

Problemas contemporáneos del Derecho penal internacional

Christos Mylonopoulos

Universidad de Atenas

*Abstract**

El autor trata algunos problemas cruciales surgidos en el conjunto del Derecho penal internacional. En la primera parte, en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el autor sostiene que el denominado “principio de complementariedad” introduce en realidad un “principio de subsidiariedad”, mientras que el Estatuto prevé también un auténtico principio de complementariedad que puede ser útil, como principio de compleción, en relación con la aplicación de las disposiciones del Estatuto. Sin embargo, estas disposiciones son problemáticas en algunos puntos, e. g. en lo tocante al concepto de dolo criminal, reconociéndose implícitamente un dolo constructivo [constructive malice] y una especie de presunción del dolo. En la segunda parte el autor subraya la discrepancia existente entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo relativo al concepto de la acusación en materia penal. Otro motivo de preocupación se encuentra en el progresivo abandono del principio de doble incriminación, abandono no siempre justificado –e. g. en la regulación sobre la Orden de Detención Europea– puesto que puede provocar problemas con el principio de legalidad. El autor finalmente señala que la reducción del déficit democrático dentro de la Unión Europea, a raíz del Tratado de Lisboa, no ha conseguido sofocar una necesidad imperante de legitimación sustantiva en la legislación penal dentro de la UE. En la tercera parte el autor sostiene que en caso de un acto de participación cometido en el Estado foro, en relación con un hecho principal cometido en el extranjero, el enjuiciamiento penal del partícipe no vulnera el Derecho penal internacional incluso aunque el foro no tenga potestad para enjuiciar el hecho principal.

Der Verfasser behandelt etliche Grundprobleme im Bereich des gesamten Internationalen Strafrechts. Im ersten Teil argumentiert er in Bezug auf den Statut des Internationalen Gerichtshofs (I.C.C.), dass es sich bei dem von der herrschenden Meinung so genannten Komplementaritäts-Prinzip in Wirklichkeit um Subsidiarität handelt. Nun lässt sich in dem Statut ein echtes Komplementaritäts-Prinzip finden, das sich als sehr hilfreich erweisen könnte. In dem Statut sind weitere Ungereimtheiten zu finden, wie die Regelung des Vorsatzes, die implizite Anerkennung der constructive malice sowie die Einführung einer Art Vorsatzvermutung. Im zweiten Teil hebt der Verfasser die Diskrepanz hervor, die zwischen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und derjenige des Gerichtshofs der Europäischen Union bezüglich des Begriffs der Strafanklage besteht. Des Weiteren wird der allmähliche Verzicht auf das doppelten Kriminalitäts-Prinzip angegangen, ein Verzicht der nicht selten mit Legalitätsproblemen – wie z.B. im Falle des Europäischen Strafbefehls – verbunden ist. Die Reduzierung des demokratischen Defizites in der Europäischen Union als Folge des Lissaboner Vertrags hat nicht die Erforderlichkeit einer materiellen Legitimation der Strafrechtssetzung beseitigt. Im dritten Teil behandelt der Verfasser die Frage der Inlandsteilnahme an einer ausländischen Haupttat, zu der kein Verbindungsmerkmal mit dem Inland besteht. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, die Bestrafung des im Inland handelnden Teilnehmers könne durchaus im Einklang mit den Prinzipien des Internationalen Strafrechts sein.

This paper focuses on crucial problems emerging in the field of the global International Criminal Law. In the first part, with regard to the ICC Statute, the author argues that the so-called “complementarity

* Traducción a cargo de Héctor García de la Torre (Universitat Pompeu Fabra/Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) de la versión inglesa que apareció en el número 1 de la revista *Peking University Law Journal* del año 2015, bajo el título: «Contemporary Problems of International Criminal Law».

principle” introduces in reality a “subsidiarity principle”, while a genuine complementarity principle is also provided for by the Statute and can be useful, as completion principle, with regard to the implementation of the provisions of the Statute. These are nevertheless in some points problematic, e.g. with regard to the concept of the criminal intent, and the implicit recognition of constructive malice and of a kind of presumption of intent. In the second part the author underlines the discrepancy between the decisions of the Court of the European Union and the European Court of Human Rights with regard to the concept of the criminal charge. A further concern lies on the progressive abandonment of the double criminality principle, which is not always justified, e.g. the regulations referring to the European Arrest Warrant, because of problems related to the legality principle. The author finally points out that the shrinking of the democratic deficit within the European Union following the Lisbon Treaty did not manage to extinguish a high need of substantive legitimacy of the criminal law making within the EU. In the third part the author argues that in case of an act of complicity committed in the forum state with regard to a main offence committed abroad, the criminal prosecution of participant does not violate the international criminal law, even if the forum state is not entitled to prosecute the main offence.

Titel: Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts.

Title: Contemporary Problems of International Criminal Law.

Palabras clave: Derecho penal internacional, principio de complementariedad, Derecho penal europeo, participación desde el Estado del foro en un ilícito extranjero, CPI.

Stichworte: Internationales Strafrecht, Komplementaritätsprinzip, Europäisches Strafrecht, Inlandsteilnahme an ausländischer Haupttat, ICC.

Keywords: International Criminal Law, complementarity principle, European Criminal Law, Participation from the forum state, ICC.

Sumario

1. Introducción

2. Cuestiones relacionadas con la Corte Penal Internacional

2.1. El llamado “principio de complementariedad”

2.2. La complementariedad como principio de compleción

2.3. El lado subjetivo del delito en el Estatuto de la CPI

3. Problemas del Derecho penal europeo

3.1. La discrepancia entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora: Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el concepto de acusación en materia penal

3.2. El abandono progresivo del principio de la doble incriminación

3.3. Problemas de déficit democrático y de legitimidad sustantiva

4. Participación desde el Estado del foro en un delito cometido en el extranjero

5. La necesidad de una teoría comprensiva de Derecho penal internacional

6. Bibliografía

1. Introducción

No cabe duda de que el Derecho penal es una de las ramas del Derecho que más rápido evolucionan. Ello es debido a la increíble expansión del Derecho penal internacional, al que, ya en la década de 1920, el Profesor Vespacien PELLA llamaba “el Derecho penal del futuro”.¹ La creación de la Corte Penal Internacional y de otros tribunales penales internacionales especiales, el desarrollo del Derecho penal europeo o los esfuerzos por luchar contra la criminalidad transnacional –en particular, en el ámbito del terrorismo, el crimen organizado, el blanqueo de capitales y la corrupción–, han creado multitud de nuevas posibilidades pero también muchas dificultades. El tratamiento racional de estos problemas es por ello de gran importancia si queremos que la internacionalización del Derecho penal constituya un avance, y no un retroceso, en la lucha contra la criminalidad.

2. Cuestiones relacionadas con la Corte Penal Internacional

2.1. El llamado “principio de complementariedad”

En el ámbito del Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) nos encontramos con diversos problemas. Una cuestión controvertida es la relativa al *principio de complementariedad*, mencionado, directa o indirectamente, no solo en el Preámbulo sino también en diversos artículos (arts. 1, 12 a 15, 17, 18 y 20). Según la definición de “complementariedad” que da la mayoría de la doctrina, la Corte puede intervenir solo si el Estado de origen del autor o el Estado en que se cometió el crimen internacional no pueden enjuiciar el delito o no están dispuestos a hacerlo.² La consecuencia más importante de esta interpretación es que la CPI no tiene potestad para ejercer su jurisdicción si una persona privada, la sociedad o una ONG denuncian un crimen internacional ante la Corte, teniendo el Fiscal que esperar a la prueba de la incapacidad o falta de voluntad del Estado miembro de enjuiciar el crimen.³ Esta interpretación de la “complementariedad”, en cualquier caso, no es evidente, ya que el contenido que se le da a la palabra “complementariedad” expresa de hecho no un caso de complementariedad sino un caso de subsidiariedad. Más concretamente:

El Estatuto establece en el Preámbulo (párrafo 10) que la Corte “será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales” de los Estados miembros. Con base en esto, debe resolverse la inadmisibilidad de un asunto si este ya está siendo “investigado o enjuiciado” por un Estado miembro, ello salvo que el Estado no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo. El asunto tampoco podrá admitirse, conforme al art. 17 de Estatuto, cuando “haya sido objeto de investigación por un Estado que tenga jurisdicción sobre él y éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate, salvo que la decisión haya obedecido a que no esté dispuesto a llevar a cabo el enjuiciamiento o

¹ PELLA, *La Criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, 1925.

² JACQUES, «Vers la Cour Criminelle Internationale: Examen du Projet de Statut de la Cour», en JURISTES SANS FRONTIÈRES (eds.), *Le Tribunal Pénal international de la Haye*, 2000, pp. 283 ss.

³ TRIFFTERER, «Preliminary remarks: The permanent International Court - Ideal and Reality», en EL MISMO (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1ª ed., 1999, pp. 59-60.

no pueda realmente hacerlo". Finalmente, y aún en el mismo precepto, también corresponderá la inadmisibilidad de un asunto cuando "no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte" o si su enjuiciamiento vulneraría el principio de *ne bis in idem*.

También aparece una especie de "complementariedad", en el sentido de la opinión dominante, en el art. 18 del Estatuto, según el cual el Fiscal, antes de proceder con la investigación del crimen, "lo notificará a todos los Estados Partes y a aquellos Estados que, teniendo en cuenta la información disponible, ejercerían normalmente la jurisdicción sobre los crímenes de que se trate", para darles la oportunidad de ejercer su propia jurisdicción. Pero esto presupone precisamente que el Fiscal da por sentada la jurisdicción preexistente de la Corte.

Vemos, por lo tanto, que estos casos son de subsidiariedad y no de complementariedad. De ahí que la interpretación de la opinión dominante no esté justificada respecto el tenor literal del art. 17 del Estatuto. Asimismo, esa interpretación obvia el hecho de que el enjuiciamiento es, en principio, admisible, y solo excepcionalmente inadmisibile,⁴ y comporta además la ineficacia de la CPI. La complementariedad, por ello, no puede interpretarse como subsidiariedad.

2.2. La complementariedad como principio de compleción

Sin embargo, en el marco del Estatuto de la CPI la complementariedad sí existe y está reconocida, aunque tiene un contenido completamente distinto. Significa que en casos no explícitamente regulados por el Estatuto pueden aplicarse los principios generales derivados de los sistemas legales de los Estados partes, siempre que no sean incompatibles con el Estatuto mismo.

Más concretamente: conforme al art. 21 del Estatuto,

"la Corte aplicará: a) En primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) En segundo lugar, cuando proceda, los tratados aplicables, los principios y normas del derecho internacional, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos".

En este punto la contribución de la teoría general jurídico-penal es decisiva. La complementariedad, así entendida, permite el tratamiento exhaustivo y correcto a nivel teórico de un caso, dado que permite al Estatuto la aplicación de ulteriores normas y principios jurídicos que ya han sido objeto de una larga y provechosa evolución por los Estados partes.⁵

Si, por ejemplo, un ciudadano de un Estado no firmante comete un crimen internacional en un Estado que no es parte en el Estatuto, pero ha actuado como partícipe con un ciudadano de un

⁴ En este sentido, MEIRNER, *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen Statut*, 2003, pp. 70 ss.; JONES/POWLES, *International Criminal Practice*, 3ª ed., 2003, p. 392: "si la CPI es la única jurisdicción que conoce del caso, la única condición a observar es que este tiene que ser de la suficiente gravedad".

⁵ MYLONOPOULOS, «Dogmática penal e internacionalización de la justicia penal: ¿avance o retroceso?» (en griego), *Poinika Chronika*, 2004, p. 867.

Estado parte, o con una persona que actuaba desde un Estado parte, podemos concluir, en aplicación del principio de complementariedad, que la Corte tiene jurisdicción sobre su conducta. Los pasos del razonamiento son los siguientes: primero, el enjuiciamiento criminal se ejerce *in rem* y no *in personam* (es decir, contra el hecho y no contra la persona).⁶ Segundo, el lugar de comisión de un hecho puede determinarse con ayuda del principio de ubicuidad, según el cual el lugar de perpetración no solo es el lugar en que se lleva a cabo la conducta criminal sino también el lugar en que se produce el resultado. Tercero, la participación constituye un ataque accesorio a un interés legal, consecuentemente es un delito de resultado ("*Erfolgsdelikt*"). Cuarto, el resultado del delito principal es entonces también el resultado de la participación.

2.3. El lado subjetivo del delito en el Estatuto de la CPI

Otra fuente de dificultades a nivel del Estatuto de la CPI es la regulación del *mens rea*, esto es, el tratamiento del lado subjetivo del delito. Aquí identificamos un uso amplio, por un lado, de la *presunción del dolo* (*presumptio doli*) y, por el otro, del dolo constructivo [*constructive malice*]. Así, el art. 28 dispone que

"El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes (...) que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo (...) cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, **hubiere debido saber** que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (...)".

Esto es un ejemplo de lo que en los ordenamientos inglés y estadounidense se conoce como "dolo constructivo", una ficción jurídica. Conforme a la doctrina del dolo constructivo, si el acusado obtiene conocimiento de ciertos hechos tiene la obligación legal de llegar a determinadas conclusiones y, si estos hechos son sospechosos, debe ordenar que se investiguen.⁷ Pero, incluso con base en la teoría del conocimiento constructivo [*constructive knowledge*], esta clase de *mens rea* solo es acorde con el principio de culpabilidad si la información era fiable, precisa y razonable, permitiendo al acusado saber con certeza de la comisión del delito correspondiente o de su planificación. La obligación legal de obtener cierto conocimiento de ninguna manera equivale, por consiguiente, a la existencia de tal conocimiento. Esta aproximación al Estatuto es por lo tanto incompatible con el principio de culpabilidad. En este caso, por supuesto, la responsabilidad del superior por imprudencia permanece intacta.⁸ Para el funcionamiento efectivo de la CPI es pues condición indispensable que se expliquen claramente tales cuestiones, dado que el Estatuto de Roma constituye un caso evidente de compromisos conceptuales y políticos.

⁶ Vid. arts. 13 y 14: un Estado parte puede remitir una "situación" al Fiscal; arts. 5, 11.2, 12.1 y 2: [la jurisdicción de la Corte se limitará a los más serios] "crímenes"; y arts. 15 y 17: "el asunto sea objeto de investigación".

⁷ HESSLER, «Command Responsibility for War Crimes», *Yale Law Journal*, (82), 1973, p. 1278; AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 699.

⁸ En este sentido, AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 699. Por el contrario, no resulta convincente considerar a la temeridad [*recklessness*] como equivalente al *dolus eventualis* (así, no obstante, CASSESE, *International Criminal Law*, 1ª ed., 2003, p. 168).

3. Problemas del Derecho penal europeo

3.1. La discrepancia entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora: Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el concepto de acusación en materia penal

En el ámbito del Derecho penal europeo, la necesidad de aproximación de las distintas legislaciones penales de los Estados miembros, las diferencias existentes entre ellos y el esfuerzo por unificarlos bajo principios comunes han causado varios problemas. Primeramente, existe una clara discrepancia entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TJUE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con el concepto y la definición de la acusación en materia penal ("*accusation en matière pénale*"), así como en cuanto a la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo. La cuestión es crucial porque de su respuesta depende la aplicación de las garantías fundamentales respecto los derechos del acusado previstas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("CEDH"). Pues bien, aunque el TEDH reconoce la calificación de delito, y consecuentemente la protección de las garantías fundamentales, incluso a las infracciones menores (vid. asuntos Oztürk, Engel, Campbell & Fell, etc.), el TJUE va en la dirección contraria, rechazando el carácter penal de sanciones muy severas y expresando la opinión de que son meros ilícitos administrativos. Este problema puede verse claramente en la Sentencia de 27.10.1993, en la que el TJUE decidió sobre la apelación de la República Federal Alemana contra la Comisión Europea (Asunto C-240/90; *NJW*, 1993, pp. 47 y ss., con comentario de Klaus TIEDEMANN), y según la cual las sanciones pecuniarias impuestas en caso de subvenciones indebidamente recibidas no son sanciones penales, como sería presumible con base en la jurisprudencia del TEDH, sino meras sanciones administrativas, que indiscutiblemente caen bajo la competencia/responsabilidades de la Comisión.

La cuestión es más complicada hoy porque (con el Tratado de Lisboa) la Unión Europea se ha adherido al CEDH. Por consiguiente, los derechos fundamentales del acusado son parte de los principios generales del Derecho de la Unión, y la Unión Europea se somete a la jurisprudencia del TEDH. Conforme al art. 6.2 del Tratado de Lisboa, la Unión Europea

"se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales".

Así, el problema de la distinción entre sanciones penales auténticas y encubiertas surge ya a nivel del Derecho penal europeo.

3.2. El abandono progresivo del principio de la doble incriminación

Otro problema complejo en el plano del Derecho penal europeo es el relativo al principio de legalidad en conexión con el abandono progresivo del principio de doble incriminación [*double*

criminality principle]. El principio de doble incriminación no es producto de la arbitrariedad, sino una consecuencia del principio de no intervención y, por consiguiente, de la prohibición del abuso de derecho [*abuse of rights*] en Derecho internacional.⁹ Su derogación o restricción debe tener lugar con sumo cuidado y precaución. Infortunadamente ello no es observado en el caso de la Orden de Detención Europea, en la que algunas *categorías* (¡ni siquiera delitos!) de delitos (32 en total) se han eximido del principio de doble incriminación. Esto quiere decir que un Estado europeo está obligado a entregar a un presunto criminal (es decir, a ejecutar la Orden de Detención Europea) incluso si este último realizó el hecho en el territorio de ese Estado, donde la comisión de un hecho como ese no está penada. De esta forma el Estado ejecutante vulnera el principio del *nullum crimen*, porque permite al Estado requirente castigar a alguien por un hecho que, de acuerdo con la legislación del primero, puede realizarse sin sanción penal alguna.

En este contexto es esencial la Sentencia del TJUE (de 3.05.2007, asunto C-303/2005). El Tribunal resolvió una apelación por parte de una asociación de abogados belgas (*Advocaten voor de Wereld*) que sostenía que la Decisión Marco relativa a la Orden de Detención Europea vulneraba el principio de legalidad precisamente porque la descripción de las 32 categorías de delitos era demasiado vaga e imprecisa. En este caso, pese a que la prevalencia del principio de legalidad fue confirmada por el Tribunal, sin embargo no se aplicó. El error capital de la Sentencia consiste en pasar por alto la siguiente circunstancia crucial: a saber, que el Estado requerido, si ejecuta la orden con independencia del principio de doble incriminación, vulnera directamente el principio de legalidad. Y ello porque en este caso entrega al acusado incluso aunque este no sería castigado de haber cometido el mismo hecho en el Estado ejecutante.

Como hemos visto, el principio de doble incriminación se basa en la prohibición de abuso en Derecho internacional. La prohibición de abuso tiene como objetivo impedir que los Estados legislen de forma arbitraria y egoísta, y restringe la excesiva extensión de la jurisdicción penal nacional. Por eso se dice que la prohibición de abuso define los límites exteriores del poder estatal. Por consiguiente, el abandono del principio de doble incriminación no solo posibilita la vulneración del principio de legalidad, sino que también lleva a los Estados a una contradicción valorativa, dado que contribuye a eliminar una conducta que puede ser realizada libremente según su propio Derecho. Esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional alemán estableció que el abandono de la condición de doble incriminación en estos casos de la Orden de Detención Europea implica la validez fáctica del Derecho penal extranjero en el foro (BVerfG, 2236/04, de 18 de julio de 2005).

3.3. Problemas de déficit democrático y de legitimidad sustantiva

A nivel del Derecho penal europeo surge también el problema del déficit democrático. Esto estaba vinculado con el hecho de que, en el pasado –es decir, antes del Tratado de Lisboa de 2007 (en vigor desde 1.12.2009)–, muchas normas penales primarias (= normas que describen solo el comportamiento prohibido o requerido) se dictaban a los Estados miembros por las denominadas

⁹ JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 165; MYLONOPOULOS, *Derecho penal internacional* (en griego), 2ª ed., 1993, pp. 103 ss.; *cet. par.*, LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, 1933, p. 286; POLITIS, «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», *Recueil des cours*, (6 - 1), 1925, p. 77.

Decisiones Marco, provenientes del Consejo de la UE, esto es, de funcionarios administrativos [*administrative officials*], mientras que la potestad de establecer la sanción se reservaba a los Estados miembros. La falta de legitimación formal de la legislación penal era evidente y provocó numerosas protestas. Hoy en día, después del Tratado de Lisboa, esta clase de déficit democrático ya no es tan relevante dado que el Parlamento Europeo también participa en la formulación de las normas primarias.¹⁰

De acuerdo con el art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

“El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo”.

Como puede verse, la Unión Europea tiene la potestad de formular ella misma, mediante Directivas, las disposiciones penales mínimas en toda su extensión, esto es, en relación tanto con las normas primarias como con las sanciones penales. En el caso de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea, en particular, las disposiciones criminales se imponen mediante Reglamentos con efecto directo, lo que agrava más si cabe el problema de la legitimación sustantiva y déficit democrático.

4. Participación desde el Estado del foro en un delito cometido en el extranjero

Las disposiciones de Derecho penal internacional en sentido estricto especifican, como se sabe, los límites espaciales del Derecho penal y consecuentemente la extensión de la aplicación de las normas jurídico-penales nacionales. No obstante, ya aquí se produce el siguiente problema: ¿qué normas? El hecho de que las disposiciones penales se contengan en leyes penales no da una respuesta satisfactoria. Esto es debido al hecho de que las disposiciones penales no solo expresan una norma, sino que también presuponen y por tanto contienen dos clases de reglas. Son normas

¹⁰ SIEBER, «Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems», *ZStW*, (121), 2009, pp. 1 ss.; EL MISMO, «Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen», *Rechtstheorie*, (41), 2010, pp. 185 y s.: “Ahora, con el Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha resuelto este problema ampliando la participación del Parlamento Europeo, necesaria junto con la mayoría cualificada en el Consejo. (...) Con ello, hoy en día la legitimación de la legislación europea se basa sobre todo en la aprobación dada, por parte del Parlamento Europeo y los gobiernos nacionales electos en el Consejo, a las concretas regulaciones, así como en la acogida, por parte de los Parlamentos nacionales, de las cláusulas habilitantes [*Ermächtigungsgrundlagen*] en relación con el Derecho comunitario originario” (N. del T.: traducción del fragmento en alemán citado por el autor).

secundarias sancionadoras (por ejemplo, el homicidio se castigará con cadena perpetua) pero también presuponen las correspondientes conocidas como normas primarias (*Bestimmungsnormen*; por ejemplo: no mates) que, a su vez, se apoyan sobre normas de valoración (*Bewertungsnormen*; por ejemplo: el ordenamiento jurídico valora negativamente el homicidio). De las muchas opiniones expresadas sobre este punto deben destacarse dos.

Según la primera,¹¹ las disposiciones relativas a los límites espaciales del Derecho penal acotan únicamente la norma secundaria, o sancionadora, definiendo y designando los límites de la reacción estatal contra los delitos, dado que estas normas se dirigen a las autoridades judiciales, esto es, a los órganos del Estado. Sin embargo, este punto de vista conlleva la consecuencia de que el Derecho nacional, tomado en su conjunto de normas primarias de prohibición o de mandato, tiene validez universal. De ello se sigue que las disposiciones penales de un Estado prohíben el correspondiente delito literalmente en todo el resto de Estados, sucediendo simplemente que no puede castigarlos. En este caso, el Estado no castiga aunque puede prohibir.

Esta opinión no puede ser seguida porque eleva el poder normativo del Estado a cotas insostenibles, dado que crea vulneraciones de Derecho innecesarias e injustificadas en todo el mundo.

Con arreglo a la segunda opinión,¹² predominante, las normas de Derecho penal internacional en sentido estricto describen la extensión de las normas primarias (prohibición y mandato), proporcionando la extensión de las prohibiciones y mandatos penales y no meramente la extensión de la facultad del Estado de reaccionar mediante un enjuiciamiento penal. En este caso el Estado no castiga porque no prohíbe.

Pero, ¿qué sucede con las normas de valoración? La cuestión es: ¿tienen estas normas un radio de acción de validez más amplio que las normas primarias? ¿Hay alguna base legal para la respuesta? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es la relevancia práctica de ese resultado?

Si tenemos en cuenta los sistemas legales de muchos países, vemos que las normas de valoración que constituyen la base del sistema penal tienen, de hecho, un radio de validez mucho más amplio que las primarias. En otras palabras: las normas penales nacionales están habilitadas para valorar (so condición de reciprocidad) actos o clases de conducta que, sin embargo, no están habilitadas para prohibir o exigir, esto es, actos no cubiertos por el sistema de normas primarias. Esto significa que la validez de las normas de valoración sobrepasa el límite espacial de las normas primarias y, consecuentemente, el de las secundarias. Por supuesto, esta posición sería arbitraria si no estuviese basada en la regulación legal adoptada por una multiplicidad de Estados.¹³

¹¹ BAUMANN/WEBER/MIITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 89 ss.; NOWAKOWSKI, «Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze», *JZ*, 1971, p. 637.

¹² OEHLER, «Zwischenstaatliche Kompetenzkonflikte auf dem Gebiet des Strafrechts», en EL MISMO (ed.), *FS-Grütznert*, 1970, p. 110 ss.; KREY, *Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht de lege lata und de lege ferenda, zugleich ein Beitrag zur Frage der Strafbarkeit des Schusswaffengebrauchs an der Zonen- und Sektorengrenze*, 1969, p. 86.

¹³ JUNG, «Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat», *JZ*, 1979, p. 327; MYLONOPOULOS, *Derecho penal internacional* (en griego), 2ª ed., 1993, p. 194.

Así, en el ámbito del Derecho de extradición, conforme al principio de la norma idéntica (*Prinzip der identischen Norm*), muchos países prohíben la extradición si la conducta por la que se requiere no constituye también delito según el Derecho del Estado requerido. Esto quiere decir que con arreglo a este principio el Estado requerido tiene la potestad de valorar una conducta que no tiene derecho a prohibir, enjuiciar y castigar. Consecuentemente, en este caso la norma penal del Estado funciona solo como norma de valoración y tiene un radio de validez más amplio, casi universal, en comparación con las normas primarias nacionales.

Además, también hay convenios internacionales que otorgan un radio más amplio a las normas de valoración. Este es el caso, por ejemplo, del Convenio europeo sobre traslado de personas condenadas, según el cual un prisionero extranjero en un Estado miembro del Consejo de Europa tiene el derecho a cumplir su sentencia en su propio país, si es ciudadano de otro Estado miembro del Consejo de Europa. Entonces, cuando tenga lugar el traslado a través de otro Estado miembro, el último tiene derecho a rechazar el traslado si el acto por el que se condenó al prisionero no es delito conforme al Derecho de este –tercer– Estado. Tiene por ello la potestad de valorar un delito sobre el que no tiene jurisdicción. Esto es aplicable también a las resoluciones penales de otros países. Normalmente constarán en los registros penales del Estado de origen del criminal solo si el acto por el que este ha sido condenado es constitutivo de delito según el Derecho del Estado del criminal.

No puede obviarse la importancia práctica de esta cuestión. Se muestra en dos grandes ámbitos: primero, en relación con el enjuiciamiento penal del blanqueo de capitales y, segundo, en relación con el tratamiento de la participación, desde el Estado que enjuicia [*adjudicating state*], en un hecho principal cometido en el extranjero y sin vínculos con el foro. El delito de blanqueo de capitales requiere, como se sabe, un delito previo o determinante. Entonces, si este es cometido en el extranjero y el foro donde el blanqueo se comete no tiene jurisdicción sobre el delito precedente, se puede castigar al reo por un delito de blanqueo de capitales solo so condición de que el Estado que enjuicia pueda aplicar sus propias normas de valoración con respecto al delito previo, ello a pesar de que carezca de potestad para castigarlo.

El segundo supuesto es mucho más serio y complejo. En el caso de la participación en un delito cometido en el extranjero, sin punto de conexión con el foro, la cuestión de la jurisdicción respecto del partícipe es controvertida. Este problema surgió en relación con el famoso caso de fraude marítimo, el denominado “caso Salem”, pero también en relación con el “caso del maíz griego”, que originó una notable evolución del Derecho penal europeo, con el Tratado de Ámsterdam y con el denominado Convenio sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

En el “caso Salem”, el capitán y la tripulación del buque petrolero “Salem” distrajeron grandes cantidades de petróleo y las vendieron a Sudáfrica, vulnerando el embargo existente en ese momento contra el país en razón del Apartheid. El sistema legal griego no tenía jurisdicción sobre el hecho principal, puesto que estaba cometido en el extranjero, por extranjeros y sin ningún punto de conexión con Grecia. Sin embargo, una persona, desde Grecia, ofreció ayuda a los criminales. La cuestión era, por ello, si el foro (Grecia) tenía jurisdicción sobre el partícipe, a pesar

de que no tenía jurisdicción sobre el delito (el “hecho principal”). El punto decisivo es que, con base en el sistema europeo continental, el enjuiciamiento de la cooperación [*aiding and abetting*] requiere de un hecho principal ilícito. Por consiguiente, la cuestión era: ¿goza el foro de la potestad de examinar si el acto principal es ilícito según su propio sistema legal, a pesar de que no tenga jurisdicción sobre él? La opinión dominante en el pasado –y no solo en Grecia, sino también en otros países europeos como, por ejemplo, en Francia– es la siguiente: dado que la participación depende de la existencia de un delito (“hecho principal”) y el foro no tiene jurisdicción sobre este, no tiene consecuentemente tampoco jurisdicción sobre el hecho del partícipe. Este punto de vista, sin embargo, no puede ser aceptado. Y ello porque, como se ha visto, el hecho de que las normas primarias no sean aplicables a un delito no excluye la posibilidad de que el hecho principal pueda ser valorado conforme a las normas de valoración del foro, normas estas que gozan de un radio mucho más amplio. El foro, por consiguiente, está habilitado para valorar el hecho principal como ilícito y contrario a su sistema jurídico-penal, ello incluso aunque no tenga la potestad de prohibirlo ni de castigarlo. Consecuentemente, tiene jurisdicción sobre el partícipe que actuó desde su territorio.

5. La necesidad de una teoría comprensiva de Derecho penal internacional

Esta breve panorámica de los problemas del Derecho penal internacional y europeo pone de manifiesto la necesidad de coherencia no solo en el sistema penal europeo sino también en relación con la legislación penal internacional. En el marco de un ordenamiento legal, la coherencia provee a las disposiciones legales de poder de convicción y seriedad, de modo que los ciudadanos puedan estar seguros de que estas normas no son producto de la arbitrariedad o del oportunismo, y de que son acordes con los principios generales del sistema legal que sirve de fundamento a la sociedad. La coherencia, por ello, fortalece la confianza en la fiabilidad del sistema penal y en la autoridad del ordenamiento jurídico y facilita el funcionamiento del Derecho como herramienta de prevención general positiva.

Vemos que la característica principal del proceso de internacionalización del Derecho penal es un déficit de legitimidad. Este déficit se debe ni más ni menos que a la ausencia de una teoría jurídico-penal.¹⁴ Sin una teoría jurídico-penal, los procesos legislativos se tornan incontrolados y arbitrarios y pueden comportar una expansión insostenible de la criminalización en detrimento del carácter fragmentario y democrático del Derecho penal. Podríamos explicar este procedimiento sirviéndonos del neorealismo –o realismo estructural– de Kenneth WALTZ, elaborado en relación con el Derecho internacional público, según el cual el objetivo principal del Estado consiste en el mantenimiento de su seguridad.¹⁵ Esta teoría se basa en el antiguo realismo *hobbesiano*, conforme al cual la relación entre Estados es una especie de anarquía, una especie de egoísmo moral, una situación natural análoga a la de los individuos antes del establecimiento del

¹⁴ *Cet. par.* MYLONOPOULOS, «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtsdogmatik. Legitimationsdefizit und Anarchie als Hauptcharakteristika der Strafrechtsnormen mit internationalem Einschlag», *ZStW*, (121), 2009, pp. 68 ss.

¹⁵ Vid. WALTZ, «Realist Thought and Neorealist Theory», *Journal of International Affairs*, 1990, p. 36.

contrato social.¹⁶

Desde esta perspectiva, en el plano de la globalización del Derecho penal se da la misma anarquía: las normas del Estatuto de la CPI, las normas penales de la Unión Europea y también muchas normas emanadas de tratados internacionales no se basan en ninguna teoría sino que tienen un único objetivo: garantizar la seguridad y eliminar la criminalidad transnacional a toda costa. Como observó el Profesor SIEBER, este punto de vista nos lleva a una nueva Arquitectura de Seguridad [*Security Architecture*] del sistema legal.¹⁷

Nos encontramos ahora en el núcleo del problema: ¿cuáles son los criterios para una teoría satisfactoria de la criminalización a nivel internacional? Pues bien, son los siguientes: Claridad, Coherencia, Completitud y Comprensividad, Simplicidad, Poder Explicativo, Poder Justificante, Poder de Rendimiento y Practicabilidad.¹⁸

No obstante, en el decurso de la internacionalización del Derecho penal no se ha tomado en consideración ninguna teoría. Por el contrario, sus normas se basan exclusivamente en la idea de seguridad. En el marco de las normas penales internacionales no se satisface ninguno de los criterios que se acaban de mencionar. Puede verse, por ejemplo, que no hay Coherencia, dado que el concepto de acusación penal se interpreta de forma distinta por el TJUE y por el TEDH. Además, no hay Completitud, dado que los delitos previstos en el Estatuto de la CPI no pueden ser plenamente combinados con las normas de la Parte General, de modo que, ni pertenecen a un sistema completo, ni pueden ser integrados en un sistema penal nacional. No hay Comprensividad puesto que, por ejemplo, la Convención para la protección de los intereses financieros de la UE (Convenio PIF de 26.7.1995) combina en un único precepto (vid. art. 1) normas relativas a delitos de fraude, falsificaciones y aduaneros, confundiendo, así, los intereses legales internos con los comunes. No existe Poder Explicativo porque la vaguedad y variedad de los significados (polisemia) de los términos jurídico-penales utilizados en textos de Derecho internacional es tan amplia que genera inseguridad en cuanto a su significado. Finalmente, no se da la Practicabilidad, ya que incluso la mejor de las teorías no puede ser útil y efectiva si sus requisitos de pre-aplicación son tan exigentes que el coste social de su aplicación es inaceptablemente elevado. Este es el caso de muchas disposiciones internacionales, especialmente en relación con la supresión del terrorismo y del crimen organizado. La eficacia contra estas formas de criminalidad requiere una orientación de nuestra sociedad completamente distinta, más a la seguridad que a un equilibrio entre libertad y protección de intereses legales. Podríamos decir, por consiguiente, que la anarquía que domina las relaciones internacionales se ha transferido a la legislación penal internacional. Pero esto implica una carga insostenible para todo el sistema jurídico-penal, y lo hace menos convincente y por ello menos eficaz. La confianza de las personas en el sistema jurídico-penal, es decir, la confianza sistémica ("*Systemvertrauen*") está siendo debilitada, y el objetivo último de este procedimiento, a saber, la seguridad total, no

¹⁶ HOBBS, *Leviathan*, 1991, p. 90; VOUTSAKIS, «El realismo de los realistas» (en griego), en MANITAKIS/TAKIS (eds.), *Terrorismo y derechos humanos* (en griego), 2004, p. 94.

¹⁷ SIEBER, «Grenzen des Strafrechts», *ZStW*, (119), 2007, p. 36.

¹⁸ BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, 4ª ed., 1994, p. 45-47; KAGAN, *The Limits of Morality*, 1989, p. 11. La necesidad de una "teoría de los límites funcionales del Derecho penal" es resaltada por SIEBER, *ZStW*, (119), 2007, p. 43.

se consigue. Las provisiones orientadas a la seguridad crean más inseguridad que seguridad.¹⁹

Una teoría de Justicia Penal Internacional debe, consecuentemente, observar los criterios arriba mencionados. Debe ser también una teoría jurídica, a saber, una teoría basada en los principios de proporcionalidad, dignidad humana, culpabilidad y legalidad. Un sistema que tiene como objetivo garantizar la seguridad a toda costa deja de ser un sistema jurídico. Y, dado que no crea confianza, no puede tampoco garantizar más seguridad.

6. Bibliografía

AMBOS (2002), *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.

BAUMANN/WEBER/MITSCH (2003), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Giesecking, Bielefeld.

BEAUCHAMP/CHILDRESS (1994), *Principles of Biomedical Ethics*, 4ª ed., Oxford University Press, Nueva York et al.

CASSESE (2003), *International Criminal Law*, 1ª ed, Oxford University Press, Oxford.

HESSLER (1973), «Command Responsibility for War Crimes», *Yale Law Journal*, (82), pp. 1274 ss.

HOBBS (1991), *Leviathan*, Cambridge University Press, Cambridge.

JACQUES (2000), «Vers la Cour Criminelle Internationale: Examen du Projet de Statut de la Cour», en JURISTES SANS FRONTIÈRES (eds.), *Le Tribunal Pénal international de la Haye*, L'Harmattan, París, pp. 283 ss.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

JONES/POWLES (2003), *International Criminal Practice*, 3ª ed., Transnational Publishers-Oxford University Press, Oxford.

JUNG (1979), «Die Inlandsteilnahme an ausländischer strafloser Haupttat», *JuristenZeitung*, pp. 325 ss.

KAGAN (1989), *The Limits of Morality*, Clarendon Press, Oxford.

KREY (1969), *Zum innerdeutschen Strafanwendungsrecht de lege lata und de lege ferenda, zugleich ein Beitrag zur Frage der Strafbarkeit des Schusswaffengebrauchs an der Zonen- und Sektorengrenze*, Hansischer Gildenverlag, Hamburgo.

KÜHNE (2005), «Sicherheitsterrorismus», *Neue Juristische Wochenschrift*, (editorial del núm. 19).

LAUTERPACHT (1933), *The Function of Law in the International Community*, Clarendon Press, Oxford.

MEISNER (2003), *Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem römischen*

¹⁹ KÜHNE, «Sicherheitsterrorismus!», *NJW*, 2005 (editorial del núm. 19).

Statut, Beck, Múnich.

MYLONOPOULOS (2009), «Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtsdogmatik. Legitimationsdefizit und Anarchie als Hauptcharakteristika der Strafrechtsnormen mit internationalem Einschlag», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), pp. 68 ss.

——— (2004), «Dogmática penal e internacionalización de la justicia penal: ¿avance o retroceso?» (en griego), *Poinika Chronika*, pp. 865 ss.

——— (1993), *Derecho penal internacional*, 2ª ed., Sakkoulas, Atenas.

NOWAKOWSKI (1971), «Anwendung des inländischen Strafrechts und außerstrafrechtliche Rechtssätze», *JuristenZeitung*, pp. 633 ss.

OEHLER (1970), «Zwischenstaatliche Kompetenzkonflikte auf dem Gebiet des Strafrechts», en EL MISMO (ed.), *Aktuelle Probleme des internationalen Strafrechts. Beiträge zur Gestaltung des internationalen und supranationalen Strafrechts: Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag*, Decker, Hamburgo, p. 110 ss.

PELLA (1925), *La Criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir*, Imprimerie de l'État, Bucarest.

POLITIS (1925), «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», *Recueil des cours*, (6 - 1), pp. 1 ss.

SIEBER (2010), «Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen», *Rechtstheorie*, (41), pp. 151 ss.

——— (2009), «Die Zukunft des Europäischen Strafrechts - Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (121), pp. 1 ss.

——— (2007), «Grenzen des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (119), pp. 1 ss.

TIEDEMANN (1993), «Anmerkungen: EuGH, Urteil v. 27.10.1992 (Rs C 240/90)», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 47 ss.

TRIFFTERER (1999), «Preliminary remarks: The permanent International Court - Ideal and Reality», en EL MISMO (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1ª ed., Nomos, Baden-Baden, pp. 17 ss.

VOUTSAKIS (2004), «El realismo de los realistas» (en griego), en MANITAKIS/TAKIS (eds.), *Terrorismo y derechos humanos* (en griego), Savalas, Atenas, pp. 91 ss.

WALTZ (1990), «Realist Thought and Neorealist Theory», *Journal of International Affairs*, pp. 21 ss.