes sobre la soberanía y los factores a tener en cuenta con respecto a la adhesión influyeron en esa decisión. Sin embargo, no existen objeciones constitucionales a la decisión de los tribunales inferiores de no atribuir una importancia decisiva a la historia de la redacción. Según el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los trabajos preparatorios de un tratado son únicamente “medios de interpretación complementarios” a los que sólo se puede recurrir cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. En este caso no se da ninguna de estas alternativas. La interpretación según el artículo 31 lleva claramente a los tribunales a la conclusión de que la Convención permite el enjuiciamiento basado en el principio de universalidad. Este resultado no es ni manifiestamente absurdo ni irrazonable (párr. 41).²⁵⁸

El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la cuestión de si debe exigirse un vínculo con Alemania en un caso de jurisdicción universal.

El 12 de Julio de 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desestimó la denuncia presentada por Jorgić contra las decisiones de los tribunales alemanes.²⁵⁹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos falló:

68. Para determinar si es razonable la interpretación de los tribunales nacionales con respecto a las normas y disposiciones del derecho internacional público aplicables, al Tribunal se le pide en particular que analice su interpretación del artículo VI de la Convención contra el Genocidio. Observa, al igual que lo hicieron los tribunales nacionales [...], que las partes contratantes en la Convención contra el Genocidio, a pesar de las propuestas establecidas a tal efecto en los primeros proyectos, no habían acordado codificar en ese artículo el principio de jurisdicción universal sobre el genocidio para los tribunales nacionales de todas las partes contratantes [...]. Sin embargo, conforme a lo establecido en el artículo I de la Convención contra el Genocidio, las partes contratantes estaban obligadas erga omnes a prevenir y castigar el genocidio, prohibición que forma parte del jus cogens. Ante esto, debe considerarse fundado (y, de hecho, convincente) el razonamiento de los tribunales nacionales de que el propósito de la Convención contra el Genocidio, según se expresa en particular en ese artículo, no excluye la jurisdicción para el castigo del genocidio por parte de Estados cuyas leyes establecen la extraterritorialidad a este respecto. Habiendo llegado así a una interpretación inequívoca y razonable del artículo VI de la Convención contra el Genocidio de conformidad con el objetivo de dicha Convención, no había necesidad, al interpretarla, de recurrir a los documentos preparatorios, que sólo desempeñan una función subsidiaria en la interpretación del derecho internacional público (véanse los artículos 31.1 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969).

²⁵⁸ Causa Jorgić, sentencia, Tribunal Constitucional, 12 de diciembre de 2000 (según el resumen de Reydams, nota *supra* 242). párr. 16. [Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 2 BvR 1290/99 del 12 de diciembre de 2000, párr. 1-49 (disponible en <http://www.bverfg.de>)].

²⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Jorgić v. Germany*, sentencia, 12 de julio de 2007, núm. de solicitud 74613/01.

69. *El Tribunal observa en este sentido que la interpretación de los tribunales alemanes con respecto al artículo VI de la Convención contra el Genocidio a la luz del artículo I de esa Convención y su determinación de la jurisdicción para juzgar al demandante por cargos de genocidio están ampliamente corroboradas por las disposiciones legales y la jurisprudencia de otros muchos Estados Contratantes del Convenio (Europeo de Derechos Humanos) y por el Estatuto y la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. El Tribunal observa, en particular, que la Audiencia Nacional española ha interpretado el artículo VI de la Convención contra el Genocidio exactamente del mismo modo que los tribunales alemanes [...]. Es más, el artículo 9.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia confirma la opinión de los tribunales alemanes, al establecer la jurisdicción concurrente de ese Tribunal y de los tribunales nacionales, sin restricción en cuanto a tribunales nacionales o países concretos. De hecho, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha reconocido explícitamente el principio de jurisdicción universal con respecto al genocidio [...], y numerosos Estados Partes en la Convención autorizan el enjuiciamiento del genocidio de conformidad con ese principio, o al menos cuando, como ocurre en el caso del demandante, se cumplen condiciones adicionales, como las exigidas en virtud del principio de representación [...].*

9.3.1.4. LA CAUSA DE MAKSIM SOKOLOVIĆ

El 29 de noviembre de 1999, el Tribunal Superior de Dusseldorf declaró al imputado culpable de daños contra la integridad física de civiles musulmanes en cinco casos y de detención ilegítima de civiles musulmanes en 56 casos. También consideró que esta actuación se consideraba complicidad en genocidio. Sokolović fue condenado a nueve años de cárcel.²⁶⁰ El Tribunal Superior concluyó que existía un vínculo justificativo porque el acusado llevada 20 años viviendo en Alemania y recibía una pensión del gobierno alemán.

El 21 de febrero de 2001, el Tribunal Federal de Justicia confirmó la sentencia²⁶¹ y sostuvo que los tribunales alemanes tenían jurisdicción sobre el genocidio en virtud del artículo 6.1 del Código Penal y sobre el delito de privación de libertad en virtud del artículo 6.9 de dicho Código. Según las conclusiones del tribunal, la obligación de enjuiciar la detención ilegítima se deriva del IV Convenio de Ginebra de 1949. Los tribunales alemanes tienen obligación de enjuiciar esos crímenes si se produce un conflicto armado internacional y los crímenes cometidos constituyen una infracción grave de lo establecido en el artículo 147 del IV Convenio de Ginebra. En su sentencia, el Tribunal Federal de Justicia consideró provisionalmente que podría no ser necesario el vínculo justificativo si la jurisdicción se basaba en el artículo 6.9 del Código Penal.²⁶²

9.3.1.5. LA CAUSA DE KJURADJ KUSLIĆ

El 15 de diciembre de 1999, el Tribunal Superior de Baviera declaró culpable a Kjuradj Kuslić, ex jefe de la policía de Vrbnica, situada 40 kilómetros al sur de Banja Luka, en Bosnia y Herzegovina. El Tribunal halló a Kuslić culpable de genocidio y de seis cargos de asesinato, y lo condenó a cadena perpetua. Kuslić vivía en Alemania antes del inicio del conflicto en la ex Yugoslavia. El 21 de febrero de 2001, el Tribunal

²⁶⁰ Tribunal Superior de Dusseldorf, sentencia, 29 de noviembre de 1999, archivo núm. IV 9/97 2 StE 6/97 (no publicado). Para más información, véase Frank Selbmann, *Der Tatbestand des Genozid im Völkerstrafrecht*, 117 y sig.

²⁶¹ Tribunal Supremo Federal, sentencia, 21 de febrero de 2001, BGH en *Neue juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, 2.728.

²⁶² BGH, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, 2.728, 2.731 y sig.

Supremo Federal confirmó la condena, pero declaró a Kusljić culpable de complicidad en genocidio.²⁶³ Según el Tribunal Federal de Justicia, el Tribunal Superior de Baviera no podía concluir, a partir de las comprobaciones de hecho, que Kusljić había actuado con la intención especial de cometer genocidio. Dado que la intención no pudo probarse, las comprobaciones sólo permitían una condena por complicidad en genocidio.²⁶⁴ Basándose en las conclusiones de la sentencia del caso Sokolović, el Tribunal consideró que tenía jurisdicción sobre los seis casos de asesinato en virtud del artículo 6.9 del Código Penal, dado que esos delitos constituyan infracciones graves de lo establecido en los artículos 146 y 147 del IV Convenio de Ginebra.²⁶⁵

9.3.2. CAUSAS RELACIONADAS CON LAS FUERZAS ARMADAS ARGENTINAS

Víctimas y sus familiares, con el apoyo de organizaciones de derechos humanos, presentaron denuncias en Alemania en relación con los crímenes cometidos durante el periodo del gobierno militar en Argentina (1976 –1983). Entre 1998 y 2004 se presentaron 39 denuncias, en las que se acusaba a 89 jefes militares argentinos y a un directivo de Daimler-Chrysler AG de participación en la desaparición forzada de disidentes.²⁶⁶ En este sentido se han dictado varias resoluciones sobre la jurisdicción de los tribunales alemanes.

El Tribunal Federal de Justicia confirmó la jurisdicción del Tribunal estatal de Núremberg-Furth en relación con algunas denuncias presentadas según lo dispuesto en el artículo 13.1 del Código de Procedimiento Penal y en el artículo 7.1 del Código Penal.²⁶⁷ Este último artículo incorpora la jurisdicción según el principio de personalidad pasiva, es decir, cuando la víctima es alemana. Así pues, en la mayor parte de las denuncias en cuestión se estableció la jurisdicción de Alemania en virtud de este principio y no en relación con la jurisdicción universal, aunque el artículo también la estipula.

9.3.2.1 CAUSAS RELATIVAS A DESCENDIENTES DE PERSONAS JUDÍAS DE ORIGEN ALEMÁN

En cuanto a las causas relativas a descendientes de personas judías de origen alemán que habían huido a Argentina para escapar del régimen nazi y fueron asesinadas por las fuerzas de seguridad argentinas, la Fiscalía alemana decidió abstenerse de perseguir los hechos tomando como referencia el artículo 153c del Código de Procedimiento Penal alemán (principio de oportunidad, *Opportunitätsprinzip*).²⁶⁸ Esta decisión se basó principalmente en dos afirmaciones: en primer lugar, se alegó que los tribunales alemanes no tenían jurisdicción porque las víctimas no eran ciudadanas alemanas en el momento de los hechos y, por lo tanto, no era aplicable la jurisdicción con respecto al principio de personalidad pasiva. No se hizo referencia a la jurisdicción universal. El segundo argumento fue que, dado que las investigaciones no habían establecido

²⁶³ Tribunal Federal de Justicia, sentencia, 21 de febrero de 2001, BGH, *NJW* 2001, 2.732. Para más información, véase Frank Selbmann, *Der Tatbestand des Genozid im Völkerstrafrecht*, 119 y sig.

²⁶⁴ BGH, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, 2.732, 2.733.

²⁶⁵ BGH, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, 2.732, 2.734.

²⁶⁶ En relación con esto y lo siguiente, véase Wolfgang Kaleck, “German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe”, en Wolfgang Kaleck/Michale Ratner *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (Berlín 2007), 93, 100.

²⁶⁷ Esta resolución no está publicada.

²⁶⁸ Resolución de la Fiscalía de Núremberg-Furth, 8 de julio de 2004, ref. de archivo 407/Js41063/98.

una causa probable respecto de la existencia de asesinato en los casos denunciados, sólo habrían sido aplicables otras disposiciones del Código Penal. Sin embargo, estas disposiciones están sujetas a normas de prescripción que impedían el posterior enjuiciamiento de estos delitos.²⁶⁹ Tras la presentación infructuosa de una denuncia, se presentó un recurso contra la decisión de la Fiscalía (*Klageerzwingungsverfahren*).²⁷⁰ Este recurso aún no se ha resuelto.²⁷¹

La decisión de la Fiscalía de Núremberg-Furth de poner fin a las investigaciones ha sido criticada por juristas, que la han calificado de “profundamente cínica”.²⁷² Según estos expertos, el primer argumento se basa en una interpretación demasiado formal del artículo 7 del Código Penal. Las leyes nazis ya habían privado de la nacionalidad alemana a los descendientes de personas judías de origen alemán tras huir del país. Toda la comunidad jurídica alemana posterior a la guerra acepta unánimemente (y también lo confirmó el Tribunal Constitucional Federal alemán) que estas leyes de revocación no tienen validez legal alguna dado que se consideran “clarísimamente injustas”.²⁷³ Sin embargo, después de la guerra, para no imponer la nacionalidad alemana a las personas judías de origen alemán (y a fin de evitar que volviesen a sufrir un trato discriminatorio), la Constitución alemana dejó que fuesen los ex ciudadanos los que decidiesen si querían recuperar la ciudadanía (artículo 116.2 de la Constitución). En los casos analizados aquí, las víctimas (aún) no habían expresado su voluntad de recuperar la nacionalidad alemana, no había finalizado el proceso administrativo de entrega física de los documentos de nacionalidad o, simplemente, esa entrega no pudo llevarse a cabo porque las víctimas ya habían sido detenidas. Así pues, en una interpretación formal, las víctimas no eran de nacionalidad alemana. Sin embargo, esta interpretación reforzó de hecho la injusticia que se había cometido anteriormente contra las personas judías de origen alemán, y, por lo tanto, es totalmente contraria al espíritu y el propósito del artículo 116.2 de la Constitución alemana.²⁷⁴

También se ha criticado duramente la segunda razón para abstenerse de iniciar un proceso: el hecho de no establecer la causa probable con respecto a un asesinato se basa fundamentalmente en la ausencia de pruebas; es decir, de los cuerpos desaparecidos. Teniendo en cuenta cuáles fueron los “procedimientos” habituales empleados por las unidades (para)militares argentinas en relación con las “personas subversivas” (eliminación de cadáveres por cremación o tirándolos desde helicópteros en alta mar), este razonamiento no tiene sentido. Desde la reinstauración de la democracia en 1983, apenas ha habido casos de personas “desaparecidas” en Argentina que “reapareciesen” después de esa fecha.²⁷⁵

²⁶⁹ Ibíd., p. 11 y sig.

²⁷⁰ Según lo dispuesto en el artículo 172 del Código de Procedimiento Penal, en los casos en que el fiscal se niega a iniciar una investigación, las víctimas pueden presentar ante el Tribunal un recurso contra la decisión de la Fiscalía. Véase el apartado 5.

²⁷¹ Boletín de la Coalición contra la Impunidad, diciembre de 2006 (online: <http://www.menschenrechte.org/Koalition/rundbrief/rundbrief15-2006.pdf>)

²⁷² Denis Basak, “Die dritte Entrechtung”, en *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2007, 381.

²⁷³ BVerfGE 23, 98 y sig., 105 y sig.; 54, 53, 67 y sig.

²⁷⁴ Denis Basak, ibíd., 382.

²⁷⁵ Ibíd., 383 y sig.

9.3.2.2. LAS CAUSAS DE ELISABETH KÄSEMAN Y KLAUS ZIESCHANK

En otros dos casos, las investigaciones culminaron, el 28 de noviembre de 2003, en órdenes de detención dictadas por el Tribunal de Distrito de Núremberg contra cinco jefes militares argentinos, incluidos Emilio Massera y el ex presidente y ex jefe de la junta militar argentina Jorge Videla.²⁷⁶ Al parecer, habían sido los presuntos responsables indirectos del asesinato de la estudiante alemana Elisabeth Käsemann, al haber utilizado su autoridad organizativa para ocultar otros delitos de las que la estudiante había sido víctima, como privación ilegítima de libertad y daños contra la integridad física. Posteriormente se produjo un tira y afloja diplomático y judicial. En primer lugar, el gobierno argentino denegó la extradición.²⁷⁷ En Argentina, el gobierno alemán recurrió con éxito esta decisión y la causa fue transferida al tribunal inicial para que adoptase una nueva resolución. Lamentablemente, basándose en la revocación de las leyes de amnistía argentinas, el tribunal consideró que estos crímenes debían juzgarse entonces en Argentina, como parte de un juicio masivo por crímenes cometidos por el Primer Cuerpo del Ejército. En mayo de 2007 aún no se había interrogado a Videla en este sentido, aunque la Fiscalía argentina había iniciado de hecho sus investigaciones.²⁷⁸ El 2 de julio de 2008, la Suprema Corte argentina denegó la petición de extradición de Videla presentada por Alemania.²⁷⁹

9.3.3. LA CAUSA CONTRA AUGUSTO PINOCHET

Alemania también llevó a cabo una breve investigación sobre las denuncias contra Augusto Pinochet, ex presidente de Chile, presentadas por víctimas que alegaron haber sufrido torturas durante el gobierno militar chileno.²⁸⁰ Cuando el Tribunal Supremo Federal transfirió el caso al Tribunal Superior de Dusseldorf, en aplicación del artículo 13a del Código de Procedimiento Penal,²⁸¹ la Fiscalía alemana decidió transferir el caso a las autoridades chilenas, tras el traslado de Pinochet a Chile.

9.4. CAUSAS RELACIONADAS CON PRESUNTAS VIOLACIONES DEL CCDI

La intensa actividad desarrollada por la Fiscalía Federal para investigar y enjuiciar casos de jurisdicción universal y de jurisdicción con respecto al principio de personalidad pasiva, en aplicación del Código Penal previo a la promulgación del CCDI en 2002, contrasta vivamente con la actuación de dicha Fiscalía

²⁷⁶ 57 Gs 13320-13322/03; en relación con esto y lo siguiente, véase Wolfgang Kaleck, “German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe”, en Wolfgang Kaleck/Michale Ratner *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (Berlín 2007), 100, 101.

²⁷⁷ Wolfgang Kaleck, “German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe”, en Wolfgang Kaleck/Michale Ratner *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (Berlín 2007), 103.

²⁷⁸ Boletín de la “Coalición contra la Impunidad”, mayo de 2007 (online: <http://www.menschenrechte.org/Koalition/rundbrief/rundbrief16-2007.pdf>).

²⁷⁹ Para más información, véase Centro Europeo para los Derechos Humanos y Constitucionales, <http://www.ecchr.eu/cases/articles/argentina.html>.

²⁸⁰ En relación con esto y lo siguiente, véase Wolfgang Kaleck, “German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe”, en Wolfgang Kaleck/Michale Ratner *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes* (Berlín 2007), 102.

²⁸¹ Resolución, Tribunal Supremo Federal, 18 de noviembre de 1998 (*Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. November 1998*, 2 ARs 47/98, 2 Ars 474/98, recogida en H. Albrecht, K. Ambos (eds.), *Der Fall Pinochet(s), Auslieferung wegen Staatsverstärkter Kriminalität?*, p. 100. Sobre esta resolución, pueden encontrar información del Tribunal Supremo Federal para los medios de comunicación en *ibid.* p. 100-102.

después de esa fecha, ya que apenas ha tomado medidas para investigar y enjuiciar casos de jurisdicción universal en virtud del CCDI o, incluso, del Código Penal, al margen de si el presunto perpetrador se encontraba en Alemania o no. Ni el anterior fiscal federal, Kai Nehm, ni la actual, Monika Harms, han perseguido activamente hechos punibles en virtud del CCDI. (La intensa actividad desarrollada durante el conflicto de los Balcanes puede atribuirse a la presión internacional y a intereses nacionales.) En algunos casos la decisión se ha tomado por falta de pruebas. En otros, la Fiscalía Federal se ha negado a investigar por razones como:

- la presunta inmunidad de funcionarios o ex funcionarios basada en razonamientos mal fundados;
- la ausencia de pruebas de que el Estado de nacionalidad del presunto autor no podía ni quería investigar los crímenes (haciendo que recayese indebidamente en la Fiscalía la obligación de demostrar lo contrario);
- el Estado de nacionalidad del presunto autor estaba investigando los crímenes, aunque el sospechoso no fuese objeto de esa investigación;
- no estaba prevista la presencia del presunto autor en Alemania; y
- el presunto autor había huido de Alemania tras la presentación de la denuncia.

Entre el 30 de junio de 2002 y el 5 de febrero de 2007 se presentaron 62 denuncias en virtud del CCDI. Según el Ministerio Federal de Justicia, en 19 casos las denuncias estaban relacionadas con la guerra de Irak (como presuntos casos de tortura en Abu Ghraib y Guantánamo), 16 casos se relacionaban con el conflicto en Oriente Medio, 10 correspondían a la presunta persecución de seguidores de Falun Gong en China, y un número no revelado de casos tenían que ver con abusos contra los derechos humanos en África, el Cáucaso y otras regiones.²⁸² La Fiscalía Federal abrió una investigación preliminar en dos casos, pero en ninguno de ellos se llegó a un enjuiciamiento. Uno de estos casos se basaba en la jurisdicción universal y el otro estaba relacionado con presuntos hechos ocurridos en el territorio de Alemania. No todas las denuncias y decisiones se han dado a conocer.²⁸³

9.4.1. INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA DE IGNACE MURWANASHYAKA

En abril de 2006, la Fiscalía Federal inició (por propia iniciativa) la instrucción del caso contra Ignace Murwanashyaka.²⁸⁴ Murwanashyaka era el jefe de la milicia hutu Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda y presunto responsable de violaciones del derecho internacional humanitario en el Congo oriental. Fue detenido en Alemania por infringir las leyes de inmigración y poco después quedó en libertad. El caso fue desestimado porque la Fiscalía Federal no encontró pruebas suficientes sobre la participación de

²⁸² Véanse las respuestas del gobierno federal a petición de los parlamentarios Florian Toncar (FDP), BT-Drs. 16/2692 del 22 de septiembre de 2006, y Wolfgang Wieland y otros (*Bündnis90/Die Grünen*), BT-Drs. 16/4267 del 5 de febrero de 2007.

²⁸³ Pueden encontrar una perspectiva general pormenorizada en Nils Geißler/Frank Selbmann, “5 Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz”, en *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, número 20 (2007), 160.

²⁸⁴ Véase R. Müller, “Nehm ermittelt gegen Hutu-Führer”, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 27 de abril de 2006, 6.

Murwanashyaka en crímenes de derecho internacional.²⁸⁵ La decisión no se hizo pública, por lo que no se puede analizar su razonamiento. Sin embargo, el caso demuestra que habría sido preferible que la Fiscalía Federal, al igual que hacen policía y fiscales de otros países, buscara la colaboración de organizaciones de derechos humanos que podrían haber ayudado proporcionando información.

9.4.2. DENUNCIAS DESESTIMADAS SIN UNA INVESTIGACIÓN FORMAL

Algunas denuncias bien documentadas han sido desestimadas, a menudo alegando razones inadecuadas como la inmunidad de funcionarios o ex funcionarios frente al procesamiento por crímenes de derecho internacional.

9.4.2.1. JIANG ZEMIN

El primer caso presentado en aplicación del CCDI, que se hizo público, fue la denuncia contra el ex presidente de China Jiang Zemin y otros miembros del gobierno chino, en relación con la presunta persecución de seguidores de Falun Gong como crimen de lesa humanidad.²⁸⁶ La denuncia se presentó en noviembre de 2003. El 24 de junio de 2005, la Fiscalía Federal anunció su decisión de no iniciar una investigación.²⁸⁷ En el caso de Jiang Zemin, la Fiscalía Federal opinó que Jiang Zemin gozaba de inmunidad por ser un ex jefe de Estado. En esta decisión, la Fiscalía no sólo se alejó del fallo de la Cámara de los Lores británica en el caso Pinochet, sino también de las decisiones de los tribunales alemanes en la causa de Jorge Videla. En su razonamiento, la Fiscalía Federal aplicó indebidamente el fallo de la Corte Internacional de Justicia con respecto a la causa de la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*) sin analizar adecuadamente la decisión.²⁸⁸ En cuanto a las demás personas mencionadas en la denuncia, la decisión se basa en el artículo 153f.1 del Código de Procedimiento Penal. Según la Fiscalía Federal, los presuntos autores no se encontraban en Alemania y su presencia no estaba prevista en el futuro.

9.4.2.2. RAMZAN KADYROW

En una decisión errónea similar, la Fiscalía Federal concedió inmunidad al entonces vicepresidente de Chechenia, Ramzan Kadyrow.²⁸⁹ La Fiscalía Federal aplicó de nuevo indebidamente la causa de la Corte Internacional de Justicia relativa a la orden de detención (*DR Congo v. Belgium*) y sostuvo, sin un razonamiento pormenorizado, que Kadyrow gozaba de inmunidad. No tuvo en cuenta que el fallo de la Corte se aplica únicamente a los ministros extranjeros, jefes de gobierno y presidentes de Estados en ejercicio, y pasó por alto el hecho de que Kadyrow era sólo vicepresidente de una entidad local.

²⁸⁵ Véase C. Ritscher, *Praxis der Strafverfolgung von Völkerstrafaten in Deutschland*, presentación realizada durante el congreso *The ICC at Work* celebrado los días 21 y 22 de septiembre de 2007 en Berlín.

²⁸⁶ Puede encontrarse una perspectiva general pormenorizada en Wolfgang Kaleck, “German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe”, en Wolfgang Kaleck/Michale Ratner *et al.* (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, (Berlín 2007), 106 y sig., y Nils Geißler/Frank Selbmann, “5 Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz”, en *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, número 20 (2007), 160.

²⁸⁷ Decisión de la Fiscalía Federal del 24 de junio de 2005; archivo número 3 ARP 654/03-2; <http://www.diefirma.net/>.

²⁸⁸ Fundamentalmente Nils Geißler/Frank Selbmann, “5 Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz”, en *Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften*, núm. 20 (2007), 160, 163 y sig., y Claus Kreß, “Nationale Umsetzung des Völkerstrafgesetzbuches, Öffentliche Anhörung im Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages”, 24 de octubre de 2007, en *BT Ausschuss-Drucksache 16(17)0073*.

²⁸⁹ Decisión de la Fiscalía Federal, 28 de abril de 2005, archivo núm. 3 ARP 35/05-2 (no publicado).

9.4.2.3. DONALD RUMSFELD I

El 30 de abril de 2004, el Centro para los Derechos Constitucionales presentó a la Fiscalía Federal la primera denuncia contra el ex secretario de Defensa Rumsfeld y otros altos cargos de las fuerzas armadas y los servicios secretos estadounidenses. La denuncia se refería a los hechos ocurridos en la prisión de Abu Ghraib en 2003 y 2004. Se esperaba que el secretario de Defensa estadounidense Donald Rumsfeld asistiese a la Conferencia sobre Seguridad que se iba a celebrar en Múnich el 13 de febrero de 2005. Dos días antes de la fecha prevista para la llegada de Rumsfeld, la Fiscalía Federal anunció la decisión de no iniciar investigaciones²⁹⁰ basándose en el artículo 153f.2.4 del Código de Procedimiento Penal. La Fiscalía Federal interpretó el artículo 153f a la luz del artículo 17 del Estatuto de Roma, y consideró que la jurisdicción universal sólo puede ejercerse cuando la jurisdicción principal (Irak o Estados Unidos) no puede o no quiere investigar. La Fiscalía Federal afirmó que no había indicios de que los tribunales estadounidenses se hubieran negado a emprender acciones.²⁹¹ Los denunciantes recurrieron la decisión. La Tribunal Superior de Stuttgart declaró inadmisible la petición²⁹² y justificó su decisión alegando que la Fiscalía había hecho uso de su potestad facultativa y no había sobrepasado sus límites. Los denunciantes expresaron su preocupación por que la decisión de la Fiscalía estuviese motivada por razones políticas, por lo que remitieron la negativa a investigar al relator especial de la ONU sobre la independencia de magistrados y abogados.

9.4.2.4. DONALD RUMSFELD II

El 14 de noviembre de 2006, el Centro para los Derechos Constitucionales y otros grupos de derechos humanos presentaron una segunda denuncia contra el ex secretario de Defensa Donald Rumsfeld y otras personas. La Fiscalía Federal desestimó esta segunda denuncia el 27 de abril de 2007, basándose en el artículo 153f.²⁹³ En relación con los hechos ocurridos entre el 15 de septiembre de 2003 y el 1 de enero de 2004, la Fiscalía Federal se remitió a la primera decisión y, además, alegó las siguientes razones para su resolución:

- los actos no se cometieron en territorio alemán;
- no existían indicios de que personas presentes en territorio alemán hubiesen órdenes que no eran conformes a los Convenios de Ginebra;

²⁹⁰ Decisión de la Fiscalía Federal, 10 de febrero de 2005, archivo núm. 3 ARP 207/04-2, publicado en *Juristenzeitung (JZ)* 2005, p. 311. Puede consultarse la traducción al inglés en http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/sept11Article.asp?ObjID=1xiADJ00Qx&Content=472.

²⁹¹ La decisión fue criticada en la literatura jurídica alemana por, entre otros, Kai Ambos, “International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: A Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case”, en *Criminal Law Forum*, 2007, 43-58; y A. Fischer-Lescano, “Torture in Abu Ghraib. The Compliant against Donald Rumsfeld under the German Code against Crimes under International Law (*Völkerstrafgesetzbuch*)”, en 6 *German Law Journal* núm. 3 (1 de marzo de 2005), www.germanlawjournal.com.

²⁹² OLG Stuttgart, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2006, 117. Puede consultarse la traducción al inglés de la resolución en http://www.ccr-ny.org/v2/legal/september_11th/docs/German_HigherRegionalCourt_decision.pdf.

²⁹³ Fiscalía Federal, comunicado de prensa núm. 9/2007, 27 de abril de 2007.

- los presuntos autores de los hechos no se encontraban en Alemania y su presencia no estaba prevista;
- ninguna de las personas denunciadas tenía vínculos familiares, laborales o personales con Alemania. La posibilidad teórica de que uno de los presuntos autores entrase en territorio alemán en el futuro no constituía una razón de peso para iniciar una investigación.
- la Fiscalía interpretaba el artículo 153f como un instrumento para evitar investigaciones innecesarias;
- sería preciso que se iniciasen investigaciones en Estados Unidos o Irak. Dado que las autoridades alemanas no podían investigar en el extranjero, habría que obtener asistencia judicial, algo prácticamente imposible.

La Fiscalía Federal desestimó una moción para reconsiderar la decisión. Los solicitantes presentaron ante el Tribunal Superior de Fráncfort un recurso contra la decisión de la Fiscalía. A fecha de 1 de octubre de 2008, el tribunal aún no había dictado una resolución.

9.4.2.5. ZAKIR ALMATOV

En una fecha que no se ha revelado, el ministro uzbeko del Interior, Zakir Almatov, entró en Alemania para recibir tratamiento médico. Almatov es presunto responsable del homicidio de entre 200 y 700 personas en Andiyán en mayo de 2005 y de tortura sistemática en Uzbekistán. En 5 de diciembre de 2005, la Sección Alemana de Amnistía Internacional pidió a la Fiscalía Federal que iniciase una investigación. El 12 de diciembre de 2005, Human Rights Watch presentó una nueva denuncia contra Almatov y otros 11 miembros destacados de las fuerzas de seguridad uzbekas. Tras conocer la existencia de estas denuncias, Almatov abandonó Alemania en circunstancias poco claras.

El 30 de marzo de 2006, la Fiscalía Federal anunció, basándose en el artículo 153f.2, que no abriría una investigación, ya que Almatov no se encontraba en Alemania y su presencia no estaba prevista.²⁹⁴ El razonamiento es especialmente decepcionante porque la Fiscalía afirmó que no podía probar si se habían producido o no actos sistemáticos de tortura en Uzbekistán. Las conclusiones se basaron únicamente en declaraciones oficiales del gobierno uzbeko en las que afirmaba que no se estaban produciendo hechos de ese tipo. La Fiscalía Federal, sin solicitar asistencia judicial, concluyó que la petición de dicha asistencia habría resultado infructuosa. Además, afirmó que organizaciones de derechos humanos y organismos de la ONU habían documentado ampliamente los homicidios, por lo que no era necesario abrir una investigación. La Fiscalía no tuvo en cuenta la posibilidad de escuchar a las víctimas y a peritos que se encontraban en territorio alemán o estaban dispuestos a declarar ante consulados alemanes. Se presentó una moción para que se reconsiderase la decisión, pero fue desestimada.²⁹⁵ Por consiguiente, Human Rights Watch presentó ante el Tribunal Superior de Stuttgart un recurso contra esta decisión. Dado que los presuntos crímenes no se cometieron en Alemania, el Tribunal Supremo Federal tiene que determinar ahora qué tribunal es localmente competente para dictar una resolución (artículo 13a del Código de Procedimiento Penal). Hasta la fecha, el Tribunal no ha dictado esa resolución.

²⁹⁴ Decisión de la Fiscalía Federal alemana, 30 de marzo de 2006, archivo núm. 3 ARP 116/05-2; véase también Fiscalía federal alemana, comunicado de prensa núm. 9/2006 del 30 de marzo de 2006.

²⁹⁵ Fiscal federal, decisión del 16 de octubre de 2006, causa núm. 3 ARP 116/05-2 (no publicada).

RECOMENDACIONES PARA LA REFORMA DE LA LEY Y LA PRÁCTICA

DERECHO SUSTANTIVO:

Alemania debe ratificar, sin reservas que limiten su aplicación, todos los tratados que exigen a los Estados la extradición o el procesamiento por crímenes de derecho internacional, incluidas las Convenciones siguientes:

Convención sobre la no Aplicabilidad de las Limitaciones Legales a los Crímenes de Guerra y a los Crímenes contra la Humanidad;

y

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Cuando aún no se haya hecho, y conforme a las normas más estrictas del derecho internacional, debe incorporar en la legislación nacional los crímenes de derecho internacional, incluidos los siguientes:

crímenes de lesa humanidad cometidos antes del 1 de julio de 2002;

crímenes de guerra en conflictos armados internacionales y no internacionales cometidos antes del 1 de julio de 2002;

tortura cuando no constituya crimen de guerra o crimen de lesa humanidad, conforme a la definición establecida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura;

ejecuciones extrajudiciales; y

desapariciones forzadas que no constituyan crímenes de lesa humanidad,

Debe definir las circunstancias eximentes conforme a las normas más estrictas del derecho internacional y, en concreto, debe excluir la coacción y la necesidad como eximentes permisibles, permitiendo no obstante que se tengan en cuenta para la atenuación de la pena.

JURISDICCIÓN:

Debe tomar medidas para que, en los casos en que aún no exista, los tribunales tengan jurisdicción universal sobre los hechos que constituyan crímenes de derecho internacional.

Debe tomar medidas para que los tribunales ejerzan la jurisdicción universal civil sobre los hechos que constituyan crímenes de derecho internacional (véanse *infra* las recomendaciones con respecto a las víctimas).

Debe revocar o modificar el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal para restablecer el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva para todos los crímenes de derecho internacional. En este sentido, debe modificar la legislación a fin de establecer que Alemania tiene la obligación de extraditar a presuntos responsables de crímenes de derecho internacional que se encuentren en territorio de su jurisdicción o presentar alegaciones ante la Fiscalía para que proceda a su enjuiciamiento (*aut dedere aut judicare*).

Debe modificar la legislación para que el primer Estado que ejerza la jurisdicción, ya sea universal o territorial, para investigar o procesar a una persona tenga prioridad sobre otros Estados con respecto a los crímenes, salvo que un segundo Estado pueda demostrar que tiene mayor capacidad y voluntad de hacerlo mediante un juicio celebrado sin dilación y con las debidas garantías y en el que no quiepa la posibilidad de que se imponga la pena de muerte ni se cometan otras violaciones graves de derechos humanos.

PROCEDIMIENTO CON RESPECTO A LAS VÍCTIMAS:

Debe garantizar que las víctimas y sus familias pueden entablar un proceso penal basado en la jurisdicción universal por crímenes de derecho internacional, no sólo por delitos comunes, mediante una acusación particular, una demanda, la acción popular o procedimientos similares.

Debe garantizar que las víctimas y sus familias pueden presentar una demanda por las cinco formas de reparación (restitución, rehabilitación, indemnización, satisfacción y garantías de no repetición) en actuaciones penales y civiles basadas en la jurisdicción universal sobre crímenes de derecho internacional.

Debe garantizar que las víctimas y sus familias están plenamente informadas sobre sus derechos y las novedades que se vayan produciendo en todas las actuaciones judiciales basadas en la jurisdicción universal sobre crímenes de derecho internacional.

ELIMINACIÓN DE OBSTÁCULOS POLÍTICOS, PRÁCTICOS Y JURÍDICOS:

Jurídicos

Debe establecer que no se admitirá la alegación de inmunidad oficial o del Estado con respecto a crímenes de derecho internacional.

Debe establecer el carácter imprescriptible de los hechos que constituyan crímenes de derecho internacional, al margen de cuándo se hayan cometido. Debe eliminar las normas sobre prescripción aplicables al enjuiciamiento de crímenes de derecho internacional o a demandas civiles por violaciones de derechos humanos, al margen de cuándo se hayan cometido.

Debe establecer que el principio de *ne bis in idem* no es aplicable a las actuaciones en otros Estados con respecto a crímenes de derecho internacional, a fin de que los tribunales alemanes puedan ejercer la jurisdicción universal sobre los presuntos autores de esos crímenes cuando hayan sido absueltos en simulacros de juicios celebrados en el extranjero o condenados solamente por delitos comunes.

Políticos

Debe garantizar que los criterios para decidir si se investigan o enjuician los crímenes de derecho internacional se establecen con transparencia y en estrecha consulta con la sociedad civil, se hacen públicos, son imparciales y excluyen toda consideración de tipo político.

Debe garantizar que es un fiscal independiente y no una autoridad política quien toma las decisiones de investigar o enjuiciar, que esas decisiones se ajustan a los mencionados criterios imparciales y que pueden ser objeto de revisión por parte de un tribunal.

Deben garantizar que las decisiones de solicitar una extradición o asistencia judicial recíproca, o de extraditar a presuntos autores de crímenes de derecho internacional y ofrecer asistencia judicial recíproca, se adoptan conforme a criterios imparciales y excluyen todos los inadecuados, como la prohibición de extraditar a ciudadanos alemanes.

Debe garantizar que es un fiscal independiente y no una autoridad política quien toma la decisión final sobre la extradición o la asistencia judicial recíproca, y que esa decisión puede ser objeto de revisión por parte de un tribunal.

Prácticos

Mejora de la investigación y el enjuiciamiento en Alemania

Debe reforzar la actual unidad especial de la policía, la Agencia Federal Central responsable de investigar crímenes de guerra perteneciente a la Oficina Federal de Investigación Criminal, o crear un nuevo organismo, y garantizar que, mediante una fuerza especial o una unidad conjunta, trabaja en estrecha colaboración con la Fiscalía Federal y, en caso necesario, con las fiscalías de los estados. La unidad policial y los fiscales responsables de investigar y enjuiciar crímenes de derecho internacional cometidos en otros países deben consultar con miembros de unidades con responsabilidades similares en otros países, como Canadá, Dinamarca, Noruega y Suecia, para aprender de su experiencia.

Debe garantizar que esta unidad o fuerza especial:

cuenta con los recursos económicos necesarios, que deben ser comparables a los asignados a otros delitos graves como el terrorismo, la delincuencia organizada, la trata de personas, el tráfico de drogas, los delitos ciberneticos y el blanqueo de dinero;

dispone de los recursos materiales necesarios;

cuenta con suficiente personal con experiencia y formación.

Debe garantizar que el mandato y los métodos de trabajo incluyen lo siguiente:

ofrecer periódicamente formación efectiva para todo el personal y en todas las cuestiones pertinentes, como el derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos;

tomar la iniciativa para iniciar investigaciones sin esperar a que se presente una denuncia;

tomar la iniciativa para recurrir a la asistencia judicial anticipada, sobre todo compartiendo recursos y trabajando conjuntamente con otros Estados para abrir investigaciones, dictar órdenes de detención y pedir la extradición de personas presuntamente responsables de crímenes de derecho internacional.

Debe crear normas especiales de escrutinio o técnicas especiales de interrogatorio en los correspondientes procedimientos adoptados por los organismos administrativos de inmigración de los estados, a fin de investigar los antecedentes de las personas extranjeras que soliciten la entrada en Alemania, incluidas las que sean inmigrantes, las que hayan pedido un visado y las que hayan solicitado asilo:

para determinar si son sospechosos de crímenes de derecho internacional; y

para cooperar plenamente con la policía y la Fiscalía a fin de que se respeten totalmente los derechos de todas las personas a un juicio con las debidas garantías.

Debe crear una unidad efectiva de formación para garantizar que todos los jueces, fiscales, abogados defensores y otras personas pertenecientes a los sistemas de justicia civil y penal reciben una formación efectiva en cuestiones pertinentes.

Debe crear una unidad efectiva de protección de víctimas y testigos, basada en la experiencia de unidades similares existentes en tribunales internacionales y sistemas jurídicos nacionales que, con medidas como el reasentamiento, protegen y prestan apoyo a víctimas y testigos que participan en procedimientos en ese Estado, en otros y en tribunales penales internacionales.

Debe promover mejoras en la cooperación con las investigaciones y enjuiciamientos en otros Estados.

Eliminando los obstáculos a las peticiones de asistencia judicial recíproca presentadas por otros Estados para investigar y enjuiciar crímenes de derecho internacional, siempre que los procedimientos sean plenamente conformes a los tratados y otras normas internacionales relativas al derecho a un juicio con las debidas garantías, y que no se ofrezca cooperación cuando existe el peligro de que puedan llevar a la pena de muerte, a tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, o a un juicio injusto.

Garantizando que otras peticiones de asistencia judicial recíproca presentadas por Estados extranjeros pueden ser transmitidas directamente a la policía, la fiscalía o el juzgado de instrucción, sin pasar por engorrosos canales diplomáticos, pero asegurando que no se accede a esas peticiones cuando existe el peligro de que puedan conllevar la pena de muerte, tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante, o un juicio injusto.

Mejorando los procedimientos en el Estado donde tiene su sede el tribunal que ejerce la jurisdicción para realizar investigaciones en el extranjero, con medidas como la utilización de equipos internacionales de investigación conjunta cuyos integrantes abarquen todas las áreas de especialización necesarias.

Debe eliminar en la ley y en la práctica todos los obstáculos procesales para los Estados extranjeros que pretendan reunir, en territorio sujeto a la jurisdicción alemana, información sobre crímenes de derecho internacional.

Debe eliminar en la ley y en la práctica todos los obstáculos procesales innecesarios que retrasan o impiden la presentación de pruebas admisibles obtenidas en otros países. Deben excluirse todas las pruebas de las que no se pueda demostrar que han sido obtenidas sin recurrir a la tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante.

Debe cooperar con la Interpol en el mantenimiento de la base de datos sobre crímenes de derecho internacional.

Debe tomar medidas, en cooperación con otros Estados, para elaborar, adoptar y ratificar sin demora un nuevo tratado multilateral bajo los auspicios del Consejo de Europa, que disponga la extradición de personas presuntamente responsables de crímenes de derecho internacional y la asistencia judicial recíproca con respecto a tales crímenes, en el que se excluyan razones inadecuadas para la denegación y que incluya la prohibición de extradición y de asistencia judicial recíproca cuando existe el peligro de que pueda llevar a la pena de muerte, a tortura u otro tipo de malos tratos, a un juicio injusto o a otras violaciones graves de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA SELECTA SOBRE JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL Y CUESTIONES AFINES

PUBLICACIONES EN ALEMÁN

SISTEMA JURÍDICO ALEMÁN EN GENERAL:

Gropengießer, Helmut & Kreicker, Helmut: *Deutschland (Band 1)*, in Eser, Albin / Kreicker, Helmut (Hrsg.): *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen - National Prosecution of International Crimes*, Freiburg i.Br. 2003.

Satzger, Helmut, *Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz*, Juristische Schulung, 943 (2004);

Schomburg, Wolfgang & Lagodny, Otto et al. (eds.): *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4th edition, München 2006;

CÓDIGO PENAL/CÓDIGO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL:

Ambos, Kai, *Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von "Kriegsverbrechen"*, 20 Neue Zeitschrift für Strafrecht 226 (1999);

Basak, Denis, *Die dritte Entrechtung. Zum Umgang der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth mit Ermittlungsverfahren gegen Angehörige der argentinischen Militärjunta wegen getöteter Nachkommen jüdischer Flüchtlinge aus Nazi-Deutschland*, 9 Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 374 (2007);

Basak, Denis, *Abu Ghreib, das Pentagon und die deutsche Justiz. Zur Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden für Kriegsverbrechen im Irak nach dem Inkrafttreten des VStGB*, Humanitäres Völkerrecht (2007), 160

Basak, Denis, *Die Deformation einer Verfahrensnorm durch politische Rücksichten. Zum Beschluss des OLG Stuttgart im Verfahren gegen Donald Rumsfeld u.a.*, in Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (ed.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurt am Main 2007, pp.499 ff.

Fischer-Lescano, Andreas, *Folter in Abu Ghraib. Die Strafanzeige gegen US-Verantwortliche in der Bundesrepublik*, in Beestermöller, Gergard & Brunkhorst, Hauke (eds.), *Rückkehr der Folter. Rechtsstaat im Zwielicht?*, München 2006, pp. 142ff.;

Geißler, Nils, & Selbmann, Frank, 5 Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz, 20 *Humanitäres Völkerrecht* (2007), 160,

Singelstein, Tobias & Stolle, Peer, *Völkerstrafrecht und Legalitätsprinzip – Klageerzwingungsv erfahren bei Opportunitätseinstellungen und Auslegung des § 153f StPO*, 2 Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 118 (2006);

Walter, Tonio, *Das Handeln auf Befehl und § 3 VStGB*, Juristische Rundschau, 279 (2005)

Werle, Gerhard, *Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht*, 55 Juristenzeitung 755 (2000);

Werle, Gerhard & Jeßberger, Florian, Das Völkerstrafgesetzbuch, 57 Juristen Zeitung, 724 (2002);

Wirth, Steffen & Harder, Jan, *Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus der Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen*, Zeitschrift für Rechtspolitik 146 (2000);

Zimmermann, Andreas: *Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch – Entstehung völkerrechtlicher Rahmen und wesentliche Inhalte*, 8 Zeitschrift für Rechtspolitik, 97 (2002);

Zimmermann, Andreas: *Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gerichte nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuches*, Neue Juristische Wochenschrift, 3069 (2002);

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL:

Ambos, Kai: *Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153f StPO – Zugleich Anmerkung zu GBA, JZ 2005, 311 und OLG Stuttgart, NStZ 2006, 117, 26* Neue Zeitschrift für Strafrecht, 434 (2006);

CORTE PENAL INTERNACIONAL:

Ambos, Kai: *Immer mehr Fragen im internationalen Strafrecht*, 21 Neue Zeitschrift für Strafrecht, 629 (2001);

Bausback, Winfried: *Article 16 II GG und die Auslieferung Deutscher an den neuen Internationalen Strafgerichtshof*, Neue Juristische Wochenschrift, 3320 (2002);

Hoyer, Andreas, *Internationaler Strafgerichtshof und nationalstaatliche Souveränität*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 321 (2004);

Mac Leon, Jan: *Gesetzesentwurf über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 261 (2002);

Meseke, Stephen, *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes*, Berliner Juristische Universitätsschriften Strafrecht (21) 2004;

Selbmann, Frank, *Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht*, Universitätsverlag Leipzig, 2003);

JURISDICCIÓN UNIVERSAL:

- Fischer, Horst, *Untersuchung und Strafverfolgung von Verletzungen des Rechtes des bewaffneten Konfliktes* *Nationale Gesetze und Verfahren, internationale Zusammenarbeit auf militärischer und rechtlicher Ebene*, in Horst Fischer & Sascha R. Lüder, eds, *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof* 193 (1999);
Füth, Dorothée, *Die Verfolgung von Völkermord durch deutsche Gerichte aufgrund des Weltrechtsprinzips*, 10 *Humanitäres Völkerrecht* (1997) 38;
- Kaleck, Wolfgang, *German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe*, in Kaleck, Wolfgang & Ratner, Michael et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin 2007;
- Kreß, Claus, *Völkerstrafrecht in Deutschland*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 617 (2000);
Kreß, Claus, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs* (Baden-Baden 2000);
Keller, Rainer, *Grenzen, Unabhängigkeit und Subsidiarität der Weltrechtspflege*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 25 (2006);
Lagodny, Otto & Nill-Theobald, Christiane, *Urteilsanmerkung*, *Juristische Rundschau* 205, 206 (2000);
Lüder, Sascha Rolf, *Eröffnung der deutschen Gerichtsbarkeit für den Völkermord im Kosovo?*, 53 *Neue Juristische Wochenschrift* 269 (2000);
Lüder, Sascha Rolf & Schotten, *A Guide to State Practice Concerning International Humanitarian Law - Germany*, 2 Y.B. Int'l Hum. L. 362 (1999);
Marschik, Axel, *The Politics of Prosecution: European National Approaches to War Crimes*, in Timothy L.H. McCormack & Gerry J. Simpson, eds, *The Law of War Crimes: National and International Approaches* 74-77 (The Hague: Kluwer Law International 1997);
Merkel, Reinhard, *Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen! Zugleich ein Beitrag zur Kritik des § StGB*, in Klaus Lüderssen, ed., *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III* 237 (Baden-Baden: Makrodelinquenz 1998);
Oehler, Dietrich, *Verfolgung von Völkermord im Ausland*, 10 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 485 (1994);
Roggeman, Herwig, *Strafverfolgung von Balkankriegsverbrechen aufgrund des Weltrechtsprinzips - ein Ausweg?*, 47 *Neue Juristische Wochenschrift* 1436 (1994);
Werle, Gerhard, *Urteilsanmerkung*, *Juristen Zeitung* 1181-(1999);
van Heeck, Stefan, *Die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Balkankriegsverbrechen*, 13 *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften* 27 (2000);

PUBLICACIONES EN INGLÉS Y FRANCÉS

CÓDIGO PENAL/CÓDIGO DE CRÍMENES DE DERECHO INTERNACIONAL:

- Fischer-Lescano, Andreas, *Introductory note to decision of the General Federal Prosecutor*, 45 *International Legal Materials*, 115-126 (2006)

- Hess, Martin, Knust, Nandor, Schuon, Christine, *Implementation of the Rome Statute in Germany*, 16 Finnish Yearbook of International Law, 133-161 (2005)
- Neuner, Matthias, *General principles of ICL in Germany*, in: Matthias Neuner (Ed.) National legislation incorporating international crimes, Berlin 105-136 (2003);
- Satzger, Helmut, *German Criminal Law and the Rome Statute - A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law*, 2 International Criminal Law Review, 261 (2002);
- Werle, Gerhard, Jessberger, Florian, *International Criminal Justice is coming home, the new German CCAIL*, 13 Criminal Law Forum, 191-223 (2002);
- Wirth, Steffen, Germany's new international crimes code: bringing a case to court, 1 Journal of International Criminal Justice (JICJ) 151 (2003);
- Zappala, Salvatore: The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister, 4 Journal of International Criminal Justice, (JICJ), 602 (2006)
- Zimmermann, Andreas, *Implementing the Statute of the ICC, the German example*, in: Lal Chand Vorah et al. (Eds.), *Man's Inhumanity to Man*, Den Haag 977-994 (2003)
- Zimmermann, Andreas, *Main features of the new German CCAIL (Völkerstrafgesetzbuch)*, in: Matthias Neuner (Ed.) National legislation incorporating international crimes, Berlin, 137-155 (2003)

CORTE PENAL INTERNACIONAL:

- Wilkitzki, Peter, *The German law on co-operation with the ICC*, 2 International Criminal Law Review, 195 (2002);
- Wirth, Steffen, *International Criminal Law in Germany – Case Law and Legislation*, at <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/ottawa.pdf>

JURISDICCIÓN UNIVERSAL:

- Ambos, Kai & Stephan Wirth, *Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts*, in Horst Fischer, Klaus Kreß & Sascha Rolf Lüder, eds, *International and National Prosecution of Crimes Under International Law: Current Developments* 751-768 (Berlin: Arno Spitz GmbH 2001);
- Fischer, Horst, *Some Aspects of German State Practice Concerning IHL*, 1 Y.B. Int'l Hum. L. 380-392 (1998);
- Fischer, Horst & Sascha Rolf Lüder, *La répression des violations du droit international humanitaire dans la législation nationale allemande*, in C. Pellandini, ed., *Répression nationale des violations du droit international (systèmes Romano-Germaniques)* 227 (1998);
- Jessberger, Florian, *Universality, Complementarity, and the Duty to Prosecute*, in: Wolfgang Kaleck, & Michael Ratner et al. (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin 2006, p. 213 et seq
- Redress, *Universal Jurisdiction in Europe: Criminal prosecutions in Europe since 1990 for war crimes, crimes against humanity, torture and genocide*, 30 June 1999, 28-30;
- Reydams, Luc, *Germany*, in Luc Reydams *Universal Jurisdiction in International Law* (Oxford: Oxford University Press 2001);

Roth, Robert & Yvan Jeanneret, *Rapport sur le droit allemand, 22 juin 2001*, unpublished draft manuscript submitted for discussion at the *Etude comparée des critères de compétence juridictionnelle en matière de crimes internationaux (crimes contre l'humanité, génocide, torture, crimes de guerre, terrorisme)*, Paris, 2 to 3 July 2001;

Amnistía Internacional
Secretariado Internacional
Peter Benenson House
1 Easton Street
London WC1X 0DW
Reino Unido

www.amnesty.org/es

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**

