



Informe de situación

La perseguibilidad de delitos penales internacionales cometidos por un alemán que se encuentra en Alemania

La perseguibilidad de delitos penales internacionales cometidos por un alemán que se encuentra en Alemania

Referencia:	WD 2 - 3000 - 072/20
Finalización del trabajo:	6 de agosto de 2020 (también fecha de la última consulta de fuentes en internet)
Departamento técnico:	WD 2: Relaciones exteriores, derecho internacional, cooperación económica y desarrollo, defensa, derechos humanos y ayuda humanitaria

Los servicios científicos del Bundestag alemán asisten a los miembros del Bundestag alemán en sus actividades desarrolladas en el marco de sus mandatos. Sus trabajos no reproducen los criterios del Bundestag alemán, de uno de sus órganos o de la administración del Bundestag. Antes bien, entran dentro de la responsabilidad profesional de sus autoras y autores, así como de la dirección de los departamentos técnicos. Los trabajos de los servicios científicos reproducen únicamente la situación actual al momento de la redacción del texto y constituyen un trabajo individual realizado por encargo de uno de los diputados del Bundestag. Los trabajos pueden contener informaciones sujetas al deber de confidencialidad del Bundestag, protegidas o que no resulten apropiadas para su publicación. Una prevista reproducción o publicación de los contenidos deberá notificarse por anticipado al departamento técnico correspondiente, quedando únicamente permitida con la indicación de la fuente. El departamento técnico asesorará sobre las cuestiones a tener en cuenta al respecto.

Índice

1.	Introducción	4
2.	Posibilidad de extradición	4
3.	Sistemática básica	5
3.1.	Regulación en el Código Penal alemán (StGB)	5
3.2.	Regulación en el Código alemán de Derecho Penal Internacional (VStGB)	7
4.	Persecución por parte del Ministerio Fiscal	8
4.1.	Delitos cometidos en el extranjero en general	9
4.2.	Delitos según el Código alemán de Derecho Penal Internacional	10
4.3.	Directrices alemanas Jurídico-Penales para el Tráfico Internacional (RiVAST)	11
5.	Conclusión	12

1. Introducción

El objeto de la consulta es si existe una práctica legal o posiblemente incluso si existen obligaciones según las cuales deba perseguirse a un ciudadano alemán o en su caso con doble nacionalidad según el derecho penal alemán por los hechos cometidos en el extranjero cuando presuntamente hubiera cometido o al menos participado en "asesinatos políticos o crímenes contra la humanidad" en el país extranjero de su residencia.

De lo que se trata es de aclarar la calificación desde el punto de vista jurídico-penal y desde el punto de vista de la perseguibilidad jurídico-penal de un antiguo traficante de drogas, que fue deportado a Alemania tras cumplir una larga pena de cárcel en una prisión estadounidense. El mismo posee la nacionalidad colombiana y tiene derecho a la nacionalidad alemana por motivo de su filiación (su padre era alemán). Al parecer entró en Alemania con un pasaporte alemán temporal, donde sigue encontrándose actualmente. Existen indicios de una participación en asesinatos políticos por encargo en Colombia, entre otros el asesinato del que en aquel momento fuera Ministro de Justicia. El Ministerio Fiscal colombiano califica dicho asesinato de crimen contra la humanidad.

2. Posibilidad de extradición

Partiendo de la base de que el antiguo traficante de drogas es alemán, queda excluida la posibilidad de una extradición a Colombia – incluso si existe además una nacionalidad adicional – según el art. 16, apdo. 2, frase 1 GG.¹ Según el art. 16, apdo. 2, frase 2 GG, sería imaginable una extradición a un tribunal internacional, por ejemplo a la Corte Penal Internacional/CPI de la Haya, si bien el art. 17 de los estatutos de la CPI² abre la posibilidad de evitar la extradición de ciudadanos que ostenten la propia nacionalidad mediante la persecución penal nacional adecuada. Si el ejercicio de la facultad de intervención del art. 16, apdo. 2, frase 2 GG se realiza conforme a la constitución, debería hacerse uso de esta posibilidad con carácter preferente³. Así pues cabría en principio la facultad de extradición a un tribunal internacional, si existiera una solicitud de extradición correspondiente y ésta fuera además lícita. Sin embargo, la extradición de ciudadanos alemanes a la CPI debería carecer de relevancia en la práctica, pues habría de considerarse preferente una persecución penal nacional adecuada.

1 Maaßen, Hans Georg, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. München 2020, Art. 16 Rn 40.

2 Vgl. Text <https://www.un.org/Depts/german/internatrecht/roemstat1.html#T218>.

3 Maaßen, Hans Georg, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian, Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. München 2020, Art. 16 Rn 45, 70.

3. Sistemática básica

El derecho penal alemán resulta de aplicación – siguiendo el principio de territorialidad⁴ - en términos generales a los hechos cometidos en territorio alemán (§ 3 StGB^{2T}). No nos encontramos en este caso ante una responsabilidad jurídico-penal derivada de un delito cometido en Alemania.

El derecho penal alemán únicamente resulta de aplicación a hechos cometidos en el extranjero, si así se establece expresamente.

3.1. Regulación en el Código Penal alemán (StGB)

En los §§ 4-7 del Código Penal alemán (StGB) se contemplan distintos grupos de casos en los que resulta de aplicación el derecho penal alemán a hechos cometidos en el extranjero:

- Según el § 4 StGB resulta de aplicación el derecho penal alemán con independencia del derecho del lugar de comisión de los hechos a aquellos hechos cometidos en un barco o en un avión que esté facultado para llevar la bandera federal alemana o el símbolo de nacionalidad de la República Federal de Alemania. En el caso presente no se observa un ámbito de aplicación tal.
- Según el § 5 StGB resulta de aplicación el derecho penal alemán con independencia del derecho del lugar de comisión de los hechos a determinados **hechos cometidos en el extranjero que tengan una vinculación especial con la República Federal de Alemania** y que se enumeran en el § 5 StGB. Tampoco se aprecia en el caso presente la existencia de un hecho cometido en el extranjero con una vinculación especial con la República Federal de Alemania en conexión con uno de los delitos enumerados en el § 5 StGB.

Según el **principio de justicia universal (también denominado principio de universalidad), el derecho penal nacional resulta igualmente de aplicación a situaciones que carecen de una vinculación específica con el país de cuyo derecho se trata**, es decir, situaciones en las que ni el lugar de los hechos se encuentra en el país (denominado principio de territorialidad) ni el actor o la víctima ostentan la nacionalidad del Estado afectado (denominado principio de personalidad). Ahora bien, para ello se requiere que el **delito penal cometido en el extranjero se dirija contra bienes jurídicos protegidos internacionalmente**.

- En el derecho alemán el principio de justicia universal se encuentra recogido en el § 6 StGB, cuyo tenor es el siguiente: **La vigencia del derecho penal alemán se extiende a**

4 Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, Kurz-Kommentar, 67. Aufl., München 2020, Vor §§ 3-7, Rn 3, § 3 Rn 1.

hechos cometidos en el extranjero, independientemente del derecho del lugar de su comisión.

Sin embargo, ninguno de los delitos enumerados se ajusta al caso presente.

Resulta imaginable la aplicación del § 6, n° 9 StGB, según el cual también son perseguibles hechos cometidos en el extranjero en virtud de un **acuerdo interestatal** vinculante para la República Federal de Alemania. En principio quedan englobados en este concepto de acuerdo interestatal todos los tratados internacionales celebrados por la República Federal de Alemania. El carácter vinculante de los mismos requiere la aprobación de una ley parlamentaria de ratificación (art. 59, apdo. 2 GG) y la publicación en el Boletín Oficial Federal alemán II⁵. Sin embargo sólo existe un tratado en este sentido si el mismo contiene una **obligación de persecución**, sin que baste por lo tanto la mera facultad de persecución⁶. En consecuencia, cada uno de los tratados en cuestión habrá de ser analizado en el sentido de si el mismo se fundamenta en el principio de justicia universal o tan sólo en el principio de territorialidad – y únicamente allí donde se establezca vinculantemente el principio de justicia universal podrá darse un caso del § 6, n° 9 StGB.⁷

- El § 7, apdo. 1 StGB determina en definitiva que el derecho penal alemán también se aplica en términos generales a hechos cometidos en el extranjero contra un ciudadano alemán cuando los hechos estén castigados con pena en el lugar de su comisión o el lugar de los hechos no esté sujeto a jurisdicción penal alguna. Según el § 7, apdo. 2 StGB resulta de aplicación el derecho penal alemán a otros hechos cometidos en el extranjero

cuando los hechos estén castigados con pena en el lugar de su comisión o el lugar de comisión de los hechos no esté sujeto a jurisdicción penal alguna y

cuando el autor fuera alemán al momento de comisión de los hechos o se convirtiera en alemán tras la comisión de los hechos

o si al momento de la comisión de los hechos fuera extranjero, afectado en Alemania y a pesar de que la ley de extradición permitiría una extradición tras la comisión de los hechos, no fuera extraditado por no haberse interpuesto o denegado la correspondiente solicitud de extradición dentro de plazo adecuado o porque la extradición no fuera practicable.

Resulta imaginable la aplicación del § 7, apdo. 2, n° 1 StGB, según el cual el derecho penal alemán resulta de aplicación a otros hechos (distintos a los descritos en el apdo. 1), cometidos en

5 Ambos, Kai, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn 17.

6 Ambos, Kai, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn 17.

7 Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, Kurz-Kommentar, 67. Aufl., München 2020, § 6, Rn 9.

el extranjero, cuando los hechos estuvieran castigados con pena en el lugar de su comisión o el lugar de comisión de los hechos no estuviera sujeto a jurisdicción penal alguna y **el autor fuera alemán al momento de la comisión de los hechos**.⁸ Los hechos han de estar castigados con pena en el lugar de su comisión, incluso si ello ha tenido lugar bajo un aspecto jurídico distinto. **No es necesario por tanto que los tipos delictivos se correspondan; lo determinante es por el contrario únicamente la identidad de los hechos**, pero no la identidad de las normas penales aplicables a los mismos.⁹

Ha de partirse de la base de que el asesinato (político) también está castigado penalmente en Colombia, de forma que el derecho penal alemán resultaría también de aplicación a unos hechos tales cometidos en el extranjero. Con ello podrían tramitarse investigaciones jurídico-penales hasta llegar a la interposición de una denuncia y apertura de procedimiento penal también en Alemania, siempre y cuando no existan razones que justifiquen la abstención de la persecución penal.¹⁰

3.2. Regulación en el Código alemán de Derecho Penal Internacional (VStGB)

También podría aplicarse un delito del **Código alemán de Derecho Penal Internacional (VStGB)**. Esta ley se basa en el **principio de justicia universal**. El VStGB ha adaptado el derecho penal nacional a las regulaciones del derecho penal internacional, especialmente al estatuto romano de la Corte Penal Internacional. La Ley entró en vigor el 30 de junio de 2002.¹¹

Según el § 1 VStGB, esta ley se aplica a todos los delitos definidos en la misma y cometidos contra el derecho internacional, a hechos recogidos en los §§ 6 a 12 VStGB incluso **si los mismos**

8 Dazu auch Rainbacher, Tobias, Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten gemäß § 7 StGB, in: http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_1201.pdf, S. 142ff.

9 Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, Kurz-Kommentar, 67. Aufl., München 2020, § 7, Rn 7.

10 Siehe auch Rainbacher, Tobias, Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf Auslandstaten gemäß § 7 StGB, in: http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_2_1201.pdf, S. 146f., die Strafbarkeit des Verhaltens nach dem Recht des Tatorts (sog. Lex loci) begründet die Ausübung originär deutscher Strafgewalt.

11 Vgl. BGBl I, S. 2254; ferner Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, Kurz-Kommentar, 67. Aufl., München 2020, Einleitung Rn 13.

se cometieron en el extranjero y no presentan vinculación alguna con la República Federal de Alemania.¹²

Puesto que el Ministerio Fiscal colombiano calificó de crimen contra la humanidad el asesinato político del que fuera Ministro de Justicia y no puede descartarse una participación en los hechos del antiguo traficante de drogas, podría resultar aplicable el § 7, apdo 1, n° 1 y 2 VStGB.

Dicha regla determina lo siguiente:

§ 7 Crímenes contra la humanidad

(1) Aquel que en el marco de un **ataque amplio o sistemático contra una población civil**

1. **mate a una persona,**

2. **con la intención de destruir total o parcialmente una población, coloque a dicha población en condiciones de vida que resulten idóneas para provocar su destrucción total o parcial**

(...)

será castigado en los supuestos de los números 1 y 2 con pena de cadena perpetua.

4. Persecución por parte del Ministerio Fiscal

Según el derecho penal alemán resulta de aplicación con carácter general a delitos graves el denominado **principio de legalidad**. Según el § 152, apdo. 2 StPO¹³ queda obligado el Ministerio Fiscal, en defecto de disposición legal en contrario, a intervenir en relación a todos los delitos perseguibles siempre y cuando existan suficientes puntos de conexión de hecho.

12 Zum Text siehe <https://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/>.

13 <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>; Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 10. Juli 2020 (BGBl. I S. 1648) geändert worden ist.

4.1. Delitos cometidos en el extranjero en general

Rompiendo con este principio y como reflejo del **principio de oportunidad resulta posible** según la legislación vigente y en determinadas circunstancias **prescindir de la persecución de delitos cometidos en el extranjero.**

Así lo establece el § 153c de la Ley alemana de Enjuiciamiento Criminal (StPO):

(1) El Ministerio Fiscal podrá prescindir de la persecución de delitos

1. **cometidos fuera del ámbito de aplicación territorial de la presente ley** o que un participante haya cometido en este ámbito en una actuación cometida fuera del ámbito de aplicación de la presente ley,
2. cometidos por un extranjero en la República Federal de Alemania en un barco o avión extranjero,
3. cuando en los casos de los §§ 129 y 129a, respectivamente en conexión también con el § 129b, apdo. 1 del Código Penal alemán no se dé o no se dé suficientemente la unión en la República Federal de Alemania y las acciones participativas realizadas en la República Federal de Alemania sean de relevancia secundaria o se limiten a la mera afiliación.

A los hechos que sean penalmente sancionables según el Código alemán Penal Internacional resulta de aplicación el § 153f StPO

(2) El Ministerio Fiscal podrá prescindir de la persecución de unos hechos si ya **se ha ejecutado en el extranjero una pena contra el acusado por dichos hechos** y la pena que pudiera esperarse en la República Federal de Alemania tras la compensación de la pena extranjera no fuera de relevancia o si el acusado hubiera sido declarado inocente de los hechos mediante sentencia firme en el extranjero.

(3) El Ministerio Fiscal podrá también prescindir de la persecución de delitos cometidos en el ámbito de aplicación territorial de esta ley mediante una actividad ejercitada fuera de dicho ámbito, si la tramitación del proceso provocara el peligro de un grave perjuicio para la República Federal de Alemania o si existieran otros intereses públicos prevalentes en contra de una persecución.

(4) Si ya se hubiera interpuesto la demanda, el Ministerio Fiscal podrá en los casos del apartado 1, n° 1, 2 y del apartado 3 retirarla en cualquier fase del proceso y archivar las actuaciones si la tramitación del proceso provocara el peligro de un grave perjuicio para la República Federal de Alemania o si existieran otros intereses públicos prevalentes en contra de una persecución.

(5) Si el proceso tuviera como objeto delitos del tipo de los descritos en los § 74a, apdo. 1, n° 2 a 6 y § 120, apdo. 1, n° 2 a 7 de la Ley alemana del Poder Judicial, estas facultades le corresponderán al Fiscal General Federal.

Al **Ministerio Fiscal le corresponde por tanto una amplia facultad discrecional**, pudiendo decidir también sin la intervención de tercero sobre el desistimiento de la persecución de delitos, incluso antes de que se inicien las investigaciones.

El número 94 de las **Directrices alemanas para el Proceso Penal** y el Proceso Administrativo Sancionador (RiStBV) concretiza dicha facultad discrecional:¹⁴

Postura según el § 153c, apdo. 1 StPO

(1) En los casos del § 153c, apdo. 1 StPO podrá el Ministerio Fiscal prescindir de la persecución según su criterio responsable. Esta posibilidad entrará especialmente en juego cuando se den los motivos descritos en el § 153c, apdo. 2 StPO, cuando una persecución penal condujera a una severidad desmesurada o bien la punición penal careciera desde un principio o hubiera dejado de tener un interés público.

(2) El Ministerio Fiscal analizará en cada caso concreto si existen tratados internacionales que justifiquen la obligación de tratar hechos cometidos fuera del ámbito territorial de aplicación de la Ley alemana de Enjuiciamiento Criminal tal y como si los mismos se hubieran cometido dentro de dicho ámbito. El Ministerio Federal de Justicia otorgará información sobre tratados de tal tipo.

(3) Si en los casos del § 153c, apdo. 1 StPO existieran indicios de que pudieran darse los motivos del § 153c, apdo. 3 StPO, el Ministerio Fiscal obtendrá de inmediato la decisión del Fiscal General Federal sobre si deben perseguirse los hechos. El Fiscal General Federal informará de inmediato a la administración de justicia del *Land* sobre su decisión.

(4) (...)

4.2. Delitos según el Código alemán de Derecho Penal Internacional

En relación a los hechos cometidos en el extranjero según el Código alemán de Derecho Penal Internacional el legislador ha **limitado el criterio de persecución del Ministerio Fiscal**, que por lo demás resulta amplio en el caso de hechos cometidos en el extranjero, "para impedir la impunidad de delitos internacionales mediante solidaridad internacional en la ejecución de la pena".¹⁵

14 https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_01011977_420821R5902002.htm; Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) vom 1. Januar 1977, geändert mit Wirkung vom 1. Dezember 2018 durch Bekanntmachung vom 26. November 2018 [Fundstelle: BAnz AT 30.11.2018 B3].

15 Teßmer, Dirk, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl., 2016, § 153f. Rn 1.

Sin embargo, ha de tener lugar aquí una "**prioridad de competencia escalonada**":

"Por lo que se refiere a hechos constitutivos de crimen, sujetos al principio ilimitado de justicia universal, existe sin embargo una "prioridad de competencia escalonada". La persecución penal corresponde en primer lugar al Estado de comisión de los hechos y al Estado de origen del actor o de la víctima, subsidiariamente a la Corte Penal Internacional y en su caso a los demás tribunales penales internacionales y en último lugar a los Estados terceros que actúen según el principio de justicia universal. Al objeto de evitar colisiones y costosas y complicadas investigaciones dobles en el extranjero, ha de evitarse mediante el § 153f StPO una saturación de los recursos de investigación alemanes mediante los casos que no presenten una conexión con Alemania, debiendo ceder los organismos de investigación penal alemanes la prioridad a organismos de investigación penal extranjeros o internacionales."¹⁶

Así pues, según el § 153f, apdo. 1 StPO el Ministerio Fiscal podrá en los casos del § 153c, apdo. 1, n° 1 y 2 StPO prescindir de la persecución de unos hechos que según los §§ 6 a 15 VStGB fueran sancionables si el acusado no se encuentra en la República Federal de Alemania y tal estancia en el país tampoco fuera previsible. Según el § 153 f, apdo. 2 StPO, el Ministerio Fiscal podrá en los casos del § 153 c, apdo. 1, n° 1 y 2 StPO prescindir de la persecución de unos hechos que según los §§ 6 a 12, 14 y 15 VStGB fueran sancionables, entre otros motivos si no existiera **sospecha de comisión contra un ciudadano alemán**, los hechos no se hubieran cometido contra un ciudadano alemán o no se encontrase ningún sospechoso en la República Federal de Alemania, sin que pueda preverse una estancia tal en el país.

4.3. Directrices alemanas Jurídico-Penales para el Tráfico Internacional (RiVAST)

El número 35 (sospecha de comisión de un delito en el extranjero) de las **Directrices alemanas Jurídico-Penales para el Tráfico Internacional (RiVAST**, para órganos judiciales, Ministerio Fiscal y otros organismos públicos) establece lo siguiente:¹⁷

(1) Si un organismo público obtuviera conocimiento de que una persona que se encuentre en la República Federal de Alemania **es sospechosa de haber cometido un delito en el extranjero** o de que ha sido condenada en el extranjero a pena privativa de libertad por tales hechos, sin haber cumplido aún su pena, **informará de forma inmediata y directa al la Fiscalía General del Estado**, incluso si la persona no es detenida. No deberán adoptarse medidas algunas que

16 Teßmer, Dirk, in: Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl., 2016, § 153f. Rn 3; Dazu auch Gesetzesbegründung zum VStGB, Deutscher Bundestag, Drucksache 14/8524 vom 13. März 2002, S. 37.

17 Text der Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST), in: <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fges%2FRiVAST%2Fcont%2FRiVAST%2EAmtabschnitt%5FNummer%5F35%2Ehtm>.

pudieran imposibilitar la extradición del extranjero antes de que la Fiscalía General del Estado adopte una decisión.

(2) Si la Fiscalía General del Estado contase con que el organismo público extranjero fuera a llevar a cabo la extradición para la persecución o para la ejecución, informará al respecto a su organismo público superior y esperará sus instrucciones, a menos que ella misma sea la autoridad competente. Si fuera la autoridad competente, preguntará a la autoridad extranjera si se solicita la detención preventiva. Si la consulta se realiza de forma inmediata, se lo comunicará a título informativo a la Oficina Federal de Investigación Criminal a través de la Oficina de Investigación Criminal del *Land*. Bajo las condiciones del § 16 apartado 1 número 2 IRG ordenará - incluso a falta de la correspondiente instancia - la detención de la persona y solicitará la detención provisional a efectos de extradición.

5. Conclusión

En principio el derecho penal alemán resulta de aplicación a los delitos cometidos en la República Federal de Alemania. Sin embargo, en determinados casos descritos expresamente por la ley el derecho penal alemán también se aplica a hechos cometidos por ciudadanos alemanes en el extranjero. A la persecución de delitos graves se aplica generalmente el principio de legalidad, según el cual el Ministerio Fiscal queda obligado a llevar a cabo la persecución penal. Sin embargo en el caso de hechos cometidos en el extranjero este principio queda debilitado en parte, puesto que se le permite al Ministerio Fiscal que en determinadas circunstancias prescinda de una persecución penal.