

SOBRE INTERNATIONALES STRAFRECHT. STRAFANWENDUNGSRECHT, VÖLKERSTRAFRECHT, EUROPÄISCHES STRAFRECHT

Recensión del libro de Kai Ambos

Miguel Ángel Cano Paños

Becario postdoctoral del MEC-Fulbright. Universität Münster, Alemania

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. Sobre *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*. Recensión del libro de Kai Ambos. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-r1, p. r1:1-r1:36.

Disponible en internet:

<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-r1.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-r1 (2007), 7 feb]

RESUMEN: El presente artículo consiste en una recensión de la obra del profesor Kai Ambos: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*. (C.H. Beck. Munich 2006. 491 pp.) La monografía revisada consta de tres partes fundamentales: 1. Derecho de aplicación penal; 2. Derecho penal de gentes; 3. Derecho penal europeo. La Primera parte se dedica básicamente a analizar las bases legales (internaciones y de derecho interno) que permiten extender la aplicación del Derecho penal alemán a conductas delictivas llevadas a cabo en el extranje-

ro. La segunda parte tiene como objetivo fundamental desarrollar todo el ámbito relativo al Derecho penal de gentes (*Völkerstrafrecht*), haciendo especial referencia tanto a los Tribunales ad-hoc instaurados por las Naciones Unidas como al Estatuto de la Corte Penal Internacional. Finalmente, la tercera y última parte de la obra se ocupa del Derecho penal europeo, abordándolo desde una doble perspectiva: la creación normativa en el marco del Consejo de Europa (fundamentalmente la CEDH) y en el contexto de la Unión Europea (Constitución Europea, Europol, Eurojust).

PALABRAS CLAVES: Derecho penal internacional, Derecho de aplicación penal, Derecho penal europeo, Código Penal alemán (StGB), crímenes capitales internacionales, Corte Penal Internacional, colaboración penal y judicial, Unión Europea, Constitución Europea.

Fecha de publicación: 7 febrero 2007

Con gran expectación se esperaba en Alemania la publicación de esta obra por parte de *Kai Ambos*, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Gotinga. Si bien el Prof. *Ambos* había avanzado ya parte de la temática en forma de artículos, capítulos de libros y otras formas de colaboración científica,¹ lo cierto es que la comunidad académica

¹ Algunos de los cuales han sido traducidos al castellano y publicados en revistas especializadas. Baste citar por ejemplo los siguientes: "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", *RECPC*

mica en particular estaba expectante ante la posibilidad de que se publicase en una sola obra la minuciosa actividad investigadora que en el ámbito del Derecho penal internacional venía siendo desarrollada por el autor en los últimos años.

La obra cuyo comentario se aborda en las siguientes líneas se estructura en tres partes fundamentales: 1. Parte: **Derecho de aplicación penal**; 2. Parte: **Derecho penal de gentes**; 3. Parte: **Derecho penal europeo**.

I

La **Primera parte** de la obra, relativa al Derecho de aplicación (del Derecho) penal, consta de cuatro capítulos (§§ 1-4). La misma la dedica *Ambos* a realizar un análisis exhaustivo de las bases legales contenidas en el Código Penal alemán (parágrafos § 3 a § 7 del *Strafgesetzbuch*, StGB) que permiten la aplicación del Derecho penal alemán a un determinado hecho delictivo. Tal y como acertadamente señala *Ambos*, la particularidad de la normativa contenida en los parágrafos § 3 a § 7 StGB –lo cual motiva que adquiera relevancia dentro de la temática desarrollada por el autor en la obra–, reside en que la misma despliega asimismo un “efecto transnacional”, al declarar aplicable el Derecho penal alemán más allá del territorio soberano nacional, es decir, a hechos delictivos acaecidos en el extranjero (p. 2).

Antes de decidir sobre si las reglas de aplicación del Derecho penal alemán son aplicables a hechos delictivos cometidos dentro del territorio alemán (§ 3, § 4 StGB) o a hechos cometidos en el extranjero (§ 5, § 7 StGB), debe determinarse si el hecho en concreto ha sido cometido dentro o fuera del territorio alemán. La cuestión relativa al lugar de comisión es solucionada por el § 9 StGB. Con respecto a la determinación del Derecho aplicable desde un punto de vista temporal debe previamente precisarse cuándo ha sido cometido el hecho. La cuestión relativa al tiempo de comisión del delito es abordada por el § 8 StGB.

El Derecho penal alemán determina el tiempo de comisión del delito a partir de la estricta teoría de la actividad (*Tätigkeitstheorie*) (p. 7). Según esta teoría, lo relevante es el momento en el que tiene lugar la acción, no el momento en el que comienza a producirse el resultado. En este sentido, el tenor literal del § 8 StGB no deja lugar a dudas: Un hecho es cometido en el momento en el que el autor o el partícipe ha actuado. Por lo que hace referencia a la determinación del lugar de comisión, el Derecho penal alemán acude a lo previsto en la teoría de la ubicuidad (*Ubiquitätstheorie*) (p. 7). En consecuencia, el lugar de comisión puede ser tanto el lugar donde se lleva a cabo la actividad delictiva como el lugar donde se produce el resultado.

Con respecto a lo expuesto en el párrafo anterior en lo relativo al lugar de comisión, *Ambos* considera que su determinación resulta especialmente complicada en el caso de

07/17 (2005), pp. 1 y ss.; “Derecho penal y guerra: ¿Intervención punible del gobierno alemán en la guerra de Irak?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 15 (2005), pp. 171 y ss. También hay que destacar, entre otras, las siguientes monografías: *Impunidad y Derecho penal internacional* (con la colaboración de *Mónica Kau-*

la criminalidad llevada a cabo a través de Internet, ya que en este ámbito la actuación más allá de las fronteras estatales no constituye una excepción sino más bien la regla general, debido fundamentalmente a que los contenidos de un servidor extranjero pueden ser solicitados en territorio nacional (pp. 7-9). En este sentido, la doctrina no se pone de acuerdo a la hora de determinar el lugar de comisión. Un amplio sector doctrinal se muestra partidario de aplicar únicamente el criterio del lugar donde se lleva a cabo la actividad, ampliado en parte con el lugar donde se encuentra el servidor. En el Derecho alemán se adopta el criterio del lugar de la actividad (§ 9 párrafo 1, alternativa 1 StGB) cuando el oferente ostenta su domicilio en Alemania, aun cuando el servidor se encuentre en el extranjero. Este nuevo criterio a la hora de determinar el lugar de comisión de delitos a través de Internet procede del § 4 de la Ley de Servicios de Telecomunicaciones (*Teledienstegesetz*). Dicha disposición sienta legalmente el principio del país de procedencia, según el cual aquellos oferentes y sus servicios de telecomunicaciones domiciliados en Alemania están también sometidos al ordenamiento jurídico alemán cuando sus servicios son ofrecidos o producidos en el extranjero (p. 9).

Independientemente de la cuestión relativa al ámbito de aplicación del Derecho penal alemán se plantea la pregunta de si una determinada conducta delictiva que se realiza en el extranjero entra dentro del ámbito de protección de un determinado tipo penal recogido en el Derecho penal alemán o si, por el contrario, afecta únicamente a intereses extranjeros. Para *Ambos* es evidente que el ámbito de protección del Derecho penal alemán entra en consideración cuando una determinada conducta delictiva lesiona o pone en peligro bienes jurídicos nacionales (p. 13). En este sentido se suele diferenciar entre bienes jurídicos de carácter colectivo (*Kollektivrechtsgüter*) y bienes jurídicos de carácter individual (*Individualrechtsgüter*).

En caso de que sean afectados bienes jurídicos colectivos hay que decir que el Derecho penal alemán protege por regla general únicamente intereses nacionales. Por esta razón hay que concluir que aquellos intereses nacionales de Estados soberanos no son afectados por el ámbito de protección del Derecho penal alemán. Por el contrario, la diferenciación entre bienes jurídicos nacionales y extranjeros pierde su razón de ser en lo relativo a los tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales. En este caso, la Ley penal alemana no pretende proteger mediante una determinada disposición penal el poder soberano del Estado alemán, sino más bien los bienes jurídicos de todos los individuos. Por este motivo, aquellos bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, la propiedad o el honor son dignos de protección independientemente de la nacionalidad del titular del bien jurídico en cuestión o de la importancia del propio bien jurídico (p. 15). Los bienes jurídicos individuales no son así concebidos como bienes jurídicos nacionales; su protección transnacional se basa más bien en la consideración de bienes personales inalienables, los cuales le corresponden a cualquier sujeto por encima de su nacionalidad, raza, religión, etc. Cuando se trata de proteger bienes jurídicos individuales se produce desde el punto de vista del tipo una equiparación

yan), Buenos Aires, 1999; *La parte general del Derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, 2005.

entre hechos delictivos cometidos en territorio nacional o extranjero. La cuestión relativa a la aplicación o no de la jurisdicción alemana se infiere de lo previsto en los parágrafos § 3-7 StGB.

Antes de concluir esta parte introductoria, *Ambos* se detiene a analizar brevemente el concepto de **“Derecho penal interlocal”** (*interlokales Strafrecht*) (pp. 17 y ss.). Mediante el mismo se describe la situación en la cual distintos ordenamientos penales (particulares) o distintas normas penales (co-)existen dentro de un ordenamiento jurídico vigente en el conjunto del Estado. Esta situación sólo puede darse en aquellos países en los cuales la competencia para dictar normas de carácter penal no sólo está centralizada en el conjunto *ius puniendi* estatal, sino que también puede ser ejercida de un modo descentralizado por los distintos estados federados (por ej. Estados Unidos o México).

En el caso de Alemania, el Derecho penal interlocal adquiere únicamente relevancia con relación a aquellos hechos delictivos que fueron en su día cometidos en el antiguo territorio de la DDR. Con la reunificación alemana producida en el año 1990, el territorio de la DDR pasó a ser parte integrante de la República alemana y con ello territorio “nacional” en el sentido del § 3 StGB. A la hora de abordar los delitos cometidos en la DDR antes de la reunificación resulta necesario realizar una diferenciación: Si los delitos fueron ya juzgados antes de 1990, en ese caso era de aplicación únicamente el Derecho penal de la DDR. En consecuencia, hasta la integración de la DDR en la República alemana había de considerarse dicho territorio como “extranjero”, debiendo ser sus habitantes tratados como ciudadanos “extranjeros”. Algo distinto sucede en el caso de que los delitos hubieran sido cometidos con anterioridad a 1990, pero en cambio fueron perseguidos tras la reunificación. Con la integración de la DDR en la República federal se produjo al mismo tiempo una transmisión a ésta última del poder soberano sobre aquel territorio. No obstante hay que decir que el Derecho penal de la República Federal alemana tampoco puede ser aplicado en este caso, ya que al tiempo en el que los mencionados delitos fueron cometidos la DDR no podía considerarse todavía como territorio “nacional” en el sentido del § 3 StGB (p. 18). En consecuencia, hay que partir de la existencia de dos sistemas jurídicos distintos en un mismo Estado, por lo que se trata sin duda de un clásico ejemplo del Derecho penal interlocal. Hay que decir no obstante que la situación descrita en Alemania tiene fecha de caducidad, ya que los llamados “casos antiguos” (*Altfälle*) cometidos en la DDR antes de 1990 –exceptuando eso sí los delitos de genocidio y asesinato– prescribirán el 3 de octubre del año 2020.

Tras este análisis introductorio del Derecho de aplicación penal llevado a cabo en el primer capítulo, *Ambos* dedica el segundo capítulo a desarrollar las bases internacionales del *ius puniendi* estatal.

En principio hay que decir que una extensión ilimitada del *ius puniendi* estatal es inadmisibles desde el punto de vista del Derecho internacional. En este sentido resulta necesario hacer referencia al principio de no injerencia, el cual se encuentra recogido en el Art. 2 párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas. Dicha disposición regula el principio de la igualdad soberana de todos los estados. Puede decirse en consecuencia

que el principio de no injerencia constituye un límite al *ius puniendi* estatal desde un ámbito internacional.

A la hora de delimitar la compatibilidad entre la extensión del *ius puniendi* estatal a un ámbito extraterritorial y el principio de no injerencia debe realizarse un análisis a lo largo de dos fases (pp. 21-22):

En primer lugar hay que determinar si el hecho en cuestión muestra una especial relación de proximidad o un contacto suficiente con el Estado que reclama su poder punitivo sobre esa determinada conducta. Se trata en definitiva de averiguar si existe un **punto de conexión** suficiente. Como puntos de conexión legítimos dentro del ámbito del Derecho penal internacional se aplican el principio de territorialidad, el principio del pabellón, el principio de activo de personalidad, así como el principio de protección. Por el contrario, el principio de justicia supletoria y el principio de justicia universal (o principio del Derecho mundial) renuncian a cualquier punto de conexión legítimo.

En segundo lugar, y una vez se ha constatado la existencia de un punto de conexión legítimo, puede presumirse la legalidad internacional de la extensión del *ius puniendi* de un determinado Estado. En este caso debe no obstante verificarse si a esa extensión del *ius puniendi* legitimada por un punto de conexión de carácter abstracto se opone sin embargo una expresa prohibición internacional. Como principios generales entran aquí en consideración únicamente la prohibición general de arbitrariedad y la prohibición de abuso de derecho.

El capítulo tercero de esta Primera parte se dedica a analizar los distintos puntos de conexión legitimantes, haciéndose referencia tanto a las bases de Derecho internacional como a la regulación de los mismos en el Derecho penal alemán.

El **principio de territorialidad** se relaciona con el lugar de comisión, asignando con ello a un determinado Estado el poder punitivo sobre todas aquellas conductas que se llevan a cabo en su ámbito territorial soberano. Con todo, el mencionado principio de territorialidad no rige de un modo absoluto, existiendo así distintas técnicas que permiten un quebrantamiento del mismo. Así, junto al punto de conexión referido a la nacionalidad, sea del autor o de la víctima del delito, *Ambos* hace referencia a dos principios de especial importancia: el principio de repercusión y el principio del pabellón (p. 25). En virtud del principio de repercusión, el *ius puniendi* estatal sobre un hecho cometido en el extranjero puede justificarse territorialmente cuando ese concreto hecho despliega un efecto o resultado en territorio nacional. El caso que *Ambos* acertadamente expone es el de la muerte de ciudadanos de la antigua DDR que fueron abatidos por soldados de su propio país cuando intentaban cruzar el muro ("*Mauerschützen*"). En este caso, el lugar donde se lleva a cabo la acción es distinto de aquél donde se produce el resultado. El principio de repercusión permite que en estos casos la justicia del Estado donde se produce el resultado de la acción sea la competente territorialmente (p. 25).

En el caso de Alemania, el principio de territorialidad, regulado en el § 3 StGB, constituye el punto de partida del Derecho de aplicación penal alemán, si bien hay que

tener en cuenta las numerosas excepciones que con respecto a este principio contempla el propio Código.

El resto de puntos de conexión que a continuación son analizados se diferencia del principio de territorialidad fundamentalmente porque los mismos son aplicables a hechos delictivos cometidos en territorio extranjero. Esta “extensión” del poder punitivo de un determinado Estado más allá de sus fronteras naturales a partir de estos puntos de conexión conlleva desde luego una colisión, cuando no un conflicto, con el ordenamiento jurídico del lugar donde se ha cometido el hecho delictivo.

Así, según el **principio del pabellón**, el Estado cuyo pabellón es enarbolado legítimamente por un buque, o bajo el cual está registrada una aeronave o una nave espacial, puede someter su poder punitivo a las acciones cometidas a bordo del barco, de la aeronave o de la nave espacial, independientemente del lugar donde se encuentra el aparato en el momento de comisión del delito, o de la nacionalidad del autor del mismo. En el caso del Derecho penal alemán, el principio del pabellón se encuentra codificado en el § 4 StGB.

Por su parte, el **principio activo de personalidad** legitima a un Estado para someter a su poder punitivo los delitos cometidos por sus propios nacionales, aun cuando dichos delitos hayan tenido lugar en el extranjero. En el ámbito internacional suele diferenciarse entre un principio activo de personalidad de carácter absoluto y otro de carácter restringido (pp. 36-37). En el primer caso, los ciudadanos de un país que se encuentran en territorio extranjero son sometidos al poder punitivo del país del que proceden, sin que para ello sea exigible la existencia de una “norma idéntica” en el lugar de comisión. Es indudable que esta variante da lugar a un conflicto con el Derecho soberano del Estado donde se ha cometido la infracción. Por el contrario, en el segundo caso se exige la existencia de una “norma idéntica” en el lugar de comisión. Con ello, el país del que procede el autor muestra su respeto hacia el ordenamiento jurídico extranjero, lo cual da lugar a que esta variante esté libre de objeciones por parte del Derecho internacional.

A la hora de determinar su propio ámbito de aplicación, el Derecho penal alemán se sirve del principio activo de personalidad para de este modo poder castigar delitos cometidos en el extranjero por ciudadanos alemanes (§ 7 párrafo 2 frase 2 StGB). Con ello, el legislador alemán “compensa” en cierta medida la prohibición de extradición de ciudadanos alemanes que la Constitución alemana (*Grundgesetz*, GG) contempla en el Art. 16 párrafo 2 frase 1 (p. 38). En consecuencia, si Alemania no puede extraditar a sus propios ciudadanos al país donde han cometido el delito, debe ella misma castigarlos. De lo establecido en el § 7 párrafo 2 núm. 1 StGB se derivan tres condiciones para poder fundamentar el *ius puniendi* del Estado alemán: 1. Un hecho delictivo cometido en el extranjero; 2. Cuyo autor sea un ciudadano alemán; 3. Que el hecho sea castigado en el lugar de comisión (existencia de una “norma idéntica”) o que el lugar de comisión no esté sometido a poder punitivo alguno. Puede observarse así como en Alemania rige un principio activo de personalidad de carácter restringido. Hay que decir que el Derecho penal alemán contempla dos situaciones en las cuales no es necesario que se de el requisito de la existencia de una “norma idéntica” en el lugar de comisión: por un

lado, cuando el lugar de comisión no está sujeto a poder punitivo alguno (por ej. hechos cometidos en aguas internacionales o en el espacio, conflictos internos que dan lugar al desmoronamiento del conjunto del sistema de administración de justicia de un Estado); por otro, cuando se dan algunos de los supuestos contemplados en el § 5 StGB (Hechos delictivos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos nacionales).

En virtud del **principio de protección**, el poder punitivo estatal se extiende a aquellos delitos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos nacionales, independientemente del lugar donde aquéllos han sido cometidos o del sujeto que los ha cometido. Dentro del principio de protección suele distinguirse entre el principio de protección del Estado (principio real) y el principio de protección individual o principio pasivo de personalidad (p. 46).

En la base del llamado "**principio real**" se encuentra la máxima según la cual a ningún Estado se le puede obligar a observar impasible cómo se llevan a cabo ataques contra su integridad política o militar, sobre todo en aquellas situaciones en las que el Estado "infractor" no puede o no quiere por sí mismo perseguir penalmente dichas conductas. Por su parte, mediante el principio pasivo de personalidad se permite castigar a un ciudadano no nacional por parte de la justicia del Estado que reclama el poder punitivo por razón de un delito cometido en el extranjero contra sus propios nacionales. Según señala *Ambos*, en el momento en que el Estado del que procede la víctima reclama la vigencia de su poder punitivo para los delitos cometidos contra sus nacionales en un país extranjero se está produciendo no sólo una injerencia en el ámbito soberano de otro Estado, sino también una manifiesta desconfianza en la administración de justicia de ese mismo Estado (p. 47).

En el caso del Derecho penal alemán, los párrafos § 5 y § 7 párrafo 1 StGB hacen posible someter al Derecho penal alemán determinados hechos delictivos cometidos en el extranjero con base en el principio de protección. En virtud del § 7 párrafo 1 StGB rige el Derecho penal alemán para todos aquellos delitos cometidos en el extranjero contra un ciudadano alemán, siempre y cuando el hecho esté conminado con una pena en el lugar de comisión o el lugar de comisión no esté sometido a ningún poder punitivo. Por su parte, en las constelaciones previstas en el § 5 StGB se renuncia a la exigencia de una norma idéntica, lo cual suscita muchas dudas desde un punto de vista de Derecho internacional. Según *Ambos*, la extensión del *ius puniendi* de un determinado Estado por encima del Derecho penal del lugar de comisión únicamente puede estar justificada desde el ámbito del Derecho internacional cuando se fundamenta en el principio real en sentido estricto (protección de intereses fundamentales nacionales), en una combinación del principio real en sentido amplio y el principio de personalidad, o bien directamente en un acuerdo internacional (p. 49).

El **principio del Derecho mundial** (principio de justicia universal) autoriza a cualquier Estado a perseguir mundialmente con su poder punitivo una serie de delitos de carácter extraterritorial, sin consideración del lugar de comisión ni de la nacionalidad del autor o de la víctima. El principio del Derecho mundial no sólo renuncia a la exigencia de una norma idéntica, sino que además excluye cualquier posibilidad de influencia por parte del Estado donde se ha cometido el hecho. Además, el Estado que

inicia la persecución penal no actúa en su propio interés, sino más bien en interés de la comunidad internacional en su conjunto.

Los delitos sujetos al principio del Derecho mundial se caracterizan por afectar a bienes jurídicos de carácter colectivo universalmente aceptados, delitos cuya comisión lesiona o pone en peligro la paz y la seguridad de la humanidad en su conjunto. *In concreto* se trata de los llamados “crímenes capitales” (“*core crimes*”, o “*Kernverbrechen*”, en su acepción alemana), los cuales se encuentran recogidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, es decir, agresión, genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (pp. 53-54).

El principio del Derecho mundial se encuentra recogido en el § 1 del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB), de 26 de junio de 2002: “(...) incluso cuando el hecho fue cometido en el extranjero y no muestra ninguna relación con el territorio nacional”. La misma disposición establece que el VStGB rige “para todos los crímenes descritos en ella”, es decir los anteriormente denominados “crímenes capitales”. Por el contrario, el § 6 StGB (Delitos cometidos en el extranjero contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente), disposición que recoge el principio del Derecho mundial, ofrece una mezcla de tipos penales, los cuales no todos cumplen con los objetivos que se señalan en la rúbrica del § 6 StGB de proteger bienes jurídicos internacionales. Así, las conductas recogidas en la mencionada disposición poseen un distinto peso penal, dirigiéndose las mismas a diferentes sujetos de Derecho internacional: por un lado, la comunidad internacional en su conjunto, por otro, los distintos países en particular. Para *Ambos*, sólo en el primer caso puede decirse que se está llevando a cabo una protección de bienes jurídicos de carácter internacional, por lo que puede reclamarse un poder punitivo universal (p. 55).

Por su parte, el **principio de justicia supletoria** permite cubrir los vacíos existentes en la persecución penal, los cuales pueden surgir en el momento en que el autor de una determinada infracción puede sustraerse a la imposición de una pena huyendo a otro país. Mediante el mencionado principio, el Estado donde ha sido detenido el autor de un delito ejerce el poder punitivo en representación del Estado donde el delito ha sido cometido, cumpliendo así con su voluntad de castigar al autor de la infracción. El principio de justicia supletoria implica así la cooperación entre el Estado donde el autor es detenido y el Estado donde la infracción se ha llevado a cabo.

El principio de justicia supletoria se encuentra recogido en el § 7 párrafo 2 núm. 2 StGB. A partir de lo expuesto en esta disposición deben concurrir cuatro requisitos para que pueda regir el Derecho penal alemán de un modo *derivativo*: 1. Un delito cometido en el extranjero; 2. Una norma idéntica en el lugar de comisión del delito o bien una falta de poder punitivo en el lugar de comisión; 3. Localización del autor en territorio nacional; 4. Imposibilidad de llevar a cabo la extradición (p. 64).

El capítulo final de esta Primera parte está dedicado a analizar los conflictos de jurisdicción que en el Derecho internacional pueden surgir en el contexto del Derecho de aplicación penal.

Así, a la hora de determinar desde un ámbito estrictamente internacional la competencia del poder punitivo de un Estado a un caso concreto puede en ocasiones surgir la

situación en la cual varios Estados reclaman a la vez su derecho a someter ese caso concreto a su jurisdicción nacional (conflicto de jurisdicción positivo).

Por otra parte, y dentro del propio contexto de los conflictos de jurisdicción, *Ambos* hace referencia a los supuestos en los cuales un sujeto ha sido ya juzgado en un determinado país por la comisión de un determinado delito, pero posteriormente es de nuevo juzgado por ese mismo delito en otro país distinto (conflicto de jurisdicción en sentido amplio, pp. 69-70). En principio hay que decir que los casos de persecución penal reiterada por un mismo delito contravienen el principio del *non bis in idem*. No obstante, este principio no está reconocido en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales. Así, la garantía de derechos humanos contenida en el Art. 14 párrafo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere expresamente a la condena de acuerdo con el derecho “de cada país” (“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”). De este modo no se excluye un nuevo procedimiento penal en otro país. Desde una perspectiva de Derecho internacional, la no vigencia del *non bis in idem* se justifica indicando que una nueva persecución penal no puede impedirse cuando aquel Estado que reclama de un modo legítimo la aplicación de su poder punitivo tiene un interés concreto en poner en marcha un procedimiento penal (p. 69).

La situación arriba descrita tiene también un respaldo legal en el ordenamiento jurídico alemán. Así, el Art. 103 párrafo 3 GG prohíbe el tratamiento repetido del mismo asunto, pero únicamente por parte de los tribunales alemanes. En consecuencia, la celebración de un juicio *extranjero* no se opone a un proceso penal alemán por los mismos hechos, debiendo eso sí ser abonada la pena que por esos mismos hechos hubiera sido impuesta y ejecutada en el extranjero (principio del abono, § 51 párrafo 3 StGB). Como acertadamente indica *Ambos*, de lo explicado se observa claramente como aquel punto de vista internacional orientado hacia la soberanía estatal “desbanca” a una perspectiva de tipo individual basada en un Derecho penal de un Estado de derecho (p. 70).

Haciendo referencia a los clásicos conflictos de jurisdicción en el Derecho penal internacional, hay que decir que los mismos surgen cuando varios Estados hacen valer un punto de conexión suficiente que legitima su poder punitivo con respecto a una determinada situación. En opinión de *Ambos*, la mejor solución para evitar estos conflictos de jurisdicción puede venir por la conclusión de acuerdos internacionales que delimiten la distribución de competencias entre los Estados contratantes (p. 71). Hay que decir no obstante que por regla general no existen dichos acuerdos. Por consiguiente, en una situación así lo único que puede ayudar es el establecimiento de una jerarquía entre los puntos de conexión admitidos internacionalmente. Y es a más tardar en este momento cuando se manifiesta la necesidad de asentar el Derecho de aplicación penal en un ámbito internacional, ya que, según *Ambos*, sólo el Derecho internacional puede suministrar una jerarquía vinculante de los distintos puntos de conexión (p. 71). Con ello se pone al mismo tiempo de manifiesto un importante déficit del Derecho de aplicación del Derecho penal alemán: Aun reconociendo la problemáti-

ca de los conflictos de competencia interestatales, la falta de una jerarquía establecida de los puntos de conexión en el Derecho internacional conduce a una cierta discrecionalidad por parte del legislador alemán a la hora de ponderar los puntos de conexión, llegándose incluso a rechazar cualquier atisbo de jerarquización.

Y es precisamente una **jerarquización** de los distintos puntos de conexión lo que afronta *Ambos* en el tramo final de esta Primera parte (pp. 71 y ss.). Según este autor, si se quiere elaborar una jerarquía susceptible de ser aceptada en el ámbito internacional hay que partir necesariamente de la primacía del principio de territorialidad. En este sentido puede plantear problemas el principio de repercusión, ya que el mismo implica la realización del tipo en más de un lugar, lo cual, como se vio anteriormente, puede dar lugar a un conflicto entre el Estado donde se lleva a cabo la acción y el Estado donde se produce el resultado de la misma. Con todo, el principio de repercusión, concebido como un subinciso dentro del principio de territorialidad, debe gozar de prioridad con respecto a los puntos de conexión extraterritoriales. Entre estos últimos debe ser considerado en primer lugar el principio del pabellón, principio que puede llegar a concurrir con el principio de territorialidad, cuando por ejemplo una aeronave extranjera se encuentra en territorio nacional. Por lo que hace referencia al resto de los puntos de conexión de carácter extraterritorial no puede establecerse una jerarquía válida desde un punto de vista internacional, sin que pueda así decirse que en este contexto el Derecho internacional contiene "*hard and fast rules*". Con todo, *Ambos* se atreve a establecer una cierta jerarquía entre los distintos puntos de conexión, partiendo para ello de la premisa de si un Estado al ejercer su poder punitivo está persiguiendo intereses propios, intereses ajenos o intereses internacionales de tipo originario (p. 72).

Por lo que hace referencia a los intereses propios debe equipararse el principio real con el principio de territorialidad, ya que aquél tiene como finalidad la protección del territorio soberano estatal, así como el efectivo ejercicio de competencias soberanas. Por ello, el principio real debe ostentar el mismo rango que el principio de territorialidad. Por su parte, el principio de justicia supletoria sirve exclusivamente a la realización efectiva de intereses ajenos. Dicho principio puede únicamente explicarse a partir del difuso concepto de la solidaridad entre Estados. En todo caso hay que considerar al principio de justicia supletoria como enteramente subsidiario, y no sólo con respecto al principio de territorialidad, sino también en relación con el principio real y el principio de personalidad.

En consecuencia, hay que partir de la primacía del principio de territorialidad y del principio real con respecto al principio de personalidad. Y dentro de este último hay que conceder prioridad al principio activo de personalidad frente al principio pasivo de personalidad. Por su parte, el principio de justicia supletoria hay que considerarlo como subsidiario a los demás.

Finalmente, *Ambos* considera que el principio del Derecho mundial, el cual persigue la consecución de intereses internacionales de tipo originario, no se incluye dentro del sistema jerárquico arriba analizado, porque el mismo se fundamenta en la idea de la consecución de aquellos derechos que competen a la comunidad internacional, estando al mismo tiempo guiado por la desconfianza en la capacidad o el deseo del Estado

infractor de perseguir el delito (p. 74). Este principio a día de hoy se hace prevalecer en la mayoría de los casos de un modo “descentralizado” por los distintos Estados, lo cual trae consigo conflictos de competencia (caso *Pinochet*). En este concreto caso habría que partir en principio de una prevalencia del lugar de comisión de los delitos (Chile) con respecto a aquel Estado que basa su poder punitivo en el principio del Derecho mundial (España). No obstante, esta jerarquía puede resultar arriesgada si se tiene en cuenta la falta de interés del Estado chileno en perseguir los delitos cometidos durante la dictadura. Para *Ambos*, esta subsidiariedad del principio del Derecho mundial resulta del todo discutible (p. 74). Una solución de compromiso podría consistir, siempre según *Ambos*, en partir de una subsidiariedad condicional del principio del Derecho mundial con respecto al principio de territorialidad. La condición sería que el Estado del lugar de comisión sea capaz y quiera llevar a cabo por sí mismo la persecución del delito. En este caso debe partirse de una prevalencia del principio de territorialidad y de personalidad (activo y pasivo). En caso contrario entraría en acción el principio del Derecho mundial, estando cualquier Estado autorizado a poner en marcha la persecución penal.

Por último, *Ambos* considera necesario fijar mediante el correspondiente convenio las reglas propuestas por él mismo o bien otras distintas, mostrándose al mismo tiempo partidario de crear una instancia procesal encargada de solucionar los conflictos de competencia interestatales (p. 76).

II

La **Segunda parte** de la obra desarrolla a lo largo de cuatro capítulos (§§ 5-8) toda la temática relativa al Derecho penal de gentes.²

El primer capítulo está dedicado a delimitar el concepto, el objeto y las fuentes del Derecho penal de gentes. A modo de introducción señala *Ambos* que un auténtico Derecho penal internacional (“*International Criminal Law*”) en el sentido de un Derecho penal internacional de carácter supranacional es únicamente el Derecho penal de gentes (“*Völkerstrafrecht*”, en la terminología del Derecho alemán). Hablar del Derecho penal de gentes supone hacer referencia a una combinación de principios de carácter penal e internacional: la idea central de la responsabilidad individual y reprochabilidad de una determinada conducta procede del Derecho penal, mientras que los clásicos tipos penales implantados en los juicios de Nuremberg (Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) deben de ser considerados como parte del

² Se utiliza aquí el término “Derecho penal de gentes”, si bien la traducción al castellano del concepto alemán “*Völkerstrafrecht*” suele ser la de “Derecho internacional penal”. La razón de este cambio terminológico obedece fundamentalmente a delimitar dos conceptos en principio afines, los cuales son utilizados por *Ambos* en su obra: “*Internationales Strafrecht*”, por un lado, y “*Völkerstrafrecht*”, por otro. El primero tiene un sentido más amplio, al englobar la totalidad del Derecho penal internacional, es decir, tanto el Derecho penal de gentes como el Derecho penal europeo; por el contrario, el Derecho penal de gentes tiene un carácter más restringido, al hacer referencia al Derecho penal internacional, aunque eso sí sin incluir al Derecho penal europeo

Derecho internacional, de modo que la conducta en cuestión está sometida a una especial punibilidad de carácter internacional (p. 78).

La aprobación en el año 1998 del Estatuto de Roma, es decir, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), y con ello el establecimiento de una Corte Penal Internacional de carácter permanente, ha conducido a una palpable “institucionalización de la jurisdicción penal internacional”, la cual tiene como misión fundamental “el poner coto a la impunidad internacional de las violaciones de los derechos humanos mediante la utilización de los medios jurídicos pertinentes” (p. 79). Además, con el ECPI se ha producido la hasta ahora más detallada codificación del Derecho penal de gentes. Dicho Estatuto contiene junto a una **Parte especial**, en la cual se encuentran recogidos los llamados “crímenes capitales” (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra), también una **Parte general** en forma de “*general principles*” incluidas las penas, una **ordenanza procesal** junto a unas reglas de delimitación de la competencia del Tribunal, así como disposiciones relativas a la **cooperación y la ejecución penal**. Con ello se ha logrado desarrollar y reunir el Derecho penal de gentes en una única codificación, teniendo en cuenta al mismo tiempo los distintos sistemas de Derecho penal de los miembros de las Naciones Unidas. Entre tanto, existen otras importantes codificaciones dentro del Derecho penal de gentes, como son los Elementos del Crimen (“*Elements of Crime*”), las Reglas de Procedimiento y Prueba (“*Rules of Procedure and Evidence*”), así como un reglamento interno aprobado por los jueces. Todo este ordenamiento penal de carácter internacional constituye el punto central de las explicaciones que se desarrollan en esta Segunda parte.

Los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal de gentes son fundamentalmente bienes de carácter supraindividual, colectivos o complejos, a saber, la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad (párrafo 3 del Preámbulo del ECPI), de modo que un ataque contra estos bienes jurídicos afecta a la comunidad internacional en su conjunto. Esto no supone desde luego olvidar que los llamados “crímenes capitales” protegen al mismo tiempo bienes jurídicos de carácter individual, por lo demás bienes jurídicos elementales de cualquier ser humano.

En el segundo capítulo, *Ambos* realiza un recorrido histórico haciendo referencia a los hitos fundamentales que han conducido a la creación de una Corte Penal Internacional (CPI) de carácter permanente, deteniéndose de un modo particular en dos acontecimientos de trascendencia: la creación del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en el año 1945 y el establecimiento de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas.

En el primer caso, los principios acuñados por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg supusieron una base de suma importancia para el desarrollo posterior del Derecho penal de gentes. Así, mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946 se instauró una Comisión encargada de formular y codificar los llamados “Principios de Nuremberg”, los cuales fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional (“*International Law Commission*”) en el año 1950. En la misma época se aprobaron una serie de acuerdos de especial importancia, como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio,

de 9 de diciembre de 1948, y los Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, los cuales hasta la fecha constituyen un elemento esencial del Derecho penal de gentes.

En el segundo caso, los tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas han influido también enormemente en el desarrollo y consolidación del Derecho penal de gentes. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), creado el 22 de febrero de 1993, fue dotado de un Estatuto donde se regulan cuestiones de Derecho material, procesal y de organización judicial. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), instaurado en noviembre de 1994, consta asimismo de un Estatuto el cual se corresponde fundamentalmente con el del TPIY.

Tras este breve recorrido histórico, *Ambos* pasa a realizar un análisis exhaustivo de la Corte Penal Internacional y de su Estatuto (pp. 105 y ss). La Corte está compuesta de los siguientes órganos: el Presidente, una Sala de Cuestiones Preliminares, una Sala de Primera Instancia, una Sala de Apelaciones, la Fiscalía y la Secretaría. Los instrumentos jurídicos accesorios más importantes de la CPI son los Elementos del Crimen (“*Elements of Crime*”) y las Reglas de Procedimiento y Prueba (“*Rules of Procedure and Evidence*”).

Por lo que hace referencia a la implementación del ECPI en Alemania, hay que decir que han sido dictadas dos leyes especiales tanto de naturaleza material como procesal: El Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB), de 26 de junio de 2002, y la Ley para la Implementación del Estatuto de Roma de la CPI (IStGH-AusführungsG), de 21 de junio de 2002. El VStGB tiene entre otros objetivos el de “mejorar la concepción específica del injusto de los crímenes contra el Derecho penal de gentes...” (p. 112). Por ello, en el VStGB se encuentran codificados los principales crímenes internacionales (“crímenes capitales”): genocidio, crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra contra personas y determinados objetos protegidos, así como los crímenes de guerra relativos a la utilización de métodos y medios prohibidos como estrategia de combate. Por el contrario, en cuanto a la Parte general rige básicamente el Código Penal (*Strafgesetzbuch*, StGB). Por su parte, la IStGH-AusführungsG está estructurada en artículos y contiene en el principal Art. 1 la “Ley sobre la Cooperación con la Corte Penal Internacional” (*Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof*, IStGHG).

Antes de pasar a analizar las principales cuestiones de Derecho penal material y procesal contenidas en el ECPI hay que resaltar las interesantes reflexiones que realiza *Ambos* con respecto a la posición que la delegación de los Estados Unidos de América mantuvo en la Conferencia de Estados para la implementación de la CPI, llevada a cabo en Roma en el año 1998 (pp. 113-115). Así, la delegación de los Estados Unidos que se trasladó a Roma se caracterizó en su momento por torpedear muchas de las decisiones adoptadas por las demás delegaciones en torno al ECPI. La delegación norteamericana exigía entre otras cosas que se excluyeran de la competencia de la Corte los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Al mismo tiempo reclamaba un mayor control de la Fiscalía. Con todo, hay que tener en cuenta que tanto el Gobierno del presidente *Clinton* como su delegación en Roma se caracterizaron en todo momento por demostrar un espíritu constructivo en sus negociaciones. Esta

situación cambió radicalmente con la llegada al poder de *George W. Bush*. Con él aparecieron en escena enemigos radicales no sólo de la CPI, sino sobre todo de cualquier posibilidad de control internacional de la política exterior de los Estados Unidos. Paradigmáticas resultan en este sentido las palabras del antiguo viceministro de Defensa *Paul Wolfowitz*, según el cual, al no disponer la CPI de un adecuado órgano supervisor de carácter político, no resultaba un “órgano adecuado para juzgar a ciudadanos norteamericanos” (p. 113).

Según *Ambos*, la oposición frontal de los Estados Unidos a la CPI es por un lado una muestra evidente del clásico unilateralismo norteamericano; por otro, de una política exterior de carácter “pragmático-realista”, una política exterior que en ningún caso está dispuesta a someterse a un control de carácter penal internacional. Esto explica el interés especial de los Estados Unidos en integrar la CPI en el actual organigrama de las Naciones Unidas, especialmente en el Consejo de Seguridad, para con ello poder llevar a cabo aunque sea indirectamente un control del Tribunal (p. 115).

El tercer capítulo se encarga de analizar el Derecho penal de gentes sustantivo en su doble vertiente: la Parte general, dedicada fundamentalmente a concretar las bases de la imputación penal internacional, y la Parte especial, la cual se dedica a desarrollar los crímenes internacionales contenidos en el ECPI.

En palabras de *Ambos*, la dogmática dirigida a la elaboración de una Parte general del Derecho penal de gentes se encuentra todavía en sus inicios, y todo ello a pesar de que actualmente se reconoce la necesidad de disponer de una Parte general consolidada. Según señala el profesor alemán, la condición primordial para una aceptación universal de principios generales de carácter penal internacional es la “apertura” frente a distintos ordenamientos jurídicos, así como la “comprensibilidad” y la “practicabilidad” de una Parte general del Derecho penal de gentes (p. 124).

De lo explicado en el párrafo anterior hay que deducir que el concepto de delito en el ámbito internacional no puede orientarse exclusivamente hacia un sistema de Derecho penal concreto (de corte anglosajón o continental-europeo), sino que debe desarrollarse por sí mismo a partir de las fuentes del Derecho penal internacional.

Si se lleva a cabo un análisis tanto de la jurisprudencia penal internacional como de las distintas codificaciones de Derecho penal internacional (desde Nuremberg hasta Roma) puede observarse una construcción bipartita del delito basada en la típica dicotomía “*offence-defence*” del Derecho anglosajón, estructura que se diferencia de aquella predominante en el Derecho continental europeo (sobre todo en el Derecho alemán) y que se caracteriza por una estructura bi- o tripartita del delito (injusto/culpabilidad; tipicidad/antijuricidad/culpabilidad) (p. 124).

La premisa fundamental de la **imputación penal internacional** es el reconocimiento de la responsabilidad penal internacional de las personas naturales. Por el contrario, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha podido imponerse en el Derecho penal de gentes (pp. 128-129).

La cuestión relativa a la imputación del resultado de una acción penalmente relevante a la conducta de un determinado sujeto se presenta más delicada en el caso de la macrocriminalidad de Derecho internacional que en el caso de la criminalidad ordinaria

que se produce en un determinado país. La razón primordial radica en que los hechos individuales regulados en el Derecho penal de gentes se insertan en un hecho global penal internacional (lo que *Ambos* denomina “*Gesamttat*”), lo cual conlleva a que los distintos hechos individuales se encuentren en una relación global de carácter colectivo. Piénsese por ejemplo en el caso de la ejecución de alrededor de 7.000-8.000 hombres llevada a cabo en el transcurso de pocos días en la ciudad bosnia de Srebrenica –cuyo juicio comenzó en La Haya el pasado 21 de agosto– o en el genocidio ocurrido en Ruanda en el año 1994. Este aspecto conduce a que la tradicional imputación de carácter individual, es decir, la imputación a un sujeto, se complete con un elemento de carácter colectivo, a saber, la imputación a una organización en ocasiones criminal, por regla general un país. Visto así puede hablarse de una imputación doble (p. 129).

De lo que en definitiva se trata es sobre todo de la “individualización de la reprochabilidad por el hecho” (p. 130). Como se ha señalado en el párrafo anterior, la imputación penal internacional hace siempre referencia a una organización o un sistema –contrariamente así al Derecho penal nacional–. En consecuencia, la cuestión consiste por un lado en determinar la posición o función de un sujeto en la organización en concreto, por otro, en su aportación al hecho global (“*Gesamttat*”).

En el concreto ámbito de la **autoría**, el art. 25 párrafo 3 ECPI realiza una triple diferenciación entre autor único, coautoría y autoría mediata. De entre todas ellas, *Ambos* dedica una especial atención a la figura de la coautoría. En este sentido, se consideran coautores a aquéllos que cometen el hecho conjuntamente a partir de un plan delictivo común y mediante la prestación de una aportación individual al hecho (p. 133). La aportación al hecho delictivo debe ser objetiva y materialmente relevante para la realización del tipo, cumpliendo así una función difícilmente reemplazable. Dicha aportación de carácter relevante puede también producirse en un estadio preparatorio cuando la misma repercute posteriormente en el momento de llevar a cabo la ejecución del hecho (p. 134). Por el contrario, un punto de vista restrictivo llevaría precisamente en el Derecho internacional a la desagradable consecuencia de degradar a una simple conducta subsumible dentro de una mera inducción o complicidad aquellas acciones preparatorias de un plan delictivo destinado a la realización de crímenes internacionales de envergadura. En este sentido resulta interesante la argumentación expuesta en la materia por los Tribunales *ad hoc* (pp. 134 y ss.). Así, la Sala de Apelación del Tribunal para la antigua Yugoslavia acuñó en su sentencia dictada contra *Tadic* la doctrina del “*joint criminal enterprise*” (empresa criminal unida). La misma parte de la concepción de una responsabilidad penal común, la cual se encuentra contenida en la forma de participación de la “*commission*”. Mediante este concepto se penaliza la intervención en una empresa común o asociación en virtud de la cual se llevan a cabo hechos delictivos, sin que su comisión requiera necesariamente una actuación dolosa de todos los sujetos implicados, o que haya una intención de realizarlos.

En palabras de *Ambos*, el concepto del “*joint criminal enterprise*” es difícil de concebir en la dogmática alemana de la participación, la cual está básicamente orientada hacia “figuras centrales” (p. 136).

En cuanto a las **formas de participación**, el ECPI distingue entre la complicidad,

por un lado, y la inducción como forma principal de provocación de hechos ajenos, por otro. Según la jurisprudencia internacional, una **complicidad** punible presupone un apoyo de carácter físico o moral-psicológico a otra persona en el hecho antijurídico cometido por ésta, influyendo así su realización de manera considerable (p. 145). Destacable es el hecho que el párrafo 3 del art. 25 ECPI establece un requisito subjetivo a la hora de delimitar la complicidad. Así, el mencionado precepto señala que el apoyo al hecho principal debe realizarse “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”. Por lo que hace referencia a la **inducción**, el art. 25 párrafo 3 c) ECPI engloba tres formas distintas de provocación de hechos delictivos ajenos: ordenar, proponer e inducir la comisión de un delito.

Por su parte, la **instigación al genocidio**, la cual viene regulada en la letra e) del propio art. 25 párrafo 3 ECPI, constituye según *Ambos* un delito de peligro colectivo (*Massengefährungsdelikt*) de carácter autónomo, cuya punibilidad es independiente de la comisión del tipo básico del genocidio (p. 149). La particularidad de la instigación reside en una peligrosidad de carácter abstracto o concreto en lo relativo al desencadenamiento de procesos psicológico-colectivos y de dinámica de grupos. La instigación se diferencia de la inducción no sólo por razón de su estructura típica, sino también por el hecho de que aquélla se dirige a un número indeterminado de autores potenciales, utilizando para ello por ejemplo los medios de comunicación. Un caso paradigmático de la instigación lo constituye el genocidio llevado a cabo en Ruanda en el año 1994, al cual hace expresa mención *Ambos* (p. 149).

De especial importancia a efectos de imputación penal internacional resulta la responsabilidad penal de los jefes militares y otros superiores (“*Vorgesetztenverantwortlichkeit*”, en su acepción alemana), a la cual hace referencia el art. 28 ECPI. Partiendo de la mencionada disposición, así como de la jurisprudencia internacional pueden deducirse las siguientes condiciones objetivas relativas a la responsabilidad del superior: 1. El autor es jefe militar o bien un superior jerárquico de fuerzas u otro tipo de sujetos subordinados; 2. Debe existir, bien un “mando y control efectivo”, bien una “autoridad y control efectivo” sobre los subordinados; 3. Los crímenes de los subordinados deben ser la “consecuencia” de la falta de control por parte del superior; 4. El superior deja de adoptar “todas las medidas necesarias y razonables a su alcance”; 5. Dichas medidas deben “prevenir” o “reprimir” la comisión de los delitos, o bien el superior debe “poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento” (pp. 153-154).

En un ámbito subjetivo se contemplan fundamentalmente tres condiciones: 1. El superior “sabía” de la comisión de los delitos; 2. El superior “debería haber sabido” de la comisión de dichos delitos; 3. El superior hizo caso omiso a “informaciones que indicasen claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” (p. 154).

A partir de estos elementos de carácter subjetivo, *Ambos* propone realizar la siguiente diferenciación a efectos de responsabilidad: Si el superior conocía la comisión de los delitos debe responder de los mismos como un autor por omisión, siempre y cuando podía haberlos evitado. En caso de un desconocimiento de carácter imprudente

no se le pueden imputar al superior como autor los delitos cometidos por los subordinados, si bien se le puede imputar como un delito propio la infracción del deber de vigilancia o la omisión de comunicación de un delito. Como en este último caso no se trata de una responsabilidad de autor de carácter doloso, sino más bien de una mera responsabilidad del partícipe de carácter imprudente, es evidente que la pena a imponer debe ser menor que en el caso de conocimiento y no evitación de los delitos cometidos por los subordinados (p. 155).

Los **requisitos subjetivos de la responsabilidad individual** vienen regulados en el art. 30 ECPI: “Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen”.

Hay que decir no obstante que el propio Estatuto contiene excepciones al principio establecido en el art. 30. Así, se contemplan formas más débiles del dolo, como por ejemplo el caso de la responsabilidad del superior, aunque también se regulan requisitos subjetivos más elevados, como por ejemplo la especial intención de destrucción en el caso del genocidio. Objeto de controversia en la doctrina es determinar si el propio art. 30 ECPI regula al mismo tiempo variantes del dolo más débiles como el dolo eventual y la imprudencia consciente. Según *Ambos*, algo así se podría deducir de lo establecido en la letra b) del párrafo 2 de la mencionada disposición, cuando la misma señala también la existencia de dolo con respecto a determinadas consecuencias, cuando el autor es consciente de que las mismas “se producirán en el curso normal de los acontecimientos” (pp. 157-158). Con todo, la opinión mayoritaria en la doctrina entiende que en este supuesto se está exigiendo más que en el caso del dolo eventual. Así, mientras que en el caso del dolo eventual la consideración sería de la posibilidad de que se produzca el resultado se apoya en una base fáctica de carácter incierto, por el contrario, en el supuesto contenido en el art. 30 párrafo 2 letra b) ECPI se puede generalmente partir de la relativa certeza de la producción del resultado. También queda excluida la admisión de la imprudencia consciente, ya que la misma presupone en todo caso que el autor ha menospreciado conscientemente el riesgo del acaecimiento de resultado.

Por lo demás, el dolo debe referirse a todos los elementos objetivos del tipo (“*material elements*”). Esto incluye también las relaciones de ejecución de carácter colectivo (el llamado “hecho global”), característica de los crímenes internacionales. Consecuentemente, en caso de crímenes de guerra el autor debe ser consciente de la existencia de un conflicto armado de carácter nacional o internacional (pp. 158-159).

El último apartado de la Parte general del Derecho penal de gentes está dedicado a analizar el conjunto de **circunstancias eximentes de la responsabilidad penal** (“*Defences*”).

Hay que decir de entrada que el concepto relativo a las “circunstancias eximentes de la responsabilidad penal” (“*Straffreistellungsgründe*”, en su acepción alemana) comprende tanto disposiciones de carácter material como procesal. Por lo demás, al adoptarse este concepto resulta evidente que la diferenciación habitual que en el Derecho continental europeo se hace entre causas de justificación y causas de exculpación no es

seguida ni en el Derecho penal de gentes en general ni en el Estatuto de la CPI en particular (p. 163).

El precepto central del Estatuto en esta materia concreta es el art. 31. Lo primero que llama la atención es que dicha disposición no establece un catálogo cerrado de las posibles circunstancias que pueden llegar a excluir la responsabilidad penal, sino que en su párrafo 1 remite a otras circunstancias recogidas en el propio Estatuto, mientras que el párrafo 3 declara expresamente aplicable cualquier otra circunstancia distinta de las indicadas en el párrafo 1, siempre que dicha circunstancia se desprenda del derecho aplicable de conformidad con el art. 21 ECPI. Del conjunto de las circunstancias eximentes de la responsabilidad penal contenidas en el ECPI, *Ambos* dedica una especial atención a las siguientes:

Obediencia debida (art. 33 ECPI). La obediencia debida ha sido alegada una y otra vez en la práctica judicial internacional, aunque prácticamente nunca se ha admitido como una causa de exclusión de la pena de carácter independiente. Esto se ve confirmado por la tesis según la cual aquel autor que se encuentra integrado en una estructura de mando de carácter jerárquico y que comete crímenes internacionales por orden de un superior no puede aducir en su defensa la existencia de esa orden en sí, sino únicamente otras circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, de un modo particular la existencia de un error relevante sobre la antijuricidad de la orden o bien un estado de necesidad motivado por una coacción (p. 168). El hecho de que un subordinado obedezca una orden antijurídica constituye únicamente un factor en virtud del cual la conducta típica del subordinado puede entrar dentro de otra circunstancia eximente de la responsabilidad penal, no de la circunstancia relativa a la “obediencia debida” *per se*. Esta argumentación se corresponde según *Ambos* con la idea fundamental del “*mens rea principle*” desarrollado por *Dinstein*, si bien modificado en el sentido de que la existencia real de la orden no sólo puede conducir a una ausencia de dolo, sino que más bien puede excluir la culpabilidad del autor, algo que por regla general sucede en el caso del estado de necesidad motivado por una coacción (p. 168).

El rechazar la obediencia debida como causa de exclusión de la pena de carácter independiente y la posibilidad de acudir a la vía de la causa de exculpación a través de la figura del estado de necesidad motivado por una coacción se justifica por las siguientes reflexiones: El principio de obediencia y de disciplina inherente a las organizaciones de carácter jerárquico-militar, el cual sirve de base para alegar una causa de exención de la responsabilidad penal, debe encontrar un límite allí donde la ejecución de una orden conduce a la lesión de bienes jurídicos fundamentales, como son todos aquéllos recogidos en el ECPI. La situación forzosa en la que se encuentra el subordinado no puede ir en perjuicio de la colectividad, sino que dicha situación únicamente puede ser tenida en cuenta de forma individual a través de la vía de la causa de exculpación (p. 169).

Estado de necesidad, en particular aquel estado de necesidad motivado por una coacción (art. 31 párrafo 1 d) ECPI). A partir de la diferenciación que en el moderno Derecho anglosajón suele hacerse entre el estado de necesidad (“*necessity*”), y el estado de necesidad motivado por una coacción (“*duress*”), es posible distinguir en

el ámbito del Derecho penal de gentes entre un estado de necesidad concebido como causa de justificación y un estado de necesidad motivado por una coacción, al cual se le puede atribuir el carácter de causa de exculpación.

Inmunidades (art. 27 ECPI). Las inmunidades o exenciones de la jurisdicción penal se asocian al estatus especial de determinados sujetos, los cuales como representantes de su Estado desempeñan una serie de especiales funciones de carácter soberano. Por regla general, estos sujetos están eximidos de la jurisdicción nacional para que de este modo puedan desarrollar sin trabas sus funciones soberanas en un territorio extranjero. En lo que respecta a la extensión de la inmunidad a los crímenes capitales internacionales regulados en el Estatuto, el art. 27 párrafo 1 ECPI establece expresamente la improcedencia de alegar el cargo oficial desempeñado por el acusado como causa de exención de la responsabilidad penal. En este sentido, ya incluso el TPIY declara que los responsables de crímenes capitales de carácter internacional no pueden acogerse a inmunidad ni ante tribunales nacionales ni internacionales, “incluso en los casos en los que aquéllos cometieron esos crímenes cuando ostentaban un cargo oficial”. A pesar de todo lo explicado, *Ambos* señala que la inmunidad de un jefe de Estado en funciones es generalmente absoluta, por lo que no resulta admisible la adopción de cualquier medida contra su persona en el marco de una persecución penal –por ejemplo, su detención durante una visita de Estado–. La razón estriba en que la persecución penal de un jefe de Estado conduciría a una injerencia en la soberanía funcional del Estado afectado, lo que daría lugar a una desestabilización de las relaciones internacionales. Lo mismo cabe decir para el caso de la inmunidad personal de los diplomáticos. Únicamente en el momento en el que el jefe de Estado o el diplomático han dejado de desempeñar su cargo oficial no puede impedir la inmunidad la persecución de crímenes internacionales (pp. 180-181).

Tras abordar las cuestiones más relevantes de la Parte general del Derecho penal de gentes, el mismo capítulo tercero se detiene a continuación a analizar aspectos de Parte especial, y más concretamente los crímenes internacionales recogidos en el ECPI.

Los llamados “crímenes capitales” internacionales (“*core crimes*”) están recogidos en los arts. 5 a 8 ECPI: genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y el tipo penal de la agresión (art. 5). Junto a los crímenes enumerados en el art. 5 ECPI, la Corte es competente para juzgar determinados delitos contra la administración de justicia, los cuales se encuentran regulados en el art. 70 del Estatuto.

El concepto de **genocidio** (“*Genozid*” o “*Völkermord*”, en su acepción alemana) proviene de la Convención sobre el Genocidio de 1948, de los distintos Estatutos de los Tribunales internacionales que la siguen, así como de la jurisprudencia internacional. El Derecho penal alemán adoptó el art. II de la Convención sobre el Genocidio a través del antiguo § 220a StGB. No obstante, el § 6 VStGB recoge el art. 6 ECPI, lo que ha llevado a derogar el § 220a StGB.

El bien jurídico protegido a través del tipo penal del genocidio es el derecho a la existencia de determinados grupos estables. Este bien objeto de protección abarca al grupo concebido como entidad social, y no sólo su existencia física o biológica.

El hecho delictivo se compone básicamente de tres elementos: 1. El tipo objetivo, el cual consta de alguna o varias de las acciones enumeradas en el art. 6 ECPI; 2. El dolo; 3. La intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, lo que supone la existencia de un especial elemento subjetivo del tipo (p. 189).

Por lo que hace referencia al tipo objetivo del delito de genocidio hay que decir en primer lugar que las acciones que se describen en el art. 6 ECPI tienen el carácter de *numerus clausus*. En concreto, los actos descritos en el mencionado art. 6 ECPI son los siguientes: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave de la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Sorprende en principio la ausencia de la llamada “**limpieza étnica**” dentro de las acciones subsumibles dentro del delito de genocidio. Por este motivo, *Ambos* se detiene a abordar la cuestión relativa a si esta figura delictiva, la cual adquirió notoriedad sobre todo como consecuencia del conflicto en los Balcanes, debería ser considerada como un acto de genocidio (pp. 194-195). Según el mencionado autor, si se acude al tenor literal del art. 6 ECPI hay que concluir que la llamada “limpieza étnica” no es susceptible de ser subsumida dentro del tipo penal del genocidio. En concreto, mediante la limpieza étnica lo que se persigue es expulsar a una población de un territorio concreto, para con ello “liberar”, y más concretamente “limpiar” el concreto territorio de ese grupo étnico. En consecuencia, la limpieza étnica persigue una finalidad distinta al delito de genocidio, ya que mediante la primera conducta no se pretende destruir a un grupo determinado de personas, sino “únicamente” expulsarlas de un territorio. Por esta razón no puede afirmarse que al llevar a cabo una limpieza étnica se esté dando *per se* un delito de genocidio, si bien dicha conducta es en todo caso punible como un crimen de lesa humanidad o, llegado el caso, un crimen de guerra (p. 195).

En cuanto al tipo subjetivo del delito de genocidio, éste debe ser cometido de forma dolosa. Según la jurisprudencia internacional, el autor debe por una parte conocer que la víctima es miembro de un grupo protegido; por otra, debe conocer y querer que su acción en concreto se inserta dentro del contexto más amplio relativo a la destrucción de ese grupo. Además, el genocidio exige la concurrencia de una “especial” intención de destruir un determinado grupo protegido (especial elemento subjetivo del tipo). Esta intencionalidad le confiere al tipo su especial carácter de injusto, constituye su elemento internacional, dando lugar a que sea un delito de intención (“*Absichtsdelikt*”) (p. 198). De lo explicado es fácil deducir que el principal problema del tipo penal del genocidio reside precisamente en demostrar esa intención de destruir. Según la opinión del Ministerio Fiscal en el TPIY, basta con que el condenado (en este caso se trataba de los juicios contra *Jelusic y Krstic*) “conscientemente desea” la destrucción del grupo, o bien que “sabe que sus acciones van a destruir a un grupo” (pp. 199-200). No obstante, *Ambos* opina que una disminución de los requisitos subjetivos de la imputación supone un camino bastante dudoso a la hora de superar problemas probatorios. En todo caso no

supone el único camino. En lugar de acudir a una solución por vía del Derecho sustantivo, *Ambos* se inclina más bien por acudir a la vía procesal, utilizando para ello las posibilidades que ofrece la prueba indiciaria (p. 200). A través de este mecanismo pueden extraerse conclusiones evidentes de determinados indicios basados en hechos objetivos, declaraciones de testigos, etc. De un modo general puede decirse que todas aquellas acciones que están dirigidas contra un grupo protegido y que tienen lugar en un territorio geográfico concreto durante un determinado lapso de tiempo suponen indicios de peso para la existencia de una intención destructiva.

Los llamados **crímenes de lesa humanidad** (“*crimes against humanity*” o “*Verbrechen gegen die Menschlichkeit*”, en su acepción alemana) se encuentran regulados en el art. 7 ECPI. Al igual que en el resto de los crímenes capitales internacionales, el bien jurídico protegido por el tipo de los crímenes de lesa humanidad es la paz global y la seguridad internacional, las cuales se ponen en peligro mediante ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Al mismo tiempo se trata de proteger penalmente aquellos derechos humanos de carácter fundamental.

Resulta de especial importancia señalar que cada uno de los hechos individuales contenidos en el art. 7 ECPI se inserta dentro de una relación de ejecución de carácter colectivo (hecho global, o “*Gesamttat*”, en su acepción alemana). Es lo que se llama el “elemento contextual” (“*Kontextelement*”) (pp. 208 y 217). El sentido y la finalidad primordial de este elemento contextual residen en principio en delimitar los crímenes de lesa humanidad de otros delitos comunes de menor gravedad. Este elemento contextual supone por otra parte el “elemento internacional” en el tipo de los crímenes de lesa humanidad, convirtiendo así una determinada conducta delictiva en un asunto internacional.

El art. 7 ECPI hace referencia a un “ataque generalizado y sistemático” dirigido contra una población civil. El párrafo 2 de la mencionada disposición establece que por “ataque contra una población civil” debe entenderse una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 del propio art. 7 ECPI. Hay que decir que la “comisión múltiple” de los actos enumerados en el párrafo 1 puede ser llevada a cabo por un solo autor o por varios autores, los cuales actúan al mismo tiempo o en intervalos temporales distintos. Como ejemplo pone *Ambos* los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 (p. 213).

Un ataque “generalizado” requiere desde un punto de vista cuantitativo un gran número de víctimas, las cuales, como se acaba de indicar, pueden ser el resultado, bien de varias acciones, bien de una única acción de una dimensión extraordinaria. Por su parte, un ataque “sistemático” es llevado a cabo –desde un punto de vista cualitativo– de conformidad con una política preconcebida de un Estado o de una organización, o sobre la base de un plan previo (p. 213).

Ambos, de conformidad con la doctrina mayoritaria, insiste de nuevo en el hecho de que debe darse una cierta relación entre los hechos concretos regulados en el art. 7 ECPI y el hecho global (el elemento contextual), es decir, el ataque generalizado o sistemático. En consecuencia, la realización de cualquiera de los actos comprendidos

en el art. 7 ECPI puede considerarse como un crimen de lesa humanidad cuando dicho acto se inserta dentro del ataque generalizado o sistemático (p. 217).

Por lo que hace referencia al tipo subjetivo del delito de crímenes de lesa humanidad, del tenor literal del art. 7 ECPI (“con conocimiento del ataque”) hay que concluir que todo autor debe saber que el ataque tiene lugar contra la población civil y que su acción constituye una parte de ese ataque, concebido este último como el hecho global (“*Gesamttat*”).

Los **crímenes de guerra** vienen recogidos en el art. 8 ECPI. Dicha disposición contiene un amplio número de tipos penales respecto a los crímenes de guerra, teniendo la lista el carácter de *numerus clausus*. Lo primero que hay que destacar es que actualmente dicha tipología delictiva no se limita únicamente a aquellos conflictos armados de carácter internacional, sino que también puede ser llevada a cabo en el transcurso de conflictos internos. Al igual que en los demás crímenes capitales internacionales, el bien jurídico protegido por el tipo de los crímenes de guerra es la paz global y la seguridad internacional, las cuales se ponen en peligro mediante las infracciones de las leyes y costumbres de la guerra generalmente aceptadas (p. 230).

El conflicto armado constituye el hecho global en el caso de los crímenes de guerra. Respecto a los conflictos armados de carácter internacional, las partes beligerantes son dos o más Estados, mientras que en el caso de los conflictos armados de carácter interno las fuerzas gubernamentales se enfrentan por regla general a grupos armados estatales o no estatales. También se engloban dentro del concepto de “conflicto armado” aquellos conflictos internos entre grupos armados organizados sin que se produzca una intervención estatal. Con ello se pretende extender el ámbito de protección del Derecho internacional humanitario a aquellas situaciones en las cuales en un determinado país ha dejado de existir un monopolio de poder estatal (“*failed State*”), teniendo lugar sin embargo un conflicto armado dentro del mismo país (pp. 235-236).

La jurisprudencia internacional exige de un modo prácticamente unánime la necesidad de que exista una “manifiesta conexión entre los supuestos actos delictivos y el conflicto armado concebido en su totalidad” (p. 239). Lo que no resulta indispensable es que los actos individuales tengan que producirse en medio de operaciones militares, o bien en el mismo momento y en el mismo lugar donde se desarrolla el conflicto armado; más bien es suficiente con que se de una conexión funcional entre los hechos individuales y el conflicto.

Desde un punto de vista subjetivo, el autor debe por lo menos conocer las circunstancias objetivas de las cuales se pueda extraer la existencia de un conflicto armado. También debe conocer el estatus de persona protegida u objeto protegido que ostenta el sujeto pasivo del delito.

Finalmente, el tipo penal de la **agresión** viene recogido en el párrafo 2 del art. 5 ECPI, si bien se señala que la CPI ejercerá su competencia sobre el crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición en la que se defina el tipo y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Y es que hay que decir que aunque la punibilidad internacional de la guerra de agresión está reconocida ya desde Nuremberg, en lo

relativo al perfil concreto del tipo penal de la agresión todavía no se ha podido llegar a un acuerdo (p. 246).

Tras llevar a cabo un análisis de los “crímenes capitales” internacionales, *Ambos* afronta la cuestión relativa a la posible inclusión del **terrorismo internacional** y del **tráfico de drogas** dentro del ámbito competencial de la CPI (p. 250). Para este autor, el tráfico de drogas no supone desde luego un crimen estatal, sino que más bien hay que encuadrarlo dentro del difuso ámbito de la criminalidad organizada. También es objeto de rechazo la inclusión del terrorismo dentro de los crímenes capitales internacionales. En palabras de *Ambos*, los numerosos tratados que sobre terrorismo se han aprobado en las últimas fechas hablarían a favor de una posible inclusión de esta tipología delictiva dentro de los llamados “*core crimes*”. Con todo, el contenido de injusto de los delitos de terrorismo no puede ser equiparado *per se* al de los crímenes capitales. Además, ya actualmente determinados actos terroristas pueden ser subsumidos dentro de los clásicos crímenes internacionales, en concreto los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Según *Ambos*, lo decisivo en estos casos es que una autoridad estatal o un órgano de naturaleza semejante “favorezcan” los actos terroristas dentro del marco de un ataque contra la población civil.

El cuarto y último capítulo de esta Segunda parte se dedica a realizar un análisis exhaustivo del Derecho procesal penal de gentes y de la colaboración penal internacional.

El moderno **Derecho procesal penal de gentes** ha sido influenciado decisivamente por las disposiciones procesales de los Estatutos de los Tribunales *ad-hoc* (TPIY, TPIR), por las Reglas de Procedimiento y Prueba, así como por las decisiones jurisprudenciales.

Desde un punto de vista material, la competencia de la CPI se limita a los arriba analizados crímenes capitales internacionales. La competencia temporal de la Corte abarca únicamente aquellos delitos que han sido cometidos tras la entrada en vigor del Estatuto en general (art. 11 párrafo 1 ECPI), o bien, en los casos en los que un Estado se hace Parte del Estatuto después de la entrada en vigor del mismo, tras haberse producido la entrada en vigor con respecto a ese concreto Estado (art. 11 párrafo 2 ECPI). En cuanto a la competencia personal, la Corte ejerce su jurisdicción sobre aquellas personas naturales que en el momento de los hechos ya han cumplido los 18 años.

En lo concerniente a la sumamente controvertida competencia formal de la Corte (“*jurisdiction*”), los debates previos a la aprobación del Estatuto estuvieron marcados por dos posiciones enfrentadas: por un lado, aquellos Estados favorables a la Corte, entre los que se encontraba Alemania, consideraban en primer lugar que un Estado quedaba sometido automáticamente a la jurisdicción de la Corte con su adhesión al Estatuto; en segundo lugar, que la Corte debía poseer una competencia universal, de forma análoga al principio del Derecho mundial (p. 259). En el polo opuesto, aquellos Estados que se mostraban escépticos a la existencia de una Corte Penal Internacional, y de un modo significativo los Estados Unidos, defendían la necesidad de realizar una

diferenciación entre genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, admitiendo en el caso de genocidio una competencia de la Corte de carácter automático, no así respecto a los otros dos crímenes (p. 259).

Finalmente, la solución adoptada en el Estatuto prevé un modelo competencial en tres fases: 1. En la primera fase, un Estado acepta automáticamente la jurisdicción de la Corte mediante su adhesión al Estatuto. No obstante, respecto a los crímenes de guerra, un Estado Parte puede emitir una declaración en la cual manifieste que no acepta la competencia de la Corte sobre esa categoría de crímenes durante un período de siete años tras la entrada en vigor del Estatuto en ese Estado. Dicha declaración puede ser retirada en cualquier momento (art. 124 ECPI); 2. En la segunda fase se aceptan como puntos de conexión alternativos el Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito o el “Estado autor” (= El Estado del que sea nacional el acusado del crimen, art. 12 párrafo 2 b) ECPI); 3. En una tercera fase, un Estado no Parte, pero que de acuerdo con el art. 12 párrafo 2 ECPI es lugar de comisión del delito o bien se trata de un “Estado autor”, puede en un caso concreto someterse *ad hoc* a la jurisdicción de la Corte (art. 12 párrafo 3 ECPI).

Estos requisitos de competencia son aplicables únicamente cuando un Estado Parte remite un caso concreto a la Corte o cuando el Ministerio Fiscal ha iniciado la investigación de oficio. Por el contrario, la competencia de la Corte se da en todo caso cuando la remisión de una determinada situación se produce a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

En virtud de lo dispuesto en el art. 13 ECPI, un procedimiento ante la CPI puede iniciarse a través de un Estado Parte, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, o bien mediante las investigaciones que el Ministerio Fiscal realiza de oficio (“*trigger mechanism*”).

El proceso penal en los distintos tribunales internacionales (TPIY, TPIR, CPI) sigue una estructura semejante.

El procedimiento previo o fase sumarial se divide en una fase de investigación y en una fase intermedia. Tanto en los dos Tribunales *ad-hoc* como en la CPI la fase de investigación corre a cargo del Ministerio Fiscal (“*Office of the Prosecutor*”). El Fiscal decide si a partir de las informaciones que obran en su poder se da una base “suficiente” para llevar a cabo posteriores investigaciones.

Del estatus jurídico y del papel procesal del Fiscal en el Derecho procesal penal de gentes puede concluirse que el mismo se identifica más bien con el tipo de Fiscalía regulada en el modelo procesal dominante en la Europa continental. En consecuencia, el Fiscal es más un órgano independiente que una parte procesal. Con todo, pueden vislumbrarse algunos elementos propios del sistema anglosajón. Así, el Fiscal puede llegar a determinados acuerdos de colaboración con Estados o incluso personas privadas, lo cual presenta ciertas similitudes con el instituto del “*plea bargaining*” (p. 269).

En la fase de plenario pueden observarse en algunos momentos modificaciones de signo “inquisitivo” en un proceso penal el cual está estructuralmente marcado por aspectos del sistema adversatorio. Respecto a la fase de apertura del juicio oral con la llamada “presentación del caso” (“*case presentation*”) parece a primera vista que los

Tribunales *ad-hoc* siguen los postulados del sistema adversatorio. No obstante, un análisis más detallado del procedimiento muestra como la Sala de Primera Instancia puede desviarse de ese proceso de signo adversatorio y, “en interés de justicia”, ordenar de oficio la práctica de pruebas adicionales (pp. 274-275).

En el Derecho procesal de la CPI, la Sala de Primera Instancia tiene un papel dominante, y de un modo particular el Magistrado presidente. Esta situación ha dado lugar a airadas controversias entre juristas formados en el sistema del “*common law*” y aquellos pertenecientes a la tradición del “*civil law*”. Dichas disputas no sólo se llevaron a cabo en Roma, sino también posteriormente en las conversaciones destinadas a la aprobación de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El enfoque basado en el “*civil law*” abogaba por un juez dominante encargado de conducir el juicio. Por el contrario, los partidarios del sistema del “*common law*” defendían un juez neutral, debiendo éste dejar en manos de las partes el transcurso de la vista, y otorgándoles además plena libertad de acción en los careos. El compromiso al que finalmente se llegó se encuentra recogido en la Regla 140 párrafo 2 (Reglas de Procedimiento y Prueba). En virtud de esta disposición, el Fiscal y la defensa tienen derecho a interrogar a un testigo sin intervención de la Sala. Por su parte, la Sala tendrá derecho a interrogar al testigo únicamente antes o después de que éste haya sido interrogado por las partes (p. 275).

En palabras de *Ambos*, el Derecho procesal penal de gentes actualmente vigente se caracteriza por regular un “proceso mixto” con elementos tanto del sistema inquisitivo como adversatorio. Para el profesor alemán, lo que menos importa en dicho proceso es el origen jurídico de una determinada regla; lo realmente importante es su utilidad desde el punto de vista procesal y su compatibilidad con el principio de un proceso justo y con todas las garantías. Este proceso *sui generis* exige la presencia en todo caso de un parte acusadora, un abogado defensor y un juez, los cuales todos ellos deben disponer de conocimientos de Derecho comparado, estando al mismo tiempo dispuestos a, en palabras de *Ambos*, “mirar más allá de su propio horizonte jurídico” (p. 285).

Por lo que hace referencia a la **colaboración penal** en el ámbito del Derecho penal de gentes, ésta adquiere una trascendental importancia si se tiene en cuenta el hecho de que los tribunales penales internacionales por regla general –con la única excepción de los Tribunales de ocupación (por ej. Irak o Nuremberg)– no ostentan competencias supranacionales para imponer sus propias decisiones y sentencias. En consecuencia, los tribunales penales internacionales están supeditados a la colaboración con los distintos Estados, y no sólo a la hora de juzgar los principales crímenes internacionales, sino también en el momento de llevar a cabo la ejecución de la sentencia dictada. Siguiendo la afirmación formulada en su día por *Kern*, *Ambos* considera también que los tribunales penales internacionales son como una “cabeza sin manos” (p. 286). Todo esto motiva que en la relación entre los tribunales penales internacionales y los distintos Estados se den determinadas **formas** y **reglas** de colaboración. En lo referente a las formas, hay que decir que en general son de aplicación las mismas formas de cooperación que las existentes tradicionalmente en la colaboración penal entre Estados, es decir, la extradición, la demás asistencia judicial y la asistencia para la ejecución. En cuanto a las reglas de colaboración hay que señalar que se trata de una cooperación de

carácter vertical entre una organización supranacional y los distintos Estados. En un régimen de colaboración vertical, la misma no depende en principio de la decisión soberana de los Estados afectados (= cooperación horizontal), sino que éstos están por regla general obligados a colaborar. En este sentido, los Tribunales *ad-hoc* instaurados a instancias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas pueden dirigir a los países miembros requerimientos e instrucciones de obligado cumplimiento (p. 287).

El Estatuto de la CPI prevé un régimen de colaboración de carácter mixto, el cual por una parte no resulta tan vertical como el previsto en los Tribunales *ad-hoc*, pero que sin embargo va más allá de una mera cooperación horizontal. La obligación general de cooperar de los Estados (art. 86 ECPI) presupone en todo caso su adopción del Estatuto, o por lo menos la conclusión de un acuerdo *ad-hoc* en el sentido establecido en el art. 87 párrafo 5 ECPI.

La colaboración con los tribunales penales internacionales se lleva a cabo en tres ámbitos: **la detención y entrega, otras formas de asistencia judicial, y la ejecución de penas**. En palabras de *Ambos*, las disposiciones relativas a la detención y entrega figuran entre las más importantes del ECPI. Como acertadamente expone el citado autor, el concepto de “entrega” debe de ser diferenciado del de “extradición”: mientras que éste último hace referencia a la entrega de una persona por un Estado a otro Estado, por “entrega” se debe entender el traslado de una persona por un Estado a la CPI de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto (art. 102). Mediante esta sutil terminología se quiere dejar claro que las reglas de extradición acordadas entre distintos Estados (colaboración de carácter horizontal) no pueden ser aplicadas en el caso de entrega de un sujeto a la CPI (p. 291). Por su parte, el art. 93 ECPI regula otras formas de cooperación de carácter judicial, entre las que cabe destacar las siguientes: investigación de personas u objetos, práctica de pruebas, interrogatorio de una persona inculpada, notificación de documentos, práctica de allanamientos y decomisos, y medidas destinadas a la protección de testigos o víctimas. Finalmente, el art. 103 párrafo 1 letra a) ECPI establece que una pena privativa de libertad impuesta por la Corte debe cumplirse en un Estado designado por la propia Corte sobre la base de una lista de Estados que han manifestado su disposición a recibir condenados. Hay que decir que la Corte elige los Estados según determinados criterios, teniendo en cuenta sobre todo la distribución equitativa de los condenados, el respeto de las reglas mínimas internacionales para el tratamiento de los reclusos, así como la opinión y la nacionalidad del condenado, sin que éste no tenga sin embargo derecho a cumplir la pena impuesta en su país de origen (p. 300). Las condiciones de ejecución de la pena se rigen por la legislación del Estado de ejecución, si bien deben respetarse en todo caso los estándares internacionales sobre el tratamiento de los reclusos. Por lo demás, la ejecución de la pena privativa de libertad está sujeta siempre a la supervisión de la Corte (art. 106 ECPI).

III

La **Tercera parte** de la obra de *Ambos* se dedica a desarrollar durante cinco capítulos (§§ 9-13) las bases del Derecho penal europeo.

El primer capítulo comienza realizando un recorrido histórico sobre todo el proceso legislativo que en su momento dio lugar al nacimiento de la Unión Europea (UE). A continuación, el análisis se detiene en abordar la cuestión relativa al concepto y las fuentes del **Derecho penal europeo**.

Al hablar de Derecho penal europeo podría pensarse en un principio en un Derecho de carácter supranacional, es decir, en un conjunto de normas en las cuales el poder punitivo de la Comunidad Europea se presenta ante los ciudadanos de los países miembros directamente como un Derecho penal. No obstante, la doctrina mayoritaria niega la existencia de un Derecho penal de las Comunidades Europeas en el sentido apuntado (p. 314).

En palabras de *Ambos*, el concepto de “Derecho penal europeo” hace referencia actualmente a un concepto genérico el cual engloba a todas aquellas normas y prácticas de carácter penal y procesal penal que tienen su origen en el derecho y las actividades de la Comunidad Europea/Unión Europea, así como del Consejo de Europa, y que deben conducir a una considerable armonización de los Derechos penales nacionales (p. 314).

Las fuentes del Derecho penal europeo se encuentran contenidas tanto en el Derecho comunitario primario como secundario. Fuentes del Derecho comunitario primario son por un lado los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, incluidos los anexos y protocolos, considerados todos ellos como derecho comunitario escrito. Como derecho primario no escrito se encuentra también el derecho comunitario consuetudinario y los principios generales del Derecho. El Derecho comunitario secundario es creado por los órganos de la Comunidad. A la hora de crear dicha normativa de carácter secundario, el art. 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE) prevé las siguientes modalidades de actuación: reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

A la hora de analizar las fuentes del Derecho penal europeo, *Ambos* presta una especial atención al **Tratado de la Constitución Europea** (TCE), y muy especialmente a aquellos aspectos de la misma con una significativa relevancia penal y procesal (pp. 321 y ss.). Así, el art. III-270 párrafo 2 TCE hace referencia al principio del reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales como la base para la cooperación policial y judicial en asuntos penales. No obstante, *Ambos* considera que la constatación de la existencia de fundamentales diferencias en los ordenamientos procesales nacionales –algo que desde luego resulta contrario a ese “reconocimiento mutuo” al que alude la Constitución europea–, se coloca en cierta manera “patas arriba” en el momento en el que el legislador justifica la necesidad de un reconocimiento mutuo precisamente sobre la base de “mantener la diversidad cultural de los Estados miembros” (p. 321). Para *Ambos* resulta evidente que el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales requiere, además de una confianza recíproca, una

asimilación o, por lo menos, un acercamiento de las distintas ordenanzas procesales penales. No obstante, el citado autor considera que la existencia de un Derecho penal y procesal europeo común todavía se encuentra en un punto muy lejano (p. 321). En virtud del art. III-271 párrafo 1 TCE pueden establecerse mediante una ley marco normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones, siempre que se trate de ámbitos delictivos de especial gravedad y con una dimensión “transfronteriza” (por ej. terrorismo, trata de seres humanos, tráfico de drogas, blanqueo de capitales, etc.). Por su parte, el art. III-272 TCE tiene un carácter ambivalente, ya que por un lado prevé la competencia para establecer medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia, aunque hay que tener en cuenta que la prevención de la delincuencia pertenece tradicionalmente al ámbito competencial de los Estados miembros (p. 322). Esta circunstancia es por otro lado tenida en cuenta mediante la admisión de una manifiesta reserva por parte de los Estados miembros. Finalmente, los arts. III-275 y 276 TCE hacen referencia a la colaboración policial.

Por lo demás, la Constitución europea otorga mediante la Carta de los derechos fundamentales de la Unión (Parte II) un derecho a un proceso justo y con ello un derecho a una adecuada y efectiva defensa. No obstante, el texto no dice nada en lo relativo a cómo este último derecho puede llevarse a la práctica si se tiene en cuenta la progresiva centralización y fortalecimiento que se produce con respecto a los órganos encargados de la investigación y persecución penal. Por este motivo, *Ambos* alude a un Proyecto alternativo presentado por un grupo de penalistas europeos bajo la coordinación del Prof. *Schünemann*, el cual bajo el título de “Persecución penal europea” (“*Europäische Strafverfolgung*”) propone la introducción de la figura del “Eurodefensor” con la finalidad de salvaguardar los derechos de los sujetos imputados (pp. 323-324).

El segundo capítulo se dedica a analizar el Derecho penal europeo en el marco del **Consejo de Europa**. Dicha organización ha elaborado a través de sus órganos un gran número de convenios, siendo una de sus principales preocupaciones el lograr una mejor colaboración interestatal en el ámbito de la persecución penal. El Convenio más importante aprobado por el Consejo de Europa es sin duda el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, conocido comúnmente como la **Convención Europea de Derechos Humanos** (CEDH), ratificada por Alemania el 5 de diciembre de 1992. El análisis de dicha Convención ocupa un espacio central dentro de este capítulo segundo.

En opinión de *Ambos*, la CEDH, concebida como la norma fundamental de derechos humanos en Europa, tiene una importancia la cual incluso va más allá del estricto espacio europeo, constituyendo un ordenamiento jurídico objetivo de carácter autónomo (pp. 333-334). Desde una perspectiva puramente penal señala que la CEDH constituye el instrumento central de derechos humanos para un Derecho procesal penal válido para el conjunto de Europa, representando los estándares mínimos constitucionales para un proceso penal europeo (p. 334). En este sentido, la Ordenanza Procesal alemana (*Strafprozeßordnung*, StPO) tiene en cuenta esta circunstancia, estableciendo expresamente en el § 359 núm. 6 que una violación de la CEDH da lugar

expresamente en el § 359 núm. 6 que una violación de la CEDH da lugar a una revisión del procedimiento penal.

Los derechos fundamentales contenidos en la CEDH pueden dividirse en derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos políticos y derechos referidos a la justicia. Desde un punto de vista penal puede realizarse una diferenciación entre aquellas garantías referentes al Derecho penal material y aquéllas que aluden al Derecho procesal penal, si bien los derechos de carácter procesal reciben una atención especial por su eminente importancia.

El derecho de carácter procesal más importante es el **principio del “fair trial”** o proceso justo (art. 6 CEDH). De este principio se derivan numerosos derechos particulares, los cuales vienen asimismo regulados en la misma disposición, pudiendo ser agrupados bajo el término genérico de “derecho a una defensa efectiva y adecuada” (p. 338). La lesión de los derechos contemplados en el art. 6 CEDH no conduce automáticamente a condenar a un Estado por la violación del principio del proceso justo. A partir de la doctrina de la visión general (“*Gesamtbetrachtungslehre*”), defendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), debe ser emitido un pronóstico relativo a si una determinada infracción de los derechos del sujeto imputado en la fase sumarial resulta de tal envergadura que hace que el proceso en su totalidad deba considerarse como injusto. Una tal situación puede darse por ejemplo cuando se produce una violación flagrante del principio de la igualdad de armas (pp. 345-346). Según señala *Ambos*, la mencionada doctrina de la visión general socava de una manera importante la observancia de los derechos del imputado en la fase sumarial, ya que una eventual violación de los mismos puede quedar sin consecuencia alguna, dando lugar a que en la fase de plenario se de un amplio margen para una eventual compensación (p. 346).

Otros derechos referidos al proceso son el **derecho a la libertad y a la seguridad** (art. 5 CEDH), el **derecho al respeto a la vida privada y familiar** (art. 8 CEDH) y la **libertad de expresión** (art. 10 CEDH).

Por lo que hace referencia a las garantías referidas al Derecho penal material contenidas en la CEDH, *Ambos* destaca en primer lugar el **derecho a la vida** (art. 2 CEDH). Según se establece en el párrafo 2 de la mencionada disposición, la muerte de un sujeto no se valora como una violación del derecho a la vida “cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario”, en una serie de supuestos concretos que señala la propia disposición, entre los que cabe destacar la muerte de un sujeto para lograr su detención conforme a derecho o la ocasionada con la finalidad de impedir la evasión de un preso o detenido.

La cuestión relativa al alcance de los límites establecidos en el párrafo 2 del art. 2 CEDH se presenta con respecto a la regulación de la legítima defensa contenida en el § 32 StGB, y más concretamente en aquellos casos en los que se produce el llamado “disparo mortal final” (p. 357). El caso paradigmático de esta problemática lo constituye el proceso *McCann, Farrell y Savage vs. Reino Unido* (p. 358). Según opinión mayoritaria en la doctrina, incluido *Ambos*, las garantías contenidas en la CEDH únicamente ponen una serie de límites a las intervenciones del Estado frente a particu-

lares, de modo que en las relaciones de los ciudadanos entre ellos el art. 2 CEDH no despliega efecto limitativo alguno con respecto al derecho a la legítima defensa. En el mismo sentido, las regulaciones nacionales del estado de necesidad, las cuales en algunos casos permiten la muerte de una persona para proteger la vida de otra/s, no pueden ser limitadas a partir de lo establecido en el párrafo 2 del art. 2 CEDH. Por esta misma razón, el § 14 párrafo 3 de la Ley de Seguridad Aérea alemana (*Luftsicherheitsgesetz*), de 11 de febrero de 2005, no viola la CEDH. La mencionada disposición permite el derribo de aviones de pasajeros que han sido secuestrados, es decir, la muerte dolosa de todos los pasajeros y de la tripulación, cuando se considera que la aeronave va a ser utilizada para atentar contra la vida de seres humanos, y la intervención mediante la fuerza de las armas se presenta como el único medio para repeler ese peligro actual (p. 358).

Otras garantías contenidas en la CEDH que gozan de especial atención desde la perspectiva del Derecho penal sustantivo son la **prohibición de la tortura** (art. 3 CEDH) y el **principio de legalidad** (art. 7 CEDH).

Más allá de la CEDH, *Ambos* realiza un repaso de aquellos convenios aprobados en el marco del Consejo de Europa y que muestran una relevancia importante dentro del campo del Derecho penal material y procesal. Los convenios de naturaleza penal-material se reproducen en las pp. 365-366, entre los cuales *Ambos* dedica una especial atención a la Convención sobre el blanqueo de capitales, de 16 de mayo de 2005, y la Convención sobre criminalidad cibernética, de 28 de enero de 2003. Por su parte, la lista de los convenios de carácter procesal-penal se contiene en las pp. 367-368. En este caso se trata exclusivamente de convenios de asistencia judicial, gozando toda la temática de la extradición de una especial atención. A destacar en este ámbito es el **Convenio Europeo de Extradición**, de 13 de diciembre de 1957. Dicha convención constituye el instrumento central del derecho de extradición europeo. La misma fundamenta una serie de obligaciones de extraditar a personas sobre la base de una persecución penal o bien para la ejecución de una pena o medida de seguridad impuesta (art. 1). Por otro lado hay que destacar también el **Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal**, de 20 de abril de 1959, el cual regula todas las formas de asistencia judicial que no hacen referencia a la extradición y a la asistencia para la ejecución penal. Por último hay que reseñar el **Convenio Europeo sobre la Entrega de Personas Condenadas**, de 21 de marzo de 1983, el cual extiende su ámbito de aplicación más allá de las fronteras europeas.

Tras esta aproximación al Derecho penal europeo en el marco del Consejo de Europa, el tercer capítulo sigue desarrollando toda la temática relativa a la normativa penal europea, pero en este caso limitándola al ámbito de la **Comunidad Europea/Unión Europea**.

Lo primero que hace *Ambos* es plantear la cuestión relativa a si la Comunidad Europea ostenta una competencia originaria para crear normativa penal supranacional en el marco del primer pilar (pp. 377 y ss.).

A partir del modelo de los tres pilares que caracteriza a la estructura de la UE se infiere que la Comunidad actúa en el primer pilar como una institución supranacional,

pudiendo entre otras cosas actuar mediante la creación de normas jurídicas (“*jurisdiction to prescribe*”). La cuestión radica en saber si dentro de esa capacidad de creación normativa se encuentra también la de carácter penal. El punto de partida que hay que tener en cuenta desde la perspectiva del Derecho comunitario es el principio de la autorización limitada, según el cual cualquier acto de creación normativa de la Comunidad requiere un fundamento que lo autorice en los Tratados constitutivos, bien de forma expresa, bien a través de la interpretación (p. 377). En este sentido, el párrafo 1 del art. 5 TCCE declara que la Comunidad actuará únicamente “dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado (...)”. En consecuencia, y al contrario que un Estado soberano, la Comunidad Europea no ostenta una competencia-competencia en virtud de la cual puede ampliar su propia competencia.

La doctrina mayoritaria considera así que el Derecho penal, concebido como una manifestación específica de la soberanía estatal, no puede sin más ser objeto de regulación por una organización internacional o supranacional (p. 379).

No obstante, hay quienes consideran que de lo establecido en el párrafo 4 del art. 280 TCCE puede extraerse una base legal que permitiría autorizar la creación de normativa penal por parte de la Comunidad. El mencionado art. 280 TCCE hace referencia a las medidas a adoptar en el ámbito de la prevención y la represión del fraude contra los intereses financieros de la Comunidad. Según se establece en el párrafo 4 de la mencionada disposición: “[E]l Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 (...), adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad”. A continuación, la frase 2 del propio párrafo 4 establece que “[D]ichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de justicia”, de lo cual puede extraerse una especie de “reserva estatal”. No obstante, la doctrina mayoritaria, a la cual se adhiere *Ambos*, considera acertadamente que lo establecido en el mencionado párrafo 4 del art. 280 TCCE no otorga a la Comunidad ninguna competencia para dictar normativa de carácter penal. El argumento decisivo para defender ese punto de vista es que el Derecho penal se presenta como uno de los ámbitos esenciales de la soberanía nacional de un Estado, lo cual hace que su creación por parte de una institución de carácter supranacional únicamente puede producirse en virtud de una transferencia explícita por parte de los Estados afectados. Por consiguiente, la voluntad de los Estados Partes en ceder en favor de la Comunidad competencias nacionales en el ámbito penal debería haber tenido un claro reflejo legislativo en el Tratado de Roma (p. 382).

En este sentido, el art. III-415 TCE reproduce prácticamente en los mismos términos lo establecido en el art. 280 TCCE, si bien no se hace referencia a la arriba mencionada “reserva estatal”. A partir de estas consideraciones, *Ambos* se inclina por pensar que el art. III-415 TCE podría constituir la base legal para autorizar la creación de Derecho penal europeo en un ámbito específico (p. 384).

Con todo, y aunque actualmente no puede hablarse todavía de una competencia originaria de la Comunidad para promulgar normativa de Derecho penal, lo cierto es que el Derecho penal nacional de los Estados miembros de la UE es influido ya de forma

muy variada a través del Derecho comunitario primario y secundario. En este sentido pueden diferenciarse las siguientes “técnicas”: 1. Remisión del Derecho comunitario al Derecho penal nacional, lo que se conoce como “asimilación”; 2. Remisión del Derecho nacional al Derecho comunitario; 3. Armonización a través de directivas; 4. Armonización y asimilación en virtud de otros principios (mandato de lealtad, prioridad en la aplicación del Derecho comunitario, interpretación conforme al Derecho comunitario) (p. 385).

El cuarto capítulo se dedica a profundizar un poco más en el Derecho penal europeo dentro del ámbito de la UE, dedicando su análisis a la **colaboración policial y judicial** en el marco del tercer pilar (arts. 29 y ss. del Tratado constitutivo de la Unión Europea, TUE).

El art. 29 TUE señala como una de las finalidades de la UE el ofrecer a los ciudadanos de los países miembros “un alto grado de seguridad en un espacio de libertad, seguridad y justicia”. Un instrumento para la consecución de este objetivo lo constituye la colaboración intergubernamental, la cual por otra parte es habitual en el ámbito del tercer pilar. Esta colaboración intergubernamental se lleva a cabo en forma de aproximación material del Derecho penal de los Estados miembros, así como mediante una “mayor” colaboración policial y judicial.

La **aproximación material del Derecho penal de los Estados miembros** a nivel de la Unión Europea se discute comúnmente bajo el concepto de “armonización” (p. 408). La forma en la que en la UE debe llevarse a efecto la armonización del Derecho penal material viene recogida en los arts. 34 párrafo 2 letra b) y 31 párrafo 1 letra e) TUE: a través de decisiones marco del Consejo se obligará a los Estados miembros a la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas. En palabras de *Ambos*, esta “adopción de normas mínimas” contribuye a favorecer una expansión del Derecho penal (p. 409).

La finalidad de esta armonización se encuentra en el postulado establecido en el art. 29 TUE, donde se habla de ofrecer a los ciudadanos de los países miembros “un alto grado de seguridad en un espacio de libertad, seguridad y justicia”. En este sentido, *Ambos* considera que también aquí se observa claramente la concepción represiva de un Derecho penal (europeo) entendido como un derecho de seguridad y de protección (p. 409). Algo que la Constitución europea no hace sino ratificar al hacer hincapié en el aspecto de la seguridad, por encima incluso de la justicia y de la libertad.

La intensificación de la **colaboración policial y judicial** también está contemplada en el TUE. Como formas de colaboración policial se prevén en el art. 30 TUE las siguientes: 1. La cooperación operativa, la cual ha de abarcar no sólo medidas de persecución penal de carácter represivo, sino también medidas para la prevención de delitos; 2. Intercambio de información; 3. La cooperación para la formación y perfeccionamiento de los funcionarios; 4. La evaluación común de técnicas especiales de investigación.

Los cinco ámbitos para lograr una colaboración judicial más intensiva se regulan en

el art. 31 TUE: 1. La cooperación en relación con los procedimientos penales y la ejecución de las resoluciones; 2. La extradición; 3. La consecución de la “compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros”, habiéndose de entender bajo este concepto sobre todo la armonización del Derecho procesal penal; 4. La prevención de conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; 5. La creación de normas mínimas para los ámbitos delictivos de la criminalidad organizada, terrorismo y tráfico ilícito de drogas.

En el ámbito de la asistencia judicial de carácter horizontal (entre Estados) la colaboración policial y judicial se lleva a cabo mediante la aprobación de convenios internacionales. Todos estos acuerdos, algunos de los cuales son citados en las pp. 418-419, tienen como objetivo fundamental simplificar y facilitar la asistencia judicial, estructurando de una manera más simple el procedimiento de extradición entre los Estados miembros, y armonizando al mismo tiempo los requisitos materiales de la extradición.

A la hora de analizar la colaboración policial y judicial en el ámbito de la UE, *Ambos* dedica una especial atención al **Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen** (CAAS), de 19 de junio de 1990, así como a la **llamada “Orden de detención europea”**.

Las disposiciones relevantes del CAAS en materia de cooperación policial y judicial se encuentran en los Capítulos 1 a 5 del Título tercero (“Policía y seguridad”). De especial importancia para *Ambos* resulta lo establecido en el Capítulo tercero de la CAAS (“Aplicación del principio del ‘non bis in idem’”), y muy especialmente lo previsto en el art. 54 CAAS, afirmando dicho autor la existencia en un ámbito estrictamente europeo del principio de la prohibición de la doble punición (p. 429). Según la mencionada disposición “[U]na persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena”. Con todo, el art. 55 CAAS concede a las Partes contratantes la posibilidad de declarar la no aplicación del art. 54 a determinadas situaciones o hechos delictivos: 1. Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan tenido lugar total o parcialmente en su territorio; 2. Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera constituyan una infracción contra la seguridad del Estado u otros intereses igualmente esenciales de dicha Parte contratante; 3. Cuando los hechos contemplados en la sentencia extranjera hayan sido cometidos por un funcionario de dicha Parte contratante, incumpliendo las obligaciones de su cargo.

La “Orden de detención europea” fue creada el 13 de junio de 2002 mediante una Decisión marco del Consejo con la finalidad de reemplazar los tradicionales instrumentos de extradición existentes en el ámbito del Consejo de Europa y de la UE. Hay que recordar que en el caso de las decisiones marco queda a criterio de los Estados miembros el modo y manera de su transformación en derecho interno. Esta circunstancia lleva a que la Decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedi-

mientos de entrega entre Estados miembros haya sido transformada de un modo muy distinto en unos Estados y en otros (p. 440).

Según se establece en los párrafos 1 y 2 del art. 1 de la mencionada Decisión marco, la orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales, o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad. La ejecución de una orden de detención se realiza sobre la base del principio de reconocimiento mutuo.

En consecuencia, este procedimiento de entrega que se realiza en una única fase reemplaza al convencional procedimiento de extradición que se desarrolla en dos fases: comprobación de admisibilidad y decisión de extraditar (pp. 440-441).

Alemania ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Decisión marco analizada mediante la aprobación de la Ley de la Orden de Detención Europea (*Europäisches Haftbefehlsgesetz*), de 21 de julio de 2004. Un somero análisis de sus preceptos desvela sin embargo que el legislador alemán renuncia en muchos casos a simplificar el procedimiento de entrega, manteniéndose por el contrario fiel al tradicional sistema de extradición en dos fases, con la Audiencia territorial (*Oberlandesgericht*) como órgano encargado de comprobar la admisibilidad de la extradición, y el Ministerio de Justicia Federal o del *Land* respectivo como autoridad encargada de autorizar la extradición (p. 445).

Finalmente, el quinto y último capítulo de esta Tercera parte aborda cuestiones relativas a la **institucionalización** en el ámbito del Derecho penal europeo, haciendo especial referencia a Europol, Eurojust, así como a la Fiscalía europea.

La finalidad primordial de **Europol** es mejorar la cooperación policial entre los Estados miembros para luchar contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional. Actualmente, el ámbito principal de las actividades de Europol se concentra en la recogida, compilación y análisis informático de datos de carácter personal. El flujo de información entre Europol y los Estados miembros se lleva a cabo a través de las unidades nacionales (en el caso de Alemania, el *Bundeskriminalamt*, BKA). A su vez, los Estados miembros envían a Europol unos funcionarios de enlace (pp. 458-459).

Con todo, la actividad de Europol no se limita en la actualidad únicamente a las tareas de recogida y análisis de información. Si bien Europol no tiene todavía la competencia para investigar por sí misma en los Estados miembros ni tampoco para llevar a cabo medidas judiciales de carácter coercitivo, lo cierto es que el apoyo operativo para las investigaciones en los Estados miembros está adquiriendo cada vez más importancia. Existen incluso voces que piden concebir a Europol como una especie de “FBI europeo”, con capacidad así para llevar a cabo de forma autónoma actividades de investigación, así como ejecutar medidas coercitivas en los Estados miembros. Según señala *Ambos*, esta perspectiva parece haber encontrado eco en el art. III-276 párrafo 3 TCE, en el cual se establece lo siguiente: “Cualquier actividad operativa de Europol deberá llevarse a cabo en contacto y de acuerdo con las autoridades de los Estados miembros cuyo territorio resulte afectado”. Para el profesor alemán, lo establecido en

dicha disposición significa sin duda una ampliación de las competencias de Europol con respecto a lo establecido en el art. 30 párrafo 2 letra a) TUE (p. 462).

El problema fundamental de Europol reside en el control de sus actividades, ya que el art. 41 del Convenio declara la inmunidad de Europol y sus funcionarios. Según *Ambos*, la perspectiva de considerar a Europol como un organismo policial supranacional con competencias originarias de investigación y de ejecución de medidas coercitivas da lugar a que la cuestión relativa al control judicial de sus actividades resulte aún más importante. Para este autor, la solución a esta problemática vendría por sacar a Europol del “difuso ámbito” del tercer pilar e integrarla en el primero, para con ello poder someterla al control del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (p. 466).

Por su parte, el cometido fundamental de la Unidad de Cooperación Judicial europea (**Eurojust**) radica en intensificar la eficacia de las autoridades competentes de los Estados miembros en la lucha contra las formas graves de delincuencia organizada y transnacional (p. 468).

En su conjunto, Europol y Eurojust se presentan como dos elementos que se complementan mutuamente a la hora de llevar a cabo la persecución penal en el ámbito de la UE, si bien hay que tener en cuenta que las competencias de investigación y la capacidad para decretar medidas ejecutivas continúan estando en manos de las Fiscalías y Cuerpos Policiales de los Estados miembros.

Para finalizar, *Ambos* se ocupa de la creación de una **Fiscalía europea**, si bien dicho autor aborda la cuestión desde una posición bastante escéptica.

Los trabajos destinados a la creación de la figura del Fiscal Europeo se remontan al año 2001, cuando la Comisión europea aprobó el Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros y la creación de un Fiscal Europeo. Según señala *Ambos*, el estímulo fundamental que llevó a crear el proyecto de una Fiscalía europea residía en la necesidad de mejorar la protección de los intereses financieros de la Comunidad, vistos los déficits que la persecución penal de los Estados miembros mostraba en los casos de carácter transfronterizo (p. 470).

En el caso de que las autoridades estatales tengan conocimiento de la comisión de un delito contra los intereses financieros de la Comunidad, existe para ellos la obligación de informar a la Fiscalía europea, la cual está encargada de conducir la fase de investigación. La acusación formulada por la Fiscalía europea debe ser admitida por el Juez competente según el derecho nacional del lugar de comisión.

El requisito fundamental para que la Fiscalía Europea pueda actuar en un ámbito transfronterizo, tomando por ejemplo declaración a un testigo en un determinado país y elevando la acusación formal en otro país distinto, es el reconocimiento mutuo – interestatal– de las medidas coercitivas y las pruebas. Esta situación es, según *Ambos*, consecuencia de una política criminal europea del todo criticable. Una política criminal que pretende ante todo impulsar la institucionalización desde un punto de vista jurídico-organizativo, asegurándola al mismo tiempo a un nivel procesal, pero que sin embargo no se preocupa de la “necesaria armonización de las bases de carácter material y procesal de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros” (p. 473). En

este sentido, *Ambos* intuye que detrás de esta “europeización” mediante instituciones y el reconocimiento mutuo se encuentra realmente una estrategia con sistema: una vez que se hayan asentado los cimientos de un “sistema de justicia penal europeo integrado” en forma de instituciones supranacionales coordinadas de forma vertical, es sólo una cuestión de tiempo el momento en que finalmente se producirá la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros (p. 473).

La monografía del Prof. *Ambos* supone sin lugar a dudas un completo estudio acerca del Derecho penal internacional. De ella hay que destacar sobre todo la precisión y el rigor con el que se ha sido elaborada. Prueba de ello son por un lado los numerosos gráficos explicativos que se extienden a lo largo de las tres partes, los cuales ayudan enormemente a la comprensión del texto. Lo mismo cabe decir de los casos prácticos – muchos de ellos extraídos de la jurisprudencia penal alemana e internacional– con los que el autor inicia muchos de los epígrafes de su obra. Por otro lado merece destacarse también la amplísima bibliografía con la que *Ambos* inicia todos y cada uno de los capítulos de su obra, lo que no hace sino ratificar que su conocimiento de la materia objeto de estudio no es improvisado, sino fruto de una sabiduría acumulada durante años de estudio y reflexión. Algo que se corrobora al final de la obra mediante la inclusión de una relación detallada de la jurisprudencia internacional. Digno de subrayarse es también la claridad del lenguaje y la aproximación a los conceptos y problemáticas de un modo sencillo y directo, lo que sin duda facilita la lectura de la obra.

Hay que decir finalmente que la obra de *Ambos* ha tenido hasta ahora una excelente acogida en Alemania, donde se aguardaba con gran interés, y es de esperar que corra la misma suerte tanto en España como en el conjunto de los países de habla hispana. No es difícil imaginar que la obra será traducida a diversos idiomas, con lo que sólo cabe esperar que la ansiada traducción al castellano llegue pronto para hacer extensivo al público de lengua hispana el placer de la lectura de un libro, el cual sin lugar a dudas resultará de obligada referencia en un futuro próximo.