

a nivel interno como internacional, de delitos gravísimos, que afectan a la Humanidad en su conjunto, y que desgraciadamente hasta hace poco tiempo quedaban en la más absoluta impunidad.

A esta renovada importancia y expansión del Derecho penal internacional han contribuido sin duda también obras como este Tratado de Derecho penal internacional, del catedrático de Derecho penal de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, que alcanza esta nueva edición en relativo corto espacio de tiempo. Como ya advertía en el prólogo a la primera edición en español, publicada en esta misma editorial hace poco más de cinco años, el Tratado de Derecho penal internacional del Profesor Werle tiene la virtud lógica en un Tratado en el sentido literal del término, de ser una exposición detallada de las cuestiones más relevantes del Derecho penal internacional, acompañada de una exhaustiva información bibliográfica y de los materiales legislativos y jurisprudenciales, nacionales e internacionales, más importantes en relación con la materia: Pero además, y esto creo que muy importante, la virtud ya no tan frecuente en obras de este tipo de estar escrita en un lenguaje fácil y asequible incluso para los no especialistas, utilizando una sistemática y una terminología que puede ser compartida por la Comunidad jurídica internacional, independiente de que su formación y procedencia sea la de los países regidos por el sistema del Common Law, o la de los influenciados por la Dogmática penal alemana o la de otros muchos países del mundo que utilizan sus propios sistemas y conceptos para explicar el Derecho penal. La mejor prueba de esta virtud es que este Tratado escrito en alemán, por un autor alemán, como es el Profesor Gerhard Werle, haya sido ya traducido en estos últimos años además de al español, primera traducción que se hizo del mismo a otro idioma, al inglés, al italiano, al chino y al ruso. Tanto la versión alemana, como la inglesa han alcanzado ya una segunda edición, que es la que ahora se publica en español sobre la base de la traducción de la primera edición realizada entonces bajo la dirección y coordinación de mi querida y llorada discípula, la Profesora María del Mar Díaz Pita, con la que colaboraron otros discípulos y compañeros (María Gutiérrez; Antonio Muñoz Aunión Claudia Cárdenas), algunos de los cuales, junto con Jaime Couso, participan también en esta nueva versión.

Esta segunda edición mantiene las mismas características que la anterior, aunque lógicamente ampliada con la bibliografía aparecida en estas últimas fechas y la más reciente Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales, incluyendo la de la Corte Penal Inter-

nacional. Es, por tanto, fácil pronosticar que pronto tendrá el mismo éxito que la anterior y que seguirá siendo una obra de obligada referencia para todos los interesados y estudiosos de esta materia.

2. Journal of International Criminal Justice, Oxford University Press, volumen 9, número 1, marzo Oxford University Press, 2011.

Esta prestigiosa Revista que dirige el catedrático de Derecho internacional y ex Presidente del Tribunal penal de la Ex Yugoslavia, Antonio Casesse, dedica este volumen a un Symposium que dirige el Profesor de la Universidad Humboldt de Berlín, Gerhard Werle, en colaboración con su discípulo Boris Burghardt, sobre la aplicación de la teoría de la autoría mediata por control de un aparato de poder elaborada por Claus Roxin, a principios de los años sesenta, en algunas decisiones de la Corte Penal Internacional y de Tribunales nacionales. En este Symposium, colaboran además de los citados Werle y Burghardt, Thomas Weigend, quien se ocupa de la recepción de la teoría de Roxin en la doctrina y jurisprudencia alemanas; Hector Olásolo y quien suscribe esta nota tratamos de la aplicación de la teoría de Roxin en algunas decisiones de Tribunales en Latinoamérica; Kai Ambos, quien se ocupa especialmente de la sentencia condenatoria del Ex Presidente de Perú, Alberto Fujimori; Stefano Manacorda y Chantal Meloni, que tratan de las repercusiones de la teoría de Roxin en la praxis de la Corte Penal Internacional; y George P. Fletcher, quien analiza la repercusión que puede tener la dogmática penal alemana en la Corte Penal Internacional.

Desde el primer momento debe resaltarse la importancia que tiene en los momentos actuales dar a conocer en lengua inglesa el trabajo que publicó Roxin en 1962, quien en un alarde de valor intelectual y en un momento en el que en Alemania no se quería saber nada o se prefería correr un tupido velo sobre los crímenes cometidos por el régimen nacionalsocialista, elaboró una tesis en la que exponía las razones jurídicas que fundamentaban la responsabilidad penal como autores (mediatos) de los dirigentes de dicho régimen Como es sabido, Roxin consideraba en su trabajo, parte de su Escrito de Habilitación «Täterschaft und Tatherrschaft» («Autoría y Dominio del Hecho») (1.edición 1963), publicado como artículo en la revista Goldammer's Archiv (después de haber sido rechazado por la revista Juristenzeitung), que en relación con los crímenes cometidos por el régimen nazi que dieron lugar al Holocausto, la conducta de los dirigentes, pero también

la de los encargados de llevar a cabo el plan de exterminio acordado en la reunión de Wannsee, organizando la distribución y transporte de los judíos a los Campos de Concentración, en donde eran directamente exterminados o sometidos a condiciones inhumanas de vida y trabajos forzados que determinaron la muerte de la mayoría, era constitutiva de autoría mediata por control del aparato de poder, las llamadas SS, que en el régimen nacionalsocialista se encargaron, entre otras cosas, de realizar estas actividades.

La tesis de Roxin iba dirigida, en primer lugar contra la teoría subjetiva de la participación, conforme a la cual, lo importante no era la actividad material que el sujeto en cuestión hubiera llevado a cabo, sino si había actuado con «ánimo de autor» o con «ánimo de cómplice». Y así, por ejemplo, en un caso en el que un agente secreto, actuando por orden de una agencia extranjera (concretamente la KBG de la Unión Soviética), había matado a otro disparándole con una cerbatana un aguijón envenenado, el Tribunal, aplicando esta teoría subjetiva, lo condenó como «cómplice» (cfr., por ej., BGH 18, 87: Caso Stachynskij). Esta teoría era, en opinión de Roxin, criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos), lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los Campos de Concentración nazis, fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase, por ejemplo, críticamente respecto a esta jurisprudencia, Just Dahlmann/Just, *Die Gehilfen*, Frankfurt am Main, 1988). La crítica que Roxin formuló en su artículo de 1963, no sólo se dirigía, por tanto, contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados «delincuentes de escritorio» (*Schreibstischstäter*) que, como en el caso de Adolf Eichmann, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos Campos de Concentración y/o de Exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época todavía hubiera algún monografista que dijera que si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco

de la llamada «solución final», su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas. Si se hubiera seguido esta tesis, la misma hubiera supuesto que Eichmann, un «burócrata» dentro de la estructura de las SS, hubiera sido condenado sólo a una pena puramente simbólica, ya que el párrafo 49 del Código penal alemán impone al cómplice en estos casos una pena de prisión que puede ser sólo de tres años. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20 de enero de 1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlín, en la que se acordó la llamada «solución final de la cuestión judía», es decir, el exterminio de millones de judíos en los Campos de Concentración nazis. A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann, se deba calificar de mera complicidad. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalén, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12.1961, confirmada por la Supreme Court de 29.5.1962). Pero la tesis de Roxin, no sólo superaba la concepción subjetiva de la participación que mantenía la Jurisprudencia alemana, sino también la estrecha construcción elaborada por la dogmática penal alemana de la autoría mediata, que en principio sólo era aplicable en los casos en los que un sujeto cometía un delito utilizando como instrumento a otro irresponsable (un niño o alguien que no era consciente de que estaba realizando un hecho delictivo, etc), pero no, cuando, como sucedía con los dirigentes nazis y responsables de la organización burocrática de las SS, como Adolf Eichmann, los autores directos de los delitos cometidos en los Campos de Concentración eran plenamente responsables. Roxin, en cambio, consideraba que la autoría mediata era también aplicable en estos casos, y para ello exigía la comprobación de tres requisitos fundamentales, que todavía mantiene en posteriores trabajos sobre el tema: La existencia de un aparato de poder con una relación jerárquica que vinculaba a los dirigentes, a los grados intermedios y a los ejecutores materiales de los delitos; la fungibilidad, sustituibilidad o intercambiabilidad de los meros ejecutores autores directos y plenamente responsables de lo que hacían; y que la organización o aparato de poder actuara al margen del Derecho.

Esta tesis no tuvo al principio mucho éxito en la Dogmática penal alemana. Sólo, fuera de Alemania, a mediados de los años ochenta, el Tribunal de Penal

de Buenos Aires la acogió en una primera sentencia en la que condenó a la principales responsables de la Dictadura argentina por los asesinatos, desapariciones y torturas que llevaron a cabo militares y policías en los años setenta; pero esta sentencia fue anulada luego por la Corte Suprema argentina, que, no obstante, confirmó la condena, aunque con otra construcción dogmática, basada en la figura de la cooperación necesaria, que, de todos modos, permitía la imposición de la misma pena.

Sólo desde el momento en que el Tribunal Supremo Federal alemán la acogió a principios de los años noventa para fundamentar la condena de los dirigentes de la República Democrática Alemana, por, entre otros, los crímenes cometidos por los Guardias del Muro de Berlín que dispararon y mataron a quienes intentaron pasar a la República Federal de Alemania, la tesis de Roxin fue ganando cada vez más predicamento tanto en Alemania, como fuera, sobre todo en los países cuya doctrina penal sigue bastante fielmente las construcciones de la dogmática penal alemana, como son España y la mayoría de los países latinoamericanos, en algunos de los cuales los Tribunales de Justicia han aplicado la teoría de Roxin para fundamentar la condena de dirigentes de regímenes dictatoriales bajo cuyo mandato se cometieron asesinatos, desapariciones y torturas de personas. El caso más relevante en el que se ha aplicado esta teoría ha sido el de la condena del Ex Presidente de Perú Alberto Fujimori, y también en el mismo país el del dirigente del grupo terrorista Sendero Luminoso, lo que amplía la aplicación de la tesis de Roxin a grupos terroristas para estatales. También algunos tribunales argentinos la han aplicado en algunos casos concretos y más recientemente en Colombia para condenar a Jefes de grupos paramilitares.

En estos casos se ha aplicado la teoría de Roxin, basándose en el control que los jefes y dirigentes tenían, desde la cúspide, del aparato de poder, del que salían las órdenes que otros desarrollaban y ponían en marcha para que finalmente fueran ejecutadas por los últimos escalones del aparato de poder. Igualmente, se daban en estos casos los demás requisitos exigidos por Roxin: la relación jerárquica entre los distintos eslabones de la jerarquía del grupo, desde la cúspide a los ejecutores, pasando por los cargos intermedios; la fungibilidad de los ejecutores entre sí y la desvinculación del Derecho.

Pero el hecho que en buena parte ha motivado este Symposium ha sido la acogida de la tesis de Roxin en algunas decisiones importantes de la Corte Penal Internacional en los casos Lubanga, Katanga y Al Bashir, en

las que ha abandonado la tesis de la «joint enterprise», derivada del Common Law, según la cual basta la participación en un grupo criminal, para responder sin más de las acciones cometidas por el grupo. En general, los participantes en este Symposium consideran positivo esta nueva orientación jurisprudencial tanto a nivel nacional, en los países en los que se ha dado, como a nivel internacional, en la Corte Penal Internacional. No obstante, algunos hacen algunas consideraciones críticas. Así por ejemplo, Fletcher considera que esta nueva jurisprudencia modifica un tanto la orientación pro víctima que caracteriza el Estatuto de Roma. Ambos ve en la sentencia del caso Fujimori algunas diferencias con la tesis originaria de Roxin. Weigend, y los mismo Werle y Burghardt, creen que la nueva jurisprudencia internacional supone un acercamiento de la Corte Penal Internacional a la Dogmática penal alemana, que, en principio, no fue acogida en el Estatuto de Roma. Olásolo y el que suscribe estas notas advierten de una cierta disparidad en la interpretación que se ha hecho de la tesis de Roxin por algunos tribunales de países latinoamericanos.

En mi opinión, el avance importante que suponen estas decisiones jurisprudenciales no debe ignorar que la tesis de Roxin surgió para explicar (y fundamentar) la responsabilidad de los dirigentes de una organización tan peculiar, por muchas razones, como fueron las tristemente famosas SS dentro del régimen nacionalsocialista, que junto a la estrecha vinculación jerárquica, rayana en la obediencia ciega a las ordenes del Jefe (Hitler/Himmler), característica de este grupo, contaban además con un gran número de personas que cumplían fielmente las ordenes recibidas, e incluso con entusiasmo, sin que hubiera ningún problema si alguno, por las razones que fueran, no podía o no quería llevar a cabo el acto que se le pidiera, porque siempre había otros muchos dispuestos a realizarlo. Más discutible es que se de en otros aparatos de poder el requisito de la «desvinculación del Derecho» que Roxin sigue exigiendo, aunque una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia que sigue su tesis, la haya abandonado en este punto. En el caso de las SS, éstas ciertamente gozaban de un status especial que sólo les hacía responsables ante el Jefe, Adolf Hitler, y que les permitía actuar completamente al margen de las normas jurídicas vigentes para los demás ciudadanos. Pero este requisito no es tan claro que se den en otros aparatos de poder de regímenes dictatoriales menos sofisticados que el régimen nazi. Ciertamente, los crímenes se cometían muchas veces al margen de cualquier normativa jurídica; pero otras veces eran actuaciones que, como en el caso de algunas dictaduras institucionalizadas y de

larga duración como la española, la portuguesa o la de la Alemania comunista, se producían al amparo de una normativa jurídica, que puede ser cuestionada desde el punto de vista de las Declaraciones universales de Derechos humanos, pero que eran el sistema jurídico vigente en esos países, que por lo demás gozaban del reconocimiento como Estados miembros de la Comunidad internacional.

Y otra observación que debe tenerse en cuenta es que la tesis de Roxin originariamente surgió sobre todo en relación con el proceso que en aquellos momentos se estaba llevando a cabo en Jerusalem contra Adolf Eichmann, es decir, contra un burócrata, si bien de alto nivel en la organización de las SS, encargado de organizar el transporte e internamiento de miles de judíos en los Campos de Concentración, a sabiendas del destino que allí les aguardaba. Sin embargo, en algunas de las sentencias nacionales e internacionales en las que se ha aplicado, los condenados no son meros burócratas, sino las cabezas visibles de los sistemas dictatoriales derrocados. Y a veces, a la vista de algunas de estas sentencias, no puede evitarse la impresión de que castigándolos sólo a ellos se pretende cerrar el círculo de responsabilidades que podían exigirse a otros muchos que tuvieron una intervención decisiva en los crímenes

de aquellos regímenes dictatoriales. Esta «selectividad» en la elección de los responsables, probablemente inevitable por razones procesales, no es por eso menos sospechosa, ya que puede ser una especie de «Justicia de la Transición» más simbólica que real, para superar un pasado que existió y permaneció de forma duradera en el tiempo, dejando, con el castigo de algún «chivo expiatorio», en la más absoluta impunidad a miembros importantes de las instituciones del régimen fenecido, muchos de los cuales pasan después al nuevo régimen democrático sin tener que responder penalmente por los crímenes que se cometieron ante sus mismas narices, cuando no con su colaboración, activa o pasiva.

Esto naturalmente no es culpa de la tesis de Roxin que ciertamente es la mejor construcción dogmática para fundamentar la responsabilidad penal de los dirigentes y miembros destacados de los regímenes dictatoriales por los crímenes cometidos durante su vigencia; pero también debe advertirse, a mi juicio, de la posibilidad que tiene de ser utilizada sesgadamente, cuando su aplicación no se rige por parámetros de estricta justicia, sino por criterios oportunistas de acuerdo con la situación política de cada momento en un país determinado.