

# Consideraciones adicionales

*Kai Ambos*

---

Crímenes nucleares de  
derecho internacional y principio  
de jurisdicción universal  
en la legislación alemana.

A la vez comentario a la jurisprudencia  
alemana del caso Abu Ghraib (GBA JZ  
2005, 311 y OLG, NStZ 2006, 117) \*

---

\* Traducción del original alemán ("Neue Zeitschrift für Strafrecht", en NStZ, tomo 26, 2006, pp. 434-438), actualizado para esta publicación, a cargo del Dr. Ezequiel Malarino y del Dr. Alejandro Kiss (ambos de la Universidad de Buenos Aires); revisión del autor y del Prof. Dr. Daniel Pastor (Universidad de Buenos Aires).

Desde la entrada en vigor del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*; en adelante CódPI)<sup>1</sup> y hasta el 4 de septiembre de 2006 han sido presentadas cincuenta y siete denuncias por presunta comisión de crímenes codificados en esa ley.<sup>2</sup> La mayoría de esas denuncias conciernen al conflicto en Medio Oriente y a la guerra en Iraq. Estas denuncias estuvieron dirigidas a miembros de gobiernos y jefes de Estado de varios países asiáticos y africanos. Hasta ahora, en cuarenta y nueve casos la Fiscalía General Federal (*Generalbundesanwaltschaft*) se ha abstenido de iniciar investigaciones de acuerdo con los §§ 152 apartado 1 y 153f, apartados 1 y 2, de la Ordenanza Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*; en adelante OPP). Estas decisiones han sido basadas en motivos legales (inter alia, inmunidad de los posibles sospechosos; inaplicabilidad del CódPI al tiempo en que fue cometido el presunto hecho) o, como puede ser el caso, en la falta de toda perspectiva de éxito (§ 153f, apartado 1, frase 1, OPP). Una investigación formal fue iniciada solamente contra un ciudadano ruandés que reside en Alemania (en búsqueda de asilo) por crímenes cometidos en territorio congolés.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Existe traducción al castellano de la Prof. Dra. Alicia Gil Gil, disponible en: <[http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte\\_Translation.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html)>.

<sup>2</sup> Correo electrónico de 5 de septiembre dirigido al autor por el fiscal federal Lanz, de la Oficina del fiscal federal general.

<sup>3</sup> Concretamente, él está acusado como líder político de las Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda (FDLR), una milicia rebelde ruandesa que opera en Kivu del Norte y Kivu del Sur, al este de la República Democrática del Congo (RDC), de ser responsable por las atrocidades cometidas por esta milicia sobre la población civil. Por el momento es, sin embargo, imposible de atribuir con certeza los crímenes cometidos en el este del Congo a esta milicia por el simple hecho de que la región en cuestión se encuentra bajo control de numerosos grupos armados rebeldes y estos grupos coexisten o luchan el uno contra el otro.

## COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

De las denuncias presentadas, la que mayor sensación causó fue aquella dirigida contra el ministro de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld *et al.*, por maltratos a prisioneros iraquíes en el complejo carcelario de Abu Ghraib.<sup>4</sup> Por decisión del 10 de febrero de 2005, el fiscal general federal no ha dado trámite a la denuncia.<sup>5</sup> El 13 de noviembre de 2005, el Tribunal Superior Estadual (*Oberlandesgericht*) de Stuttgart declaró inadmisibile la solicitud de una decisión judicial.<sup>6</sup> Con ello se ha dictado la primera decisión judicial (superior) sobre la aplicación de la complicada disposición del § 153f OPP e indirectamente también sobre el principio de jurisdicción universal contenido en el § 1 del CódPI. Sin embargo, tanto la decisión del fiscal general federal como la del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart provocan contrariedad. Ante todo, se presenta la cuestión fundamental de si ambas decisiones comprenden correctamente el fin expresado por la ley en los §§ 1 CódPI y 153f OPP, y la interacción entre ambas disposiciones (al respecto 1). Además, el examen concreto del § 153f OPP plantea numerosas cuestiones (2). Finalmente, no convence la inadmisibilidad de un procedimiento para forzar la acusación y la falta de posibilidad de revisión judicial de decisiones conforme al § 153f OPP que de allí se deriva; al respecto han de considerarse enmiendas legislativas (3).

<sup>4</sup> Sobre el aspecto fáctico y jurídico, Basak, *Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften (HuV-I)*, 2005, pp. 85 y ss.; sobre la denuncia, RAV/Holtfort-Stiftung (eds.), *Strafanzeige./Rumsfeld u.a.*, 2005, pp. 26 y ss.

<sup>5</sup> Cf. el comunicado de prensa del 10.2.2005, en *Juristenzeitung (JZ)*, 2005, p. 311; véase traducción en el anexo 1 a este artículo.

<sup>6</sup> *NSiZ*, 2006, p. 117; véase traducción en el anexo 2 a este artículo. El 2 de mayo de 2005 ya había sido rechazada por el fiscal general federal una presentación del denunciante, de 10 de marzo de 2005. La solicitud de decisión judicial dirigida en primer término al Tribunal Superior Estadual de Karlsruhe había sido desestimada por falta de competencia territorial, dado que es competente el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart, en cuanto tribunal del lugar en el cual el gobierno estadual tiene su asiento (§ 172.IV OPP en conexión con § 120.1 n.º 8, de la Ley de Organización Judicial, LOJ; *Gerichtsverfassungsgesetz*).

## 1. Finalidad de la ley e interacción entre los §§ 1 Código Penal Internacional y 153f Ordenanza Procesal Penal

El § 1 CódPI asienta la competencia de los tribunales alemanes —independientemente del lugar de comisión del hecho y de otros puntos de conexión del derecho de aplicación de la ley penal—<sup>7</sup> en el *principio de jurisdicción universal puro o en sentido estricto*,<sup>8</sup> especialmente a través de la frase “ninguna conexión nacional”, esta disposición ha privado de base a la comprensión restrictiva del Tribunal Supremo Federal,<sup>9</sup> que tradicionalmente exigía un vínculo nacional.<sup>10</sup> En ello no hay una lesión al *principio de no intervención* del derecho internacional, pues los §§ 6-12 CódPI versan sobre *crímenes nucleares* de derecho internacional (“*core crimes*”), cuya persecución reside en el interés de la humanidad como tal<sup>11</sup> y por ello no puede ser considerada como un asunto interno de los Estados del lugar del hecho concernidos.<sup>12</sup> En este punto de vista jurídico se basó también la exigencia alemana en la Conferencia de los Estados realizada en Roma en el año 1998<sup>13</sup> de acoger el principio de jurisdicción universal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).<sup>14</sup> Por ello, es incorrecto cuando el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart habla de una “extensión objetable desde el punto de vista del derecho internacional” de la competencia a través del principio de jurisdicción universal.<sup>15</sup> *Jurídicamente* esta extensión es

<sup>7</sup> Sobre los puntos de conexión legitimantes del poder penal nacional basados en el derecho internacional Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 3 nm. 2 y ss.

<sup>8</sup> En oposición al principio de jurisdicción universal condicionado, la competencia no está sujeta a condiciones (por ejemplo, presencia en el país) cf. Ambos (nota 7) § 3 nm. 95.

<sup>9</sup> Cf. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (eds.), *Materialien zum VStGB*, 2003, p. 26 (proyecto del Poder Ejecutivo, *Referentenentwurf*, según Bundesrats-Drucksache [BR-Drucks.] 29/02). Cf. también Werle, *JZ*, 2001, p. 885 (890); Werle/Jeßberger, *JZ*, 2002, p. 724 (729); Zimmermann, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2002, p. 3068 (3069); diputado Pick, en Lüder/Vormbaum, o. cit. p. 80; Zypries, en: Theissen/Nagler (eds.), *Der IStGH fünf Jahre nach Rom*, 2004, p. 11 (14).

<sup>10</sup> Bundesgerichtshof (BGH), *NSiZ*, 1994, p. 232 (233); BGH, *NSiZ*, 1999, p. 236; *StV*, 1999, 240; *BGHSt*, 45, p. 64 (65 y s., 68 y s.), aunque dejando abierta la cuestión respecto de los crímenes de guerra (69). Cf. sobre la jurisprudencia también *Münchener Kommentar (MüKo)-Ambos*, § 6 StGB, nm. 1, 4 y ss.

<sup>11</sup> Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 26.

<sup>12</sup> Con más detalles sobre el argumento, Ambos (nota 7), § 3 nm. 94; *MüKo-Ambos*, § 1 nm. 4 VStGB (en curso de publicación).

<sup>13</sup> El autor fue miembro de la delegación alemana. La posición alemana no pudo sin embargo imponerse; antes bien, el artículo 12 ECPI revió el principio de territorialidad y de personalidad activa (con más detalles Ambos, nota 7, § 8 nm. 7 y s.).

<sup>14</sup> Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17.7.1998, *Bundesgesetzblatt (BGBl = Boletín Federal de Leyes)*, 2000, II, p. 1394.

<sup>15</sup> *NSiZ*, 2006, p. 119 (columna izquierda).

## COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

inobjetable; a lo más, ella despierta reparos desde el punto de vista de *política* internacional y precisamente el legislador quiso evitarlos con la revocación procesal del principio material de vigencia ilimitada de jurisdicción universal, por medio del § 153f OPP.

El § 1 CódPI adapta la persecución penal alemana de crímenes internacionales a un *sistema de justicia penal internacional* (“*international criminal justice system*”) el cual —para evitar la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos— se apoya, en primer término, en los Estados competentes por el lugar del hecho o por la nacionalidad del autor o de la víctima. En segundo término, el sistema se apoya en la CPI y, dado el caso, en otros tribunales internacionales.<sup>16</sup> En tercer término, en terceros Estados que tengan preferencia en virtud del principio de jurisdicción universal.<sup>17</sup> Para proteger la *subsidiariedad condicionada* del principio de jurisdicción universal, que se relaciona con esto, el deber de persecución de la Fiscalía ha sido limitado —en cierto modo, como un medio paso atrás— a través del nuevo § 153f OPP. Esta disposición debe *contrarrestar* una temida *sobrecarga de la justicia*<sup>18</sup> —no en último término por medio del llamado *forum-shopping* del denunciante—<sup>19</sup> y limitar la persecución penal a “casos razonables”.<sup>20</sup> Los principios, opuestos en derecho procesal, de legalidad y oportunidad experimentan una concreción y un nuevo ajuste respecto de los hechos cometidos en el extranjero punibles según el CódPI frente a la regulación del § 153c, apartado 1, OPP relativa a otros hechos cometidos en el extranjero.<sup>21</sup> Aunque solo los crímenes de los §§ 6-12 CódPI caigan bajo el principio de jurisdicción universal puro y respecto a los delitos de los §§ 13 y 14 CódPI siga siendo aplicable el derecho de aplicación de la ley penal general (§§ 3

<sup>16</sup> Cf. Ambos (nota 7), § 6 nm. 58 y ss.

<sup>17</sup> Cf. Ambos (nota 7), § 3 nm. 21. Así mismo Keller, *Goltdammer’s Archiv (GA)*, 2006, p. 34 y ss., 37; Kurth, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS <www.zis-online.com>)*, 2006, pp. 81, 84; de modo similar, a favor de un principio de jurisdicción universal “flexible” Vest, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 123, 2005, pp. 331 y ss.; sin embargo, a favor de la prioridad del tercer Estado frente a la CPI el *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General pursuant to Security Council Resolution 1564 of 18 September 2004*, 2005, para. 616: “[...] the ICC should defer to national courts other than those of Sudan which genuinely undertake proceedings on the basis of universal jurisdiction”; aprobatoriamente Delmas-Marty, *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 4, 2006, p. 6.

<sup>18</sup> Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; Werle, *JZ*, 2001, p. 890. Sobre esfuerzos similares en Gran Bretaña por medio de la limitación de la persecución a las personas que luego de la comisión del hecho se establezcan en Gran Bretaña, críticamente O’Keefe, *JICJ*, 2 (2004), pp. 757 y ss.; sobre la discusión suiza Vest, *ZStrR*, 123 (2005), pp. 314 y ss.

<sup>19</sup> Sobre ese peligro de la elección (arbitraria) de la jurisdicción más expansiva Kurth (nota 17), p. 83.

<sup>20</sup> Zypries (nota 9) p. 14.

<sup>21</sup> Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), pp. 59 y s.; Kreß, *NSiZ*, 2000, p. 625; Jeßberger, en Theissen/Nagler (nota 9), p. 48; Löwe Rosenberg (LR)-Beulke § 153f nm. 9.

## KAI AMBOS

y siguientes CP), el § 153f OPP se refiere a *todos* los delitos del CódPI (§§ 6-14). Al respecto, habría bastado con la aplicación de la disposición general del § 153c OPP.<sup>22</sup> *Grosso modo*, el ejercicio de discreción en razón del principio de oportunidad, que debe tener en cuenta la meta superior de *evitación de impunidad*, se estructura en dos direcciones:<sup>23</sup> respecto a *hechos cometidos en el extranjero con conexión nacional* —esto es, cuando el sospechoso<sup>24</sup> se encuentra dentro del país (§ 153f, apartado 1, frase 1, OPP) o cuando es de nacionalidad alemana (§ 153f, apartado 1, frase 2, OPP)— de una conclusión a contrario de las disposiciones citadas resulta un deber *fundamental* de persecución; no obstante, puede prescindirse de la persecución de un ciudadano alemán (“solamente”) cuando el hecho sea perseguido por un tribunal internacional o por el Estado del lugar del hecho o de la víctima (§ 153f, apartado 1, frase 2, OPP), porque también de esa manera se tiene en consideración la necesidad de pena de la comunidad internacional.<sup>25</sup> Por el contrario, si no existe *conexión nacional alguna* —cuando no hay alemanes involucrados en el hecho ni como autores ni como víctimas (§ 153c, apartado 2, números 1, 2, OPP) y el imputado no se encuentra en el país, ni es de esperar tal presencia (§ 153c, apartado 2, número 3, OPP)— “puede en especial” prescindirse de la persecución penal, con tal de que —¡evitación de impunidad!— un tribunal internacional o del Estado del lugar del hecho, del autor o de la víctima tome a su cargo la persecución. Lo mismo vale —en excepción al deber *fundamental* de persecución en caso de que el imputado se encuentre en territorio nacional conforme al § 153f, apartado 1, frase 1, OPP, a contrario— cuando un imputado extranjero se encuentre en el país y no haya que lamentar una víctima alemana (§ 153f, apartado 2, frase 2, en conexión con el apartado 1, número 2, OPP) y su entrega a un tribunal internacional o su extradición al Estado perseguidor del lugar del hecho, del autor o de la víctima (§ 153f, apartado 2, frase 2, en conexión con el apartado 1,

<sup>22</sup> Cf. también Systematischer Kommentar (SK)-Weßlau § 153f nm. 5.

<sup>23</sup> Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; también Karlsruher Kommentar (KK)-Schoreit § 153f nm. 2; LR-Beulke § 153f nm. 4.

<sup>24</sup> La disposición habla aquí erróneamente de imputado (cf. LR-Beulke § 153f nm. 14; Weigend, *Gedächtnisschrift Vogler*, 2004, p. 209 (con nota 49).

<sup>25</sup> Esto tiene en cuenta el § 28 (en conexión con el 68) de la Ley para la Ejecución del Estatuto de la Corte Penal Internacional (LECEPI) (BGBl., I, 2002, p. 2144) (existe traducción al castellano del Prof. Dr. Daniel Pastor, disponible en: <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\_Projekte\_Translation.html>), cuando prevé la posibilidad de prescindir de la persecución (alemana) en caso de que la CPI haya declarado su intención de solicitar la entrega (cf. también LR-Beulke § 153f nm. 24; SK-Weßlau, § 153f nm. 8). La disposición es otra prueba de la amistad con la CPI del legislador, dado que la declaración de presentar una solicitud de entrega sería ya suficiente sin que sea producida la prueba de efectivas investigaciones. Sobre la LECEPI cf. Ambos, en: Loos/Jehle (eds.), *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart – Manfred Maiwald zu ehren*, 2006 (en curso de publicación).

<sup>26</sup> Cf. con más detalles los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), pp. 60 y ss.

## COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

número 4, OPP) sea admisible y proyectada (§ 153f, apartado 2, frase 2, OPP).<sup>26</sup> Además, del § 153f, apartado 1, frase 1, en conexión con el § 153c, apartado 1, números 1 y 2, OPP, se sigue que en caso de *hechos extranjeros “puros”* en el sentido allí indicado —el sospechoso no se encuentra en el país ni es de esperar tal presencia— la Fiscalía General Federal también puede prescindir de la persecución si ninguna otra jurisdicción está dispuesta a perseguir el hecho (cf. sin embargo enseguida).<sup>27</sup>

La disposición introduce por lo tanto una “prioridad de competencia escalonada”<sup>28</sup> dando amplia preferencia —en los casos del § 153f, apartado 2, OPP— a tribunales extranjeros más cercanos al hecho o bien a la CPI. La formulación introducida en el § 153f, apartado 2, frase 1, por el Comité de Derecho del Parlamento Federal “puede en especial” (en lugar de “debe”)<sup>29</sup> si bien expresa, por un lado, que en los casos mencionados “normalmente”<sup>30</sup> o bien “regularmente”<sup>31</sup> ha de prescindirse de la persecución, deja en claro, sin embargo, por otro lado, que con el apartado 2 no se propone una parcial retirada del principio de jurisdicción universal material puro, ni se excluye que la Fiscalía —a pesar de la existencia de los números 1-4 del apartado 2— haga uso de su competencia de persecución.<sup>32</sup> Tampoco la considerable discreción —ya mencionada— en caso de *hechos extranjeros puros* (§ 153f, apartado 1, frase 1, OPP) ha de entenderse en el sentido de una retracción del principio de jurisdicción universal, sino que ella está guiada por la consideración puramente práctica de que en tales casos una persecución penal en Alemania no prometería mucho éxito.<sup>33</sup> Se trata de evitar investigaciones innecesarias y perseguir solo casos con perspectivas realistas de éxito.<sup>34</sup> Sin embargo, la meta superior de la *evitación de impunidad* puede conducir también en el caso de hechos extranjeros puros a una reducción de la discreción a favor de la aceptación de la persecución con el fin de preparar o respaldar, por ejemplo, una solicitud de asistencia judicial posterior o investigaciones en otro Estado o por la CPI.<sup>35</sup> A favor de tal reducción de discreción habla también la *comprensión*

<sup>27</sup> Cf. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 3.

<sup>28</sup> Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 60; Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209.

<sup>29</sup> Cf. para la vieja formulación aun el proyecto de los expertos en: Bundesjustizministerium (BMJ) (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des VStGB*, 2001, p. 14 y el proyecto del ponente en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 20.

<sup>30</sup> Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209.

<sup>31</sup> KK-Schoreit § 153f nm. 7.

<sup>32</sup> Cf. el informe del Comité de Derecho del Parlamento Federal en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 88; LR-Beulke § 153f nm. 32.

<sup>33</sup> Motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 5; Singelstein/Stolle, *ZIS* ([www.zis-online.com](http://www.zis-online.com)), 2006, p. 120.

<sup>34</sup> Cf. también KK-Schoreit § 153f nm. 3.

<sup>35</sup> Sobre esta idea de “investigaciones auxiliares” o “provisorias” (también en relación con el § 153f, apartado 2, OPP) cf. los motivos de la ley en: Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209; KK-Schoreit § 153f nm. 9; LR-Beulke § 153f nm. 42; SK-Weßlau § 153f nm. 11.

## KAI AMBOS

---

*amplia de la “presencia en el territorio nacional”,* dado que para este concepto debería ser suficiente todo contacto (voluntario o involuntario) con el territorio soberano alemán (estancia temporaria, viaje de paso) que posibilite una captura.<sup>36</sup>

## 2. El examen concreto del § 153f OPP en el proceso Abu Ghraib

Ante el telón de fondo de estas consideraciones generales sobre los §§ 1 CódPI y 153f OPP, el examen concreto del § 153f realizado por el fiscal federal general y el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart se enfrenta a objeciones. Ante todo, ha de diferenciarse —así aun correctamente el fiscal federal general y el Tribunal Superior Estadual— entre las personas denunciadas que en principio no se encuentran bajo el ámbito de validez del CódPI (aquí llamado grupo de personas “sin conexión nacional”, *ausländische Personengruppe*), por ejemplo, el ministro de Defensa de los Estados Unidos, Rumsfeld, y aquellas —como el personal militar enviado por los Estados Unidos— que se encuentran en Alemania (grupo de personas “con conexión nacional”, *inländische Personengruppe*). El grupo de personas sin conexión nacional cae *en principio* dentro del § 153f, apartado 1, frase 1, el que tiene conexión nacional en el § 153f, apartado 2, frase 2, OPP. En el primer caso, en principio puede prescindirse de una persecución, dado que se trata de hechos extranjeros puros; en el segundo caso puede prescindirse de ella, si están cumplidos los presupuestos del § 153f, apartado 2, frase 1, números 2 y 4, y la entrega a un tribunal penal internacional o la extradición al Estado requirente es admisible y está proyectada. Si en el caso del § 153f, apartado 1, frase 1, fuera de esperar la presencia de la persona en el territorio federal —aunque sea solo temporaria—, es aplicable el § 153f, apartado 2, frase 2, pues entonces no se trata más de un hecho extranjero puro, sino de un hecho extranjero con —si bien escasa, pero suficiente (*supra* 1, al final)— conexión nacional. Tal presencia en el caso concreto era de esperar, bajo todo punto de vista (participación del minis-

---

<sup>36</sup> Motivos de la ley en: BMJ (nota 9) p. 86 = Lüder/Vormbaum (nota 9), p. 61; también LR-Beulke § 153f nm. 15; SK-Weßlau § 153f nm. 9.



## COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

tro de Defensa de los Estados Unidos, Rumsfeld, en la Conferencia de Seguridad de Múnich, en febrero de 2005; nueva participación de Rumsfeld en febrero de 2006 y en los años siguientes), como ha sido reconocido también por el Tribunal Superior Estadual de Stuttgart<sup>37</sup> y por ello ha equiparado el tratamiento del grupo de personas sin conexión nacional (§ 153f, apartado 1, frase 1) con el que tiene conexión nacional (§ 153f, apartado 2, frase 2).<sup>38</sup> En cuanto al grupo de personas con conexión nacional, no habría una laguna de punibilidad; en primer lugar porque, como personal militar de los Estados Unidos, cae dentro de la jurisdicción de ese país; en segundo lugar, estarían presentes los presupuestos del § 153f, apartado 2, frase 2, pues la posibilidad de intervención en todo momento del Estado que envía o del de la nacionalidad haría superflua la necesaria extradición. Lo mismo valdría para el grupo de personas sin conexión nacional (respecto del cual es aplicable también el § 153f, apartado 2, frase 2, en razón de que la presencia en el país es de esperar), especialmente porque (*sic!*) existirían investigaciones en los Estados Unidos respecto del complejo total del hecho.

Excepto la aplicación del § 153f, apartado 2, frase 2, también al grupo de personas sin conexión nacional todas esas suposiciones son *atacables* —así, por ejemplo, es temerario concluir de la mera existencia de la *jurisdicción* (del Estado que envía sobre sus soldados) la falta de una laguna de *punibilidad*, pues con ello se mezclan diferentes niveles y, además, de la misma manera podría defenderse la tesis, tan absurda que casi no debe ser mencionada, de que la mera jurisdicción del Estado territorial sobre los delitos cometidos dentro de su territorio soberano excluiría lagunas de punibilidad, dado que en esencia se trata de la cuestión de si una referencia no mayormente especificada sobre investigaciones conducidas en los Estados Unidos “según el entendimiento del fiscal general federal”<sup>39</sup> tiene en cuenta suficientemente las exigencias legales explícitas de una *persecución penal por el Estado competente* (§ 153f, apartado 2, frase 1, número 4) y el fin de la ley —*evitación de impunidad*— arriba ya muchas veces mencionado. ¿Puede decirse realmente que los hechos de Abu Ghraib son perseguidos en el sentido del § 153f, apartado 2, frase 1, número 4, OPP, cuando

<sup>37</sup> NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha) nm. 16: “eventual presencia limitada temporalmente”; diferente aún nm. 12 (“presencia [...] no de esperar”), lo que probablemente ha llevado a Singelstein/Stolle (nota 33), p. 121 (columna izquierda) a la (incorrecta) crítica de que el Tribunal Superior Estadual habría constatado en relación con Rumsfeld que una presencia en el país no sería de esperar.

<sup>38</sup> NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha) nm. 13 y ss. (16).

<sup>39</sup> Cf. OLG Stuttgart, NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha); GBA, JZ, 2005, p. 312.

## KAI AMBOS

---

el Estado del lugar del hecho (Iraq) deja la persecución al Estado de cuya nacionalidad es el sospechoso (Estados Unidos) y este lleva frente a los tribunales militares solamente a subordinados receptores de órdenes (autores de ejecución: James Graner y Lynndie England), mientras que los autores de la organización del nivel jerárquico medio y los autores de conducción en la cima de la cadena de mando (Casa Blanca, Pentágono)<sup>40</sup> permanecen sin ser molestados?<sup>41</sup> ¿Bastan “indicios” (fiscal general federal) de que el Estado competente haya iniciado medidas jurídico penales? ¿Debe concedérsele a este Estado por lo tanto un anticipo de confianza en cierto modo en razón de investigaciones concretas? ¿No son posibles y admisibles en tal situación al menos investigaciones auxiliares de apoyo en el sentido antes mencionado (capítulo 1, al final)?

Si de acuerdo con el § 153f, apartado 2, frase 1, número 4, el *hecho* debe ser *perseguido* por el Estado competente, entonces meros “indicios” sobre la persecución penal de algunos *receptores de órdenes* no pueden considerarse suficientes en el marco de un *complejo de hecho*; antes bien, es necesaria la *persecución de personas determinadas por hechos determinados*.<sup>42</sup> La opinión contraria del fiscal federal general y del Tribunal Superior Estadual no puede apoyarse en el concepto de “situación” (*situation*) de los artículos 13 y 14 ECPI.<sup>43</sup> Este concepto se refiere a una fase determinada del proceso ante la CPI que es extraño al derecho nacional, a saber, el proceso para iniciar o provocar la jurisdicción de la CPI (el llamado *triggering procedure*). Esta fase procesal tiene carácter independiente y ha de diferenciarse del verdadero procedimiento de investigación (preliminar) —comparable con el derecho nacional— de los artículos 15 y 53 ECPI.<sup>44</sup> Con el comienzo de las investigaciones la “situación” se convierte en un *case* concreto (cf. por ejemplo, artículo 15, apartado 4; artículo 53, apartado 1, letra *b*, ECPI) y la *sospecha del hecho* es *individualizada* —mediante el dictado de una

---

<sup>40</sup> Sobre el autor de ejecución, de organización y de conducción cf. Vest, *Genozid durch organisierte Machtapparate*, 2002, pp. 29 y s., 240 y ss., 302.

<sup>41</sup> Del personal militar de alto rango solo el general Karpinski fue amonestado y degradado y el coronel Pappas condenado por falta de vigilancia en servicio a una pena de multa de US\$ 8000 (cf. <http://news.bbc.co.uk/go/em/fr/-/2/hi/americas/4812366.stm>; Hersh, *Guardian Weekly*, 27.5-2.6.2005, p. 15; cf. también Basak, *HuV-I*, 2005, p. 91). El 28 de abril de 2006 el teniente coronel Steven L. Jordan, director del Centro de Interrogación, fue acusado por doce cargos y pasó a ser el militar de rango más alto inculcado en conexión con el abuso de detenidos en la prisión (*N.Y. Times*, 29.4.2006; *El País*, 29.4.2006).

<sup>42</sup> En este sentido, también Keller, *GA*, 2006, pp. 35 y ss.; Kurth (nota 17), p. 85; Singelstein/Stolle (nota 33), 121 s.; Delmas-Marty, *JICJ*, 4 (2006), p. 5.

<sup>43</sup> Críticamente también Keller, *GA*, 2006, 36; Delmas-Marty, *JICJ*, 4 (2006), p. 5.

<sup>44</sup> Fundamental Olásolo, *Corte Penal Internacional ¿Dónde investigar?*, 2003, pp. 101 y s., pp. 391 y ss.; el mismo, *Int. Criminal Law Review (ICLR)*, 5 (2005), p. 122, p. 123 y ss. En general, sobre la estructura del proceso (preliminar), Ambos (nota 7) § 8 nm. 20 y ss.

## COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

orden de detención o la citación del sospechoso (artículo 58)— sobre personas determinadas. Un proceso penal nacional se encuentra *a limine* en el estadio de la investigación en el sentido de los artículos 15 y 53 ECPI, por lo cual también pueden ser efectuadas consideraciones en cuanto a la dirección en que ha de encaminarse la investigación. El artículo 17, mencionado por el fiscal federal general, tampoco se refiere a una situación general, sino al “*case*” concretado, lo que resulta por ejemplo de la referencia a la persona de que se trate (*person concerned*) del apartado 1, letra *c*, de esa disposición.<sup>45</sup> Ha de tenerse presente también que la ausencia de persecución de autores de conducción determinados puede ser considerada como una *falta de voluntad de persecución* en el sentido del artículo 17 ECPI, cuando la persecución del autor de ejecución sirve a la protección del autor de organización o de conducción (artículo 17, apartado 2, letra *a*, ECPI).

La referencia al artículo 17 ECPI por el fiscal federal general plantea la cuestión ulterior y aun más básica de si en realidad le es aplicable el *criterio de control* de los artículos 17-19 ECPI vigente para la CPI. Esto no solo significaría que la decisión material sobre la competencia incumbiría a la Fiscalía Federal General, sino que el Estado del territorio, del autor o de la víctima debería hacer valer que él mismo está llevando a cabo un proceso penal y debería soportar la carga de la prueba de su adecuación en el sentido del artículo 17 ECPI. Esta carga de demostración le concierne frente a la CPI (artículos 18 y 19 ECPI), por lo cual, si bien se puede hablar de complementariedad formal de la CPI frente a la justicia penal nacional, al mismo tiempo sin embargo debe reconocerse una especie de prioridad material de la CPI en razón de su competencia de decisión.<sup>46</sup> *Al respecto*, también es incorrecto cuando el fiscal federal general constata que “un tercer Estado no [puede] examinar la praxis jurídica de Estados extranjeros según sus propios criterios”. Ante todo, de los artículos 17-19 ECPI se sigue, como recién se ha expuesto, exactamente lo contrario. Y del principio de no intromisión mencionado por el fiscal federal general no puede resul-

<sup>45</sup> Del mismo modo, Singelstein/Stolle (nota 33), p. 122 (columna izquierda) Cf. también ICC, Pre-Trial Chamber I, Situation en République Démocratique du Congo, Décision sur les demandes de participation a la procedure de VPRS-1, VPRS-2, VPRS-3, VPRS-4, VPRS-5 et VPRS-6, ICC-01/04, 17.1.2006, para. 65: “[...] des incidents spécifiques au cours desquels un ou plusieurs crimes de la compétence de la Cour semblent avoir été commis par un ou plusieurs suspects identifiés [...]”; confirmada por la Sala de Cuestiones Preliminares I, Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 10.2.2006, para. 21, 31: “specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects”; [www.icc-cpi.int/cases/current\\_situations/DRC.html](http://www.icc-cpi.int/cases/current_situations/DRC.html).

<sup>46</sup> Cf. Olásolo (nota 44), p. 196, pp. 227 y ss. (“primacía material”); el mismo, *ICLR*, 5 (2005), p. 137.

## KAI AMBOS

---

tar *in casu* algo diferente, pues él de ningún modo opera, como ya fuera mencionado (*supra*, 1), en el caso de los crímenes nucleares del CódPI de los cuales aquí se trata. Por lo tanto, el recurso al ECPI, que el fiscal federal general ofrece como sostén de su posición, contradice en realidad su propia opinión. La verdadera y difícil cuestión es si los artículos 17-19 ECPI, concebidos para la relación *vertical* entre la CPI y los Estados (contratantes), pueden ser trasladados a conflictos de jurisdicción horizontales entre los Estados, esto es, si *in concreto* puede ser aplicado al § 153f OPP el criterio de la CPI. Al respecto, la igualdad soberana de los Estados debe motivar cierta cautela, al menos cuando el sistema jurídico del Estado realmente competente y que lleva a cabo el proceso ha de considerarse —según criterios generales— conforme a un Estado de derecho.<sup>47</sup> Por lo tanto, no se podrá interpretar sin más el § 1 CódPI en conexión con el § 153f OPP en el sentido de que corresponde a la autoridad judicial alemana juzgar sobre la adecuación y eficiencia de procesos penales concretos del Estado (que actúa judicialmente realmente competente, cuando allí tiene lugar una persecución penal seria y *el Estado en cuestión es considerado un Estado de derecho*). Sin embargo, no se puede relevar a las autoridades alemanas de *examinar* esos dos presupuestos, esto es, de procurarse en cada *caso concreto* un conocimiento sólido, en primer lugar, del sistema jurídico del Estado afectado y, en segundo lugar, de las *investigaciones concretas*, para efectuar una valoración. La concreción del objeto de control resulta nuevamente del *concepto de hecho* que sustenta al § 153f,<sup>48</sup> con lo cual nos encontraríamos de nuevo en el punto de partida de nuestra argumentación.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> En este sentido GBA, JZ, 2005, p. 312: "Con qué medios y en qué momento se investiga a otros posibles sospechosos [...] debe quedar a criterio de las autoridades de justicia de los Estados Unidos de América".

<sup>48</sup> Explícitamente Singelstein/Stolle (nota 33), p. 122.

<sup>49</sup> Texto en la nota 42.

### 3. ¿Revisión judicial de una decisión del fiscal federal general con motivo del § 153f OPP?

Ahora bien, si de acuerdo con la opinión del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart precisamente la cuestión central de una persecución por el Estado competente no debe ser revisable judicialmente en cuanto “propia decisión discrecional”, entonces esto genera la preocupación de que el *principio de jurisdicción universal* pueda ser *desautorizado* fácticamente (por vías procesales) mediante una conducción “ejecutivista” de la actividad de persecución penal de derecho penal internacional.<sup>50</sup> Al respecto, la remisión general a la posibilidad de revisión judicial de las decisiones de clausura del proceso de la Fiscalía basadas en el principio de oportunidad (§§ 153 y siguientes OPP) (arg. ex § 172, apartado 2, frase 3),<sup>51</sup> no puede convencer. Ella ya es atacable respecto de los motivos “tradicionales” de finalización del proceso de los §§ 153 y siguientes<sup>52</sup> y en todo caso indefendible en el supuesto del § 153f, pues para nada puede entenderse como una “decisión legislativa consciente”.<sup>53</sup> De hecho, el legislador<sup>54</sup> ha introducido el § 153f debido a las objeciones alegadas sobre todo por el fiscal federal general en contra del principio de jurisdicción universal previsto en el § 1 del CódPI y sin poder reflexionar adicionalmente por razones de tiempo —la legislación alemana de implementación del ECPI debía entrar en vigor a más tardar en la fecha de la entrada en vigor del Estatuto (1.7.2002)— sobre posibilidades recursivas y especialmente sobre si el § 153f entra en la enumeración del § 172, apartado 2, frase 3, última parte, OPP.<sup>55</sup> A la velocidad del proceso legislativo tam-

<sup>50</sup> SK-Weßlau, § 153f nm. 3.

<sup>51</sup> Cf. solamente LR-Graalman-Scheerer, § 172 nm. 21, 26 con otras referencias.

<sup>52</sup> Sobre la exigencia general de un control de legalidad de decisiones de oportunidad cf. § 174a del Proyecto alternativo sobre el proceso de investigación preliminar (*Alternativentwurf-Ermittlungsverfahren*) con otras referencias; antes ya Horstmann, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen*, 2002, p. 308; por un forzamiento de la acusación limitado Erb, *Legalität und Opportunität*, 1999, pp. 230 y ss. y Satzger, “Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens”, Gutachten C zum 65, *Deutschen Juristentag*, 2004, C 78, aunque en el caso del § 153f, en vista de la gravedad de los crímenes, balancea en favor del lesionado la ponderación, en la que se asienta esta opinión, entre su interés de revisión y la economía procesal.

<sup>53</sup> OLG Stuttgart, *NSiZ*, 2006, p. 118 (columna izquierda).

<sup>54</sup> El autor fue miembro del grupo de trabajo, establecido por el Ministerio de Justicia Federal, que ha elaborado el CódPI y también el § 153f OPP.

<sup>55</sup> En esto basa su opinión el OLG Stuttgart, *NSiZ*, 2006, p. 118 (columna izquierda).

## KAI AMBOS

---

bién puede atribuirse que sea posible prescindir de persecución de acuerdo con el § 153f sin aprobación judicial y que un control judicial sólo pueda ocurrir *con posterioridad*. Allí existe una quiebra del sistema, pues *en principio* la intervención judicial está prevista en el caso de clausura del proceso por razones de oportunidad (§§ 153.I.1, 153a.I.1, 153b, 153e, OPP),<sup>56</sup> siempre que se renuncia a ella (§§ 153.I.2, 153a.I.7, 153c y d OPP), se trate de hechos de escasa gravedad, sean delitos insignificantes (§§ 153 I 2, 153a I 7) o cualquier hecho extranjero (§ 153c), o bien de hechos a cuya persecución penal se contraponen preponderantes intereses políticos (§ 153c.III, IV; § 153d). Ninguno de estos motivos vale para el § 153f: no se trata allí de hechos leves (sino, todo lo contrario, de graves crímenes nucleares de derecho internacional) ni están en juego intereses políticos que puedan contraponerse a la persecución.<sup>57</sup> La cuestión —en vista de la impunidad a impedir— es únicamente si la persecución penal puede ser llevada a cabo en otra parte. Además ha de tenerse en cuenta lo siguiente: un procedimiento para forzar la acusación o bien la investigación en contra de un cierre del proceso con base en los §§ 153 y siguientes OPP ya es admisible según la situación jurídica vigente si es que se afirma que no han existido los *presupuestos legales de la discreción*, esto es, que el margen de discreción no estaba abierto en absoluto y por ello subsistía el deber de acusación.<sup>58</sup> Según la opinión de la jurisprudencia de los tribunales superiores, una solicitud de revisión judicial es admisible cuando “por razones de derecho” fue negada una sospecha inicial y por ello fue omitido todo esclarecimiento fáctico de los hechos.<sup>59</sup> Así, también en el caso de los §§ 153 y siguientes entra en consideración en principio un forzamiento de la investigación para la protección del principio de legalidad, pues no puede haber ninguna

---

<sup>56</sup> Sobre la importancia de la aprobación judicial en este contexto también ya Schroeder, *NSiZ*, 1996, p. 319; también Erb (nota 53), pp. 228 y ss., aunque con la correcta advertencia sobre la escasa eficiencia de control de la aprobación judicial (ibidem, pp. 224 y s.).

<sup>57</sup> Sobre exigencias análogas Weigend, *GS Vogler*, 2004, p. 209, incluida la nota 51; Kreicker en Eser/Gropengiesser/Kreicker (eds.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen. Landesbericht Deutschland*, Bd. 1, 2003, p. 434; más bien crítico Kurth (nota 17), p. 86.

<sup>58</sup> LR-Rieß, § 172 nm. 26; LR-Graalman-Scheerer, § 172 nm. 22, 26; SK-Wohlers § 172 nm. 38; Kommentar zur Strafprozessordnung (KMR)-Plöd § 172 nm. 15; Krehl, en Heidelberg Kommentar (HK)-StPO, § 172 nm. 7. En el resultado igualmente KK-Schmid § 172 nm. 41 y ss, Meyer-Goßner § 172 nm. 3 y ss.; al respecto, por una indagación de los elementos del tipo de la disposición respectiva de clausura del proceso a través de interpretación Singelstein/Stolle (nota 33), 118; de otra opinión Horstmann (nota 53), pp. 239 y ss.

<sup>59</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss v. 10.1.2005, 1 Ws 152/04; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 16.12.2002 = *Die Justiz*, 2003, p. 270 (271) con referencia a OLG Zweibrücken, *NSiZ*, 1981, p. 193; OLG Bremen, OLGSt StPO § 175 Nr. 1, OLG Koblenz, *NSiZ*, 1995, 50 ss; OLG Braunschweig, *Wistra* 1993, pp. 31 y ss; Kammergericht (KG) *NSiZ*, 1990, pp. 355 y ss.; OLG Celle, Beschluss vom 26.04.2002, 2 Ws 94/02; recientemente también OLG Köln, *NSiZ-RR*, 2003, p. 212; OLG Hamm *StV* 2002, pp. 128, 129 y ss.

## COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

diferencia entre si ya fueron efectuadas investigaciones (§ 170 OPP) o si ellas fueron desestimadas desde un principio.<sup>60</sup> Estas consideraciones valen *con mayor razón* para el § 153f, pues esta disposición prevé una doble excepción del principio de jurisdicción universal y del principio de legalidad para crímenes que más allá del deber de acusación del derecho procesal penal nacional<sup>61</sup> están sujetos a un *deber de persecución y punición de derecho internacional*.<sup>62</sup> El § 153f representa por lo tanto una especialidad en el sistema de los §§ 153 y siguientes, y esa especialidad debe ser tenida en cuenta al menos a través de someter los presupuestos legales contenidos en los apartados 1 y 2 a un control jurídico estricto. Esto vale especialmente para el presupuesto de la persecución (fáctica) del hecho por un tribunal penal internacional o un Estado (§ 153f, apartado 1, frase 2; apartado 2, frase 1, número 4), dado que la evitación de impunidad como meta superior del principio material de jurisdicción universal solo puede ser asegurada con el cumplimiento de este presupuesto.<sup>63</sup> En los hechos, tampoco se trata en el caso de este presupuesto —en contra del Tribunal Superior Estadual de Stuttgart— precisamente de una decisión discrecional, sino de un presupuesto del tipo del § 153f, apartado 2. El Tribunal Superior Estadual de Stuttgart remite por lo demás incluso en el marco del examen de los presupuestos del tipo a eventuales investigaciones en los Estados Unidos, pero algunos párrafos después pretende entender al § 153f, apartado 2, frase 1, número 4 como (pura) disposición de discreción.<sup>64</sup>

En *conclusión*, todo esto significa que el principio de legalidad reforzado en el derecho internacional por el § 153f debe ser asegurado por medio de una posibilidad de intervención y control judicial. Esto puede suceder con un forzamiento de la investigación a través del procedimiento para forzar la acusación según el § 172 (análogamente) o con la inserción de una exigencia de aprobación del Tribunal Superior en el § 153f. El legislador debe proporcionar una regulación clarificadora al respecto. Desde el punto de vista de la víctima queda aún por señalar que a una decisión según

<sup>60</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.1.2005, 1 Ws 152/04, 5; OLG Karlsruhe, *Die Justiz*, 2003, p. 271.

<sup>61</sup> En este sentido, sobre la función del procedimiento para forzar la acusación en general, SK-Wohlers § 172 nm. 2 con cuantiosas referencias jurisprudenciales; KK-Schmid § 172 nm. 1; KMR-Plöd § 172 nm. 1; Beulke, *Strafprozessrecht*, 2005, 8.º edición, nm. 344.

<sup>62</sup> Ambos, *Archiv des Völkerrecht (AVR)*, 1999, pp. 319 y ss.

<sup>63</sup> En el resultado igualmente Singelstein/Stolle (nota 33), pp. 119 y s., quienes además de ello también consideran plenamente revisable por la autoridad judicial el elemento de la presencia en el territorio nacional del apartado 1, frase 1, y que la extradición sea admisible y proyectada del apartado 2, frase 2.

<sup>64</sup> NSiZ, 2006, p. 118 (columna derecha) versus p. 119 (columna izquierda).

## KAI AMBOS

---

el § 153f no corresponde un efecto de agotación de la pretensión punitiva, así que una denuncia anteriormente rechazada puede ser —en caso de nuevos hechos— presentada nuevamente. Esto explica que la denuncia contra Rumsfeld *et al.* haya vuelto a presentarse el 14 de noviembre de 2006.<sup>65</sup>

<sup>65</sup> Véase, por ejemplo, *Times*, 16.11.2006, <http://www.time.com/time/nation/article/0,8599,1560224,00.html>, donde se dice que “Federal prosecutors [...] are subject to the wishes of the government [...]” y que, por lo tanto, el caso tiene pocas chances de prosperar. Sin embargo, es improbable que la Fiscalía General acepte que el Ejecutivo interviene directamente en su trabajo; de hecho, en la primera denuncia contra Rumsfeld *et al.* el entonces fiscal general rechazó explícitamente tales acusaciones. Si bien el fiscal general es nombrado por el gobierno federal, no es un lacayo del gobierno, y mucho menos lo son los funcionarios de su oficina, los cuales son abogados profesionales muchas veces reclutados de los Poderes Judiciales de los Estados (*Länder*).