



## La punibilidad de los crímenes internacionales en el derecho interno alemán El código penal internacional alemán\*

Prof. Dr. Gerhard Werle  
y Dr. Florian Jessberger

Universidad Humboldt (Berlín)

*El presente artículo presenta el nuevo Código Penal Internacional alemán. Se esbozan el marco jurídico y jurídico-político que había antes de su entrada en vigor, así como también la normativa previa del Estatuto de Roma. Los autores de este trabajo exponen los preceptos de este Código Penal Internacional. También se desarrollan su perfil jurídico y la necesidad de que se le interprete de un modo favorable al Derecho Penal Internacional. La ley es considerada como un aporte importante de Alemania a la consolidación e imperio del Derecho Penal Internacional.*

### I. Introducción

El 30 de junio del año 2002 entró en vigor el Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, en adelante VStGB)<sup>1</sup>. Dicha ley contiene disposiciones penales para los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”<sup>2</sup> —es decir, geno-

cidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra—. El nuevo Código Penal Internacional alemán adecua el Derecho Penal material a los requerimientos del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante Estatuto de la CPI)<sup>3</sup>, que entró en vigor el primero de julio del año 2002, un día después del Código Penal Internacional<sup>4</sup>. La exactitud en la conver-

\* El presente artículo se basa en una contribución de los autores a la revista *Juristenzeitung* (JZ) 15/16 (2002) 725-734. Por su ayuda en la elaboración del texto en español, los autores agradecen a CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA, Magister en Derecho por la Universidad Humboldt (Berlín).

1. Art. 1 de la *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* (Ley de Introducción del Código Penal Internacional alemán; *Bundesgesetzblatt* (boletín oficial del Estado Federal, en adelante BGBI.) 2002 I, p. 2254, véase también BT-Drucks. 14/8524 y BT-Drucks. 14/8892). Una traducción al español del Código Penal Alemán y su Exposición de Motivos puede encontrarse en la página web del Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional <[http://www.iuscrim.de/forsch/online\\_pub.htm](http://www.iuscrim.de/forsch/online_pub.htm)>. Cfr. al respecto SATZGER, *International Criminal Law Review* 2 (2002), 261 ff. y WERLE/JESSBERGER, *Criminal Law Forum* 13 (2002), 191 ff. Respecto del proyecto de ley del gobierno (*Regierungsentwurf*, en adelante RE) SATZGERNSIZ 2002, 125 ss.; ZIMMERMANN ZRP 2002, 97 ss.; como también respecto del proyecto de trabajo del grupo de expertos (*Arbeitsentwurf der Expertengruppe*, en adelante AEVStGB; nota 29), que fue en gran parte aceptado por el legislador, WERLE JZ 2001, 885 ss.; véase también KRESS, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, 2000.

2. Según expresa el art. 5 del Estatuto de la CPI (nota 3).

3. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (UN Doc. A/CONF.183/9) aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma. A la fecha de este artículo, el Estatuto ha sido ratificado por 88 Estados, entre ellos la República Federal Alemana y otros Estados miembros de la Unión Europea, y cuenta además con la firma de otros 54 Estados. Para el estado actual de las ratificaciones, véase <<http://www.un.org/law/icc/index.htm>>.

4. El Código Penal Internacional es parte de un paquete legal de mayor envergadura que sirve a la implementación del Estatuto de Roma: con la Ley del Estatuto de la CPI (*StGH-Statutgesetz* BGBI. 2000 II, p. 1393) el legislador creó las condiciones para

gencia temporal de la implementación fue facilitada en gran medida por el amplio apoyo que encontró el proyecto de ley en la política y en la discusión pública<sup>5</sup>.

## II. Marco jurídico y político anteriores a la vigencia del código

### 1. La relación entre Alemania y el Derecho Penal Internacional

Es difícil encontrar otra nación a tal punto ligada al desarrollo del Derecho Penal Internacional como Alemania y los alemanes: Esta especial relación se remonta en el tiempo hasta el Tratado de Versalles<sup>6</sup>. Si bien el modelo de penalización allí previsto no logró imponerse, quedaron entonces sentados los cimientos sobre los cuales se construiría luego de la segunda guerra mundial<sup>7</sup>. El Derecho de Nuremberg, el núcleo del Derecho Penal Internacional moderno, sólo es comprensible como reacción frente a los crímenes del siglo cometidos en nombre de los alema-

nes. Ante este trasfondo, una relación neutral y distanciada entre los alemanes y el Derecho Penal Internacional se presenta como imposible en el período inmediatamente posterior a la guerra. En Alemania occidental y más tarde en la República Federal Alemana, los procesos y el Derecho de Nuremberg se enfrentaron a una mayoritaria reacción de rechazo<sup>8</sup>. En la medida en que los delitos del régimen nacionalsocialista fueron castigados por la justicia federal, esto no ocurrió sobre la base del Derecho Penal Internacional, sino sobre la base del Código Penal Imperial (*Reichsstrafgesetzbuch*) vigente al momento de cometerse el delito<sup>9</sup>.

También en el plano internacional se produjo un estancamiento en la evolución del Derecho Penal Internacional luego de terminados los procesos de Nuremberg. Sólo después del fin de la guerra fría el Derecho Penal Internacional experimentó un nuevo impulso, nuevamente con la determinante participación de Alemania. Esta vez, sin embargo, no porque los alemanes hayan propiciado su (re)activación en calidad de presuntos autores<sup>10</sup>. La Alemania unificada apoya-

---

la entrada en vigor del Estatuto de Roma en Alemania. Con la Reforma al art. 16 inc. 2 de la Constitución (GRUNDGESETZ, en adelante GG; BGBl. 2000 I, p. 1633) se asegura que personas de nacionalidad alemana puedan SER entregadas a la Corte. La ley para la Introducción del Código Penal Internacional (nota 1) contiene, aparte del mismo Código Penal Internacional, numerosas modificaciones a otras leyes, necesarias para la entrada en vigor del nuevo cuerpo legal. La *Ausführungsgesetz zum Römischen Statut* (Ley para la Ejecución del Estatuto de Roma, en adelante RSAG, BGBl. 2002 I, p. 2144), que entró en vigencia el primero de julio del año 2002, al mismo tiempo que el Estatuto de Roma, contiene las disposiciones necesarias para la cooperación con la CPI, concretamente la Ley sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional (*Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof*, ISiGHG). Una ley modificatoria de la ley orgánica del Poder Judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*) regula la competencia para la persecución y juzgamiento de los delitos tipificados en el Código Penal Internacional. El legislador utiliza aquí las facultades otorgadas en virtud del art. 96 GG (sobre el particular véase *infra* IV.10.).

5. La ley fue aprobada por unanimidad, cfr. Plenarprotokoll 14/233, p. 23243; cfr. además las tomas de posición de Amnistía Internacional (disponible bajo [http://www.jochen-birk.de/Stellungnahme\\_VStGB.pdf](http://www.jochen-birk.de/Stellungnahme_VStGB.pdf)) y de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados Alemán (*Deutscher Anwaltsverein*, disponible bajo <http://www2.annonet.de/recht/aktuelles/>); así como también la toma de posición conjunta de Asociación por los Pueblos Amenazados y el Comité para un Derecho Penal Efectivo (disponible bajo [http://cicc.de/dokumente/VStGB\\_PosPap2609.pdf](http://cicc.de/dokumente/VStGB_PosPap2609.pdf)).

6. Un análisis exhaustivo se encuentra en SCHWENGLER, *Versailler Vertrag und Auslieferungsfrage*, 1982; WILLIS, *Prologue to Nuremberg*, 1982; en particular sobre los procesos a criminales de guerra seguidos ante la Corte Imperial (*Reichsgerichtshof*, RG) en Leipzig, VON SELLE ZfRV 1997, pp. 193 ss.

7. Un análisis exhaustivo de la historia del desarrollo del Derecho Penal Internacional se encuentra en AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, 1999.

8. En la RDA, en cambio, los principios de Nuremberg fueron aceptados sin reservas y sirvieron de base para llevar adelante procesos penales. Luego de la derogación de la Ley N° 10 del Concejo de Control de los Aliados (*Kontrollratgesetz* N° 10) los tipos penales de Nuremberg fueron aplicados directamente; más tarde se integraron los tipos penales internacionales en el Código Penal. Sin embargo, simultáneamente el gobierno de la RDA abusó del Derecho de Nuremberg para la comisión de nuevas violaciones a los derechos humanos. Un ejemplo de tal abuso lo constituyen los denominados procesos de Waldheim (*Waldheimer Prozesse*), que violaron flagrantemente garantías procesales fundamentales. Al respecto véase MARXEN, en: MARXEN/MIYAZAWA/WERLE (eds.), *Der Umgang mit Kriegs- und Besatzungsunrecht in Japan und Deutschland*, 2001, pp. 159, 169 ss.

9. A modo de resumen WERLE, en: MARXEN/MIYAZAWA/WERLE (nota 8), pp. 137 ss.; WERLE ZStW 109 (1997), pp. 808, 811 ss.

10. El impulso decisivo para la reactivación del Derecho Penal Internacional estuvo dado por los conflictos en la ex Yugoslavia y en Ruanda. Los crímenes internacionales cometidos allí a principios de la década de los 90 dieron ocasión al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para instituir tribunales penales internacionales *ad hoc* en La Haya y Arusha, cfr. UN Doc. S/Res/827 (1993) und S/Res/955 (1994); cfr. al respecto KRESS, en: GRÜTZNER/PÖTZ, *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 2ª ed. (estado a abril de 2002), III 27.

ba ahora más bien decididamente el proceso. La codificación del Derecho Penal Internacional material a través del Código Penal Internacional marca actualmente el punto culminante de este desarrollo.

Este cambio desde una posición de rechazo al Derecho Internacional Penal a una posición favorable a éste (*Völkerstrafrechtsfreundlichkeit*) muestra variadas facetas. Fue en relación con la penalización de los injustos cometidos a través del régimen de la RDA que el *Bundesgerichtshof* (Corte Federal de Justicia, en adelante BGH) dio por primera vez cuenta de su posición frente al Derecho Penal Internacional en forma explícita<sup>11</sup>. La justicia penal alemana ha jugado (y juega) también un importante papel en la persecución de crímenes cometidos desde principios de la década de los 90 en el territorio de la ex Yugoslavia. Entre 1996 y 2001, la justicia alemana ha tramitado alrededor de 500 comisiones rogatorias del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Durante el mismo período se han iniciado en Alemania más de 100 procesos en relación con los sucesos en la ex Yugoslavia, en los cuales se han dictado ya varias condenas, incluso algunas por genocidio<sup>12</sup>. Cabe destacar particularmente el papel jugado por la República Federal Alemana durante las negociaciones para el

Estatuto de Roma. Alemania perteneció al grupo de los 60 países con una posición favorable a la Corte (*like-minded States*) y numerosas propuestas alemanas encontraron resonancia en el Estatuto de Roma<sup>13</sup>.

## 2. Deficiencias del Derecho alemán hasta la entrada en vigor del Código Penal Internacional

Como consecuencia de la ya mencionada postura de rechazo, los crímenes internacionales estaban comprendidos sólo de modo insuficiente por el Derecho federal alemán antes de la entrada en vigor del Código Penal Internacional<sup>14</sup>. El genocidio, tipificado a partir de 1954 en el § 220a del Código Penal, constituía una excepción. El crimen de la guerra de agresión, en cambio, estaba sólo parcialmente penalizado<sup>15</sup>, a pesar del deber de penalizar que emana del art. 15 GG (*Grundgesetz*, Constitución alemana)<sup>16</sup>. Tanto los crímenes de guerra como los crímenes de lesa humanidad carecían de una regulación penal específica. Por décadas se confió en que los tipos penales generales abarcarían dichas conductas<sup>17</sup>. En la mayoría de los casos, ese camino lleva de hecho a la punibilidad de las conductas<sup>18</sup>. Sin embargo, dicha vía podía conside-

11. Cfr. BGHSt 41, 101, 109. Allí el quinto senado penal sostiene, en su valoración jurídica de los disparos en la frontera interalemana, haber desarrollado para un caso particular los fundamentos de Derecho material de la sentencia del Tribunal Penal Internacional que le sirvió de base.

12. Cfr. AMBOS/WIRTH, *Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts*, en: FISCHER/KRESS/LÜDER (eds.) *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, 2001, pp. 769 ss.; WILKITZKI, *The Contribution of the Federal Republic of Germany and the German Länder to the Work of the ICTY*, en: VORAH (ed.), *Publicación en homenaje a Cassese*, 2002, sin publicar a la fecha del artículo.

13. En mayor detalle KAUL, en: BAUM/RIEDEL/SCHAEFER (eds.), *Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen*, 1998, pp. 273 ss.

14. Con mayor detalle, WERLE JZ 2000, pp. 755, 756 ss.

15. No están tipificadas en los §§ 80 y 80a del Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB) los preparativos para una guerra de agresión o la incitación a una guerra de agresión en la que no participe la República Federal Alemana; cfr. SK/StGB-Rudolphi, 5./6. ed. (estado a diciembre de 1996), número marginal (*Randnummer*, en adelante Rn.), p. 1.

16. El art. 26 inc. 1, párrafo 2º GG dispone que deben ser penadas las conductas aptas para perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y cometidas con intención de hacerlo, en particular, el preparar la conducción de una guerra de agresión. Cfr. en cuanto al trasfondo de la inclusión de la norma en la GG, MENZEL, en: *Bonner Kommentar GG*, art. 26, pp. 1 ss.

17. Esta fue también la razón del fracaso de los (pocos) intentos concretos de abarcar el injusto específico de Derecho Internacional: Ya en el año 1957 existían proyectos de la *Grosse Strafrechtskommission* (Gran Comisión de Derecho Penal) para la protección penal del normas de Derecho Internacional; en 1980 el Ministerio Federal de Justicia presentó un proyecto de un Código Penal Internacional (*Referentenentwurf*); más en detalle sobre el particular KRESS (nota 1), pp. 3 ss.

También en la exposición de motivos (*Begründung*, en adelante E.M.) del proyecto de ley del actual Código Penal Internacional se da por sentado que ya los tipos penales alemanes cubren en su mayor parte las conductas individuales penadas por el Estatuto de la CPI, BT-Drucks. 14/8524, p. 12; coincidente en este punto, E.M. AEVStGB (nota 29), p. 21.

18. Véase a este respecto el cuadro sinóptico por WERLE/MESEKE, disponible bajo <http://www.rewi.hu-berlin.de/Lehrstuehle/Werle/forschung.htm>. También deficitarias eran las normas de validez espacial de las disposiciones. Acerca de las dificultades que presentaba la persecución en Alemania de crímenes internacionales cometidos en el extranjero con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal Internacional, véase el estudio casuístico de JESSBERGER, *Finnish Yearbook of International Law* 12 (2002), pronto a aparecer a la fecha de esta artículo.

rarse apenas como una de emergencia: Por un lado, el injusto específico de Derecho Internacional que representa la comisión de dichos crímenes no cobraba la importancia que amerita; por otro, persistían lagunas parciales, de modo que conductas aisladas eran punibles según el Derecho Internacional, sin serlo según el Derecho alemán interno<sup>19</sup>.

### 3. El exhorto a penalizar del Estatuto de Roma

El Estatuto de Roma ha supuesto la cooperación de los Estados para establecer el imperio del Derecho Penal Internacional. También luego del establecimiento de la Corte Penal Internacional (CPI), el castigo de los crímenes más graves de trascendencia Internacional continuará siendo tarea primordial de los Estados. Según el principio de complementariedad consagrado en el Estatuto de Roma, la Corte sólo es competente para la persecución de un crimen, cuando ningún otro Estado llamado a conocer de la causa esté dispuesto y en condiciones de llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento<sup>20</sup>. Este concepto de organización descentralizada de administración de justicia penal a nivel mundial toma por base la estimación cuya veracidad ha sido ratificada a través de la experiencia con los dos tribunales *ad hoc*,

según la cual la CPI sólo estará en condiciones de perseguir una parte de los crímenes internacionales<sup>21</sup>. La colaboración de los Estados en este modelo de penalización basado en el reparto de tareas está asegurada en el Estatuto de Roma, de un lado, en cuanto prevé que la CPI se haga cargo de un proceso si el Estado llamado a conocer del asunto no toma las medidas adecuadas al caso<sup>22</sup>. De otro lado, el Estatuto de Roma refuerza la obligación (de Derecho Internacional consuetudinario) de los Estados de ejercer su jurisdicción penal sobre los responsables de crímenes internacionales<sup>23</sup>. Ni del Estatuto de Roma ni del Derecho Internacional consuetudinario puede extraerse sin embargo una norma vinculante acerca del modo en cual los Estados deben cumplir con este deber<sup>24</sup>. En particular, el Estatuto de Roma no contiene ninguna obligación correspondiente de recibir ciertos tipos penales, como los contenidos en el art. 5 del Estatuto de la CPI, en el Derecho interno de los Estados<sup>25</sup>. El hecho de que los Estados armonicen sus normativas con las reglas del Estatuto se corresponde sin embargo con su espíritu y plan<sup>26</sup>. Sólo de este modo es posible asegurar realmente que los Estados castiguen los crímenes internacionales de igual manera que la misma CPI. En este sentido, el Estatuto de Roma exhorta a los Estados a crear en su Derecho interno las normas necesarias

19. Cfr. para mayor detalle WERLE JZ 2000, 755, 756 ss.; KRESS (nota 1), pp. 9 ss.; véase también SATZGER NStZ 2001, pp. 125 ss.; BT-Drucks. 14/8524, p. 12.

20. Cfr. art. 1 y 17 del Estatuto de la CPI. Véase al respecto BENVENUTI, en: Lattanzi/Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court I*, 1999, pp. 21 ss.

21. A modo de ejemplo, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, que a la fecha cuenta con alrededor de 1.000 empleados, ha juzgado desde su puesta en marcha a 20 inculpados con autoridad de cosa juzgada; de los cuales cinco han sido declarados inocentes.

22. Cfr. sobre los requisitos en particular el art. 17 del Estatuto de la CPI.

23. Inc. 6 del preámbulo del Estatuto de la CPI ("Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales"). Véase al respecto TRIFFTERER, en: TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, Preamble Rn. 16.

24. La colaboración de los Estados en materia de asistencia judicial y entrega de personas a la Corte, imprescindibles para el castigo de los crímenes internacionales por la CPI, está en cambio asegurado en el Estatuto de Roma a través de un vasto catálogo de obligaciones, cfr. arts. 86 ss. del Estatuto de la CPI. También sirve de modo inmediato al aseguramiento de la actividad de la CPI la obligación de los Estados conforme al art. 70 del Estatuto de hacer extensivas las leyes penales que castiguen la integridad de su propio procedimiento a los delitos contra la administración de justicia por parte de la CPI. El cumplimiento de estas obligaciones de cooperar por parte de Alemania está garantizado por la Ley para la Ejecución del Estatuto de Roma, que entró en vigencia al mismo tiempo que el Estatuto de Roma (véase nota 4).

25. Tradicionalmente se comprende que las obligaciones preexistentes de los Estados en los casos de crímenes de guerra y genocidio de "tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales" o "establecer sanciones penales eficaces"; como lo establecen los art. 129 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (BGBl. 1954 II, p. 838) y 146 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (BGBl. 1954, II, p. 917), además del art. 5 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (BGBl. 1954 II, p. 729), tampoco importan una obligación de recibir normas penales internacionales en el Derecho interno. Cfr. KRESS (nota 1), p. 5; WERLE JZ 2000, pp. 755, 757; ZIMMERMANN ZRP 2002, 97, 98.

26. Cfr. BROOMHALL, *Nouvelles Études Pénales* 13 (1999), 113, pp. 148 ss.; SCHABAS, *Human Rights Law Journal* 20 (1999), pp. 157, 160; WERLE JZ 2001, p. 886.

para el adecuado castigo de los crímenes internacionales<sup>27</sup>.

### III. Normas específicas del nuevo Código Penal Internacional Alemán

Ya a la fecha de la firma del Tratado de Roma, el nueve de diciembre de 1998, existía la intención declarada del gobierno federal de adecuar el Derecho Penal alemán al Estatuto. Con el fin de realizar de este propósito se formó en octubre de 1999 un grupo de trabajo en el Ministerio Federal de Justicia<sup>28</sup>. En mayo del año 2001, este grupo dio a conocer el "*Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Völkerstrafgesetzbuches*" (borrador para una ley de introducción a un Código Penal Internacional, en adelante AEVStGB)<sup>29</sup>. Las reglas de este borrador, que en su mayoría fueron adoptadas por el proyecto de ley del gobierno<sup>30</sup>, han sido ya examinadas en detalle en otro artículo<sup>31</sup>. El 22 de marzo del año 2002 tuvo lugar la primera lectura en la Cámara Baja del Parlamento Federal<sup>32</sup>. Considerando las leves modificaciones recomendadas por la comisión de Derecho<sup>33</sup>, la Cámara Baja aprobó unánimemente la ley el 24 de abril del mismo año<sup>34</sup>. La Cámara Alta, que había convocado a una comisión mediadora<sup>35</sup>, no opuso objeciones a la ley.

Por medio del Código Penal Internacional, el legislador adecua el Derecho Penal alemán a las nuevas condiciones políticas y jurídicas. En un primer plano se encuentra la tipificación de los

crímenes; la normativa de la parte general es complementada y modificada sólo en cuanto es necesario. Además se prevé la aplicabilidad del Derecho Penal alemán para crímenes internacionales cometidos en el extranjero.

#### 1. Los tipos penales

Los delitos contra el Derecho Internacional están contenidos en la segunda parte del Código Penal Internacional.

a) El tipo penal de genocidio es trasladado desde el Código Penal al § 6 VStGB. Comprende conductas perpetradas con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, racial, religioso o étnico, como tal. Dando cuenta del modo en que hasta la fecha se había comprendido el tipo penal, se deja ahora explícitamente en claro que el crimen puede darse por consumado aunque el ataque esté dirigido en contra de una sola persona<sup>36</sup>.

b) El tipo penal de los crímenes de lesa humanidad contenido en el § 7 VStGB cierra una laguna en el Derecho Penal alemán. Se penalizan determinadas conductas inhumanas cometidas como parte de un ataque sistemático o generalizado en contra de una población civil. El § 7 VStGB se ciñe al art. 7 del Estatuto de la CPI y distingue entre los elementos de contexto en el encabezado del artículo (*Gesamtat*), es decir, el ataque sistemático o generalizado en contra de una población civil, y los actos inhumanos en particular (*Einzeltaten*)<sup>37</sup>. Como actos inhumanos son mencionados el homicidio (N° 1), el ex-

27. Véase además CASSEL, *New England Law Review* 35 (2001), pp. 421, 423 ("occasion and stimulus"); SATZGER NSfZ 2002, pp. 125, 127; ZIMMERMANN ZRP 2002, pp. 97, 98.

Lo expresado para la recepción de tipos penales vale también de modo similar para extensión de la competencia estatal a delitos cometidos en el extranjero. La obligación de perseguir a la que se hace hincapié en el preámbulo del Estatuto de Roma se refiere, según opinión mayoritaria, a la persecución de delitos cometidos en el territorio del Estado (véanse las referencias en la nota 100). Sin embargo, se corresponde también con el espíritu y plan del Estatuto que los Estados creen las condiciones para, dado el caso, colaborar como terceros Estados con la aplicación del Derecho Penal Internacional.

28. Al grupo expertos pertenecieron, además de funcionarias y funcionarios especializados del Ministerio Federal de Justicia, del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio Federal de Defensa, seis científicos de las áreas de Derecho Penal y Derecho Internacional (KAI AMBOS, HORST FISCHER, CLAUS KRESS, THOMAS WEIGEND, ANDREAS ZIMMERMANN Y GERHARD WERLE).

29. Bundesministerium der Justiz (Ministerio Federal de Justicia, ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs mit Begründung*, 2001.

30. BT-Drucks. 14/8524.

31. WERLE JZ 2001, pp. 885 ss.

32. Plenarprotokoll 14/228, pp. 22681 ss.

33. Véanse *Beschlussempfehlung* (Recomendación de Acuerdo) e Informe, BT-Drucks. 14/8892.

34. Plenarprotokoll 14/233, pp. 23267 ss.

35. BT-Drucks. 360/02.

36. Cfr. § 6 N° 1, 2 y 5 VStGB. Para la interpretación del § 220a StGB en su versión antigua, cfr. LK-Jähnke, StGB. 11ª ed., § 220a.

37. Cfr. E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 20; en coincidencia con el E.M. AEVStGB (nota 29), pp. 40 ss. Fundamental en cuanto a la estructura del delito internacional MARXEN, en: LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* vol. III: Makrodelinquenz, 1998, pp. 220 ss.

terminio (N° 2), la esclavitud (N° 3), la deportación (N° 4), la tortura (N° 5), la coacción sexual (N° 6), la desaparición forzada (N° 7), el sometimiento a graves daños físicos o mentales (N° 8), la privación de libertad (N° 9), así como la persecución (N° 10). Estos actos inhumanos adquieren la calidad de delitos contra el Derecho internacional sólo a través de su relación funcional con los elementos de contexto en el encabezado del artículo. A diferencia del Estatuto de Roma, el § 7 VStGB prevé numerosas calificaciones del tipo penal, como también delitos de resultado. Son considerados además casos menos graves.

c) El segundo párrafo regula los crímenes de guerra cometidos en el contexto de conflictos armados internacionales (*Kriegsverbrechen*, en adelante "crímenes de guerra") o internos (*Bürgerkriegsverbrechen*, en adelante "crímenes de guerra civil")<sup>38</sup>. Se trata de una incorporación al Derecho interno del art. 8 del Estatuto de la CPI y del Primer Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra<sup>39</sup>. También es incorporado, en la medida en que sus normas han pasado a constituir Derecho Internacional Consuetudinario, el Segundo Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado<sup>40</sup>. Las reglas del párrafo segundo del Código Penal Internacional se apartan del art. 8 del Estatuto de la CPI sobre todo por el tratamiento conjunto de las normas penales aplicables en conflictos armados internacionales e internos. El criterio ordenador de los §§ 8 a 12 VStGB no es el carácter del conflicto, sino la diferenciación entre la protección de personas y propiedad de una parte (Derecho de Ginebra) y la limitación del empleo de ciertos métodos y medios de conducción de la guerra (Derecho de La Haya)<sup>41</sup> de otra. La distinción según el tipo de conflicto tiene cabida en las normas del Código sólo en cuanto el estado actual del Derecho Internacional consuetudinario prohíbe el igual tratamiento de conflictos armados internacionales e internos.

Al comienzo del segundo párrafo se encuentran los crímenes de guerra contra las personas.

El § 8 inc. 2 VStGB es aplicable en conflictos armados tanto internacionales como internos y comprende en particular el homicidio (N° 1), la toma de rehenes (N° 2), el tratamiento cruel o inhumano (N° 3), la coacción sexual (N° 4), el reclutamiento o utilización de niños como soldados (N° 5), la deportación (N° 6), la imposición de castigo sin debido proceso (N° 7), sometimiento a ensayos médicos o amputaciones de órganos (N° 8) y el tratamiento denigrante o degradante (N° 9). En la mayoría de los casos sólo son conductas típicas las que estén dirigidas en contra de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario (§ 8 inc. 6 VStGB). El § 8 inc. 3 VStGB contiene los pocos delitos que sólo pueden ser cometidos en conflictos armados internacionales. Se trata aquí de demora injustificada en la repatriación de prisioneros de guerra (N° 1), el traslado de la población civil de la potencia ocupante (N° 2), así como también la coacción a prestar servicios en las fuerzas armadas enemigas (N° 3) o en operaciones bélicas del enemigo (N° 4). Los §§ 9 y 10 tratan de crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos, además de crímenes de guerra contra operaciones humanitarias y emblemas. Una materia fundamental del Derecho de La Haya está regulada en el § 11 VStGB, que penaliza el empleo de métodos de guerra prohibidos. El inciso primero, aplicable tanto para conflictos armados internacionales como internos, criminaliza los ataques contra personas civiles (N° 1) y contra objetos civiles (N° 2), así como ataques que puedan conllevar a daños civiles desproporcionados (N° 3). Están comprendidos además el uso de personas como escudos humanos (N° 4), el causar la inanición de la población civil (N° 5), la orden o amenaza de que no se dará cuartel (N° 6), así como el matar o herir a traición a combatientes enemigos, sean o no miembros de las fuerzas armadas de un Estado (N° 7). Los crímenes de guerra referidos al empleo de medios de conducción de la guerra, otra materia central del Derecho de La Haya, están tipificados en el § 12 VStGB. Allí se penalizan, independientemente de que se produzca o no un daño en el caso con-

38. Un análisis exhaustivo al respecto se encuentra en WERLE/NERLICH, *Humanitäres Völkerrecht- Informationsschriften* (2002) pp. 124 ss.

39. Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (BGBl. 1990 II, p. 1551). En la actualidad se reconoce el carácter de Derecho Internacional consuetudinario de la mayoría de las normas del primer protocolo adicional. Cfr. Greenwood, en: FLECK (ed.), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, 1994, p. 127.

40. Segundo Protocolo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado. La Haya, 26 de marzo de 1999. Véase al respecto E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 23.

41. Para la distinción entre el Derecho de Ginebra y el Derecho de La Haya, cfr. IPSEN, in: IPSEN, *Völkerrecht*, 4ª edición, 1999, § 63 Rn. 8.

creto, la utilización de veneno o armas envenenadas (N° 1), de armas biológicas o químicas (N° 2) y de la denominada munición dum-dum (N° 3).

d) El crimen de agresión no está tipificado en el Código Penal Internacional. A diferencia de lo ocurrido con el § 220a StGB en su versión antigua, la regulación de los §§ 80 a 80a StGB no fue trasladada al nuevo Código. Considerando el estado del Derecho Internacional, reflejado en el Estatuto de Roma, la reserva del legislador es consecuente. El crimen de agresión aún no cuenta con contornos claros, el art. 5 del Estatuto de la CPI ha sido "congelado"<sup>42</sup>. La (correcta) decisión del legislador de prescindir de un paso en solitario y esperar por lo pronto la progresiva evolución del Derecho Internacional sobre la materia, tuvo sin embargo como efecto la imposibilidad de hacer uso de la oportunidad de cumplir cabalmente con el deber de penalizar del art. 26 GG<sup>43</sup>, concerniente a la guerra de agresión como núcleo del crimen de agresión.

## 2. Regulaciones relativas a la parte general

En el Código Penal Internacional se encuentra una parte general reducida, en comparación con el Estatuto de Roma, a lo absolutamente imprescindible (§§ 1 a 5)<sup>44</sup>. Como norma central, el § 2 dispone la aplicabilidad del Derecho Penal general como regulación supletoria, en cuanto el Código Penal Internacional no contenga regulaciones especiales. Como consecuencia de lo anterior, son aplicables a la imputabilidad de crímenes internacionales, entre otras, las normas generales en cuanto a dolo, error, legítima defensa<sup>45</sup>, estado de necesidad, autoría y participación, así como también en cuanto a la omisión. El Código Penal Internacional sólo adopta regulaciones especiales para la actuación bajo órdenes y la responsabilidad de los jefes militares y otros superiores, así como para la prescripción.

El § 3 VStGB regula, apoyándose en el Estatuto de la CPI, una causa de exclusión de la culpabilidad para el caso de la comisión de un crimen de guerra en cumplimiento de una orden militar, siempre que el autor no conozca la antijuridicidad de la orden y dicha antijuridicidad no sea evidente. Lo mismo vale para órdenes civiles con igual carácter vinculante que las órdenes militares. La regulación dogmáticamente accidentada del Estatuto de Roma en cuanto a la responsabilidad de los superiores (art. 28 del Estatuto de la CPI) es descompuesta en el Código Penal Internacional en tres disposiciones diferentes<sup>46</sup>. § 4 VStGB determina una obligación de garante para el jefe militar o superior civil en cuanto a los delitos de sus subordinados. El incumplimiento de su obligación de vigilancia y el hecho de no denunciar un delito cometido por un subordinado están regulados en normas penales especiales con penalidad rebajada (§§ 13, 14 VStGB). Por último, el § 5 VStGB excluye, en conformidad con el Estatuto de Roma, la prescriptibilidad del genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Para los simples delitos tipificados en los §§ 13 y 14 del Código Penal Internacional tienen validez las normas generales de prescriptibilidad.

## 3. Vigencia para actos cometidos en el extranjero

El § 1 VStGB dispone la extensión del principio de justicia universal, hasta ahora sólo contemplado para genocidio<sup>47</sup> y crímenes de guerra<sup>48</sup>, a todos los delitos tipificados en el Código Penal Internacional<sup>49</sup>, aun cuando el acto se haya cometido en el extranjero y no presente relación con el territorio nacional. Así, el Derecho alemán es aplicable en todo caso, siendo indiferente dónde, por quién o contra quién las conductas han sido cometidas. El único vínculo

42. Cfr. HUMMIRICH, *Das völkerrechtliche Verbrechen der Aggression*, 2001; ZIMMERMANN, en: TRIFFTERER (Fn. 23), art. 5 Rn, pp. 16 ss.

43. Véase al respecto *supra* notas 15 y 16.

44. Acerca de las razones, *infra* parte IV.4.

45. La regulación especial de la legítima defensa prevista hasta el AEVStGB [§ 3 AEVStGB; cfr. sobre el particular E.M. (nota 19), p. 35 y WERLE, JZ 2001, 885, 891] no fue contemplada en el RE. La E.M. del RE (BT-Drucks. 14/8524, p. 15) considera prescindible la adopción de una norma especial, considerando que ya con la aplicación del § 32 StGB se llegaría a resultados compatibles con el Estatuto.

46. Véase sobre el particular WEIGEND, en: SCHÜNEMANN et al. (ed.), *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 1375, 1939 ss.

47. Antiguo § 6 N° 1 StGB.

48. § 6 N° 9 StGB en relación con las Convenciones de Ginebra. Sobre la pregunta planteada en BGHSt 46, pp. 292, 302, sobre el alcance de esta reglamentación para los "crímenes de guerra civil", véase WERLE JZ 2000, pp. 755, 759.

49. Para los delitos tipificados en los §§ 13 y 14 VStGB rigen las normas generales de competencia territorial de los §§ 3 ss. StGB.

("Anknüpfungspunkt") exigible para la aplicabilidad del Derecho Penal alemán es la calidad del injusto contenido en las conductas. Más allá de lo anterior, no es exigible ninguna relación específica entre la conducta y Alemania para la aplicabilidad del Derecho Penal alemán. La jurisprudencia divergente del BGH sobre el principio de justicia universal según la antigua versión del § 6 N° 1 StGB<sup>50</sup> carece así de importancia para la aplicabilidad del Código Penal Internacional.

#### IV. Perfiles Jurídicos

El legislador alemán ha tomado en serio el modelo de administración de justicia basado en distribución del trabajo que constituye el fundamento del principio de complementariedad, y con el Código Penal Internacional ha sentado las bases de un "Derecho Penal Internacional alemán". El Código Penal Internacional crea las condiciones para que Alemania aporte al desarrollo e imperio del Derecho Penal Internacional del modo esperado por la comunidad jurídica internacional. La importancia de la ley no se agota en la incorporación del Derecho Penal Internacional en el Derecho alemán. La ley presenta además importantes dimensiones internacionales: sea mencionada la posible función de modelo para la implementación del Estatuto en otros Estados<sup>51</sup>. De otro lado, el Código Penal Internacional actúa también inmediatamente sobre el Derecho Penal Internacional: como expresión de la práctica estatal y *opinio juris* aporta directamente a la concreción<sup>52</sup> y consoli-

dación del Derecho Penal Internacional vigente<sup>53</sup>.

#### 1. Posición favorable al Derecho Penal Internacional (Völkerrechtsfreundlichkeit)

El impulso esencial para la recepción del Derecho Penal Internacional en el ordenamiento jurídico alemán y la creación del Código Penal Internacional lo dio el cambiado clima jurídico-político en Alemania, que ya no está imbuido de escepticismo y rechazo, sino de la aspiración a contribuir activamente a formar y promover el Derecho Penal Internacional. Este ánimo favorable al Derecho Penal Internacional desdobra sus efectos incluso en el tenor de las disposiciones particulares.

El motivo rector de la nueva legislación es la recepción del Derecho Penal Internacional en el ordenamiento jurídico alemán del modo más completo y fiel posible. La tensa relación entre la meta de la mayor fidelidad posible a las disposiciones del Estatuto de Roma de una parte y los requerimientos del Derecho Constitucional y Derecho Penal alemanes de otra, intenta ser resuelta en el Código Penal Internacional a favor del Derecho Penal Internacional. En cuanto las normas obligatorias de Derecho Constitucional y Derecho Penal lo permiten, el Código Penal Internacional adopta la posición que de mejor modo se ajuste al Derecho Penal Internacional vigente. Sólo en cuanto las normas vinculantes del Derecho Constitucional alemán lo hacen necesario o en cuanto es posible sin afectar la sustancia, el Código Penal Internacional se aparta de las normas del Estatuto de Roma. La necesidad

50. Cfr. la más reciente jurisprudencia en BHGSt 45, 64, 66 = JZ 1999, 1176 (con comentario de WERLE); distinto para el § 6 N° 9 StGB, pero BGHSt 46, pp. 292, 306 s. (*obiter dictum*); abierto en BVerfG JZ 2001, pp. 975, 980 (con comentario de KANDELBACH). Contra el requerimiento adicional de un vínculo legitimador ("*legimierender Anknüpfungspunkt*") de la aplicación del Derecho Penal alemán, ESER et al. (ed.) *Festschrift für Meyer-Gossner*, 2001, S. pp. 3 ss. y WERLE JZ 1999, pp. 1181, 1182.

51. Información general sobre los desarrollos en el extranjero se encuentra en <http://www.legal.coe.int/criminal/icc>; cfr. además KRESS/LATTANZI (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders* (1), 2000; STAHN, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* 2000, pp. 200 ss.; JESSBERGER/POWELL, *South African Journal of Criminal Justice* 14 (2001), pp. 344, 352 ss.

52. Como resultado de la vigencia del principio de justicia universal establecida por el § 1 VStGB para los crímenes internacionales y la consecuente necesidad de orientación por estado actual del Derecho Internacional consuetudinario vigente que le acompaña, no está contemplado que el Código Penal Internacional tenga el efecto de hacer evolucionar el Derecho Penal Internacional. Cfr. también SATZGER NSTZ 2002, pp. 125, 132.

53. Así también E.M., BT-Drucksache 14/8524, p. 12. Coincidente, E.M. AEVStGB (nota 29), p. 22.- De significación para el Derecho Penal Internacional son las legislaciones estatales y la jurisprudencia de tribunales nacionales sobre todo en relación con la formación del Derecho Internacional consuetudinario y de los principios generales de Derecho. Cfr. HEINTSCHEL VON HEINEGG, en: IPSEN (Fn. 41), § 16, s. En la jurisprudencia de tribunales internacionales se encuentran numerosos fallos que se remiten al Derecho Penal alemán y a la jurisprudencia de tribunales alemanes, como asimismo a los proyectos del Código Penal Internacional alemán. Cfr. por ejemplo, TPIY, 02.08.2001 (IT-98-33-T, KRISTIC), p. 579; CIJ, 14.02.2001 (DR Congo v. Bélgica, disponible bajo <http://www.icj-cij.org>; al respecto WEISS JZ 2002, p. 696), opinión disidente de los jueces Higgins, Kooijmans y Buergenthal, p. 20 ("It should be noted, however, that the German Government on 16 January 2002 has submitted a legislative proposal to the German Parliament, section 1 of which provides: (texto del § 1 VStGB)").



de efectuar modificaciones se presentó en un primer plano como resultado de los estrictos requerimientos de la *Grundgesetz* en cuanto a la especificidad de las leyes penales<sup>54</sup>. Adaptaciones a la técnica legislativa alemana, que dejan intacto el contenido de las normas, atañen por ejemplo la formulación activa de los tipos penales<sup>55</sup> o la regulación conjunta del tipo penal y la definición legal en el § 7 VStGB.

## 2. Principio de legalidad

Mucho tacto en materia legislativa requirió el acabado de las disposiciones del Código Penal Internacional en lo relativo al principio de legalidad. El art. 103 inc. 2 GG obliga al legislador a describir los requisitos y efectos jurídicos de la punibilidad de una conducta de modo tan exacto, que el alcance y campo de aplicabilidad de los tipos penales sean reconocibles para los destinatarios de la norma en el mismo texto legal, y sean susceptibles de investigación y concreción por medio de la interpretación<sup>56</sup>. La aplicación inmediata de las normas penales del Derecho Internacional queda entonces excluida, del mismo modo que la recepción total y sin reservas del Derecho Penal Internacional material por medio de una remisión global, por ejemplo, al Estatuto de Roma<sup>57</sup>. Lo anterior ha sentado las piedras angulares para la recepción del Derecho Penal Internacional en el ordenamiento jurídico alemán: cabía considerar una adecuación del Derecho Penal alemán al Estatuto de Roma sólo como modificatoria, sobre todo en la medida en que el principio de taxatividad del ordenamiento jurídico alemán hiciera necesaria una mayor precisión en la recepción del Derecho Penal Internacional material.

En conclusión, el legislador alemán ha sido exitoso en cumplir con las exigencias de la es-

pecificidad legal, sin abandonar la sustancia de la "norma madre" de Derecho Penal Internacional<sup>58</sup>. El estrecho engranaje de las normas penales con las normas de prohibición que le sirven de base —sobre todo en cuanto a crímenes de guerra— hace ciertamente imprescindibles reiteradas referencias al Derecho Internacional<sup>59</sup>. En general no es evitable, además, el empleo de términos de contenido jurídico indeterminado<sup>60</sup>. Sin embargo, cabe tener en consideración que en relación con la recepción de normas de Derecho Internacional en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, los requerimientos de determinación de la ley no deben ser exagerados. Esto se deduce del principio de *Völkerrechtsfreundlichkeit* (favorecimiento del Derecho Internacional)<sup>61</sup> en la *Grundgesetz*. Según este principio, el legislador cuenta con un margen de libertad ampliado para la implementación de normas de Derecho Internacional en el orden jurídico estatal<sup>62</sup>. Una distensión de los requerimientos de la especificidad legal se sigue además de la finalidad del principio de taxatividad de proteger a los destinatarios de la norma por medio de la predictibilidad del Derecho. Se corresponde con los principios generales, que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados no conlleva reparos cuando la norma de que se trata sólo tiene como destinatarios a personas cuya educación o experiencia práctica permiten presuponer regularmente ciertos conocimientos específicos, y las normas legales en cuestión toman como referencia dichos conocimientos<sup>63</sup>. Este será regularmente el punto de partida, en especial para los crímenes de guerra, ya que las normas del Derecho Internacional de Guerra están dirigidas en primera línea a un círculo de personas específicamente familiarizados con la materia.

54. Al respecto, Parte IV.2.

55. Véase en general acerca de la necesidad de armonización técnica, E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 13, y E.M. AEVStGB (nota 29), pp. 22 ss.

56. Según la jurisprudencia asentada; el fallo más reciente del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) NStZ 2002, pp. 247, 248

57. Cfr. en mayor detalle WERLE JZ 2001, 885, pp. 886 ss.

58. Escéptico, SATZGER NStZ 2002, pp. 125, 131 (el VStGB requeriría aun un último retoque de Estado de Derecho para dejarlo acorde con los requerimientos del art. 103 abs. 2 GG).

59. Véanse los ejemplos *infra* (nota 68).

60. Cfr. por ejemplo § 7 inc. 1 N° 3 ("esclavice"), § 9 inc. 1 ("saqueo").

61. Véase al respecto BVerfGE 18, pp. 112, 121; 75, 1, 17; en mayor detalle TOMUSCHAT, en: ISENSEE/KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrecht*, tomo VII (1992), § 172 Rn. Pp. 28 ss., 32.

62. Cfr. además SATZGER NStZ 2002, pp. 125, 130. La obligación constitucional de especial favorecimiento del Derecho Internacional en forma del mandato de interpretación favorable al Derecho Internacional concierne también al mismo Derecho Constitucional; cfr. JARASS/PIEROOTH, GG, 5ª edición, 2000, art. 25 Rn. p. 4.

63. Cfr. BVerfGE 48, 48, 57; SCHÖNKE/SCHRÖDER-ESER, StGB, 26ª edición, 2001, § 1 Rn. pp. 17, 20.

### 3. Codificación global modificatoria

El Código Penal Internacional resume el Derecho Penal Internacional vigente en Alemania en el formato de una codificación global en gran medida independiente<sup>64</sup>. Frente al camino alternativo de agregar un nuevo párrafo al Código Penal, el formato elegido refuerza y pone de relieve la importancia del tema<sup>65</sup>. El resumen de la materia jurídica en un cuerpo legal propio aparece digno de preferencia sobre todo con miras a los efectos internacionales jurídico-políticos. Al mismo tiempo, se mejoran así ostensiblemente la accesibilidad y claridad en la disposición de la materia jurídica<sup>66</sup>.

La estrecha relación con las normas de prohibición de Derecho Internacional, de una parte, y la decisión del legislador de intercalar la materia en el Derecho Penal alemán general, de otra, hicieron imprescindibles las remisiones al Derecho Penal alemán general<sup>67</sup> y al Derecho Internacional, en especial al Derecho Internacional Humanitario<sup>68</sup>, en algunos puntos.

### 4. Primado de la parte especial

Un rasgo caracterizador del Código Penal Internacional es la concentración en la parte especial. La ley sigue el principio de marcar las zonas de punibilidad del modo lo más cercano posible a las normas de Derecho Internacional (aunque más preciso, en consideración al principio de taxatividad). Los tipos penales del art. 6 a 8 del Estatuto de la CPI son reproducidos en gran medida. En la parte general, el Código Penal Internacional toma en camino opuesto, aun-

que en el Estatuto de Roma se encuentra (por primera vez) una amplia regulación también a ese respecto. Las reglas generales del Estatuto de Roma sólo son reproducidas como excepción. En lugar de ello, el Código Penal Internacional ordena en su § 2 la aplicabilidad del Derecho Penal alemán general como principio. El legislador sólo vio la necesidad de regular algunas materias específicas.

El primado de la parte especial toma en consideración la circunstancia de que la parte general del Derecho Internacional Penal está aún en ciernes<sup>69</sup>, mientras el Derecho Penal alemán dispone de una parte general sistemática, dogmáticamente coherente y probada en la práctica. Pero sobre todo son esquivadas de este modo las inevitables fricciones dogmáticas que se suscitarían como consecuencia la creación de una parte especial "paralela" y especial para los crímenes internacionales. Esta abstención del legislador es posibilitada porque las diferencias entre la parte general del Derecho Penal alemán y la parte general del Derecho Penal Internacional son desconcertantemente mínimas<sup>70</sup>, de modo que sólo prescindiendo de regulaciones especiales se evita poner en tela de juicio la aspirada congruencia de los fines perseguidos por el Código Penal Internacional y el Estatuto de Roma.

### 5. Orientación conforme al Derecho Internacional consuetudinario

El Código Penal Internacional confirma el Derecho Internacional consuetudinario vigente. En todas las ocasiones en que el Estatuto de Roma se queda atrás frente a los standards estableci-

64. En mayor detalle acerca de las restantes opciones de implementación de Estatuto de Roma, WERLE JZ 2001, pp. 885, 886 ss.

65. Cfr. Además SATZGER NStZ 2002, pp. 125, 126.

66. Véase al respecto KRESS (nota 1), pp. 19 ss.; SATZGER NStZ 2002, pp. 125, 126; WERLE JZ 2001, pp. 885, 888; ZIMMERMANN ZRP 2002, pp. 97, 99.

67. Cfr. por ejemplo el § 2 VStGB. En los §§ 6 a 14 se hacían altamente convenientes remisiones a normas del StGB (a modo de ejemplo, al § 226 StGB, cfr. el § 6 inc. 1 N° 2 o el § 7 inc. 1 N° 8 VStGB) para satisfacer los requerimientos del principio de legalidad.

68. Por ejemplo, el crimen de lesa humanidad de persecución según el § 7 inc. 1 N° 10 VStGB. Según dicha disposición, se comete "persecución" cuando se priva o limita Derechos Humanos por motivos reconocidos como inadmisibles según las normas generales de Derecho Internacional. También la punibilidad por el crimen de guerra de sometimiento a una pena sin debido proceso según el § 8 inc. 1 N° 7 VStGB depende del respeto de las garantías legales exigidas por el Derecho Internacional. En la E.M. (BT-Drucks. 14/8524, p. 27; coincidente, E.M. AEVStGB (nota 29), pp. 58 ss.) se concreta este elemento del tipo con la remisión al art. 75 del Primer Protocolo Adicional (nota 39) y al art. 6 del Segundo Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del 12.08.1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (BGBl. 1990 II, p. 1637).

69. Una completa revisión ha sido presentada hace poco por AMBOS (*Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze zur Dogmatisierung*, 2002); véase además WEIGEND, en: SCHÜNEMANN et al. (nota 46), pp. 1375 ss.; KRESS, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* 1999, pp. 4 ss.

70. Incluso los objetivos a los que se apunta con la aplicación de los §§ 3 y 4 VStGB serían alcanzables en gran medida en el marco de los §§ 13 y 14 StGB; así también E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 18 y E.M. AEVStGB (nota 29), pp. 36 ss.

dos por las normas consuetudinarias del Derecho Penal Internacional<sup>71</sup>, el Código Penal Internacional sigue al Derecho Penal Internacional consuetudinario. Esto aparece claramente si tomamos como ejemplo la implementación de la persecución como crimen de lesa humanidad en el § 7 inc. 1 N° 10 VStGB. El requisito exigido en el art. 7 inc. 1, h) del Estatuto de Roma en cuanto a la relación entre la conducta de persecución y otro crimen en contra del Derecho Internacional no se condice con el actual estado del Derecho Internacional consuetudinario<sup>72</sup>. Consecuentemente, este elemento del tipo no se recepcionó en el Código Penal Internacional.

El Derecho Internacional consuetudinario se ofrece además como punto de orientación siempre que una redacción poco clara o contradictoria de las disposiciones del Estatuto de Roma demanda mayor precisión. Un ejemplo con notables repercusiones lo constituye el dolo. En el Estatuto de Roma, el tipo subjetivo está regulado sólo de modo deficiente<sup>73</sup>. Si según la poco afortunada regla del art. 30 del Estatuto de la CPI basta para fundar la punibilidad que el autor se conforme consintiendo la consecuencia de un hecho que se representa sólo como posible o si se requiere dolo directo, es un punto controvertido<sup>74</sup>. El texto del Estatuto de Roma permite ambas lecturas. En cuanto el § 2 VStGB determina la aplicabilidad de las reglas del Derecho Penal alemán general referidas al dolo a los crímenes internacionales, el Código Penal Internacional se posiciona: Punible es, entonces, también la comisión de un crimen internacional

sólo con dolo eventual<sup>75</sup>. Prescindir de la incorporación en el Código Penal Internacional de una definición de dolo más estricta no solamente evita contradicciones de valoración<sup>76</sup>; la postura concuerda además con numerosas decisiones de los tribunales penales internacionales sobre el estado del Derecho Internacional consuetudinario<sup>77</sup>. La aplicabilidad del Derecho Penal alemán general dispuesta en el § 2 VStGB consigue además aclarar el punto concerniente a la punibilidad de delitos de omisión impropia. En el Estatuto de Roma se dejó la pregunta conscientemente abierta, reservándola a la jurisprudencia de la CPI<sup>78</sup>. Para la represión de crímenes internacionales por la justicia penal alemana, el Código Penal Internacional pone en claro que en adelante también la omisión de una conducta en incumplimiento de un deber puede realizar el tipo penal de un crimen internacional, según los §§ 2 VStGB y 13 StGB. También en este caso, la reglamentación favorable al Derecho Internacional en el Código Penal Internacional se apoya en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales<sup>79</sup>.

## 6. Sistematización y reordenamiento

Contribuye al perfil independiente del Código Penal Internacional la sistematización y ordenamiento de las reglas de Derecho Penal Internacional. Mientras en la conferencia de plenipotenciarios de Roma debía darse absoluta preferencia a la necesidad de un acuerdo en la redacción de las disposiciones, el legislador

71. A este respecto, el art. 10 del Estatuto de la CPI deja en claro que el Derecho Internacional consuetudinario vigente (o en formación) no es desplazado por el Estatuto de Roma. Cfr. SADAT, *The International Court and the Transformation of International Law*, 2002, p. 261, y las referencias *infra* (nota 80).

72. Cfr. TPIY, 14.01.2000 (IT-95-16-T, KUPRESCIC), p. 580.

73. Art. 30 del Estatuto de la CPI; en mayor detalle, AMBOS (nota 69), pp. 757 ss.

74. Según la opinión dominante, el art. 30 del Estatuto de la CPI exigiría dolo directo, cfr. AMBOS (nota 69), p. 805; SCHABAS, *Introduction to the International Criminal Court*, 2001, p. 86; WEIGEND, (nota 69), pp. 1375, 1390. En este sentido además, E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 15, y E.M. AEVStGB (nota 29), p. 27; diside (inclusión del dolo eventual) PIRAGOFF, en: *Triffterer* (nota 23), art. 30 Rn. 22.

75. Cfr. en general sobre los requisitos del *dolus eventualis* sólo LACKNER/KÜHL, StGB, 24. edición, 2001, § 25 Rn., pp. 23 ss.

76. Acertadamente se señala en la E.M. que en el caso de los crímenes del Código Penal Internacional, su comisión con dolo eventual no puede ser vista como menos reprochable que en los demás casos del Derecho alemán. Cfr. BT-Drucks 14/8524, p. 15; coincidente, E.M. AEVStGB (nota 29), p. 27.

77. Cfr., por ejemplo, para el homicidio doloso como conducta en los crímenes de lesa humanidad y en los crímenes de guerra TPIY, 16.11.1998 (IT-96-21-T, DEDALIC), p. 439; 14.01.2000 (IT-95-16-T, KUPRESCIC), p. 561; TPIR, 27.01.2000 (ICTR-96-13-T, MUSEMA), p. 215. Cfr. para los requerimientos en la parte subjetiva respecto de los elementos de contexto en el encabezado del artículo en los crímenes de lesa humanidad TPIY, 12.06.2002 (IT-97-25-T, KRNOJELAC), p. 59. Véase además SADAT (nota 71), p. 210.

78. Cfr. SALAND, en LEE (ed.), *International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, 2000, pp. 189, 212. También en Alemania la dogmática sobre los delitos de omisión impropia fue desarrollada exclusivamente por la jurisprudencia y doctrina hasta la introducción del § 13 en el StGB con la segunda ley de reforma penal (2. StRG); cfr. por ejemplo LK-HEIMANN-TROSIEN/WOLFF, StGB, 9ª edición, Einleitung, Rn. 116 ss.

79. Cfr. a saber TPIY, 07.05.1997 (IT-94-1-T), TADIC) p. 626; 25.06.1999 (IT-95-14/1-T, ALEKSOVSKI), p. 55; 16.11.1998 (IT-96-21-T, DEDALIC), pp. 474, 494; TPIR, 27-01-2000 (ICTR-96-13-T, MUSEMA), p. 215.

alemán fue notablemente más libre en la implementación de Derecho Penal Internacional. Esto lleva a una condensación y reordenamiento de las regulaciones, que consiguen como efecto final una considerable mejora en cuanto a la buena disposición y consiguiente claridad jurídica de la materia. Sobre todo en el campo de los crímenes de guerra, el Código Penal Internacional se separa de las disposiciones del Estatuto de Roma. Mientras el art. 8 del Estatuto de la CPI comprende los crímenes de guerra en múltiples opciones de concreción del tipo, por separado para conflictos armados internacionales e internos, en el Código Penal Internacional tiene lugar una nueva estructuración a partir del bien jurídico protegido como criterio rector, fusionando los tipos penales coincidentes.

#### 7. Asimilación entre el Derecho Penal Internacional aplicable a conflictos armados internacionales e internos

Sin embargo, en el campo de los crímenes de guerra, la importancia del Código Penal Internacional no se agota en su nueva clasificación. El Código Penal Internacional aporta más bien en gran medida a la consolidación del Derecho Penal Internacional vigente en situaciones de guerra civil. La codificación de los "crímenes de guerra civil" en el Estatuto de Roma presenta un retraso frente al estado del Derecho Penal Internacional consuetudinario en la materia<sup>80</sup>. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha afirmado una amplia igualdad de tratamiento entre los "crímenes de guerra" y los "crímenes de guerra civil" según el Derecho Internacional consuetudinario<sup>81</sup>. También aquí el Código Penal Internacional sigue al Derecho Internacional

consuetudinario. Las regulaciones de los §§ 8 a 12 VStGB ponen de manifiesto la amplia coincidencia del Derecho Internacional de Guerra para el caso de conflictos armados internacionales e internos con la fusión de los tipos penales paralelos.

#### 8. Ponderación del injusto y determinación de los efectos jurídicos

El principio de taxatividad demanda del legislador no sólo precisiones en la redacción de los tipos penales, sino también la concreción de las normas del Estatuto de Roma<sup>82</sup>, muy generales respecto de los efectos jurídicos y graduación de la pena<sup>83</sup>. El Código Penal Internacional adjudica a los tipos penales marcos penales escalonados. La condena perpetua está prevista reiteradamente. Con excepción de los §§ 13 y 14 VStGB, los delitos tienen la categoría de crímenes en el Derecho alemán, vale decir, el mínimo de la pena iguala o sobrepasa un año de privación de libertad. A menudo, el mínimo de las penas privativas de libertad está elevado a diez, cinco, tres o dos años.

Guía<sup>84</sup> para la adjudicación de marcos penales fue la consideración de que la intensificación del injusto contenido en los crímenes tipificados en el Código Penal Internacional exige penas fundamentalmente más altas que los correspondientes tipos penales del Derecho Penal general<sup>85</sup>. Además, el sistema penal del Código Penal Internacional se basa en la afirmación de que como regla general los crímenes de lesa humanidad se presentan como el delito más grave frente a los crímenes de guerra, por lo que ameritan en general penas más elevadas<sup>86</sup>. Por último, en la determinación de escalas de marcos

80. Cfr. CONDORELLI, en: POLITI/NESI (eds.) *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2001, pp. 107 ss.; KRESS, *Israel Yearbook on Human Rights* 30 (2001), pp. 103, 132 ss.

81. Básico a este respecto, TPIY, 02.10.1995 (IT-94-1-AR-72, TADIC), pp. 96 ss.; véase además TPIR, 02.11.1998 (ICTR-96-4-T, AKA-YESU), p. 615.

82. Cfr. art. 77, 78 y 110 del Estatuto e la CPI, además las reglas 145 ss. en las Reglas de Procedimiento y Prueba (UN Doc. PC-NICC/2000/INF/3/Add.1).

83. El hecho de que el principio de taxatividad incluye también la determinación legal de la pena conminatoria fue confirmado hace poco por el BVerfG (JZ 2002, p. 552). Según la sentencia, la GG exige que en la reglamentación de los efectos legales de una conducta se incluyan los límites superior e inferior de la sanción.

84. Cfr. E.M., BT-Drucks. 14/9524, p. 18; coincidente E.M. AEVStGB (nota 29), pp. 33 ss.

85. Cfr. por ejemplo los delitos de lesiones (§ 223 StGB: pena privativa de libertad desde un mes hasta 5 años o pena pecuniaria; § 226 StGB: pena privativa de libertad desde uno hasta 10 años) con el crimen de lesa humanidad de tortura (§ 7 inc. 1 N° 4 VStGB: pena privativa de libertad desde 5 hasta 15 años).

86. Así también el TPIY, 07.10.1997 (IT-96-22-A, Erdemovic), p. 20. Es evidente que también el constituyente alemán supone que el crimen de genocidio representa el crimen internacional más grave frente a los crímenes de lesa humanidad y a los crímenes de guerra cuando en la E.M. del nuevo art. 96 inc. 5 GG señala que el realce del delito de genocidio y la sucesión de las materias individuales, debe hacer patente una ponderación similar a la del StGB, donde el asesinato se menciona antes de los demás delitos de homicidio. Cfr. BR-Drucks. 222/02, p. 2.

penales para los actos particulares se recurrió a su comparación con los marcos penales del Código Penal. Así ocurrió, por ejemplo, para las formas de comisión individuales de los crímenes de lesa humanidad<sup>87</sup>. También en la coordinación de los marcos penales se reconocen los esfuerzos del legislador de evitar en lo posible fricciones con el Derecho Penal alemán general, aquí con con el Derecho de sanciones y de graduación de la pena. Por ello es consecuente que se prescindiera de una elevación del límite superior de penas privativas de libertad temporales a los 30 años previstos en el Estatuto de Roma<sup>88</sup>. Con miras al principio de complementariedad, las diferencias que se perfilan entre la cuantía de la pena en la jurisprudencia de los tribunales alemanes y en la de la Corte Penal Internacional<sup>89</sup> no aparecen como dignas de reparos<sup>90</sup>.

El marco de penas fijado en el Código Penal Internacional considera sin embargo no sólo las demandas de especificidad de la *Grundgesetz*. Desde el punto de vista del Derecho Penal Internacional significan al mismo tiempo un considerable progreso respecto del Estatuto de Roma. La adjudicación de marcos penales concretos tiene el efecto de hacer visible la ponderación de los tres tipos penales y de los múltiples actos particulares en sus relaciones recíprocas. De este modo, el legislador alemán ofrece un trabajo pionero<sup>91</sup>.

## 9. Facultad persecutoria y obligación de perseguir

La República Federal Alemana reconoce su tarea de perseguir crímenes internacionales, incluso como tercer Estado. El § 1 VStGB dispone la validez del principio de justicia universal para el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. De este modo, el Código Penal Internacional comprende delitos cometidos en el extranjero en una extensión que busca comparación en el concierto internacional<sup>92</sup>. Este principio de justicia universal "puro" está flanqueado por una innovativa regulación procesal<sup>93</sup>. La discrecionalidad de que goza la fiscalía para los demás delitos cometidos en el extranjero según el § 153 StPO (*Strafprozessordnung*, código procesal penal) es estructurada y restringida<sup>94</sup>. Del recién introducido § 153f StPO resulta, también para crímenes internacionales cometidos en el extranjero, una obligación de investigar y perseguir, sobre todo cuando el imputado se encuentre en territorio alemán<sup>95</sup>. Según la Exposición de Motivos bastaría para el efecto una estancia temporal, por ejemplo, como pasajero en tránsito<sup>96</sup>. El hecho de encontrarse en el territorio nacional recibe el mismo tratamiento que el caso en que tal estancia "es esperable". Sólo existen posibilidades de sobreseimiento en caso de que el hecho carezca de

87. Mientras, por ejemplo, para las conductas homicidas como crímenes de lesa humanidad está contemplada la condena perpetua (§ 7 inc. 1 N° 1 VStGB), las lesiones graves como crimen de lesa humanidad sólo pueden ser castigadas con pena privativa de libertad de tres a 15 años (§ 7 inc. 1 N° 8 VStGB).- Del Derecho Penal general se conserva las posibilidades facultativas de atenuación para tentativa y complicidad. Cfr. § 2 VStGB en relación con los §§ 23 inc. 2, 27 inc. 2 StGB.

88. Art. 77 inc. 1, a) del Estatuto de la CPI permite la imposición de una pena privativa de libertad temporal hasta una duración máxima de 30 años. Como es sabido, la duración máxima de la pena privativa de libertad temporal según el § 38 inc. 2 StGB llega en cambio a los 15 años.

89. Las penas impuestas por Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda pueden ser considerados como posibles puntos de orientación para la graduación práctica de la pena en la futura Corte Penal Internacional. Las penas privativas de libertad temporales impuestas están en parte claramente por encima de los 15 años: 40 años (TPIY, 05.07.2001, IT-95-10-A, JELISIC); 25 años (contra el acusado ZIGIC; TPIY, 02.11.2001, IT-98-30/1, KVOCKA); 25 años (contra el acusado RUZINDANA; TPIR, 21.05.1999, ICTR-95-1-T, KAYISHEMA & RUZINDANA); cfr. además NEMIZ, en: FISCHER/KRESS/LÜDER (nota 12), pp. 605 ss. Véase en general sobre efectos jurídicos y graduación de las penas en el Derecho Penal Internacional, VAN ZYL SMIT, *Human Rights Law Review* 2 (2002), pp. 65 ss.

90. Así también el balance del instructivo artículo de PEGLAU, *Humanitäres Völkerrecht* (2001), pp. 247 ss.

91. Véase en general respecto de la necesidad y dificultad de la determinación de una relación de prelación entre los crímenes internacionales, FRULLI, *European Journal of International Law* 12 (2001), pp. 329 ss.; sobre la importancia de la gravedad del crimen para la determinación de la pena según el art. 78 del Estatuto de la CPI, JENNINGS, en: TRIFFTERER (nota 23), art. 78 Rn. 10.

92. Pasan revista al Derecho comparado los jueces HIGGINS, KOOJIMANS und BUERGENTHAL en su opinión disidente conjunta (nota 53), pp. 19 ss.

93. Cfr. art. 3 de la Ley de Introducción del Código Penal Internacional alemán (BGBl. 2002 I, p. 2254).

94. De hecho hay argumentos a favor de que la discreción persecutoria garantizada para los crímenes internacionales estaba reducida ya antes de la introducción del § 153f, al menos cuando el sospechoso se encontraba en la República Federal Alemana. Al respecto BUNGENBERG AdV 39 (2001), 170, 197 s.

95. Véase con mayor detalle al respecto E.M. AEVStGB (nota 29), p. 84, s.

96. Cfr. BT-Drucks. 14/8524, p. 38.

relación con el interior<sup>97</sup>, como en el caso de que el inculpaado se encuentre en el extranjero o jurisdicciones preferentes estén en juego<sup>98</sup>. En conjunto, el Código Penal Internacional toma también aquí una posición favorable al Derecho Internacional: la interacción del § 1 VStGB y el § 153f StPO asegura la posibilidad de que Alemania pueda colaborar como tercer Estado en la persecución de crímenes internacionales de un modo efectivo. Al mismo tiempo está garantizado que la justicia penal alemana no se vea agobiada con procesos penales que de antemano no ofrecen perspectivas de un exitoso término.

El flanqueo procesal del principio de justicia universal podría adquirir una función de modelo en dos aspectos. De una parte, hasta ahora el Derecho Internacional consuetudinario sólo reconoce de un modo indiscutido la *facultad* de terceros Estados de perseguir<sup>99</sup>. Una *obligación* de perseguir para terceros Estados no puede en cambio ser afirmada según el actual estado del Derecho Internacional consuetudinario<sup>100</sup>. En cuanto el Derecho interno de la República Federal Alemana afirma de ahora en más una obligación de perseguir, también para delitos cometidos en el extranjero, presta un importante impulso tanto para el desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario como para legislación de otros países. Una segunda innovación se encuentra en el hecho de que a partir de la regulación del § 153f StPO es posible reconocer

una prelación entre las distintas jurisdicciones. Según la *ratio legis* debieran tener preferencia frente al tercer Estado tanto la Corte Penal Internacional como también el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, el Estado del cual el imputado es nacional y por último el Estado del cual son nacionales las víctimas del crimen<sup>101</sup>.

## 10. Concentración de la competencia

Con una modificación a la *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG, ley orgánica del poder judicial)<sup>102</sup> el legislador toma en consideración las singularidades de la materia jurídica a través de la concentración de la competencia de perseguir y juzgar los crímenes del Código Penal Internacional. Una adición<sup>103</sup> al art. 96 inc. 5 GG permite conferir a los *Oberlandesgerichte* (OLG, tribunal superior territorial) la competencia de primera instancia para el juzgamiento de crímenes internacionales (§ 120 inc. 1 N° 8 GVG); según el § 142a inc. 1 GVG resulta de modo automático la competencia persecutoria del *Generalbundesanwalt* (Fiscal General Federal). Decisivo para la concentración de la competencia *material* resulta, aparte de la gravedad del crimen internacional en primera línea<sup>104</sup>, la complejidad de las preguntas jurídicas vinculadas con la aplicación del Código Penal Internacional señalada sea aquí sólo la relevancia de normas de Derecho Internacional y la significación de la

97. Es digno de interés el hecho de que en el § 153f StPO el legislador recurre a una limitación de la obligación de perseguir y no de la *facultad* persecutoria, criterios desarrollados por el BGH en su cuestionable jurisprudencia sobre el § 6 N° 1 StGB en su versión antigua (sobre el particular, nota 50); véase además JESSBERGER JR 2001, pp. 432, 434 (sobre la idoneidad del criterio de una relación legitimadora con el interior (*legitimierende Inlandsbezug*), en cuanto a la vigencia del Derecho alemán para criminalidad en internet según los §§ 3-9 StGB).

98. La regla apoyada en el borrador del grupo de expertos (sobre el particular, nota 29) y aún prevista en el RE original sobreseimiento en los casos del § 153f inc. 2 VStGB-E (debe prescindir de la persecución...), fue debilitada en el proceso legislativo (puede en particular prescindir de la persecución...). Cfr. al respecto BT-Drucks. 14/8892, p. 5.

99. Cfr. KRESS NStZ 2000, 617, 625; MERKEL, en: LÜDERSSEN (nota 37), pp. 237 ss.; WERLE/JESSBERGER JuS 2001, pp. 141, 142; véase además TPIY, 02.10.1995 (IT-94-1-AR-72, TADIC), p. 57; BVerfG JZ 2001, p. 975.

100. Sobre la llamada "mandatory universal jurisdiction", en mayor detalle TOMUSCHAT, en: CREMER et al (ed.), *Festschrift für Steinberger*, 2002, pp. 315 ss. En el Estatuto de Roma se dejó esta pregunta conscientemente abierta, al respecto TRIFFTERER, en: TRIFFTERER (nota 23), Preámbulo Rn. 17; SLADE/CLARCK, en: LEE (nota 78), p. 427.

101. Cfr. § 153 f inc. 1 e inc. 2 N° 4 StPO; véase además E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 38 (un Estado inmediatamente afectado y por lo tanto preferentemente competente); coincidente E.M. AEVStGB (nota 29), p. 87.

102. La cámara baja promulgó la ley modificatoria de la GVG (BT-Drucks. 14/8978) y la ley modificatoria del art. 96 de la GG (BR-Drucks. 222/02) el 14.06.2002 (BGBl. I 2002, p. 2916. Véase además Plenarprotokoll 14/243, pp. 24479, 24484). Ambas modificaciones fueron aprobadas por la cámara alta el 12.07.2002 (BR-Drucks. 531/02, 538/02).

103. Véase al respecto la nota 102 y BR-Drucks. 222/02. Según ella, una ley federal puede prever para procesos penales en casos de genocidio, crímenes internacionales de lesa humanidad, crímenes de guerra, protección del Estado (*Staatsschutz*) y otras conductas aptas para perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y cometidas con intención de hacerlo (art. 16 inc. 1), que los tribunales de los Estados federados ejerzan jurisdicción federal. El agregado "internacionales" pretende evitar una interpretación más allá del campo del art. 7 del Estatuto de la CPI y del § 7 VStGB, cfr. BR-Drucks. 222/02, p. 2. En la E.M. de la ley se parte de la base de que también las conductas previstas en los §§ 13 y 14 VStGB están comprendidas en esta norma permisiva de promulgación, ya que se referirían directamente a la comisión de crímenes según los §§ 6 y ss.

104. Véase además BT-Drucks. 14/8978, p. 6; BR-Drucks. 222/02, p. 2.

jurisprudencia internacional y extranjera<sup>105</sup>. Porque mucho habla a favor de que en los delitos a investigar se tratará, como regla general y por lo menos durante un tiempo previsible, de delitos cometidos en el extranjero. La competencia del Fiscal General Federal se justifica adicionalmente con la considerable envergadura de las investigaciones (investigaciones en el extranjero, complicados procedimientos de cooperación internacional) y la afectación de intereses de política exterior de la República Federal Alemana. A favor de la concentración de competencias habla en fin también la necesidad de un criterio uniforme en la aplicación del Derecho.

Las reglas sobre competencia *temporal* permanecen en cambio inalteradas. Según el § 120 inc. 1 GVG, la competencia para cada Estado federado está concentrada en el OLG en cuya circunscripción el gobierno estatal tiene su asiento. En lo demás son aplicables las normas de los §§ 7 y ss. StPO. En el caso (usual) de que un crimen internacional sea cometido en el extranjero y el imputado no tenga su residencia habitual en Alemania (de lo contrario, § 8 StPO) ni haya sido capturado en el territorio nacional (de lo contrario, § 9 StPO), el OLG competente debe ser designado por el BGH (§ 13 StPO). Criterios a considerar son aquí entre otros el lugar de la denuncia, el lugar de residencia de eventuales testigos, la relación con procesos ya pendientes y la repartición de la carga de trabajo entre los tribunales.

## V. Interpretación favorable al Derecho Penal Internacional

Ya hoy la aplicación práctica del Derecho Penal Internacional plantea muchas cuestiones jurídicas nuevas y altamente complejas<sup>106</sup>, que

con la entrada en vigor del Código Penal Internacional y la internacionalización del Derecho alemán en general cobran ascendente importancia también para la administración de justicia alemana. Responsables de lo anterior son sobre todo la confluencia de reglas y principios del Derecho Internacional y del Derecho Penal, la interacción de distintos ordenamientos jurídicos y culturas jurídicas, así como el paralelismo de jurisdicciones internacionales y nacionales. La entrada en vigor del Estatuto de Roma y el Código Penal Internacional acentuará considerablemente las influencias recíprocas ("verticales") entre la administración de justicia estatal e internacional, como asimismo las influencias recíprocas ("horizontales") entre la administración de justicia de distintos Estados. La aplicación de Código Penal Internacional requiere por tanto una amplia apertura también de la práctica del Derecho Penal al Derecho Internacional y al Derecho Comparado. Las decisiones judiciales y textos normativos extranjeros y sobre todo internacionales tendrán en el futuro mucha mayor influencia en la aplicación del Derecho Penal alemán de la que tienen hasta el momento.

El Derecho Penal Internacional desplegará su influencia sobre todo en la aplicación de las normas transpuestas en el ordenamiento jurídico estatal<sup>107</sup>. Porque a pesar de que las regulaciones penales internacionales incorporadas al Derecho Penal alemán son formalmente parte del Derecho interno, tienen su origen material en el Derecho Internacional<sup>108</sup>. Este fenómeno se hace evidente en las ocasiones en que el Código Penal Internacional remite explícitamente al Derecho Internacional<sup>109</sup>. Pero también de un modo muy general resulta de los métodos de interpretación conocidos la necesidad de tener en cuenta las normas del Estatu-

105. Al respecto, *infra* V.

106. Ejemplar es el informe de Cassese basado en su experiencia sobre el trabajo del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. CASSESE, *European Journal of International Law* 9 (1998), 1, pp. 10 ss.

107. En la E.M. se destaca repetidamente la necesidad de tomar en consideración el Derecho Internacional pertinente y las decisiones de tribunales internacionales al interpretar el Código Penal Internacional. Así, por ejemplo, para la interpretación del elemento "ataque contra la po-

blación civil" (en el § 7 inc. 1 VStGB) se debe recurrir a la definición legal del art. 7 inc. 2, a) del Estatuto de la CPI. (BT-Drucks. 14/8524, p. 20; coincidente E.M. AEVStGB (nota 29), p. 41. En la interpretación de la alternativa de tipo de la esclavitud según el § 7 inc. 1 N° 3 deben ser considerados especialmente la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 07.09.1956 (BGBl. 1958 II, p. 205) y la práctica jurisprudencial del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (BT-Drucks. 14/8524, p. 20; coincidente, E.M. AEVStGB (nota 29), p. 42).

108. Posiblemente se dejan así fructificar experiencias con la irradiación de normas del Derecho comunitario europeo. Al respecto HEISE, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht*, 1998, pp. 42 ss.; SATZGER, *Europäisierung des Strafrechts*, 2001, pp. 518 ss.

109. Véanse los ejemplos *supra* nota 68.



to de Roma y del Derecho Internacional consuetudinario en la interpretación del Código Penal Internacional<sup>110</sup>. En cuanto los textos normativos son recepcionados directamente, ya la coincidencia idiomática tiende el contacto entre el Código Penal Internacional y el Estatuto de Roma. También la interpretación sistemática conduce repetidamente a la consideración del Derecho Internacional: el Estatuto de Roma forma, así como las reglas generales del Derecho Internacional consuetudinario, parte del ordenamiento jurídico alemán<sup>111</sup>. Además resultan relaciones en el marco de la interpretación histórica y teleológica, de cara a la declarada voluntad del legislador de conseguir en primera línea el efecto de una recepción de las normas penales del Estatuto de Roma<sup>112</sup>. En el cuadro general y considerando que la *Grundgesetz* es favorable al Derecho Internacional<sup>113</sup>, debe tomarse como punto de partida una interpretación del Código Penal Internacional favorable al Derecho Internacional (*völkerrechtsfreundliche Ausle-*

*gung*)<sup>114</sup>. El potencial del Derecho Penal Internacional de actuar como timón se alimenta no sólo de los textos de las "normas madres" de Derecho Internacional, sino que incluye también su interpretación por tribunales internacionales y dado el caso también extranjeros<sup>115</sup>; lo último en todo caso en cuanto ella, a través de la formación de práctica estatal, es relevante para el contenido de la norma de Derecho Internacional.

De importancia para la interpretación de las normas del Código Penal Internacional pasan a ser con ello en primera línea las regulaciones del Estatuto de Roma en la forma que tomarán a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional; comprendidos también los Elementos de los Crímenes, como asimismo las Reglas de Procedimiento y Prueba ante la Corte<sup>116</sup>. De especial relevancia en relación con la consideración del Derecho Internacional consuetudinario es la entretanto abundante práctica jurisprudencial de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda<sup>117</sup>.

110. El BGH se ha remitido en varias ocasiones a decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, cfr. BGHSt 45, 64, 69; 46, 292, 299 ss. (acerca del carácter del conflicto armado y sobre el concepto de tortura). BVerfG JZ 2001, 975, recurre para la interpretación del § 220a StGB en su versión antigua entre otras fuentes a la convención sobre genocidio, al Estatuto de Roma y a decisiones de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y declara, resumiendo, que al estar subordinado a mandatos normativos individuales tanto del Derecho nacional como internacional, el principio de Estado de Derecho en relación con el art. 103 inc. 2 GG requiere, por tanto, que los tribunales entiendan la prohibición de analogía también a la luz del mandato normativo de Derecho Internacional en la interpretación y aplicación del Derecho nacional, que como el § 220a StGB, sirve a la recepción del Derecho Penal Internacional (p. 978).

111. Esto se sigue para el Estatuto de Roma de la ley del Estatuto de la CPI (nota 4), para el Derecho Internacional consuetudinario del art. 25 GG.

112. E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 12; asimismo E.M. AEVStGB (nota 29), p. 20.

113. El favorecimiento del Derecho Internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) por parte de la *Grundgesetz* reconocible en primera línea a partir de la norma del art. 25 GG; también del art. 26 GG se sigue la regla de un comportamiento favorable al Derecho Internacional de la paz por parte de la República Federal Alemana, como sostiene acertadamente MAUNZ/DÜRIG-MAUNZ, GG, art. 26 Rn. 1.

114. Cfr. además PEGLAU, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften* (2001), pp. 247, 248; ZIMMERMANN ZRP 2002, pp. 97, 99. Según la jurisprudencia del BVerfG, las leyes deben ser interpretadas y aplicadas en conformidad a las obligaciones de Derecho Internacional de la República Federal Alemana, ya que no puede suponerse que el legislador, salvo que lo haya manifestado claramente, pretenda apartarse de las obligaciones de Derecho Internacional de la República Federal Alemana o permitir una violación de dichas obligaciones. (BVerfGE 75, 1, 18). En mayor detalle sobre el principio de la interpretación favorable al Derecho Internacional ("*völkerrechtsfreundliche Auslegung*"), TOMUSCHAT, en: ISENSEE/KIRCHHOF (nota 61), Rn. pp. 27 ss.

115. Así también lo explicita la E.M., BT-Drucks. 14/8524, p. 13; coincidente E.M. AEVStGB (nota 29), p. 23, según la cual en la interpretación del Código Penal Internacional deberá ser considerada especialmente la práctica jurisprudencial de la Corte Penal Internacional y otros tribunales internacionales.

116. El recurso a las disposiciones del Estatuto debiera ocurrir en todo caso mediante los textos auténticos (véanse las referencias en la nota 3). Los Elementos de los Crímenes adoptados por la comisión preparatoria (UN Doc PCNICC/2000/INF/3/Add.2), que precisan los tipos penales del Estatuto de Roma como una guía interpretativa no vinculante; así como las Reglas de Procedimiento y Prueba (nota 82) fueron adoptadas por la Asamblea de Estados Partes en su primer periodo de sesiones, del 03 al 10 de septiembre de 2002, cfr. art. 9 y 51 del Estatuto de la CPI. Véase al respecto el comentario de LEE (ed.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, 2001. Los documentos oficiales del primer periodo de sesiones están disponibles bajo <[http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/first\\_report\\_contents.htm](http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/first_report_contents.htm)>

117. El texto completo de las decisiones de ambos tribunales son accesibles en internet, cfr. <<http://un.org/icty>> y <<http://www.ictj.org>>.



## VI. Evaluación

El Código Penal Internacional crea bases jurídicas notablemente mejoradas para la persecución de crímenes internacionales por la justicia penal alemana. Colabora con la consolidación del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional Humanitario. Al mismo tiempo, el Código Penal Internacional podría adquirir una función de

modelo para otros países que incorporen el Estatuto de Roma en su Derecho interno. El Código Penal Internacional documenta la disposición de Alemania de colaborar efectivamente al imperio del Derecho Penal Internacional. Es un testimonio del cambio en la relación de los alemanes con el Derecho Penal Internacional y refuerza la posición de la República Federal Alemana de favorecer al Derecho Penal Internacional.