

XIV # / Alleg, 1570

MARIO G. LOSANO / FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Coordinadores

EL DERECHO ANTE LA GLOBALIZACIÓN Y EL TERRORISMO

«CEDANT ARMA TOGAE»

Actas del Coloquio Internacional
Humboldt, Montevideo abril 2003



Alexander von Humboldt
Stiftung / Foundation

tirant lo blanch

Valencia, 2004

EDICIÓN: 2004
ISBN: 978-84-9634-000-0
PÁGS: 200
DISEÑO: tirant lo blanch
DISTRIBUCIÓN: tirant lo blanch
DIRECCIÓN: tirant lo blanch
DIRECCIÓN GENERAL: tirant lo blanch

Copyright © 2004

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

2004/3224

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPOSITO LEGAL: V - 2246 - 2004
I.S.B.N.: 84 - 8456 - 052 - X
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L.

Índice

Prólogo de GISELA JANETZKE 11

I

EL DERECHO COMO FORMA DE MEDIACIÓN EN LOS PRESENTES CONFLICTOS GLOBALES

Europa y América Latina. El «viejo Occidente» y el «otro Occidente» 17
 PROF. MARIO G. LOSANO
Università degli Studi, Milano

La internacionalización del Derecho penal y América Latina 31
 PROF. KAI AMBOS
Universidad de Göttingen. Freiburg i.Br.

VI

MODERNIDAD, CONFLICTOS GLOBALES Y DERECHO

Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía 59
 PROF. ROBERTO BERGALLI
Universitat de Barcelona

Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización 79
 PROF. AGUSTÍN ENRIQUE FERRARO
Universidad de Salamanca, Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal

La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común 99
 PROF. JOÃO MAURÍCIO ADEODATO
Universidade Federal de Pernambuco

Em busca dos valores transculturais do direito 109
 PROF. JOÃO BAPTISTA VILLELA
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte

Fiat ius, ne pereat mundus. El Derecho frente a la globalización de la violencia 125
 PROF. BERNARDINO BRAVO LIRA
Universidad de Chile

Jueces y Derecho 145
 PROF. EUGENIO BULYGIN
Universidad de Buenos Aires

pluripolar, y entre los polos singulares se producirán alianzas y conflictos. En un mundo pluripolar, tanto Sudamérica, como Europa deberán presentarse o como uno de los futuros polos —y, no obstante sus crisis recurrentes, Sudamérica tiene los recursos humanos y materiales para ello—, o como un segmento del mayor polo hoy existente. No hay duda de que los problemas de la periferia del imperio son entre ellos más similares que los problemas de la potencia imperial.

... (text is mirrored and mostly illegible due to bleed-through from the reverse side of the page)

La internacionalización del Derecho penal y América Latina

KAI AMBOS

Universidad de Göttingen, Freiburg i.Br.*

Sumario: I. Derecho penal europeo. 1. Concepto genérico: Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto. 2. El Derecho europeo en sentido estricto: sin competencia legislativa propia, pero con influencia en las legislaciones nacionales. 3. ¿Eficacia por institucionalización y armonización vs. respeto a los principios de un Estado de Derecho? II. Derecho penal internacional. III. El impacto en América Latina.

La internacionalización del Derecho penal avanza a grandes pasos. Desde la perspectiva europea se muestra en dos formas: Por un lado, como un auténtico Derecho penal internacional («International Criminal Law», «Droit pénal international»), en el sentido de un Derecho penal (supranacional) de Derecho internacional; lo que en alemán se denomina, «Völkerstrafrecht»; y, por otro lado, como un Derecho penal europeo, limitado al ámbito europeo, que, obviamente, no puede pretender una validez supranacional comparable a la del Derecho penal internacional.

* Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität de Göttingen; consultor del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Freiburg i.Br. Agradezco al Prof. Dr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE (Sevilla, España) por la traducción de este texto y valiosas sugerencias. Asimismo agradezco el apoyo de Rodrigo Aldoney en la redacción final.

I. DERECHO PENAL EUROPEO

1. Concepto genérico: Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto

Consideremos en primer lugar con más detenimiento el Derecho penal europeo. ¿Qué se entiende por tal? Aquí comienza el primer problema. El «Derecho penal europeo» constituye un «conjunto no homogéneo (heterogéneo) inabarcable» que no está codificado y del que, por tanto, es difícil dar un concepto¹. Realmente, por tal sólo se puede entender —en el sentido de un *concepto genérico* muy amplio— todas las normas y praxis materiales y procesales que son reconducibles al o que proceden del Derecho y de las actividades de la Unión Europea (Derecho europeo en sentido *amplio*) y del Consejo de Europa (Derecho europeo en sentido *estricto*)² y que llevan (o deben llevar) a una *armonización*³ de los Derechos penales nacionales de los países europeos. En este sentido no es exagerado hablar de una *europización* del Derecho penal⁴ a través de y en el marco de las citadas instituciones; sin que ello signifique, sin embargo, que, como ya indicábamos al principio, exista también un Derecho penal europeo que merece el nombre, es decir, un Derecho penal *supranacional* de la Unión Europea⁵. Es más, es algo más que dudoso si en un tiempo previsible podremos hablar de un Derecho penal europeo en forma de un Derecho penal y procesal penal europeo *armonizado*⁶, al menos en lo referente a un sistema penal integral más allá de una

¹ Jung, JuS 2000, 417 (424).

² Sobre el término Derecho europeo en sentido amplio y en sentido estricto Dannecker, Festschrift BGH IV, 2000, p. 345; también Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000, p. 29.

³ Sobre la clase y formas de armonización, cfr. Tiedemann, en: Scheuing/Kreuzer/Sieber (edit.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU, 1997, p. 133, 137 ss.; de acuerdo Otto Jura 2000, 99; más reciente Vogel, GA 2003, 314 y ss.; sobre los riesgos de la armonización, Zieschang ZStW 113 (2001), 266 p.; crítico del concepto Klip NStZ 2000, 626.

⁴ Cfr. sobre la terminología la sg. nota 5.

⁵ Sobre la distinción entre «Derecho penal europeo» en el sentido de normas (juridicocomunitarias) supranacionales y «europización del Derecho penal» en el sentido de influencia en el derecho penal nacional, véase Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001, p. 8 p.; de acuerdo Prittowitz ZStW 113 (2001), 774 (789).

⁶ Escéptico Schomburg NJW 2001, 801: «un intento que se puede situar entre una tentativa inidónea y irreal».

armonización parcial en algunos ámbitos particulares de criminalidad, por ej., en los delitos financieros, el narcotráfico y el crimen organizado⁷.

Pues bien, en lo que se refiere al *Derecho europeo en sentido amplio*, corresponde al Consejo de Europa, a través de la conclusión y propuesta de Tratados internacionales y de una completa actividad asesora, la tarea de armonizar el Derecho penal y conseguir la colaboración efectiva en el ámbito penal de sus 45 Estados⁸. El Consejo ha desarrollado con la Convención Europea de DDHH y su interpretación por la Corte Europea de DDHH de Estrasburgo un standard mínimo de derechos humanos mundialmente respetado⁹, cuya vulneración puede incluso fundamentar en Alemania y en Austria, para citar sólo dos ejemplos, un recurso de revisión (§ 359 Nr. 6 OPP alemana; § 363a OPP austriaca)¹⁰.

En lo que se refiere al *Derecho europeo en sentido estricto* hay que diferenciar dos ámbitos: el de la Comunidad Europea (CE)¹¹ y el de la Unión Europea (UE)¹². Mientras en el primer ámbito se trata de obligatoriedad jurídica comunitaria o, en su caso, de comunitarización en el marco del llamado Primer Pilar, la Unión Europea funciona como cooperación política intergubernamental, conforme a reglas del Derecho internacional en el marco de los Pilares 2^o y 3^o (política de seguridad y

⁷ Sobre la armonización de la «parte especial» ver Vogel, GA 2003, 322 y ss.

⁸ Cfr. <www.coe.int>; también Wilkitzki ZStW 105 (1993), 821 (824 p., 826); Jung JuS 2000, 417 (418 p.); Eisele JA 2000, 424 (427); Gleß/Lüke Jura 1998, 70 (71); Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 18 VII. 2; Pradel/Corstens, Droit pénal européen, 1999, p. 239 ss.

⁹ Se trata aquí sobre todo de cuestiones procesales, pero también jurídicas materiales, como por ejemplo si la regulación de la legítima defensa que hace el art. 32 del CP alemán debe ser limitada por el art. 2. inc. 2 de la CEDH —más allá de la teoría de los límites ético-sociales— (al respecto véase Kühl ZStW 109 (1997), 780 p.; Eisele JA 2000, 424 (427 ss.)). Cfr. también Petri, Europol, 2001, p. 112 ss., 123 ss.; Kühne StV 2001, 73 ss.; Pradel/Corstens (nota 8) p. 279 ss.; Weigend StV 2001, 63 p.; Jung JuS 2000, 417 (422); Thomas NJW 1991, 2233 (2237 p.); sobre jurisprudencia detalladamente Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002; ver también Ambos/Ruegenberg NStZ-RR 1998, 161; 1999, 193; 2000, 193; Ambos, NStZ 2002, 628 y 2003, 13.

¹⁰ Cfr. Dannecker (nota 2) p. 342 ss.; Kühl, Festschrift Söllner, 2000, 614.

¹¹ Tratado de Creación de la Unión europea de 25.3.1957, en la redacción del Tratado de Amsterdam de 2.10.1997.

¹² Tratado de la Unión Europea de 7.2.1992, en la redacción del Tratado de Amsterdam de 2.10.1997.

exterior común y cooperación en el ámbito de la Justicia y de Interior)¹³. No obstante, hay que tener en cuenta que con el Tratado de Amsterdam las cuestiones de la cooperación en el ámbito de la Justicia y de Interior, que no tienen carácter penal, fueron incluidas en el Primer Pilar, así que en el Tercer Pilar sólo ha quedado la cooperación policial-judicial (jurídico penal; Art. 29 ss. Tratado de la UE)¹⁴. A ello se añade todavía — bajo el techo de la Unión europea — el llamado *acquis* (acervo) del acuerdo de Schengen que analizaremos más adelante.

2. El Derecho europeo en sentido estricto: sin competencia legislativa propia, pero con influencia en las legislaciones nacionales

Por lo que respecta a l Primer Pilar inmediatamente debe hacerse una aclaración, ya que la Comunidad Europea —aunque es una Organización supranacional con amplias facultades—, no posee (todavía) *facultad o competencia para crear derecho* en el ámbito del Derecho penal, es decir, en lo que se refiere al sistema de sanciones propias del Derecho penal en sentido estricto, es decir, penas privativas de libertad y pecuniarias¹⁵. Pues conforme al principio de la competencia limitada a actos específicos («begrenzte Einzelermächtigung»)¹⁶, una competencia de esta clase tendría que derivarse directamente del Tratado de la Comunidad Europea, pero en este Tratado sólo se prevén competencias para establecer sanciones en sentido amplio, es decir, de carácter administrativo (multas)¹⁷. Tampoco el Art. 280 apartado 4 del

¹³ Cfr. *Satzger* (nota 5) p. 141 ss., 465 ss.; *Dannecker* Jura 1998, 80; *Jung JuS* 2000, 417 (419); *Vervaele*, Revista Penal 9 (en. 2002), p. 137 p. Sobre los tres Pilares *Nelles ZStW* 109 (1997), 727 p.; *Satzger* (nota 5) p. 19; *Jokisch* (nota 2) p. 29.

¹⁴ Cfr. también *Satzger* (nota 5) p. 18; *Jokisch* (nota 2) p. 30; *Vervaele*, Revista Penal 9 (2002), p. 138.

¹⁵ Sobre la delimitación entre Derecho penal en sentido amplio (sanciones no punitivas) y en sentido estricto (sanciones punitivas), cfr. *Satzger* (nota 5) p. 58 p.; 72 ss. (77); *Deutscher*, Die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaften zur originären Strafgesetzgebung, 2000, p. 86 ss., 146; *Carnevali*, Derecho penal y Derecho sancionador de la Unión Europea, 2001, p. 157 ss.; también *Musil* NStZ 2000, 68.

¹⁶ Cfr. general *Satzger* (nota 5) p. 33 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 199 ss.; también *Dannecker* (nota 2) p. 346.

¹⁷ BGHSt 25, 190 (193 p.); 27, 182; 41, 131 s.; fundamental *Satzger* (nota 5) p. 90 ss. (109, 143 p.), 699; *Deutscher* (nota 15) p. 213 ss., 281 ss., 309 ss.; igualmente, *Tiedemann* NJW 1993, 23 (27); *el mismo*, Roxin FS, 2001, p. 1403 p.; *Sieber* ZStW

*Tratado*¹⁸ cambia en algo esta situación jurídica¹⁹. Ciertamente hay que reconocer, que en el Tratado de Amsterdam se puede ver un salto cualitativo al conceder más competencias en materia penal a la Unión y a la Comunidad Europea; por lo demás, la protección autónoma, supranacional de sus intereses financieros no es sólo legítima, sino necesaria²⁰. Igualmente puede subsanarse el déficit democrático que presenta el Consejo de Ministros de la Unión Europea con la posibilidad de una participación más amplia del Parlamento Europeo (Art. 280 apt. 4, 251 Tratado de la CE). Sin embargo, la creación de una competencia en el ámbito jurídico penal —en la medida que significa un cambio

103 (1991), 957 (969 ss.); *Dannecker*, Strafrecht der EG, en: *Eser/Huber* (edit.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 1995, p. 26, 40 ss., 83 p.; *el mismo*, Jura 1998, 79 p.; *el mismo*, Festschrift Hirsch, 1999, p. 147; *el mismo* (nota 2) p. 346 ss.; *Zuleeg*, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, en: *Sieber* (edit.), Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, 1993, p. 41 (43 ss.); *Carnevali* (nota 15) p. 166 ss., 247 ss.; *Wilkitzki* ZStW 105 (1993), 821 (826); *Weigend* ZStW 105 (1993), 774 (779 s.); *el mismo*, StV 2001, 66 p.; *Otto* Jura 2000, 98; *Jung JuS* 2000, 417 (419, 420); *Gröblichhoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der EG, 1996, p. 34, 141 s.; *Jokisch* (nota 2) p. 62 p., 65, 104 p.; *Moll* (nota 29) p. 4 ss.; *Gleiß* GA 2000, 225 (227); *Kühl* (nota 10) p. 615 p.; *Musil* NStZ 2000, 68 p. (70); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 136; *Eisele* JA 2000, 897 (899); *Thomas* NJW 1991, 2233 (2234); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. 3. d); *Kühne* (nota 13) n. marg. 54.

¹⁸ El inc. 4 reza: «El Consejo ... adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte los intereses financieros de la Comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia.»

¹⁹ Igual BRDRS 784/97 p. 159; *Satzger* (nota 5) p. 105 p., 138 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 342 ss. (350); *Jokisch* (nota 2) p. 63 p.; *Musil* NStZ 2000, 68 p.; *Braum* JZ 2000, 493 (500); *Prittitz* ZStW 113 (2001), 774 (790 p.); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (621) (para el derecho procesal penal); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 18 VII. f); quizás también *Kühl* (nota 10) p. 616; *Weigend* StV 2001, 67; *Vervaele*, Revista Penal 9 (2002), p. 136; otra opinión *Tiedemann* GA 1998, 107 (108 nota 7); *el mismo*, Agon 17 (1997), p. 12 p.; *Agon* 23 (1999), p. 7; *el mismo* (nota 17) p. 1406 ss.; *Dannecker* (nota 97) p. 144 (lo deja abierto en nota 2) p. 349); *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 260; *Schönke/Schröder/Eser* antes del § 1 n. marg. 26; quizá también *Kühne* (nota 13) n. marg. 54 con nota 29 y *Moll* (nota 29), p. 6.

²⁰ Cfr. *Tiedemann* (nota 17) p. 1408; *Dannecker* (nota 17) p. 146 ss.; *el mismo*, Jura 1998, 79 (86 p.); *Gröblichhoff* (nota 17) p. 149 ss. (166); *Deutscher* (nota 15) p. 46 ss.; *Carnevali* (nota 15) p. 319 ss.; *Eisele* JA 2000, 897 (898); también *Weigend* StV 2001, 68; diferenciado *Hefendehl*, FS Lüderssen, 2002, 411 ss. Cfrs. también § 6 n. marg. 18. —Sobre la situación de los países candidatos a entrar en la UE, cfr. *van den Wyngaert*, ERA-Forum 3/2001 (special issue).

fundamental en la distribución de competencias entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros— tendría que haberse expresado de una forma más clara de lo que ha ocurrido con la concurrencia dudosa y aparentemente contradictoria del Art. 280 apartado 4 frases 1 y 2 del Tratado. De *lege lata* no se deduce del Art. 280 apart. 4 del Tratado inequívocamente la voluntad de los Estados que firmaron el Tratado de traspasar a la Comunidad Europea una competencia originaria para establecer sanciones de carácter estrictamente penal; más bien, este precepto puede ser invocado, según se enfatice la primera o la segunda frase, tanto por los partidarios, como por los opositores de una tal ampliación de competencias²¹, debiéndose tener en cuenta, de todos modos, que el principio de subsidiariedad (Art. 5 del Tratado de la CE) impone una interpretación restrictiva. De *lege ferenda* sería, por tanto, recomendable que los Estados miembros aclararan si realmente debe crearse en este sector una competencia legislativa de la Comunidad Europea —indudablemente deseable— complementaria y subsidiaria²². Una propuesta ha sido formulada como Art. 280a del Tratado²³.

Pues bien, la ausencia de una competencia originaria de carácter penal en la Unión Europea tiene ciertamente como consecuencia que no pueda haber un Derecho penal originario europeo supranacional; sin embargo, ello no excluye que el Derecho penal nacional de los Estados miembros sea *influenciado* de forma relevante por el Derecho comunitario correspondiente al Primer Pilar o por los esfuerzos de carácter jurídico internacional en el marco del Tercere Pilar o del Consejo de Europa. En otras palabras, la falta de la competencia originaria no excluye la ya mencionada *europización* del Derecho penal²⁴.

²¹ Cfr. las referencias supra nota 19.

²² Tiedemann (nota 17) p. 1409.

²³ Cfr. sobre ello Weigend StV 2001, 67; Dieckmann NStZ 2001, 617 (621). Sobre la competencia futura en materia penal, Deutscher (nota 15) p. 391 ss.

²⁴ Cfr. en lugar de muchos, básico sobre el Derecho penal material, Satzger (nota 5) p. 187 ss., 291 ss., 475 ss. y passim; ejemplar sobre el Derecho penal alimentario y de la competencia Hecker, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, p. 46 ss., 78 p., 282 ss. y passim; cfr. también las referencias en la siguiente nota. Sobre el Derecho procesal penal Jokisch (nota 2) p. 104 ss.; Nelles ZStW 109 (1997), 727 (730 ss.); Zuleeg (nota 17) p. 56 ss.; sobre la problemática «nullum crimen» cfr. Gleß GA 2000, 227 ss. Sin embargo, Kühl (nota 10) p. 615, prefiere no hablar de «amplia» europeización.

En primer lugar, el *Derecho comunitario* primario y secundario contiene numerosas *remisiones a los ordenamientos jurídicos nacionales* con la finalidad de conseguir su llamada *asimilación*.²⁵ Sin embargo, en los últimos tiempos se ha producido aquí un cierto rechazo ante la dudosa situación jurídica que provoca la técnica de remisión de carácter jurídico secundario a través de la utilización de reglamentos²⁶. Según la opinión tradicional, de esta manera se crea incluso Derecho comunitario supranacional de eficacia inmediata²⁷, lo que, sin embargo, es difícilmente compatible con la falta de competencia en materia penal de la Unión Europea²⁸. Existen, en cambio, *remisiones en forma de normas en blanco de las leyes nacionales (alemanas)* al Derecho comunitario²⁹, o se amplía su ámbito de protección a bienes jurídicos de carácter comunitario, como sucede, por ejemplo, en la estafa de subvenciones (§ 264 Apt. 7 Nr. 2 CP alemán)³⁰. Pero incluso, sin remisiones expresas de carácter

²⁵ En el Derecho primario se puede referir al Art. 194 del Tratado de la Comunidad Atómica Europea (BGHSt 17, 121) y Art. 27 Estatuto del Tribunal Europeo de la Comunidad Europea, Art. 28 Estatuto del Tribunal Europeo de la Comunidad Atómica Europea. Cfr. también Johannes EuR 1968, 63 (69 ss., 80 ss., 103 ss.); Satzger (nota 5) p. 188 ss.; Deutscher (nota 15) p. 378 ss.; Tiedemann NJW 1993, 25; el mismo (nota 32) p. 1405; Dannecker (nota 17) p. 34 ss.; el mismo Jura 1998, 79 (80 s.); el mismo (nota 2) p. 349 ss.; Wilkitzki ZStW 105 (1993), 821 (825 s.); Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952, p. 592 s.; Gröblichhoff (nota 17) p. 52 ss.; Jokisch (nota 2) p. 87 ss.; Carnevali (nota 15) p. 270 ss.; Eisele JA 2000, 897 (899 s.); Jescheck/Weigend, supra nota 18, § 18 VII. c); Schönke/Schröder/Eser vor § 1 num. marg. 26. Pradel/Corstens (nota 8) p. 465 ss. lo designan como «méthode mixte».

²⁶ Satzger (nota 5) p. 206 ss.; Dannecker Jura 1998, 79 (81); el mismo (nota 2) p. 351; Eisele JA 2000, 897 (900).

²⁷ Johannes EuR 1968, 63 (69 ss., 81); Tiedemann NJW 1993, 25; Dannecker Jura 1998, 79 (81); el mismo (nota 2) p. 350 s.; Gröblichhoff (nota 17) p. 52, 53; Jokisch (nota 2) p. 87; Eisele JA 2000, 897 (900).

²⁸ Cfr. también Satzger (nota 5) p. 193 ss. (198 ss., 700 s.) con mas referencias.

²⁹ Grdl. Moll, Europ. Strafrecht durch nationale Blankettstrafgesetzgebung? 1998, p. 49 ss. und passim; también Satzger (nota 5) p. 210 ss.; 701; Dannecker Jura 1998, 79 (85 s.); Gröblichhoff (nota 17) p. 52; Jokisch (nota 2) p. 88 s.; Pradel/Corstens (nota 8) p. 462 s.; Zuleeg (nota 17) p. 51 s.; Hugger NStZ 1993, 421 (423 s.); krit. Sieber ZStW 103 (1991), 957 (965); Kühl, ZStW 109 (1997), 785; el mismo (nota 10) p. 615.

³⁰ Cfr. también Tiedemann NJW 1993, 24; Pradel/Corstens (nota 8) p. 461; Braum JZ 2000, 493 (494); Dannecker (nota 2) p. 357; Kühl (nota 10) p. 615; Otio Jura 2000, 98 (100); Thomas NJW 1991, 2233 (2236 s.); Jescheck/Weigend, supra nota 18, § 18 VII. a). Zur Bekämpfung des Subventionsbetrugs aus rechtvergleichender Sicht cfr. Dannecker (Hrsg.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, 1993.

jurídico comunitario, el Derecho comunitario ejerce, a partir del Art. 10 del Tratado de la Comunidad Europea³¹, conforme a los principios de *aplicación prevalente del Derecho comunitario*³² y de *interpretación conforme al Derecho comunitario*³³, una relevante influencia en la legislación y jurisprudencia nacionales. En el Derecho procesal penal se observa esta influencia, por ejemplo, en la posibilidad e incluso obligatoriedad de que un tribunal superior se pueda dirigir (directamente) al Tribunal Europeo (de Bruselas), de acuerdo con el Art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea (y no al Tribunal Supremo del propio país, como dispone, por ejemplo, en el caso de Alemania el Art. 121 apart. 2 de la Ley de Organización Judicial — *Gerichtsverfassungsgesetz*)³⁴. Por último, la Comunidad Europea posee una llamada *competencia de remisión* (de carácter jurídico secundario), dirigida a la armonización de los preceptos nacionales en base a los Arts. 94 ss. del Tratado de la Comunidad Europea, o como competencia anexada a las facultades especiales del Tratado de la Comunidad Europea (*implied powers*)³⁵. En

³¹ Cfr. detalladamente *Gröblichhoff* (nota 17) p. 9 ss. mit einer Untersuchung der schutzwürdigen Interessen der Gemeinschaft (p. 38 ss., 69 ss.); también *Jokisch* (nota 2) p. 78 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 50, 55, 57. Sobre la sentencia fundamental de la Corte la UE en el caso del «escándalo del maíz griego» (colec. 1989, 2965) cfr. etwa *Gröblichhoff* (nota 17) p. 12 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 55 s.; *Tiedemann* (nota 3) p. 143 s.; *Dannecker* Jura 1998, 79 (81).

³² *Satzger* (nota 5) p. 43 ss.; *Hecker* (nota 24), p. 78 s.; *Dannecker* (nota 17) p. 15 ss., 77 ss.; *el mismo* Jura 1998, 84; *el mismo* (nota 2) p. 359 ss.; *Tiedemann*, FS Roxin, 2001, p. 1408; *Jokisch* (nota 2) p. 45 ss., 59 s.; *Gleß* GA 2000, 226 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 432 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 50; *Hugger* NSTZ 1993, 421 (423); *Jung* JuS 2000, 417 (419 s.); *Eisele* JA 2000, 897 (900); especialmente sobre el Derecho procesal penal cfr. *Kühne* (nota 13) n. marg. 56 s.

³³ *Satzger* (nota 5) p. 291 ss., 475 ss., 704 s.; *Dannecker* (nota 17) p. 17 s., 64 ss.; *el mismo* Jura 1998, 79 (84 s.); *el mismo* (nota 2) p. 351 ss., 364 ss.; *Tiedemann* NJW 1993, 27; *el mismo* (nota 32) p. 1405; *Gröblichhoff* (nota 17) p. 58 ss.; *Jokisch* (nota 2) p. 47 ss., 89 ss.; *Hugger* NSTZ 1993, 421 (422); *Kühl* ZStW 109 (1997), 783 s.; *el mismo* (nota 10) p. 615; *Jung* JuS 2000, 417 (420).

³⁴ BGHSt 33, 76; 36, 92. Cfr. también *Dannecker* (nota 17) p. 363 s.; *Thomas* NJW 1991, 2233 (2235 s.); *Kühne* (nota 13) n. marg. 58. Zu Art. 35 EUV, § 1 EuGHG p. n. marg. 12.

³⁵ *Satzger* (nota 5) p. 393 ss., 703; *Johannes* EuR 1968, 63 (100 ss.); *Tiedemann*, NJW 1993, 24 (26); *Sieber* ZStW 103 (1991), 957 (965 s., 972 s.); *Dannecker* (nota 17) p. 59 ss.; *el mismo* Jura 1998, 79 (81 ss.); *Jescheck*, nota 25, p. 594; *Gröblichhoff* (nota 17) p. 83 ss., 91 ss.; *Jokisch* (nota 2) p. 80 ss., 108 ss.; *Deutscher* (nota 15) p. 206 ss.; 210 s., 361 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 463 ss.; *Zuleeg* (nota 17) p. 53 ss.; *Thomas* NJW 1991, 2233 (2237); *Carnevali* (nota 15) p. 291 ss.; *Jescheck/Weigend*,

relación con esto se puede mencionar, por ejemplo, la directriz sobre blanqueo de dinero de 1991³⁶, modificada en 2001³⁷.

Con los Arts. 29 y ss. del Tratado de la Unión Europea se fortalece la tendencia a la *armonización* en el marco de la cooperación policia-judicial intergubernamental, por un lado, a través de la equiparación del Derecho penal en el ámbito de la criminalidad organizada, el terrorismo³⁸ y el tráfico ilegal de drogas (Art. 29 apart. 2 subapart. 3, Art. 31 e EUV); y, por otro, a través de una estrecha cooperación policial y judicial (Art. 29 apart. 2 subapart. 1 y 2, Arts. 30, 31)³⁹. Para ello se implementa esta política no con los instrumentos jurídicos del Derecho comunitario tradicional (cfr. Art. 249 Tratado de la Comunidad, especialmente reglamentos y directrices), sino con medidas del Consejo de Ministros conforme al Art. 34 apart. 2 Tratado de la Unión, especialmente con decisiones marcos (letra b)⁴⁰ y convenios (d)⁴¹. Se trata, por un lado, de

supra nota 18, § 18 VII. b); *Schönke/Schröder/Eser* antes del § 1 mn 26; krit. *Kühl* ZStW 109 (1997), 784 s.

³⁶ Boletín Oficial (BO) de la Comunidad Europea No. L 166, 28.6.1991, p. 77.

³⁷ Directriz 2001/97/EG del Parlamento y del Consejo 4.12.2001 (BO No. L 344, 76); cfr. para más detalles *Ambos* ZStW 114 (2002), 236 (238 s.).

³⁸ Sobre los esfuerzos desde el 11 de Septiembre cfr. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 21.9.2001.

³⁹ Cfr. *Satzger* (nota 5) p. 465 ss.; *Tiedemann* (nota 32) p. 1412; *Eisele* JA 2000, 897 (898); *Musil* NSTZ 2000, 68 (69); *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (732 ss.); *Kühne* (nota 13) n. marg. 70; *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 138 s.; *Lirola Delgado*, in: *Olesti Rayo* (edit.), Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam, 2000, p. 193 ss. Sobre la cooperación en el marco de Trevi desde 1975 cfr. *Scheller* (nota 73) p. 19 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (734 s.); *Gleß/Lüke* Jura 1998, 70 (71 s.); *p.A. Albrecht* StV 2001, 69 (70); *Jokisch* (nota 2) p. 31.

⁴⁰ Cfr. por ej. la decisión marco del 29 de mayo de 2000 sobre el fortalecimiento de la protección penal contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (Diario Oficial L 140, 1), modificado por la decisión marco del 6 del diciembre de 2001 (Diario Oficial L 329, 3). Sobre ello *Dieckmann* NSTZ 2001, 617 (618). — Según el Art. I-32 y 33 del Proyecto de la Constitución Europea elaborada por la Convención Europea (CONV 797/1/03, Rev. 1, 12 de junio de 2003) la decisión marco se convierte en «ley marco».

⁴¹ Ver por ej. el Tratado sobre la protección de los intereses financieros de la CE del 26 de julio de 1995 (BO No. C 316, 49) con base en el antiguo Art. 209 a del Tratado de la CE y el nuevo Art 280 del Tratado así como los dos protocolos del 27 de set. de 1996 (BO No. C 313, 2) y del 29 de nov. de 1996 (BO No. C 151, 2). Sobre ello detalladamente *Gröblichhoff* (nota 17) p. 153 ss.; también *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 470 ss.; *Dannecker* Jura 1998, 79 (86 s.); *Deutscher* (nota 15) p. 55 ss.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 256 s.; crit. *Kühl* ZStW 109 (1997), 782. Sobre la propuesta de una

un proceso simplificado, porque no requiere de ninguna ratificación interna del Estado, como en el caso de los Tratados internacionales; pero, por otro lado, se requiere la implementación fáctica dentro del Estado, especialmente en el caso de las decisiones marco, porque éstas sólo son vinculantes e inmediatamente eficaces respecto a la meta (Art. 34 Apt. 2 b))⁴². El Art. 1 de la Ley del Tribunal Europeo, redactado conforme al Art. 35 Tratado de la Unión⁴³, prevé respecto a estas medidas que un Tribunal nacional pueda presentarlas (Apt. 1) y establece un deber de presentación en el caso de que se trate de Tribunales de última instancia en la Corte de la UE (Abs. 2)⁴⁴. Los intentos de crear un Derecho penal *supranacional* europeo (*Corpus Juris*⁴⁵, Código penal modelo⁴⁶) completan el marco, pero no han pasado del nivel de proyecto, precisamente porque presuponen —y así volvemos al comienzo— un poder de creación de Derecho penal en la Comunidad Europea.

3. ¿Eficacia por institucionalización y armonización vs. respeto a los principios de un Estado de Derecho?

La europeización descrita del Derecho penal nacional viene acompañada de una creciente *institucionalización*, que va acompañada además de una armonización del Derecho de asistencia judicial para conseguir

directriz de la Comisión del 23 de mayo de 2001 cfr. *Dieckmann* NSTZ 2001, 617 (618) con nota 8.

⁴² *Musil* NSTZ 2000, 68 (69); *Eisele* JA 2000, 897 (898); *Zieschang* ZStW 113 (2001), 262.

⁴³ Bundesgesetzblatt 1998 I p. 2035; 1999 I p. 728.

⁴⁴ Cfr. también *Kühne* (nota 13) n. marg. 59; *Jokisch* (nota 2) p. 30.

⁴⁵ *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris zum Schutz der strafrechtlichen Interessen der EU*, 1998 (traducción alemana); *Delmas-Marty / Vervaele* (Hrsg.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I-IV, 2000/2001; *Huber* (edit.), *Das Corpus Juris als Grundlage eines europäischen Strafrechts*, 2000; cfr. también *Satzger* (nota 5) p. 87 ss.; *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 257 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (752 s.); *Jung* JuS 2000, 417 (423); *Otto* Jura 2000, 98 (99 ss.); *Vervaele*, *Revista Penal* 9 (Jan. 2002), p. 140 ss.; *Eisele* JA 2000, 897 (901); *Kühne* (nota 13) n. marg. 63 ss.; *Carnevali* (nota 15) p. 119 s.; *krit. Braum* JZ 2000, 493 (498 ss.); *Weigend* StV 2001, 65 s., 68; *Jokisch* (nota 2) p. 106 ss.; *Prittowitz* ZStW 113 (2001), 774 (798). Cfr. también BTDrS 14/4991, 33: «base de discusión».

⁴⁶ *Sieber* ZStW 103 (1991), 957 (978); *el mismo* JZ 1997, 369; *el mismo*, *Gedächtnisschrift Schlüchter* 2002, p. 107; *Jung* JuS 2000, 417 (423); *crit. Weigend*, ZStW 103 (1991), 774, 790 ss.; le sigue *Kühl*, ZStW 109 (1997), 797 s.; *el mismo* (nota 10) p. 622; escéptico *Eisele* JA 2000, 897 (901).

una más eficiente *lucha contra la criminalidad transfronteriza*⁴⁷. En el marco del Primer Pilar debe mencionarse la Oficina para la lucha contra el fraude OLAF (*Office pour la Lutte AntiFraude*), la que se creó como Sección de la Comisión (UCLAF, *Unité de Coordination de la Lutte Anti-Fraude*) y puede calificarse como una Oficina de Investigación supranacional⁴⁸. En cambio, la Oficina europea de policía *Europol* — como sucesora de la *European Drug Unit* (EDU)— se basa en un acuerdo de los Estados miembros de 26.7.1995⁴⁹ y se integró también formalmente en la cooperación judicial-policial del Tercer Pilar mediante el Tratado de Amsterdam⁵⁰. Conforme al Art. 30 apart. 2 Tratado de la Unión, la *Europol* también tiene facultades operativas y un derecho de iniciativa para llevar a cabo investigaciones penales en los Estados miembros (Art. 30 apart. 2 del Tratado de la Unión)⁵¹. Con ello se abre el camino a una *policialización*⁵², sin que hasta ahora se haya conseguido establecer a nivel nacional o europeo un control y vinculación judicial de las actividades de la *Europol*⁵³; más bien sus funcionarios, a través de un

⁴⁷ Sobre los cinco tipos de persecución penal transfronteriza cfr. *Gleß / Lüke* Jura 1998, 70 ss.; sobre protección legal: *Gleß / Lüke* Jura 2000, 400.

⁴⁸ Cfr. *Jokisch* (nota 2) p. 75 ss.; *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (773 ss. (745)); *Gleß* EuZW 1999, 618; *Gleß / Lüke* Jura 1998, 70 (78 s.); *Gleß / Zeitler* Eur. Law Journal (ELJ) 7 (2001), 219 (223 ss.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 (71 s.); *Jung* JuS 2000, 417 (420 s.); *Eisele* JA 2000, 897 (898 s.); *Kühne* (nota 13) num marg. 94 ss. Cfr. también *Berliner Zeitung* v. 10.12.01 con una entrevista del director de OLAF, Franz-Herrmann Brüner. — Una institución comunitaria es también la *Oficina de Observación de Drogas de Lisboa*, creada por recomendación del CELAD (Comité Européene de Lutte Antidrogue) en 1993 (cfr. *Gleß / Lüke* Jura 1998, 70 (78); *Jokisch* (nota 2) p. 31).

⁴⁹ BO. No. C 316 del 27.11.1995, 1; también *Schomburg / Lagodny* p. 1325 ss.

⁵⁰ Cfr. detalladamente *Petri* (nota 9) p. 23 ss. así como *Gleß* NSTZ 2001, 623 ss.; también *Gleß / Lüke* Jura 1998, 70 (75 ss.); *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (739 ss.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 ss.; *Jung* JuS 2000, 417 (421, 423); *Dieckmann* NSTZ 2001, 617 (620); *Jokisch* (nota 2) p. 32 s.; *Kühne* (nota 13) n. marg. 98 ss. Cfr. también FAZ 4.10.01 así como la entrevista con el Director de *Europol* *Storbeck* en *Die Welt* v. 5.10.01. Sobre el acuerdo con la Policía americana federal *FBI* cfr. FAZ v. 21.9.01.

⁵¹ Cfr. también *Gleß* NSTZ 2001, 623 (624). Cfr. finalmente la decisión del Consejo de 6.12.2001 sobre la ampliación de la *Europol* a formas graves de criminalidad internacional (BO No. L 362, 1).

⁵² *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (730, 738, 741, 742, 746 s.); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69.

⁵³ Cfr. la completa exposición de *Gleß / Grote / Heine* (edit.), *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Band 1, 2001; de acuerdo *Gleß* NSTZ 2001, 623 (625 ss.).

llamado protocolo de inmunidad⁵⁴, quedan en principio exentos de la jurisdicción nacional⁵⁵. *De lege ferenda* un tal control puede ser garantizado por una reformada Instancia de Control Comunitario⁵⁶, oficinas nacionales Clearing o —probablemente lo más efectivo— una *Fiscalía europea*⁵⁷, aunque esta última propuesta presupondría la correspondiente facultad para crear Derecho⁵⁸ y un Derecho procesal penal común europeo⁵⁹. En el ámbito específico de la lucha contra la corrupción ya existe una tal Fiscalía en forma de OLAF⁶⁰ y, aún más allá, en el ámbito transnacional en forma de (pro) *Eurojust* como centro de coordinación de las Fiscalías nacionales⁶¹. Últimamente, la propuesta citada de la Comisión⁶² recibió el apoyo del Parlamento Europeo⁶³ y forma parte del

⁵⁴ Prot. sobre los privilegios e inmunidades para Europol etc. del 19 de junio de 1997 (BO C 221 v. 19.7.1997, 1).

⁵⁵ Cfr. (crit.) *Petri* (nota 9) p. 28 ss.; *Gleß* NStZ 2001, 623 (625); *P.A. Albrecht* StV 2001, 69 (71); *Hamm* StV 2001, 84 s.; *Kühne* (nota 13) n. marg. 100.

⁵⁶ La GKI se basa de *lege lata* en el Art. 24 del Acuerdo Europol (nota 49), pero actualmente no es más que una oficina de datos compuesta por expertos nacionales.

⁵⁷ Cfr. *Comisión de la CE*, Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo, 11.12.2001, KOM (2001) 715, p. 10 ss.; Comunicación de Seguimiento del 19 de marzo de 2003, KOM (2003) 128 final. Ver también *Jokisch* (nota 2) p. 121 s.; *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620 ss.); *Tiedemann* (nota 32) p. 1413; *Gleß* NStZ 2001, 623 (627 s.); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 142, 144 ss. Cfr. también Art. 18 ss. Corpus Juris 2000, in: *Delmas-Marty/Vervaele I* (nota 45), p. 189 ss.; crit. *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (622).

⁵⁸ Cfr. *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (621).

⁵⁹ Escéptica al respecto *Nelles* ZStW 109 (1997), 727 (747); cfr. también *Jokisch* (nota 2) p. 122 p.; *Gleß* NStZ 2001, 623 (628).

⁶⁰ Cfr. la entrevista con su Director Franz-Herrmann Brüner, Berliner Zeitung de 10.12.01.

⁶¹ Sobre la creación de *pro-Eurojust* cfr. Ratsbeschluss vom 14.12.2000 (BO L 324 del 21.12.2000, 2). Sobre *Eurojust* hay un Proyecto de una decisión del Consejo de 6.12.2001 (Dok. 14766/1/01); cfr. también el informe de actividad 2001 de Eurojust de 20.12.2001 (Dok. 15545/01). De la bibliografía cfr. *Schomburg* NJW 2001, 801 (802 s.); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620); *Gleß* NStZ 2001, 623 (628); *Vervaele*, Revista Penal 9 (Jan. 2002), p. 140; *Süddeutsche Zeitung* del 28.9.01. — Sobre la red europea de Justicia (EJN) cfr. *Schomburg* NJW 2001, 801 (802); *Dieckmann* NStZ 2001, 617 (620).

⁶² Supra nota 57.

⁶³ Cfr. En primer lugar el informe del 24 de febrero de 2003, documento de la sesión plenaria, definitivo A5-0048/2003, donde se reproduce la solicitud de acuerdo de la Comisión de control de presupuesto responsable, incluida la fundamentación y posición de otros comités competentes. Posteriormente el Parlamento Europeo

Anteproyecto de la Constitución Europea⁶⁴. La consiguiente centralización de la persecución penal, incluidas sus manifestaciones colaterales (el reconocimiento recíproco de medidas coercitivas⁶⁵ y de pruebas⁶⁶, como también la elección del lugar del juicio y del juez instructor, determinadas por reglas de competencia⁶⁷) son altamente dudosas, ya que llevan a la defensa a una posición sumamente desmejorada⁶⁸.

Paralelamente al fortalecimiento de la investigación en todo el ámbito europeo hay que observar una *armonización del derecho de ejecución y asistencia judicial*, que procede tanto de las iniciativas del Consejo de Europa como también de la Comunidad y de la Unión Europea⁶⁹. Por último, debe citarse el Acuerdo sobre auxilio judicial en

acoge el Libro Verde y apoya «la idea» de la creación de una Fiscalía europea, haciendo presente, sin embargo, la necesidad de mejoras en lo referente a la protección de Derechos fundamentales (p. 7 y ss.). La solicitud es aceptada en la sesión del 27 de marzo de 2003 <www.europarl.eu.int>

⁶⁴ Cfr. Art. 20 de la propuesta de proyecto de la Presidencia del Convento (CONV 614/03 del 14 de marzo de 2003), el que, por cierto, otorga al Consejo solamente la posibilidad («puede») de promulgar, luego de aprobación unánime (!) del Parlamento Europeo, una ley europea para la creación de una Fiscalía europea en Eurojust (!). Al respecto, ésta sería no sólo competente respecto de hechos en perjuicio de los intereses financieros de la UE, sino que también para delitos graves transfronterizos.

⁶⁵ Libro verde, supra nota 57, p. 55, 67 y s.; crítico *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler*, Analyse des Grünbuchs etc., 2002, p. 31 ss., 50 s., <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/referate/sach/europa.htm>; toma de posiciones de catedráticos alemanes de derecho penal y derecho procesal penal, 30 de mayo de 2002 <http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/contributions/date.html#jul>, N o. 4; *Schünemann*, StV 2003, p. 119; *Satzger*, StV 2003, p. 138 y s.

⁶⁶ Libro verde, supra nota 57, p. 18, 64; crítico *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler*, pp. 35 ss.; *Braum*, ZRP 2002, 508 (513); *Schünemann*, StV 2003, 121; *Bendler*, StV 2003, 133 (134 ss.); *Satzger*, StV 2003, 138 f., 140 ff.; *Castaldo*, StV 2003, 122 (125); crítico también Informe del Parlamento Europeo, supra nota 63, pp. 10, 17 y s.

⁶⁷ Libro verde, supra nota 57, p. 57, 60 ss., 67 s., 70. crítico *Biehler/Gleß/Parra/Zeitler*, p. 51; *Braum*, ZRP 2002, 513; *Sommer*, StV 2003, 126; *Kempf*, StV 2003, 128 (129); *Schünemann*, StV 2003, 121; *Satzger*, StV 2003, 139; *Madignier*, StV 2003, 132; crítico también Informe del Parlamento Europeo, supra nota 63, pp. 10, 15 y s.

⁶⁸ Cfr. *Bendler*, StV 2003, 133 y s.; *Salditt*, StV 2003, 136 y s.; *Satzger*, StV 2003, 138, 139.

⁶⁹ Cfr. instructivo *Schomburg/Lagodny* p. 2 ss.; *Wilkitzki* ZStW 105 (1993), 821 (827 ss.); *Kühne* (nota 13) n. marg. 82 ss.; *Pradel/Corstens* (nota 8) p. 35 ss.; referencias del acuerdo en *Schomburg/Lagodny*, p. 419 ss. (Consejo de Europa), 767 ss. (UE); *Schomburg* NJW 2001, 801; para una evaluación cfr. el «Informe final sobre la primera ronda de expertos» BOCE C 216/14 de 1.8.2001; para una sistematización de los fundamentos jurídicos nacionales e internacionales, así como sobre el marco

asuntos penales entre los Estados de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000⁷⁰ y el procedimiento simplificado de «entrega» en base a la Euroorden⁷¹. El —hasta ahora— más avanzado instrumento para la simplificación de la asistencia judicial, el Acuerdo de Ejecución de Schengen⁷², está en vigor en 15 Estados⁷³. Fue integrado en el marco de la Unión Europea con el Tratado de Amsterdam (Arts. 29 ss. Tratado de la Unión)⁷⁴ y sirve de base a la competencia del Tribunal Europeo (Art. 35 del Tratado). Pero con la entrada en vigor de la Euroorden el 1 de enero de 2004 quedarán derogados los Arts. 59 ss. del Acuerdo de Schengen. Sin embargo, el Acuerdo de Schengen tampoco es capaz de modificar la actual inabarcabilidad y complejidad de las relaciones de asistencia judicial de los estados miembros de la Unión; la situación es tal que incluso para los especialistas es difícil encontrar los fundamentos jurídicos respectivos en cada caso⁷⁵.

jurídico-constitucional Scheller, Ermächtigungsgrundlagen für die internationale Rechts- und Amtshilfe, 1997, p. 39 ss., 129 ss.

⁷⁰ BO No. C 197, 1. Sobre ello Schomburg NJW 2001, 801 (802).

⁷¹ Doc. del Consejo No. 14867/1/01/Rev 1 y 14867/1/01/Rev 1/Add 1. Cfr. también Dieckmann NSTZ 2001, 617 (619 s.). Cfr. también ya Art. 25ter Corpus Juris 2000, en: Delmas-Marty/Vervaele I (nota 45), p. 205.

⁷² BGBl 1993 II p. 1010, 1997 I p. 1606; Sartorius II 280; también impreso y comentado en algunos apartados en: Schomburg/Lagodny, p. 920 ss. Cfr. también Schomburg NJW 1995, 1931 ss.; Schübel NSTZ 1997, 105 (107 s.); Gleß/Lüke Jura 1998, 70 (72 ss.); Nelles ZStW 109 (1997), 727 (728); Scheller (nota 73) p. 42 s.; Kühne (nota 13) n. marg. 74 ss. Sobre SDÜ también infra nota 77 ss. y texto. Últimamente, Reglamento No. 2424/2001 del Consejo de 6.12.2001 sobre el desarrollo del sistema de Información de Schengen de segunda Generación (BO No. L 328, 4).

⁷³ Los Estados firmantes del Tratado de Schengen de 1.2.2002 son Bélgica, Dinamarca, Alemania, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Austria, Portugal, Suecia y España, así como los Estados asociados de Noruega e Islandia; Gran Bretaña e Irlanda tienen un derecho «opt in» (cfr. Schomburg/Lagodny p. 919; Schomburg NJW 2001, 801 (802); http://www.auswaertiges-amt.de/www/de/willkommen/einreisebestimmungen/schengen_html#1). Los territorios en los que rige Schengen y la UE no son, por tanto, los mismos.

⁷⁴ Cfr. Protocolo sobre la inclusión del *acquis* (acervo) de Schengen en el marco de la UE, BO No. C 340 del 10.11.1997, 1 ss., 93 ss.; también en Schomburg/Lagodny p. 1021 ss. (obsérvese la posición especial de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca conforme al Art 3-5). Cfr. también Art. 61 ss. EGV así como BO CE L 239 del 22.9.2000, 1 sobre la transformación. Sobre ello también Schomburg NJW 2001, 801 (802); Jokisch (nota 2) p. 32; Kühne (nota 13) n. marg. 81. Sobre la posible competencia de la Corte Europea de DDHH Nelles ZStW 109 (1997), 727 (738 s.).

⁷⁵ Cfr. la reciente exposición en Schomburg NJW 2001, 801 (804 s.) así como el anexo 18 en Schomburg/Lagodny p. 1516, donde se encuentra también un valioso esquema (p. 425, 515).

Pero por muy necesaria que sea la meta de luchar de forma eficaz o más eficaz contra la criminalidad con todos estos fundamentos jurídicos y medidas, no puede perderse de vista la creación o, en su caso, el mantenimiento de las garantías (nacionales) del Estado de Derecho⁷⁶. Esto no sólo se refiere a la institucionalización de los mecanismos de control, que ya han sido mencionados en relación con la Europol, sino también y sobre todo a la fundamentación normativa de un estándar mínimo de derechos humanos y fundamentales. Para ello es, por cierto, especialmente importante la Convención Europea de DDHH y su interpretación y desarrollo por el Tribunal Europeo de DDHH, así como también el concepto elaborado por el Tribunal europeo de la Unión de derechos comunitarios fundamentales⁷⁷, que en conjunto representan el fundamento valorativo común de los derechos humanos de la Unión (Art. 6 I del Tratado)⁷⁸. La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión⁷⁹ va incluso más allá, pero no goza de la misma fuerza legal⁸⁰. Sin embargo, la nueva Constitución Europea adopta la Carta en su parte segunda⁸¹. En cuanto al peligro de una doble persecución vale la pena señalar que el Art. 54 del Acuerdo de Schengen reconoce por lo menos un *ne bis in idem* parcial (entre los Estados miembros del Acuerdo de Schengen)⁸².

⁷⁶ Cfr. ya Nelles ZStW 109 (1997), 727 (747 ss.); P.A. Albrecht StV 2001, 69 (72 s.); sobre la dicotomía del Derecho penal europeo Weigend StV 2001, 63 (67 s.). En relación con la OLAF cfr. Gleß/Zeitler ELJ 7 (2001), 219 (226 ss.).

⁷⁷ Cfr. Satzger (nota 5) p. 175 ss.; Dannecker (nota 17) p. 368 ss.; Jokisch (nota 2) p. 39 ss.; Zuleeg (nota 17) p. 47; Gleß/Zeitler ELJ 7 (2001), 219 (229 ss.); Jung JuS 2000, 417 (422 s.); Carnevali (nota 15) p. 54 ss.

⁷⁸ Ver al respecto el libro verde de la Comisión titulado «Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea», 19 de febrero de 2003, KOM (2003) 75 final.

⁷⁹ Cfr. Deutscher Bundestag (Hrsg.), Die Charta der Grundrechte der EU, 2001, p. 40 ss.; <www.auswaertiges-amt.de/www/de/eu_politik/vertiefung/grundrechtscharta_html>. Ver también J. Meyer (ed.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003.

⁸⁰ Cfr. Busse EuGRZ 2001, 561 (562 s.); que correctamente pretende atribuirle al menos el carácter de soft law.

⁸¹ Ver también el Art. I-7 de la Constitución (supra note 40) que se refiere a la Convención Europea de DDHH.

⁸² Ver al respecto Radtke/Busch, NSTZ 2003, 281 con un análisis de la reciente sentencia del Tribunal Europeo.

II. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Tradicionalmente se entiende por Derecho penal internacional⁸³ el conjunto de todas las normas jurídicas internacionales que imponen consecuencias jurídicas de carácter penal. De acuerdo con una definición ya corriente acuñada por *Triffterer*⁸⁴ «Derecho penal internacional en sentido formal es ... el conjunto de todas las normas jurídicas internacionales de naturaleza penal que a una determinada conducta —el delito internacional⁸⁵— vincula determinadas consecuencias jurídicas reservadas característicamente al Derecho penal y que son aplicables como tales directamente». Se trata de una combinación de principios penales e internacionales: La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) procede del Derecho penal; mientras que los tipos penales clásicos (de Nuremberg y Tokyo)⁸⁶ son atribuibles formalmente al Derecho internacional, de tal forma que la respectiva conducta esté sometida a una penalidad jurídico internacional autónoma (principio de la responsabilidad penal directa individual conforme al Derecho internacional⁸⁷).

La creación de *Tribunales Ad-Hoc* para la antigua Yugoslavia⁸⁸ y Ruanda⁸⁹ por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por un

⁸³ Sobre el concepto utilizado por primera vez por *Beling Gardocki* ZStW 98 (1986), 703 (706 ss., 713); *Jescheck/Weigend*, supra nota 18, § 14 I 2 en nota 4. Decidido en favor del concepto *Jescheck*, nota 25, p. 8; *Makarov*, FS Kern, 1968, p. 253; cfr. también *Triffterer*, *Jescheck* FS II, 1985, p. 1478 ss.; *el mismo*, ÖJZ 1996, 326 s.; *el mismo*, GS Zipf, 1999, p. 500 s.; *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung, 2002, p. 40 ss.; *Henzelin*, Le principe de l'universalité en droit pénal international, 2000, p. 10 s.; *Schönke/Schröder/Eser* 22; *Bremer*, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht, 1999, p. 44 ss.; *Ahlbrecht* p. 9; *Eisele* JA 2000, 424. Sobre el desarrollo del Derecho penal internacional *Jescheck* GA 1981, 51 ss.; básico *Ahlbrecht* p. 19 ss. y *passim*.

⁸⁴ *Triffterer*, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966, p. 34.

⁸⁵ Instructivo sobre ello *Dahm*, Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956, p. 47 ss. Cfr. también infra n. marg 47 y 53 sobre el concepto *delicta iuris gentium*.

⁸⁶ Cfr. Art. 6 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional (Anexo al Acuerdo de las Cuatro Potencias de 8 Agosto 1945): Crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la Humanidad.

⁸⁷ Sobre ello básico *Dahm* (nota 89) p. 14 ss.

⁸⁸ Resolución Consejo de Seguridad 827 de 25.5.1993 = Doc. No. S/RES/827 (1993), en: HRLJ 1993, 197. El texto de la formulación se encuentra en el Anexo a la resolución anteriormente citada y en: «Report of the Secretary General pursuant to paragraph

lado, y el acuerdo de un Tratado internacional en Roma en 1998 («Estatuto de Roma»), para el establecimiento de una Corte Penal Internacional permanente (CPI)⁹⁰, por otro lado, ha llevado a que la conducta punible conforme al Derecho internacional se defina con mayor exactitud en los llamados *delitos nucleares (core crimes)*. Se han formado así los delitos de genocidio, contra la humanidad y los crímenes de guerra. Junto a ellos está el delito de agresión⁹¹, sobre cuya tipificación no se ha conseguido todavía un consenso⁹². Con el Estatuto de Roma se ha conseguido además la, hasta ahora, más precisa codificación del Derecho penal internacional y la primera potencialmente universal. Con ello se ha alcanzado, como acertadamente se expresa en la Memoria del Gobierno alemán en la Ley de ratificación, «compendiar y desarrollar el Derecho penal internacional en una codificación unitaria, teniendo en cuenta los distintos sistemas juridicopenales de los Estados miembros

2 of Security Council Resolution 808» (1993), 3.5.1993 (UN-Dok. S/25704) para 32 ss. Así como en: ILM 32 (1993), 1192 ss.; HRLJ 1993, 211 ss.; BGBl 1995 I p. 485; ZaöRV 1994, 434 ss. Cfr. también www.un.org/icty.

⁸⁹ Resolución del Consejo de Seguridad 955 del 8.11.1994, UN-Dok. S/RES/955. El texto de la formulación se encuentra en el Anexo a la Resolución anteriormente citada, así como en: ILM 33 (1994), 1598 ss.; BGBl 1998 I p. 483. Cfr. también <www.un.org/icty>.

⁹⁰ Rome Statute of the International Criminal Court. Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998, UN-Dok. A/Cons. 183/9 = BGBl 2000 II p. 1394. Una exposición de conjunto *Tomuschat*, Friedenswarte 1998, 335; *Seidel/Stahn* Jura 1999, 14; *Triffterer*, Zipf GS, 1999, p. 495; *Ambos* ZStW 111 (1999), 175; monográficamente *Schabas*, International Criminal Court, 2001; profundizando en algunas cuestiones *Lagodny* ZStW 113 (2001), 800 ss.; obras en forma de comentarios editados por *Triffterer* y *Cassese/Gaeta/Jones* (ver bibliografía).

⁹¹ Cfr. Art. 5-8 del Estatuto de Roma (nota 94) así como los elementos del crimen aprobados entretanto infra nota 99. Cfr. sobre estos delitos: *Sunga* Eur.J.Crime Crim.L. & Crim. J. 6 (1998), 377; *Askin* CLF 10 (1999), 33; *von Hebel/Robinson*, en: *Lee* (Edit.), The International Criminal Court, The Hague et al. 1999, p. 79. Sobre los Fundamentos de Nuremberg *Dahm* (nota 89) p. 57 ss.; *Jescheck*, nota 25, p. 588 ss.; *el mismo*, GA 1981, 53 ss. Sobre los Crímenes contra la Humanidad: *Robinson*, AJIL 93 (1999), 43; *van Schaack*, Columbia Journal of Transnational Law 37 (1999), 787; *McAuliffe de Guzman*, HRQ 22 (2000), 335; *Swaak-Goldman*, in: *McDonald/Swaak-Goldman* (Hrsg.), Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law vol. I, The Hague et al. 2000, 141; *Ambos/Wirth*, Criminal Law Forum 12 (2001), 1-90.

⁹² Sobre el último estado cfr. el informe de la Comisión Preparatoria del 24 de julio de 2002, Part II, Proposals for a provision on the crime of aggression, Doc. PCNICC/2002/2/Add.2, 13 ss. (<www.un.org/law/icc/prepcomm>).

con sus respectivas tradiciones»⁹³. Como es sabido, el Estatuto de Roma ha entrado en vigor el 1 de julio de 2002 y un año después (17 de junio de 2003) ha sido ratificado por 90 Estados. El 12 de marzo tomaron posesión los 18 Jueces elegidos en febrero de 2003 en un acto solemne que tuvo lugar en La Haya; el 16 de junio de 2003 se le tomó juramento al argentino Luis Moreno Ocampo como Fiscal Jefe⁹⁴. Hasta el momento hay más de 100 denuncias por los delitos señalados, las que sólo esperan ser tramitadas por el Fiscal recién nombrado. Entre otras importantes codificaciones hay que mencionar los Elementos de Crimen para la CPI y las Reglas de Procedimiento y Prueba⁹⁵.

Con este trasfondo no es exagerado decir, que no sólo se ha consolidado el Derecho penal internacional como sistema de Derecho penal de la Comunidad internacional⁹⁶, sino que también se ha ampliado su ámbito normativo, más allá de los fundamentos jurídicos materiales, a otros sectores penales accesorios (derecho sancionatorio, ejecución de la pena, cooperación y asistencia judicial), al Derecho procesal y de organización de los tribunales. Con ello no sólo estamos ante un Ordenamiento penal internacional nuevo y autónomo, sino también ante uno que, por lo menos en lo que se refiere a las violaciones más graves de los derechos humanos, es completo⁹⁷, y que influirá en el Derecho penal nacional. Tal es el caso de Alemania, donde ya una Comisión de Expertos creada por el Ministerio de Justicia presentó en mayo del 2001 un Código de Derecho Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*) que entró en vigor el 30 de junio de 2002⁹⁸, y también de otras numerosas leyes nacionales

⁹³ Bundesrats-Drucksache. 716/99, p. 99. Análogamente *Lagodny ZStW* 113 (2001), 800 (801, 808).

⁹⁴ V. www.un.org/law/icc e www.iccnw.org.

⁹⁵ *Preparatory Commission for the International Criminal Court. Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court. Addendum. Part II. Finalized draft text of the Elements of Crime. PCNICC/2000/1/Add. 2. 2 November 2000; la misma., Part I. Finalized draft text of the Rules of Procedure and Evidence, PCNICC/2000/1/Add. 1. 2 November 2000; cfr. sobre ello Ambos NJW 2001, 405 ss.; también Triffterer, Roxin FS, 2001, p. 1415; Lagodny ZStW 113 (2001), 800 (807).*

⁹⁶ Triffterer, Politische Studien, Sonderheft 1/1995, 38.

⁹⁷ Cfr. también Werle ZStW 109 (1997), 808 ss.; Ambos (nota 87) p. 40 p., 873.

⁹⁸ Bundesgesetzblatt 2002 I 2254; traducción a todos los idiomas de la ONU <www.iuscrim.mpg.de/forsch/online_pub.html>. El Proyecto del Grupo de trabajo —coincidente en lo fundamental— en: *BMJ* (edit.), Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs, 2001 (sobre ello *Kreß NSTZ* 2000, 617 ss.; *Werle JZ* 2001, 885 ss.; *Satzger, NSTZ* 2002, 125 ss), así como en la citada website.

y proyectos de leyes de implementación del Estatuto de Roma en todo el mundo. En relación con ello, debe señalarse también la posibilidad de *persecución descentralizada* de las violaciones de los derechos humanos por terceros Estados que, dada la limitada competencia de la CPI, seguirá teniendo importancia⁹⁹.

III. EL IMPACTO EN AMÉRICA LATINA

Esto me lleva a plantear la cuestión de cuál es el efecto que la internacionalización del Derecho penal puede tener en América Latina. En lo que se refiere al Derecho penal europeo, es evidente que éste no tiene efectos directos en América Latina, pero en todo caso se discute sí y hasta qué punto el modelo de la Unión Europea puede ser aplicable a los esfuerzos armonizadores en el Cono Sur (Mercosur) y en Centroamérica y México (Nafta, Alca).

En todo caso, mayor repercusión ya tiene y tendrá el desarrollo del Derecho penal internacional y sobre todo la implementación del Estatuto de Roma en las legislaciones nacionales. Sobre ello el Instituto Max Planck (IMP) de Derecho Penal Extranjero e Internacional lleva a cabo un Proyecto mundial de Investigación titulado «Persecución penal nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva internacional comparada»¹⁰⁰. En el marco de este proyecto tuvo lugar un Seminario Internacional, organizado por el IMP en colaboración con el Programa de Estado de Derecho para América del Sur de la Fundación Konrad Adenauer. En este Seminario colegas de 11 países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Perú, Uruguay y Venezuela) y una colega de España presentaron informes sobre el estado de adaptación de sus respectivos derechos nacionales a la evolución del Derecho penal internacional, especialmente al Estatuto de Roma. Los resultados de la investigación están

⁹⁹ Sobre el clásico caso Pinochet ver *Ambos*, *Revista Penal* (España) no. 4 (1999), 3-20 = *Nuevo Foro Penal* (Medellín, Colombia) no. 62 (setiembre a diciembre 1999), 159-185.

¹⁰⁰ V. <www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2_ep.html>.

publicados en otro lugar¹⁰¹, pero quisiera aprovechar esta oportunidad para adelantarles algunas conclusiones¹⁰².

En primer lugar, la gran mayoría de los países latinoamericanos han dado el primer paso, *ratificando* el Estatuto de Roma: luego de la primera ratificación de Venezuela (a mediados de 2000)¹⁰³, han seguido las de Argentina¹⁰⁴, Paraguay¹⁰⁵, Costa Rica¹⁰⁶, Perú¹⁰⁷, Ecuador¹⁰⁸, Panamá¹⁰⁹, Brasil¹¹⁰, Bolivia¹¹¹, Uruguay¹¹², Honduras¹¹³ y Colombia¹¹⁴. Solamente Chile, México, El Salvador, Cuba, Nicaragua y Guatemala aún no han ratificado, aunque los dos primeros sí lo han firmado¹¹⁵.

La ratificación del Estatuto puede verse como una continuación de la *línea política* seguida a nivel internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión. Es más, la ratificación significa para un Estado la asunción de un *compromiso diferenciado* de persecución penal de crímenes internacionales, pues con ella no sólo se revela (o confirma) su voluntad de comprometerse en la persecución y sanción de crímenes internacionales, sino que, específicamente se admite que en caso de incumplimiento del deber de perseguir y sancionar los crímenes internacionales cometidos en su jurisdicción (bien porque no esté dispuesto o en condiciones de

¹⁰¹ *Ambos/Malarino* (coords.), *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo 2003 (Fundación Adenauer e Instituto Max Planck); pedidos pueden ser dirigidos a <rspkas@adinet.com.uy>

¹⁰² La versión completa de estas conclusiones es publicado en el estudio mencionado en la nota anterior.

¹⁰³ Suscripción: 14 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2000.

¹⁰⁴ Suscripción: 8 de enero de 1999; ratificación: 8 de febrero de 2001.

¹⁰⁵ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 14 de mayo de 2001.

¹⁰⁶ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 7 de junio de 2001.

¹⁰⁷ Suscripción: 7 de diciembre de 2000; ratificación: 10 de noviembre de 2001.

¹⁰⁸ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 5 de febrero de 2002.

¹⁰⁹ Suscripción: 18 de julio de 1998; ratificación: 21 de marzo de 2002.

¹¹⁰ Suscripción: 7 de febrero de 2000; ratificación: 20 de junio de 2002.

¹¹¹ Suscripción: 17 de julio de 1998; ratificación: 27 de junio de 2002.

¹¹² Suscripción: 19 de diciembre de 2000; ratificación: 28 de junio de 2002.

¹¹³ Suscripción: 7 de octubre de 1998; ratificación: 1 de julio de 2002.

¹¹⁴ Suscripción: 10 de diciembre de 1998; ratificación: 5 de agosto de 2002.

¹¹⁵ Chile, el 11 de septiembre de 1998; México, el 7 de septiembre de 2000.

hacerlo, arts. 17 del Estatuto) sea la Corte Penal Internacional el órgano autorizado a llevar adelante el proceso.

Por otro lado, si bien la aprobación del Estatuto ha servido en muchos Estados de Latinoamérica para impulsar la *discusión* sobre la necesidad de contar con una legislación nacional completa y eficiente para hacer frente a los crímenes internacionales y sobre la necesidad de crear mecanismos de cooperación entre los Estados y la Corte Penal Internacional, esta discusión no ha logrado salir del círculo cerrado de grupos de derechos humanos y ciertos intelectuales y, lo que es más grave aún, no ha logrado cambios efectivos y sustanciales en las legislaciones nacionales. En efecto, esto no se ha producido ni a nivel material, a través de reformas del Código Penal o de la creación de una ley especial tipo *Völkerstrafgesetzbuch*, ni a nivel procesal a través de una —ciertamente necesaria— ley de cooperación¹¹⁶. Solamente en Argentina y Brasil las perspectivas son más alentadoras, pues ambos países han encarado la elaboración de un proyecto integral de implementación del Estatuto de Roma que, de aprobarse, tendrá la forma de una ley especial. Ambos proyectos —o más correcto «anteproyectos»— se encuentran en estos momentos recién por iniciar su trámite parlamentario, razón por la cual seguramente se necesitará todavía de un tiempo más o menos prolongado (y no previsible) para poder contar con una primera ley integral de implementación del Estatuto de Roma en Latinoamérica.

El lento o, en algunos Estados, ni siquiera existente proceso de implementación del Estatuto de Roma, no se explica o se justifica a la luz de la *legislación existente* en la materia. A nivel procesal simplemente no existe legislación que posibilite la cooperación entre los Estados y la Corte. A nivel material la situación es más compleja, pero de ninguna manera satisfactoria. En los once países examinados sólo se encuentra tipificado el crimen de *genocidio* en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México y Perú. En cuanto a los *crímenes contra la humanidad*, prácticamente no existen tipificaciones en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos que se acerquen a las previsiones del Estatuto de Roma. Solamente algunos Estados han incluido en sus legislaciones el crimen de desaparición forzada de personas, como es el caso de Colombia, El Salvador, Venezuela y Perú. Si bien el crimen de

¹¹⁶ Ver sobre las necesidades y formas de implementación *Ambos*, en *Ambos/Malarino*, supra nota 105.

tortura está previsto en la mayoría de los Estados de la región, existe como crimen individual con modalidades muy diversas entre los países y respecto del Estatuto de Roma y a veces bajo un *nomen iuris* diverso. En el resultado, ninguno de estos tipos penales contiene la exigencia de un acto colectivo (*Gesamttat*) del art. 7 punto 1 del Estatuto, es decir que el delito se cometa «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque»; por ello, estos tipos son crímenes individuales y no pueden considerarse como crímenes contra la humanidad. Los *crímenes de guerra* están contemplados en las legislaciones latinoamericanas también de manera extremadamente escasa, principalmente por medio del Derecho penal militar. Se prevén algunas pocas conductas correspondientes a crímenes de guerra en las legislaciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Perú, Venezuela. Por último, ninguno de los Estados examinados ha tipificado el crimen de *agresión*. La carencia de normas específicas es aún más marcada en lo que respecta a normas de la *Parte General* de Derecho penal internacional¹¹⁷. A las figuras de crímenes internacionales contenidas en la parte especial de los códigos penales de la región se les aplican, en general, las normas de parte general previstas para los delitos comunes. Si bien esto es más aceptable que la aplicación de la parte especial del Código Penal —incluso el *Völkerstrafgesetzbuch* contiene una remisión general a la parte general del StGB— no debe pasarse por alto que se está desarrollando una dogmática de la parte general del Derecho penal internacional que de una u otra forma tiene que reflejarse en la legislación interna. Finalmente, el principio de *jurisdicción universal* se encuentra previsto en diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos como una excepción al principio de territorialidad¹¹⁸. El alcance y la forma de como se incorpora este principio no es, sin embargo, el mismo en todos estos ordenamientos.

En cuanto a la *jurisprudencia* latinoamericana vale la pena señalar que en los pocos procesos que en Latinoamérica se han ventilado hechos de esta naturaleza se han aplicado casi con exclusividad normas del Derecho penal común. La razón de ello ha sido, desde luego, el ya mencionado retraso legislativo en cuanto a la previsión de normas

¹¹⁷ Sobre la parte general del d.p.i. ver mi estudio «Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts», 2002.

¹¹⁸ Ver *Ambos / Caro / Guzmán / Modollel / Moreno / Pastor / Rocha de Assis / Velásquez*, *Jurisdicción penal para crímenes internacionales en América Latina*, Revista Penal (La Ley, España), No. 10 (2002), 130 y ss.

específicas de Derecho penal internacional. Sin embargo, en algunos países latinoamericanos se puede constatar en los últimos años una tendencia en la jurisprudencia favorable a aplicar normas del Derecho penal internacional en el ámbito interno. Este fenómeno se ha dado con gran fuerza en *Argentina*, donde la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre la vigencia no estricta del principio de legalidad penal al juzgar crímenes internacionales¹¹⁹, sobre la imprescriptibilidad de estos crímenes¹²⁰ y sobre la imposibilidad de amnistiarlos de acuerdo al Derecho internacional¹²¹. Incluso se ha afirmado (aunque en definitiva sin resolver el caso por esta vía) la posibilidad de recurrir directamente a las figuras de crímenes internacionales de las Convenciones internacionales para suplir la ausencia de tipos específicos en la legislación interna del país. Pero también los tribunales de otros países de la región han comenzado a ocuparse de la materia y a aplicar normas de Derecho penal internacional en el ámbito interno. Así, por ejemplo, en Colombia y Chile se encuentran pronunciamientos en contra de la posibilidad de conceder amnistías en caso de crímenes internacionales¹²². A nivel regional no puede dejar de mencionarse la importante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrios Altos* del 14 de marzo de 2001. En esta decisión la Corte declaró que las leyes de amnistía dictadas por el gobierno peruano en favor de policías, militares y civiles que hubieren cometido o participado entre 1980 y 1995 en hechos de violaciones a los derechos humanos carecían de efectos jurídicos al ser incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos. Estos pronunciamientos jurisprudenciales reducen en cierta medida la brecha que existe entre el Derecho interno de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y las normas del Derecho penal internacional. Por último, deben mencionarse tres sentencias de tribunales latinoamericanos que analizan e interpretan la misma normativa del Estatuto de Roma. Por un lado, la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de *Venezuela* del 9 de diciembre de 2002 que realiza un detallado análisis de diversos elementos típicos del crimen de lesa humanidad del

¹¹⁹ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, *in re Schwammberger*, en ED, t. 135, p. 323 y ss.

¹²⁰ Cfr. el fallo citado en la nota anterior y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia *in re Priebke* del 2/11/1995, en JA 1996-I, p. 331 y ss.

¹²¹ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 7, *in re Simon* del 6/3/2001, en NDP 2000/B, p. 527.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia No. C.578 de julio de 2002.

art. 7 del Estatuto de Roma¹²³. Por otro lado, la decisión de la Corte Constitucional de Colombia que, declarando la compatibilidad entre la Constitución colombiana y las normas del Estatuto de Roma, ha analizado y se ha pronunciado sobre ciertas normas del Estatuto de Roma¹²⁴. Finalmente, no se debe pasar por alto la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que declaró incompatible el Estatuto de Roma con la Constitución chilena de 1980, lo que constituye ciertamente un retraso¹²⁵.

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

P.A. Albrecht, Europäische Informalisierung des Strafrechts, StV 2001, 69; Ambos, Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs. Eine Analyse des Rom-Statuts, ZStW 111 (1999) 175; *el mismo*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts — Ansätze einer Dogmatisierung, 2002; *el mismo*, Internationalisierung des Strafrechts: das Beispiel «Geldwäsche», ZStW 114 (2002), 236-256; *el mismo*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren, NStZ 2002, 628 u. 2003, 13; Bassiouni, Crimes against Humanity, 2. Aufl. 1999; Braum, Das «Corpus Juris» — Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 2000, 493; Bremer, Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht, 1999; Carnevali Rodríguez, Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea, 2001; Casses/Gaeta/Jones (eds.), The Statute of the ICC. A commentary, 2002; Dahm, Zur Problematik des Völkerstrafrechts, 1956; Dannecker, Strafrecht der EG, en: Eser/Huber (edit.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 1995; *el mismo*, Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, Jura 1998, 7987; *el mismo*, Der Allgemeine Teil eines europ. Strafrechts als Herausforderung für die Strafrechtswissenschaft, Hirsch FS, 1999, p. 141; *el mismo*, Das Europäische Strafrecht in der Rspr. des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, BGH IV FS, 2000, p. 339; Deutscher, Die Kompetenzen der EGen zur originären Strafgesetzgebung, 2000; Dieckmann, Europäische Kooperation im Bereich der Strafrechtspflege, NStZ 2001, 617; Eisele, Einführung in das Europäische Strafrecht, JA 2000, 896; *el mismo*, Internationale Bezüge des Strafrechts, JA 2000, 424; Esser, Auf dem Weg zu einem

¹²³ Tribunal Supremo, Sala Constitucional del 9/12/2002.

¹²⁴ Sentencia C-578 (del 30 de julio) de 2002 de la Corte Constitucional sobre la Constitucionalidad de la Ley 742 de 2002 mediante la cual se incorporó al Derecho colombiano el Estatuto de Roma.

¹²⁵ Sentencia del 4 de abril de 2002, rol 346. Crit. Correa G./Bascuñan Rodríguez, Revista de Estudios de la Justicia No. 1 (2002), p. 129 que correctamente consideran «paradójico» (159) que el tribunal justifique la inconstitucionalidad del Estatuto en última instancia con una presunta desprotección de los derechos fundamentales generado por él.

europäischen Strafverfahrensrecht, 2002; Gleß, Zum Begriff des mildesten Gesetzes (§ 2 Abs. 3 StGB), GA 2000, 224; *la misma*, Europol, NStZ 2001, 623; Gleß/Lüke, Strafverfolgung über die Grenzen hinweg, Jura 1998, 70; Gleß/Zeitler, Fair Trial Rights and the European Community's Fight against Fraud, ELJ 7 (2001), 219; Gröblichhoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der EG, 1996; Hefendehl, Strafvorschriften zum Schutz der finanziellen Interessen der Europ. Unión: Gestalten, korrigieren oder verweigern?, in: Prittwitz et al. (Hrsg.), FS Lüderssen, 2002, p. 416; Hugger, Zur strafbarkeitserweiternden richtlinienkonformen Auslegung dt. Strafvorschriften, NStZ 1993, 421; Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, 1952; *el mismo*, Gegenstand u. neueste Entwicklung des Intern. Strafrechts, Maurach FS, 1972, S. 579; *el mismo*, Entwicklung, gegenwärtiger Stand u. Zukunftsaussichten des intern. Strafrechts, GA 1981, 49; Johannes, Das Strafrecht im Bereich der europ. Gemeinschaften, EuR 1968, 63; Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000; Jung, Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts, JuS 2000, 417; Kreß, Völkerstrafrecht in Deutschland, NStZ 2000, 617; Kühl, Europäisierung der Strafrechtswissenschaft, ZStW 109 (1997), 777; Kühne, Strafprozeßrecht 5^a ed. 1999; Lagodny, Legitimation und Bedeutung des Internationalen Strafgerichtshofs, ZStW 113 (2001), 800; Musil, Umfang und Grenzen europäischer Rechtssetzungsbefugnisse im Bereich des Strafrechts, NStZ 2000, 68; Nelles, Europäisierung des Strafverfahrens - Strafprozeßrecht für Europa? ZStW 109 (1997), 727; Otto, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU, Jura 2000, 98; Pradel/Corstens, Droit pénal européen, 1999; Prittwitz, Nachgeholt Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa, ZStW 113 (2001), 774; Radtke/Busch, Transnationaler Strafklageverbrauch in der Europ. Union, NStZ 2003, 281; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001; *el mismo*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch, NStZ 2002, 125; Schabas, International Criminal Court, 2001; Schomburg, Ein neuer Start! Internationale vertragliche Rechtshilfe in Strafsachen etc., NJW 2001, 801; Sieber, Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, ZStW 103 (1991), 957; *el mismo*, Einheitliches europ. Strafgesetzbuch als Ziel der Strafrechtsvergleichung?, in: Duttge et al. (eds.), Gedächtnisschrift Schlüchter, 2002, p. 107; Tiedemann, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Strafrecht, NJW 1993, 23; *el mismo*, EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts, Roxin FS, 2001, S. 1401; Thomas, Die Anwendung europ. materiellen Rechts im Strafverfahren, NJW 1991, 2233; Triffierer, Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg, 1966; *el mismo*, Völkerstrafrecht im Wandel, Jescheck FS II, 1985, S. 1477; *el mismo*, Der ständige internationale Strafgerichtshof - Anspruch und Wirklichkeit, Anmerkungen zum 'Rome Statute of the International Criminal Court' vom 17. Juli 1998, Zipf GS, 1999, S. 495; *el mismo* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1999; Vervaele, La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea, Revista Penal 9 (enero. 2002), 134; Vogel, Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Unión, GA 2003, 314; Weigend, Spricht Europa mit zwei Zungen?, StV 2001, 63; Werle, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997), 808; *el mismo*, Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht, JZ 2000, 755; *el mismo*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, JZ 2001, 885; Wilkitzki, Die Regionalisierung des intern. Strafrechts, ZStW 105 (1993) 821; Zieschang, Chancen und Risiken der Europäisierung des Strafrechts, ZStW 113 (2001), 255; Zuleeg, Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration, en:

Sieber (edit.), Europäische Einigung und europäisches Strafrecht, 1993, p. 41. Cfr. también supra bibliografía general.

II MODERNIDAD, CONFLICTOS GLOBALES Y DERECHO

Sozialwissenschaftliches Institut
der Universität
Göttingen